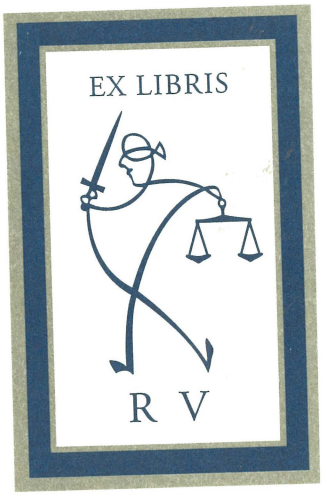
PETRA HERZFELD OLSSON



FACKLIG FÖRENINGSFRIHET SOM MÄNSKLIG RÄTTIGHET

IUSTUS FÖRLAG


EX LIBRIS
R V

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f43d7

Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet

Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet

The workers' freedom of association

Akademisk avhandling för avläggande av juris doktorsexamen vid Stockholms universitet framläggs till offentlig granskning fredagen den 13 juni 2003 kl 10.00 i Hörsal 7, hus D, Södra huset, Frescati

Av Petra Herzfeld Olsson
jur.kand.

Stockholms universitet
Juridiska institutionen
106 91 STOCKHOLM

Uppsala 2003
647 sidor
ISBN 91-7678-531-9

Abstract

The aim of this study is to investigate some particular aspects of one of the human rights: the workers' freedom of association.

The workers' freedom of association is protected in many international conventions adopted by the UN, the ILO and the Council of Europe. This thesis deals specifically with the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant of Civil and Political Rights, ILO-conventions nos 87 and 98, the European Social Charter and the European Convention of Human Rights and investigates the content of the workers' freedom of association in these conventions. It points at similarities and differences in the conventions. Special attention is given to the conventions' different focus with regard to the individual and collective aspects of the right and to the general consequences following from that the workers' freedom of association sometimes takes the form of an independent right and sometimes is an aspect of the general freedom of association. The thesis also discusses the relations between the different conventions.

Sweden has ratified all of the conventions mentioned above and has therefore undertaken to fulfil the related commitments. Some questions emanating from this fact are dealt with in the thesis, e.g.: Could the Swedish EU-membership affect Sweden's international legal obligations in this area? Has the proclamation of the EU Charter of Fundamental Rights influenced the answer to this question? Does Sweden fulfil the international legal obligations dealt with? Has the Europeanization of Swedish law affected the fulfilment of the obligations connected to the workers' freedom of association?

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET
10 0072657 4

Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet

Petra Herzfeld Olsson

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Herzfeld Olsson, P. 2003. Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet. The workers' freedom of association as a human right. Iustus Förlag. 647 pp. Uppsala 2003. ISBN 91-7678-531-9.

The aim of this study is to investigate some particular aspects of one of the human rights: the workers' freedom of association.

The workers' freedom of association is protected in many international conventions adopted by the UN, the ILO and the Council of Europe. This thesis deals specifically with the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant of Civil and Political Rights, ILO-conventions nos 87 and 98, the European Social Charter and the European Convention of Human Rights and investigates the content of the workers' freedom of association in these conventions. It points at similarities and differences in the conventions. Special attention is given to the conventions, different focus with regard to the individual and collective aspects of the right and to the general consequences following from that the workers' freedom of association sometimes takes the form of an independent right and sometimes is an aspect of the general freedom of association. The thesis also discusses the relations between the different conventions.

Sweden has ratified all of the conventions mentioned above and has therefore undertaken to fulfil the related commitments. Some questions emanating from this fact are dealt with in the thesis, e.g.: Could the Swedish EU-membership affect Sweden's international legal obligations in this area? Has the proclamation of the EU Charter of Fundamental Rights influenced the answer to this question? Does Sweden fulfil the international legal obligations dealt with? Has the Europeanization of Swedish law affected the fulfilment of the obligations connected to the workers' freedom of association?

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2003
ISBN 91-7678-531-9
Omslag: Förlaget
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Elanders Graphic Systems, Göteborg 2003
Förlagets adress: Östra Ågatan 9, 753 22 Uppsala
Tfn: 018-69 30 91, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Mitt avhandlingsarbete har nu gått mot sitt slut. Det finns många jag riktar min tacksamhet mot i denna stund. Först och främst vill jag nämna mina handledare Niklas Bruun och Wiweka Warnling Nerep. Niklas har följt arbetet från dess linda. Han har läst allt från halvt obegripliga utkast till höstens mer bearbetade avsnitt och alltid kommit med omistliga synpunkter. Hans tilltro har varit av stor betydelse för arbetets slutförande. Wiweka har sedan jag både fysiskt och ämnesmässigt fjärmat mig från hennes domäner trots detta alltid funnits där och läst och kommenterat de texter jag skickat över. Hennes stöd i arbetets slutskede har varit av särskilt stort värde.

Kent Källström vill jag tacka för att han såsom medbedömare åtog sig att läsa igenom hela manuset och bidrog med nyttiga påpekanden. Kerstin Ahlberg och Jonas Malmberg har också läst olika delar av manuset och kommit med väsentliga synpunkter, tusen tack. Kerstin har också hjälpt mig med litteraturförteckningen, Hanna Lindström har upprättat delar av rättsfallsregistret och Ann-Britt Hellmark språkgranskade den engelska sammanfattningen, ett varmt tack för det. Det finns också många andra kollegor som kommit och gått genom åren och som medfört en inspirerande arbetsmiljö. Jag vill särskilt nämna Lena Maier som jag under flera år delade avhandlingsarbetets våndor och glädjeämnen med och som också spelade en viktig roll för mitt beslut att söka mig till Arbetslivsinstitutet. Tack till er alla.

Många tack går också till Karin Ahlenius som hjälpt mig med korrekturläsning och till Johanna Schiratzki som såsom varande både senior kollega och vän visste exakt vilket stöd som skulle sättas in och när. Många vänner har uppmuntrat och hejat på. Ingen av er är glömd.

Jag vill också tacka Arbetslivsinstitutet, för att det tillhandahållit mig en doktorandtjänst under denna tid. Stiftelsen av den 28 oktober har finansierat spännande doktorandresor och Juridicum vid Stockholms universitet samt Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har lämnat bidrag för tryckning. För detta är jag mycket tacksam.

Mina familjemedlemmar har fyllt olika roller. Först vill jag nämna två personer som inte längre finns i jordelivet.

Min morfar kom flyende till Sverige. Han bosatte sig här men var rastlös och på ständig resa. Morfar väckte mitt intresse för internationella frågor genom sina eviga utflykter och berättelser om händelser på andra platser.

Min far var min morfars kontrast. Pappa förespråkade att man skulle stå med båda fötterna på jorden och hyllade det sunda förnuftet. Många gånger under avhandlingsarbetets gång önskade jag att pappa hade givit mig nyckeln till det där sunda förnuftet.

Min mamma har stöttat och varit ett gott föredöme. Min bror har bidragit till många skratt. Min mormor har undrat om jag inte blir klar med den där uppsatsen snart. Nu är jag det. Tack för att ni alltid finns där.

Sist vill jag nämna min man Ludvig som under lång tid ansett sig ha levt i ett force majeur-tillstånd och våra söner August och Adam. Tack för att ni varje dag påmint mig om vad som är störst av allt.

Stockholm i april 2003

Petra Herzfeld Olsson

Innehåll

Förkortningar 19

DEL I 21

1 Inledning 23

1.1 En rörligare värld 23

1.2 Frågeställningar, avgränsningar och syfte 25

1.2.1 Det folkrättsliga materialet 25

1.2.2 Det folkrättsliga upplägget 27

1.2.3 Det svenska perspektivet 30

1.2.3.1 Inledning 30

1.2.3.2 EU-medlemsskapets betydelse 31

1.2.3.3 Analys av svensk rätt i ljuset av folkrättsliga åtaganden och europeiskt inflytande 32

1.3 Om ratifikation och tolkning av internationella konventioner 33

1.4 Relationen mellan internationell och svensk rätt 36

1.4.1 I allmänhet 36

1.4.2 Europakonventionens ställning 40

1.5 Metod och utgångspunkter 41

1.6 Disposition 45

2 Mänskliga rättigheter 46

2.1 Bakgrund och historik 46

2.1.1 Inledning 46

2.1.2 Tidiga internationella initiativ – tiden före andra världskriget 47

2.1.3 FN och den allmänna förklaringen – tiden efter andra världskriget 49

2.2 FN:s konventioner om de mänskliga rättigheterna 53

2.2.1 Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter 53
2.2.1.1 Rättigheterna 53
2.2.1.2 Åtagandet 54
2.2.1.3 Övervakningsstruktur 55
2.2.2 Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter 56
2.2.2.1 Rättigheterna 56
2.2.2.2 Åtagandet 57
2.2.2.3 Övervakningsstruktur 57
2.2.3 Andra FN-konventioner med MR-anknytning 58
2.2.4 Annat FN-arbete rörande de mänskliga rättigheterna 59
2.2.5 Internationella brottmålsdomstolen 60
2.3 ILO 60
2.3.1 Inledning 60
2.3.2 ILO-konventionerna nr 87 och nr 98 63
2.3.3 Vilket åtagande är kopplat till konventionerna, rekommendationerna och deklarationen? 64
2.3.4 Övervakningsstruktur 66
2.3.4.1 Löpande granskning 66
2.3.4.2 Klagomålsbaserad övervakning 68
2.3.5 Tekniskt bistånd 70
2.4 Europarådet 71
2.4.1 Inledning 71
2.4.2 Europakonventionen 71
2.4.2.1 Rättigheterna 71
2.4.2.2 Åtagandet 73
2.4.2.3 Övervakningsstruktur 73
2.4.3 Europarådets sociala stadga 74
2.4.3.1 Inledning 74
2.4.3.2 Rättigheterna 74
2.4.3.3 Åtagandet 76
2.4.3.4 Övervakningsstruktur 77

3 Några särskilda frågeställningar 79
3.1 Inledning 79
3.2 De olika rättighetskomplexens förutsättningar och natur 80
3.3 Distinktionen positiva och negativa skyldigheter 85

3.4 Omedelbart eller progressivt tillämpbara mänskliga rättigheter 92
3.4.1 Inledning 92
3.4.2 FN-konventionerna om mänskliga rättigheter 92
3.4.2.1 Det progressiva förverkligandet 93
3.4.2.2 Omedelbara skyldigheter 96
3.4.2.3 Handlingsorienterade och resultatorienterade skyldigheter 104
3.4.3 Europarådet 104
3.4.3.1 Europakonventionen 105
3.4.3.2 Europarådets sociala stadga 105
3.4.4 ILO 107
3.4.5 Sammanfattning 107
3.5 Är mänskliga rättigheter tillämpliga i relationen mellan enskilda? 110
3.5.1 Inledning 110
3.5.2 FN och Europarådet 111

DEL II 115

4 Den fackliga föreningsfriheten i internationella konventioner – inledning 117

5 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna 120

6 Internationella arbetsorganisationen – ILO 124
6.1 Inledning – bakgrund och tolkning 124
6.2 ILO-konvention 87 128
6.2.1 Inledning – omfattning och tillämpningsområde 128
6.2.2 Godtagbara begränsningar 132
6.2.3 Vad är en fackförening? 132
6.2.4 Rätten att bilda och ansluta sig till organisation 133
6.2.4.1 Inledning 133
6.2.4.2 Vilka arbetstagare omfattas? 134
Förbud mot diskriminering 134
Position – vem är arbetare? 136
Bransch 137
Offentlig sektor 138

6.2.4.3 Begränsningar genom fackföreningens stadgar 138
6.2.5 Fritt val av fackförening 138
6.2.5.1 I allmänhet 138
6.2.5.2 De mest representativa organisationerna 142
6.2.6 Arbetstagarorganisationernas rätt att själva bestämma sin verksamhet 145
6.2.6.1 Inledning 145
6.2.6.2 Stadgar och annan reglering 146
6.2.6.3 Strejk 149
Inledning 149
Strejkbegreppet och andra stridsåtgärder 151
Syfte 152
Reglering av strejk 155
Begränsning av strejk – allmänt förbud 158
Begränsningar för vissa offentliganställda och anställda inom oumbärlig samhällstjänst 159
Minimiservice 161
Kompensatoriska åtgärder vid godtagbar inskränkning av strejkrätten 165
Sanktion 165
Relation till medlingsfunktioner 167
6.2.6.4 Kollektiv förhandling 168
6.2.7 Rätten för fackföreningar att bilda förbund och ansluta sig till internationella organisationer 172
6.3 ILO-konvention 98 174
6.3.1 Hur förhåller sig ILO-konventionerna 87 och 98 till varandra? 174
6.3.2 Omfattning och tillämpningsområde 176
6.3.3 Förbud mot diskriminering på grund av facklig verksamhet 176
6.3.3.1 Inledning 176
6.3.3.2 Vem skall skyddas? 177
6.3.3.3 Mot vem skall skyddet gälla? 178
6.3.3.4 Det sakliga skyddet – vad utgör diskriminering? 178
6.3.3.5 Det faktiska skyddet – hur skall skyddet gestalta sig? 181
6.3.3.6 Särskilt starkt skydd för fackliga förtroendemän 184
6.3.4 Organisatoriska åtgärder för att säkerställa förbud mot facklig diskriminering 184

6.3.5 Kollektiv förhandling 186
6.3.5.1 Inledning 186
6.3.5.2 Vilka arbetstagare omfattas? 187
6.3.5.3 Vem skall få förhandla? 188
6.3.5.4 Vad innebär det att ha rätt att förhandla? 191
6.3.5.5 Kollektivavtalet och dess rättsverkningar 194
6.3.5.6 Begränsningar av det förhandlingsbara området 195
6.3.5.7 Statliga intrång av ekonomiska skäl i den kollektiva förhandlingen 197
6.3.5.8 Utsträckning av kollektivavtal 200
6.3.5.9 Främja 201
6.3.5.10 Strejk och artikel 4 203
6.3.5.11 Pådyvlade bindande förlikningsförfaranden 203

7 Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter 205
7.1 Inledning och tolkning 205
7.2 Godtagbara inskränkningsgrunder 207
7.3 Vem skall skyddas? 209
7.4 Förbud mot diskriminering 210
7.5 Gentemot vem skall den fackliga föreningsfriheten kunna utövas? 210
7.6 Rätten att bilda 211
7.7 Rätten att välja 212
7.8 Rätten att avstå från att ansluta sig till en fackförening 213
7.9 Facklig aktivitet 215
7.10 Strejk 216
7.11 Skydd mot antifacklig diskriminering och repressalier 219
7.12 Relationen mellan ILO-konvention 87 och artikel 22 IKMPR 222

8 Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter 227
8.1 Inledning och tolkning 227
8.2 Vem skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackförening? 230

8.3 Förbud mot diskriminering 230
8.4 Godtagbara inskränkningar 231
8.5 Begränsningar i förenings stadgar 234
8.6 Efter eget val 235
8.7 Otillåtna inskränkningar i rätten att bilda fackföreningar 236
8.8 Rätten att bilda och ansluta sig till nationella förbund och internationella fackföreningar 236
8.9 Rätten för fackföreningar att fritt utöva sin verksamhet 237
8.10 Rätten att strejka 242
8.11 Skydd mot facklig diskriminering 243
8.12 Relationen mellan ILO-konvention 87 och artikel 8 245

9 Europarådets sociala stadga 249
9.1 Inledning 249
9.2 Föreningsfrihet 250
9.2.1 Inledning 250
9.2.2 Godtagbara inskränkningar 250
9.2.3 Vad är en fackförening? 251
9.2.4 Vilka arbetstagare omfattas? 251
9.2.5 Förbud mot diskriminering 253
9.2.6 Friheten att välja fackförening 254
9.2.7 Negativ föreningsfrihet 254
9.2.8 Frihet att bilda fackförening 258
9.2.9 Rätten för fackföreningar att fritt organisera sin interna verksamhet 259
9.2.10 Frihet att utöva fackliga aktiviteter 261
9.2.11 Representativitet 263
9.2.12 Förbud mot diskriminering på facklig grund 264
9.2.13 Relation till Europakonventionen 264
9.3 Förhandlingsrätten 265
9.3.1 Inledning 265
9.3.2 Främja frivilliga förhandlingar 266
9.3.2.1 Innebörd av främja 266
9.3.2.2 Vad krävs för att en förhandling skall vara för handen? 267
9.3.2.3 Vem skall kunna förhandla kollektivt? 268
Krav på förhandlingspartners 268

Representativitetsaspekten 268
Undantag för offentliganställda 268
Vilka är offentliganställda? 269
9.3.2.4 Vem skall kollektivavtalet kunna tillämpas på? 270
9.3.2.5 Samband mellan artikel 5 och artikel 6:2 270
9.3.2.6 När kan den kollektiva förhandlingsrätten inskränkas och i vilken omfattning? 271
Intrång 271
Allvarlig ekonomisk kris 272
9.3.3 Förlikning och frivillig skiljedom i arbetstvister 273
9.3.4 Rätten att tillgripa kollektiva åtgärder i händelse av intressekonflikter, däri inbegripet strejk 274
9.3.4.1 När skall stridsåtgärd kunna vidtas? 274
Innebörd av intressekonflikt 274
Fredsplikt 275
Mot den egentlige arbetsgivaren 277
Sympatiåtgärder 278
Politiska strejker 278
9.3.4.2 Vem har rätt att vidta stridsåtgärd? 279
9.3.4.3 Reglering av stridsåtgärder 282
9.3.4.4 Gränserna för godtagbara begränsningar av strejkrätten 284
Inskränkning genom kollektivavtal 284
Allmänna förutsättningar för inskränkningar enligt artikel 31 285
Offentliganställda 289
Minimiservice 290
9.3.4.5 Godtagbar konsekvens av stridsåtgärd för arbetstagarna 291

10 Europakonventionen 294

10.1 Facklig föreningsfrihet 294
10.1.1 Inledning 294
10.1.2 Godtagbara inskränkningsgrunder 295
10.1.3 Staten som arbetsgivare 297
10.1.4 Krav på positiv statlig aktivitet för att reglera relationen mellan enskilda 298
10.1.5 Vilka omfattas? 301
10.1.6 Rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar som individuell rättighet 301

10.1.7 Rätten för fackföreningar att fritt organisera sin interna verksamhet 304
10.1.8 Frihet att utöva fackliga aktiviteter 306
10.1.8.1 Inledning 306
10.1.8.2 Kollektiv förhandling 308
10.1.8.3 Stridsåtgärder 315
10.1.8.4 Några kommentarer 324
10.1.9 Relationen mellan artikel 11 och artikel 14 327
10.1.9.1 I allmänhet 327
10.1.9.2 Representativitetsaspekten 331
10.1.10 Negativ föreningsfrihet 334
10.1.10.1 Inledning 334
10.1.10.2 Young, James and Webster 334
Fallet i domstolen 334
Kommentar 338
10.1.10.3 Sibson 340
Fallet i domstolen 340
Kommentar 341
10.1.10.4 Sigurjónsson 342
Fallet i domstolen 342
Kommentar 347
10.1.10.5 Gustafsson 349
Fallet i domstolen 349
Kommentar 354
10.1.11 Relationen mellan den positiva och den negativa föreningsfriheten 358
10.2 Europakonventionens relation till Europarådets sociala stadga och till ILO- och FN-konventionerna 360

11 Sammanfattning – likheter och skillnader i utformningen av den fackliga föreningsfriheten i internationella mänskliga rättighetsinstrument 364
11.1 Inledning 364
11.2 Friheten att bilda, ansluta sig och avstå från att ansluta sig till en fackförening 365
11.3 Friheten för fackföreningar att fritt organisera sin interna verksamhet 367
11.4 Förbud mot diskriminering på facklig grund 369

11.5 Friheten för fackförening att organisera sin externa verksamhet – rätten till kollektiv förhandling och rätten att vidta stridsåtgärder 371
11.5.1 Rätten till kollektiv förhandling 371
11.5.1.1 Inledning 371
11.5.1.2 Erkännande i rättsordningen 372
11.5.1.3 Åtnjutande av förhandlingskapacitet 372
11.5.1.4 Skydd av parternas autonomi rörande förhandling och resultat 373
11.5.1.5 Kollektivavtalets bindande verkan 373
11.5.1.6 Främja utnyttjandet av kollektiv förhandling 373
11.5.1.7 Summering 374
11.5.2 Rätten att vidta stridsåtgärder 376
11.6 Avslutande reflektioner 380

DEL III 385

12 Den fackliga föreningsfriheten som grundläggande rättighet i EU 387
12.1 Inledning 387
12.2 Kompetensfrågan 389
12.3 Vad innefattas i begreppen föreningsrätt och strejkrätt i artikel 137:5 EGF? 393
2.4 Skyddet för grundläggande rättigheter i EU 397
12.4.1 Fördragsbestämmelser 397
12.4.2 Särskilt om grundläggande rättigheter enligt artikel 6:2 EUF 403
12.4.2.1 Europakonventionen 403
12.4.2.2 Medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner 404
12.4.2.3 Andra källor 407
12.4.3 1989 års stadga om sociala rättigheter för arbetstagare 412
12.4.4 Särskilt om den fackliga föreningsfriheten som grundläggande rättighet 416
12.4.5 EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna – fördjupning 420
12.4.5.1 Inledning 420

12.4.5.2 Bakgrund 420
12.4.5.3 Utarbetandet 425
12.4.5.4 Rättslig status 427
12.4.5.5 De materiella bestämmelserna 435
12.4.5.6 Stadgans räckvidd 438
12.4.5.7 Att respektera, iaktta och främja 440
12.4.5.8 Status quo 448
12.4.5.9 Godtagbara inskränkningsgrunder 449
12.4.5.10 Relation till andra MR-instrument 453
12.4.5.11 Respekt för sig själv 458
12.4.6 Den fackliga föreningsfriheten, artikel 12 i EU-stadgan 459
12.4.7 Rätten att förhandla kollektivt och tillgripa kollektiva åtgärder, artikel 28 i EU-stadgan 466
12.4.7.1 Inledning 466
12.4.7.2 Hänvisningen till gemenskapsrätt och nationell lagstiftning och praxis 467
12.4.7.3 En individuell och en kollektiv rättighet 470
12.4.7.4 Substans 472
12.4.8 Stadgans inverkan på omfattningen av artikel 7 och 49 EUF – exkurs 479
12.5 Sammanfattning – skyddet för den fackliga föreningsfriheten som grundläggande rättighet i gemenskapsrätten 480
12.6 Diskrimineringsdirektiven – exempel på inskränkning av den kollektiva föreningsfriheten och förstärkning av den individuella 482

13 Svensk rätt i belysning av Sveriges internationella åtaganden 488
13.1 Inledning – enskilda aspekter 488
13.2 Föreningsfriheten i svensk rätt 492
13.2.1 Regeringsformen 492
13.2.2 Medbestämmandelagen 498
13.3 Några enskilda jämförelser mellan svensk rätt och internationella åtaganden rörande facklig föreningsfrihet 505
13.3.1 Inledning 505
13.3.2 Interna förutsättningar för medlemskap, finns det externa regler? 506

13.3.2.1 Inledning 506
13.3.2.2 Svensk rätt före 1995 507
13.3.2.3 Svensk rätt efter 1995 514
Europakonventionen 514
EU 516
13.3.2.4 Folkrättsliga åtaganden 518
13.3.2.5 Sammanfattande kommentar 520
13.3.3 Arbetssökande 522
13.3.3.1 Inledning 522
13.3.3.2 Svensk rätt före 1995 522
13.3.3.3 Svensk rätt efter 1995 a 533
13.3.3.4 Folkrättsliga åtaganden 534
13.3.3.5 Svensk rätt efter 1995 b – Europakonventionen 537
13.3.3.6 Sammanfattande kommentar 538
13.3.4 Negativ föreningsfrihet 541
13.3.4.1 Inledning 541
13.3.4.2 Svensk rätt före 1995 542
13.3.4.3 Svensk rätt efter 1995 547
Europakonventionen 547
EU 559
13.3.4.4 Folkrättsliga åtaganden 560
13.3.4.5 Sammanfattande kommentar 562
13.3.5 Statens rätt att ogiltigförklara kollektivavtal och inskränka förhandlingsutrymmet 562
13.3.5.1 Inledning 562
13.3.5.2 Svensk rätt 562
Europakonventionen 563
13.3.5.3 Folkrättsliga åtaganden 564
a) Retroaktivt ogiltigförklara gällande kollektivavtal, ILO 564
b) Principen för inskränkningar i det förhandlingsbara området, ILO 568
Andra folkrättsliga åtaganden 570
13.3.5.4 Sammanfattande kommentar 571
13.3.6 Vem eller vad har rättsligt sett tillgång till strejkvapnet? 571
13.3.6.1 Inledning 571
13.3.6.2 Svensk rätt 572
13.3.6.3 Folkrättsliga åtaganden 575
13.3.6.4 Bedömning av svenska förhållanden 577
13.3.7 Fredsplikt och dolda klausuler 578

13.3.7.1 Inledning 578
13.3.7.2 Svensk rätt 579
13.3.7.3 Folkrättsliga åtaganden 582
13.3.7.4 Bedömning av svensk rätt 583

14 Avslutning 585

14.1 Två rättigheter 585
14.2 Innebörden av den fackliga föreningsfriheten och dess förhållande till svensk rätt 586
14.3 Måste EU respektera de behandlade folkrättsliga normerna i sin verksamhet? 591
14.4 Europeiseringens betydelse för de folkrättsliga normernas ställning i svensk rätt 592
14.5 Klargörandet ligger i våra händer 594

Summary 595

Offentligt tryck m.m. 607

Litteraturförteckning 628

Sakregister 643

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
ARK	Arbetsrättskommittén
BrB	Brottsbalken
C	Conclusions
CCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
CEEP	European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest
CESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
CFA	Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO
CMLR	Common Market Law Review
CO	Concluding observations
DN	Dagens Nyheter
Ds	Departementsserie
ECHR	European Court of Human Rights
ECOSOC	Economic and Social Council (FN)
ED	Europadomstolen för de mänskliga rättgheterna
EFS	Europeiska fackliga samorganisationen (engelska ETUC)
EG	Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas tidning
EJIL	European Journal of International Law
EK	Expertkommittén (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations)
EKMR	Den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ELR	European Law Review
ERT	Europarättslig tidskrift
ESS	Europarådets sociala stadga
EU	Europeiska unionen
FFI	International Confederation of Free Trade Unions
FFK	Föreningsfrihtetskommittén (se CFA)
FN	Förenta Nationerna
GAOR	General assembly official records
GC	General comment
GS	General survey
HRC	Human Rights Committee
HRJ	Human Rights Journal

HRLJ	Human Rights Law Journal
HRQ	Human Rights Quarterly
IJCLLIR	International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
IKMPR	Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter
IKESKR	Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
ISLLSS	International Society for Labour Law and Social Security
ILJ	Industrial Law Journal
ILO	International Labour Organisation (Internationella arbetsorganisationen)
ILRR	Industrial & Labour Relations Review
ILR	International Labour Review
ITF	International Transport Workers' Federation
JIR	Journal of Industrial Relations
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KESKR	Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
LIEI	Legal Issues of European Integration
LO	Landsorganisationen i Sverige
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review
MR	mänskliga rättighets
NARK	Nya arbetsrättskommittén
NAT	Nordisk Administrativt Tidsskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
PW	Preparatory work
ResChS	European Social Charter Resolution
RecChS	European Social Charter Recommendation
RHRC	Report of the Human Rights Committee
RÅ	Regeringens årsbok
SAF	Svenska arbetsgivarföreningen
SACO	Svenska Akademikers Centralorganisation
SN	Svenskt näringsliv
SOU	Statens offentliga utredningar
SvD	Svenska Dagbladet
SvJT	Svensk Juristtidning
SÖ	Statens överenskommelser
TCO	Tjänstemännens Centralorganisation
TRf	Tidsskrift for rettsvitenskap
UEAPME	European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises
UK	United Kingdom
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederation
WTO	World Trade Organisation

DEL I

1 Inledning

1.1 En rörligare värld

Gränserna mellan staterna har på många sätt fått en ny innebörd. Handelshinder har eliminerats och transnationella företag har etablerats. I en värld där stater och privata aktörer allt oftare agerar över nationsgränserna ökar behovet av gemensamma normer. De mänskliga rättigheterna utgör härvid en naturlig utgångspunkt.

EU:s verksamhet har som exempel redan kommit att präglas av detta samspel. Ett av EU:s övergripande syften är att säkerställa att arbetstagare, företag, varor och kapital fritt kan röra sig över gränserna. I EU-fördragets artikel 6:1 anges att unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen. Det innebär både att EU i sin verksamhet måste respektera de grundläggande rättigheterna (6.2 EUF och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna) och att medlemsstaterna måste garantera sina medborgare ett tillfredsställande skydd.[1]

Även i andra internationella fora som har till syfte att underlätta transnationell rörlighet som WTO och OECD diskuteras möjligheten att införa krav på att medlemmarna skall följa grundläggande normer med koppling till de mänskliga rättigheterna när de agerar inom organisationernas ramar. OECD har utarbetat riktlinjer för multinationella företag med säte i medlemsländerna. Riktlinjerna anger hur företag skall agera mot arbetstagare och det omgivande samhället på platser där de verkar. Riktlinjerna utgår från ILO:s kärnkonventioner och rör facklig föreningsfrihet, förbud mot tvångsarbete och barnarbete samt avskaffande av diskriminering vid anställning och yrkesutövning.[2] ILO bedriver själv

[1] Åsidosätter en medlemsstat allvarligt och ihållande de mänskliga rättigheterna kan nämligen övriga medlemsstater besluta om att innehålla medlemsstatens rättigheter (artikel 7 EUF). Att en stat respekterar de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna utgör en förutsättning för att kunna upptas som ny medlem i unionen (49 EUF).

[2] Om OECDs kod se Ahlberg, EU&Arbetsrätt nr 3 /2001 s. 2–3 och OECD, International Trade and Core Labour Standards, 2000, Paris OECD. Om ILO:s kärnkonventioner se s. 63. Om diskussionerna inom WTO se Leary, The WTO and the Social Clause, och

en aktiv kampanj för att få medlemsländerna att ratificera sina ovan nämnda kärnkonventioner och EU tillämpar de normer som gäller internt även i sina externa förbindelser.[3]

De mänskliga rättigheternas ställning stärks kontinuerligt. Detta gör sig inte minst gällande i en europeisk kontext.

För att respekten för de mänskliga rättigheterna skall få ett adekvat genomslag måste, förutom politisk vilja, kunskap om deras innehåll finnas tillgängligt.[4] Det är i ljuset av det kunskapsbehovet denna undersökning skall ses. Undersökningen syftar till att utröna vissa moment av en mänsklig rättighet – den fackliga föreningsfriheten.

Den fackliga föreningsfriheten innefattas i internationella instrument som avser att skydda de mänskliga rättigheterna. Den återfinns både som en aspekt av den allmänna föreningsfriheten[5] och som en självständig rättighet.[6] Med facklig föreningsfrihet avses rätten för arbetstagare och arbetsgivare att fritt bilda och ansluta sig till organisationer för att tillvarata sina intressen.

På många håll utsätts människor fortfarande för tortyr, mord och trakasserier för att de försöker verka i och bilda fackföreningar.[7] Betydelsen av respekt för den fackliga föreningsfriheten betonas i flera internationella handels- och industrifora liksom inom den internationella arbetsorganisationen (ILO).[8] Den verksamhet handels- och industriorganisationerna

---

Malmberg & Johnsson, Social Clauses, s. 18 ff. Kort om WTO-mötet i Seattle och resultaten som uteblev se OECD-observer, Policy Brief, International Trade and Core Labour Standards, s. 2, October, 2000.

[3] Se artiklarna 177:2 och 181 a (1) EGF och artikel 11 EUF. Se också Brandtner & Rosas, Human Rights and the External relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice, s. 468–490.

[4] Se Ben-Israel s. 8 och Leary, 1982, s. 152, Leary säger vilket i och för sig kan tyckas vara en truism men ändå. "It is clear that international policies concerning human rights and other social and econonic matters cannot be carried out unless national law implements international treaties".

[5] Artikel 22 i IKMPR och artikel 11 i EK.

[6] Artikel 8 IKESKR, artikel 5 och 6 i ESS, ILO-konventionerna nr 87 och nr 98.

[7] Se exempelvis klagomål som behandlats av ILO:s föreningsfrihetskommitté, Case no 2068, Colombia, report 328, 2002; Case 2148, Togo, Report 327, 2002; Case no 2116 Indonesia, report 328, 2002.

[8] Se exempelvis om kopplingen mellan antagandet av ILO:s deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetet och diskussionerna inom WTO. Bellace, The ILO Declaration of Fundamental principles at Work, s. 273. Både OECD och EU har riktat intresset mot bland annat den fackliga föreningsfriheten. Om många av dessa projekt kan man läsa i EU&arbetsrätt nr 3 2001 under temat Hur blir världen rättvisare, s. 2–3 av Ahlberg.

administrerar har kopplingar till företagande och det anses vara centralt att arbetstagare i dessa har möjligheter att tillvarata sina intressen genom att organisera sig i fackföreningar och gemensamt söka uppfylla sina mål.

I Europa är i allmänhet skyddet för den fackliga föreningsfriheten väl utvecklat. Dess betydelse betonas. Det utgör exempelvis en förutsättning för medlemskap i EU att den fackliga föreningsfriheten till fullo respekteras nationellt och att statsmakten främjar uppkomsten av fungerande arbetsmarknadsrelationer.[9]

I Sverige har fackföreningarna sedan länge kunnat verka fritt. Sverige har ofta setts som ett föredöme då det gäller funktionen av relationerna på arbetsmarknaden. Lagstiftaren har förutsatt att det svenska rättssystemet är förenligt med de internationella normer som formulerar den fackliga föreningsfriheten och som Sverige ratificerat och därmed åtagit sig att följa. Eftersom utgångspunkten har varit att svenska normer är förenliga med de internationella har intresset för att närmare undersöka innehållet i dem varit ganska svalt.[10] Det krävs dock kännedom om de internationella normernas specifika utformning för att med säkerhet kunna göra en sådan bedömning.

1.2 Frågeställningar, avgränsningar och syfte

1.2.1 Det folkrättsliga materialet

Den fackliga föreningsfriheten återfinns i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från 1948. Förklaringen är inte rättsligt bindande utan har kompletterats med två bindande konventioner, den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna samt den internationella konventionen om de medborgerliga och politiska rättigheterna. Den fackliga föreningsfriheten skyddas i den först nämnda konventionen som en självständig rättighet och i den andra

[9] Se rapporterna rörande ansökarländerna. I bedömningen av om ansökarländerna uppfyller kraven rörande de mänskliga rättigheterna undersöks avseende de fackliga rättigheterna i vilken mån landet uppfyller kraven i Europarådets sociala stadga. Se i The Copenhagen Criteria i Stategy report 2002 sid 1.4. 2002 regular report on Bulgaria's progress towards accession s. 32, Cyprus's s. 22, Estonia s. 29, Hungary s. 30, Latvia s. 29, Poland, Romania s. 35, Slovakia s. 29, Slovenia s. 27, Malta s. 20, Turkey s. 41, När det gäller Turkiet som ej antagit de aktuella bestämmelserna i Europarådets sociala stadga hänvisas till praxis från ILO. Se också Ahlberg, Viktiga institutioner saknas när nya medlemmar skall förverkliga EU:s arbetsrätt, EU&arbetsrätt, nr 4/2002 s. 3.

[10] Se dock (red.) Agell, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden och Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden.

som en aspekt av den allmänna föreningsfriheten. Förklaringen och de två konventionerna utgör utgångspunkten för det FN-baserade begreppet de mänskliga rättigheterna.[11] Omfattningen av den fackliga föreningsfrihet som återfinns i dessa instrument kommer således att studeras.

Även andra instrument måste emellertid beaktas. FN uppdrog nämligen åt ett särskilt underorgan, den Internationella arbetsorganisationen (ILO), att ansvara för förbättrandet av arbetstagarnas arbets- och levnadsförhållanden. ILO:s arbete har varit av central betydelse för utvecklandet av den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet. Utgångspunkten för det arbetet är ILO-konvention nr 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och ILO-konvention nr 98 angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten. Dessa konventioners innehåll kommer att behandlas.

Därutöver återfinns den regionala dimensionen. Regionala organisationer har bildats för att särskilt ansvara för skyddet av de mänskliga rättigheterna inom sin region. Utgångspunkten för utformningen av det regionala skyddet är att det kan anpassas till regionala omständigheter och därför göras effektivare. I den här undersökningen utgår det regionala perspektivet från Europa. Där har Europarådet iklätts uppgiften att värna skyddet för de mänskliga rättigheterna. De viktigaste instrument som antagits för att uppfylla detta syfte är den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och Europarådets sociala stadga. Den fackliga föreningsfriheten återfinns i båda dessa instrument.

Till de internationella instrumenten har olika övervakningsorgan kopplats med uppgift att övervaka att de ratificerande staterna lever upp till sina åtaganden. När övervakningsorganen analyserar nationell rätt i ljuset av konventionstexterna framträder en mer fördjupad bild av konventionernas innehåll. Dessa övervakningsorgans praxis intar därför en central plats i detta arbete.

[11] Se Brownlie 1998, s. 573 ff och Bring/Mahmoudi s. 101 Se också van Boven som menar att deklarationen tillsammans med 1966 års konventioner och tilläggsprotokoll utgör en auktoritativ tolkning av FN-stadgans MR-klausuler. Han menar att dessa fyra instrument tillsammans utgör "the International bill of human rights", se van Boven, s. 3. Uppräkningen av de mänskliga rättigheterna som gjordes i den allmänna förklaringen år 1948 är dock inte statisk. Andra rättigheter kan komma att inordnas i begreppet mänsklig rättighet. Hur detta går till och vilka ytterligare rättigheter som i dag kan sägas åtnjuta denna status är dock ämnen som lämnas utanför detta arbete. Om internationella organisationers ställning och rätt att anta traktat i folkrätten, se Brownlie, 1998, s. 677 ff.

1.2.2 Det folkrättsliga upplägget

Som nämnts indelades de mänskliga rättigheterna i två grupper. Bakom denna indelning ligger en föreställning om att de två grupperna har olika juridiska egenskaper. Frågan om denna utgångspunkt är tillämplig i analysen av den fackliga föreningsfriheten diskuteras inledningsvis.

Den fackliga föreningsfriheten är en mångfasetterad mänsklig rättighet. Detta tydliggörs i övervakningsorganens praxis. Att penetrera varje aspekt av den är ogörligt inom avhandlingens ramar. Jag har därför valt att huvudsakligen beröra rättigheten utifrån arbetstagarnas perspektiv. Arbetsgivare tillerkänns i många fall motsvarande rättigheter. Dessa lämnas dock i princip utanför detta arbete.[12] Orsaken därtill är att arbetsgivares rättigheter inte ifrågasatts i någon större utsträckning. Detta pekar praxisens påtagliga fokusering på arbetstagarrelaterade aspekter på. Svenska arbetsgivare har emellertid avgivit klagomål. De har ansett att fackföreningarnas möjligheter att tillvarata sina intressen har kommit i konflikt med arbetsgivarnas fackliga föreningsfrihet.[13] Just den frågan kommer också att ägnas visst utrymme.

Jag har vidare valt att koncentrera framställningen kring *vissa* aspekter av den fackliga föreningsfriheten. Även om en kortfattad allmän presentation av utformningen av varje instruments fackliga föreningsfrihet görs så kretsar undersökningen kring fyra särskilda frågeställningar. Dessa lyder:

- Vad innebär det att arbetstagaren skall vara *fri* att bilda och ansluta sig till en fackförening. Innefattas exempelvis en rätt att välja vilken fackförening man vill ansluta sig till och en rätt att välja att inte ansluta sig till någon fackförening alls?
- Hur pass omfattande är fackföreningens frihet att organisera sin *interna* verksamhet – i vilken mån kan fackföreningen fritt välja sina medlemmar och behandla dem som de önskar?
- Vad innebär det att ha rätt att bilda och ansluta sig till en fackförening i relation till arbetsgivaren – i vilka situationer skall denna rätt kunna åberopas?

[12] Notera exempelvis att alla rättigheter i ILO-konvention 87 också tillkommer arbetsgivare, i ILO-konvention 98, tillkommer artikel 2 och 4 arbetsgivare, se mer i Valticis & von Potobsky och ILO GS 1994. Enligt Europarådets sociala stadga tillkommer artiklarna 5 och 6 också arbetsgivare, se Samuel, 2002, s. 103, 167f (om lockout). I Europakonventionen omfattas arbetsgivare av artikel 11 se exempelvis Gustafsson v Sverige, 25 April 1996, se också Källström, Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund, s. 15f.

[13] Gustafsson v Sweden, 25 April 1996 och Kellerman som hittills avgjorts i AD 1998 nr 17 till arbetgivarens nackdel. Klagomålet har dock förts vidare till Europadomstolen.

- Vad innebär det att syftet med bildandet av en fackförening är att tillvarata sina intressen? I vilken mån innefattar denna aspekt rätten till kollektiv förhandling och rätten att vidta stridsåtgärder?

Dessa frågeställningar speglar aspekter av den fackliga föreningsfriheten som är av central betydelse för den enskilde arbetstagaren. I viss mån tangerar de också gränserna för den fackliga föreningsfriheten. Omfattas exempelvis relationerna *mellan medlem och fackförening* i den fackliga föreningsfriheten? Denna fråga liksom den som rör omfattningen av skyddet mot *diskriminering på facklig grund i anställningen* berör frågan om den fackliga föreningsfrihetens *privaträttsliga dimension*. Mänskliga rättigheters främsta syfte har i allmänhet ansetts vara att reglera relationen mellan stat och individ. I vilken mån är den utgångspunkten adekvat för den fackliga föreningsfriheten?

Frågan om i vilken mån den *negativa föreningsfriheten* tillerkänns skydd i de internationella instrumenten är också oklar. Skyddet för rättighetens negativa aspekt har många gånger ansetts kunna hamna i konflikt med den fackliga föreningsfrihetens främsta syfte dvs. att tillerkänna arbetstagare möjligheten att sluta sig samman för att bättre tillvarata sina intressen. Hur har skyddet för den negativa föreningsfriheten utvecklats mot denna bakgrund?

Spörsmålet om i vilken mån rätten till *kollektiv förhandling* och *strejkrätt* innefattas i den fackliga föreningsfriheten är också en fråga av hög aktualitet. Detta gör sig inte minst gällande mot bakgrund av dessa rättigheters nära koppling till den fackliga föreningsfriheten i dess svenska och nordiska förståelse.

I en undersökning som syftar till att utröna omfattningen av en mänsklig rättighet som skyddas i ett antal internationella instrument kan det folkrättsliga materialet angripas antingen utifrån ett vertikalt eller ett horisontellt perspektiv. Med ett vertikalt angreppssätt behandlas innehållet i vart och ett av de internationella instrumenten för sig. Nackdelen därmed är att upprepningar blir oundvikliga och att likheter och skillnader i konventionernas innehåll blir svåröverskådliga. Fördelen är dock att varje konventions särskilda karaktär kommer till tydligt uttryck.

Med ett horisontellt angreppssätt byggs undersökningen upp utifrån specifika frågeställningar. De olika instrumentens lösning av den aktuella frågeställningen presenteras då samfällt. Nackdelen med ett sådant angreppssätt är att konventionernas särart blir svår att fånga. Fördelen är dock att man kan ringa in skillnader och likheter utan upprepningar.

Eftersom ett av undersökningens syften är att tillhandahålla kunskap om det materiella innehållet i svenska folkrättsliga åtaganden rörande

den fackliga föreningsfriheten skulle ett viktigt moment gå om intet om inte de olika instrumentens särart kom till uttryck. Sverige har åtagit sig att följa vart och ett av dessa instrument. Jag finner det därför angeläget att bidra med kunskap om varje åtagandes omfattning. För att inte gå miste om de fördelar det horisontella perspektivet medför avslutas den folkrättsliga delen med ett sammanfattande kapitel som tar upp olika frågeställningar utifrån ett horisontellt perspektiv. Däri påtalas bland annat de olika instrumentens likheter och skillnader utifrån de fyra angivna frågeställningarna och en analys av instrumentens inbördes förhållande görs. Två underliggande frågeställningar präglar denna del.

För det första undersöks om man kan identifiera några kärnmoment. Finns det moment av de aspekter jag behandlar som åtnjuter ett skydd i alla instrument? När rättigheterna i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna skulle ges konventionsform delades de upp i två grupper. Den ena gruppen innefattade ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och den andra innefattade medborgerliga och politiska rättigheter. Varje grupp tilldelades en egen konvention. Den fackliga föreningsfriheten återfinns som nämnts i bägge konventionerna. Europarådet gjorde en liknande uppdelning och utarbetade två separata instrument. Den fackliga föreningsfriheten åtnjuter skydd även i dessa bägge. Frågan om det finns en kärna som förenar de olika instrumenten aktualiseras särskilt mot bakgrund av att rättigheten återfinns i instrument som anses härbärgera två *olika* rättighets*typer*.

För det andra undersöks om utformningen av den regionala fackliga föreningsfriheten skiljer sig från den internationella. Den fackliga föreningsfriheten rymmer både en kollektiv och en individuell sida. När det gäller skiljelinjerna mellan den regionala och den internationella dimensionen uppmärksammar jag särskilt de olika betoningarna på instrumentens individuella och kollektiva sida. Exempel på individuella aspekter är den enskildes rätt att fritt välja vilken fackförening han eller hon vill tillhöra och den enskildes rätt att inte utsättas för diskriminering av arbetsgivaren på grund av fackligt medlemskap eller aktivitet. Delar av den individuella sidan har nära kopplingar till åsiktsfriheterna. Olika fackföreningar kan ju ha olika mål som bottnar i olika syn på samhället eller på fackföreningens funktion i samhället. Den enskildes val av fackförening kan därför vara åsiktsbaserad. Exempel på kollektiva aspekter är fackföreningens rätt att fritt organisera sin verksamhet i form av bland annat antagande av stadgar utan att utstå inblandning från det allmänna eller från arbetsgivaren och fackföreningens rätt att förhandla kollektivt och att sluta kollektivavtal. Rättighetens tyngdpunkt är kollektiv eftersom den i första hand syftar till att säkerställa att arbetstagare skall kunna sluta sig samman för att med gemensam styrka bättre kunna tillvarata

sina intressen gentemot arbetsgivaren. Den individuella sidan kan dock inte bortses ifrån. Ibland uppstår ett spänningsförhållande mellan dessa sidor.[14] Är det så att de individualistiskt präglade kontinentaleuropeiska traditionerna har fått något genomslag i utformningen av det europeiska skyddet för den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet? Hur har man i dessa instrument löst avvägningen mellan den fackliga föreningsfrihetens individuella och kollektiva sida? Skiljer den avvägningen sig från den ILO-baserade uttalat kollektiva betoningen?[15] Eller är det kanske så att skiljelinjen mellan det individualistiska och det kollektiva snarare bör återkopplas till om rättigheten formuleras som en självständig rättighet eller formuleras som en del av den allmänna fackliga föreningsfriheten?

Utformningen av skyddet för den fackliga föreningsrätten i den svenska rättsordningen syftar till att säkra förhandlingsrätten och rättighetens kollektiva sida dominerar. Denna prioritering har ansetts nödvändig för det svenska arbetsmarknadssystemets funktion. Det finns svenska aktörer som hyser hopp om att den europeiska dimensionen skall tillföra dem ett starkare skydd för den fackliga föreningsfrihetens individuella sida.[16] De menar att fokus på den fackliga föreningsfrihetens kollektiva sida i svensk rätt kränker deras individuella fackliga föreningsfrihet. Finns det något fog för att hysa ett sådant hopp?

1.2.3 Det svenska perspektivet

1.2.3.1 Inledning

Kunskap om omfattningen av den fackliga föreningsfriheten i de behandlade internationella instrumenten har betydelse för den svenska rättsordningen. Sverige har ratificerat alla de behandlade internationella

[14] Jfr Källström, Grundläggande rättigheter kan förhindra sociala målsättningar inom unionen och Källström, Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund s. 16ff.

[15] Det främsta syftet med föreningsfriheten i ILO-konvention 87 är att få förmåga att sluta kollektivavtal, se Freedom of Association and Industrial Relations, Report VII, International Labour Conference, 30th Session, Geneva, 1947 s. 52. EK GS 1959, p. 153, conclusions. Se också Digest 1996, p. 799.

[16] I Europadomstolen ligger ett mål som rör denna aspekt (Kellerman) och den Europeiska sociala kommittén har antagit ett klagomål som också berör detta spänningsförhållande, SN har i klagomålet berört flera punkter rörande brister i skyddet för den negativa föreningsfriheten, nämligen förekomst av granskningsarvoden och organisationsklausuler, samt avsaknad av skydd för den negativa föreningsfriheten i lag, Collective complaint no 12/2002, European Committee of Social Rights, Decision on admissibility, 19 June 2002. Svenska AD har dock redan behandlat klagomålen till arbetsgivarpartens nackdel AD 1998 nr 17 och AD 2001 nr 20.

instrumenten och således åtagit sig att följa dem. I undersökningens andra del anläggs ett svenskt perspektiv. Hur förhåller sig svensk rätt till dessa åtaganden?

1.2.3.2 EU-medlemskapets betydelse

För att kunna svara på den frågan undersöks inledningsvis EU-medlemskapets betydelse i detta avseende. EG-rätten utgör en egen rättsordning skild från både folkrätt och nationell rätt. Gemenskapsrätten är dock också en del av svensk rätt.[17] Sverige har överlåtit en del av sin lagstiftningskompetens till EU och Sverige är skyldigt att tillämpa och ge effekt åt de rättsakter EU antar.[18] EG-rätten har företräde i den mån den hamnar i konflikt med nationell rätt[19] och nationell rätt skall tillämpas EG-rättskonformt.[20] När det gäller folkrättsliga förpliktelser som en stat ingått före EU-medlemskapet med tredje land kan dessa dock inte sättas åt sidan vid konflikt med EG-rätten (artikel 307 EGF). Den berörda medlemsstaten måste dock vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja oförenligheten med EG-rätten.[21]

EU är emellertid, vilket är centralt för undersökningen, skyldig enligt artikel 6:2 EUF att respektera de grundläggande rättigheterna som allmänna principer för gemenskapsrätten. EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna har stor betydelse för fastställandet av omfattningen av dessa grundläggande rättigheter. Diskussioner om stadgans framtida status förs också i konventet om EU:s framtid. Mycket tyder på att stadgan på ett eller annat sätt kommer att bindas till EU:s fördrag och bli direkt bindande. Dess betydelse som gränssättare för EU:s verksamhet förväntas bli omfattande.

I behandlingen av EG-rätten använder jag mig inte av ett vertikalt angreppssätt utan i huvudsak ett horisontellt. Jag har nämligen valt att låta denna del kretsa kring frågan om i vilken mån EG-rätten *kan* komma att påverka skyddet för de folkrättsliga åtagandena i svensk rätt. Syftet är således inte att göra någon heltäckande studie av om och i så fall hur EU själv utformat ett substantiellt skydd för den fackliga föreningsfriheten i den gemenskapsrättsliga rättsordningen. Jag gör dock ett nedslag i sekundärrätten för att illustrera att EU genom sin lagstiftande verk-

[17] Bernitz & Kjellgren, 2002, s. 79.
[18] Se t.ex. Bernitz & Kjellgren, s. 77 och Maier, s. 137 ff.
[19] Bernitz & Kjellgren, s. 79 ff och Droege & Lysén, s. 109 ff och Maier s. 139 ff och Melin & Schäder, s. 44 ff.
[20] Bernitz & Kjellgren, s. 89 ff och Droege & Lysén, s. 113 ff.
[21] Se artikel 307 EGF. Se också Nielsen, EU-arbejdsret, s. 84 f och 192.

samhet inom ramen för de gränser som fastställs genom artikel 6:2 EUF och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna kan komma att förstärka skyddet av vissa moment av den fackliga föreningsfriheten i den svenska rättsordningen.

Det primära syftet med denna del är dock att utröna om den fackliga föreningsfriheten innefattas i de grundläggande rättigheter EU måste respektera och vilken innebörd det i så fall har. Därigenom klargörs om och i så fall hur EU-medlemskapet kan inverka på de svenska folkrättsliga skyldigheterna rörande den fackliga föreningsfriheten.

Bakgrunden till detta val är att jag i dagsläget anser det vara mer meningsfullt än att söka inordna de disparata moment i gemenskapens rättsordning som ger substantiellt skydd åt den fackliga föreningsfriheten i det MR-baserade regelverket.

1.2.3.3 Analys av svensk rätt i ljuset av folkrättsliga åtaganden och europeiskt inflytande

För att undersöka hur svensk rätt förhåller sig till de folkrättsliga åtagandena rörande den fackliga föreningsfriheten nöjer jag mig med att göra fem nedslag i svensk rätt. En heltäckande analys ryms inte inom undersökningens ramar. Den gemensamma nämnaren för ämnesvalen är att de på olika sätt uppvisar *aktualitet* och enligt min bedömning *förtjänar en närmare studie* mot bakgrund av dess rättsliga utformnings förhållande till den folkrättsligt betingade fackliga föreningsfriheten. Förutom att diskutera om utformningen av svensk rätt på dessa punkter lever upp till de internationella åtagandena så skall jag illustrera hur eventuell diskrepens, inom ramen för principen om fördragskonform tolkning, kan undanröjas. Dessutom uppmärksammas de förändringar som svensk rätt redan genomgått på grund av inkorporeringen av Europakonventionen och kommer att genomgå vid implementeringen av den behandlade EU-rätten. En fråga som avslutningsvis ställs är på vilket sätt utformningen av den fackliga föreningsfriheten i svensk rätt påverkas av dessa internationella influenser?

Undersökningen syftar till att öka kunskapen om omfattningen av den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet, öka förståelsen för de internationella instrumentens samspel och särart och öka insikten i hur svensk rätt kan analyseras utifrån dessa folkrättsliga åtaganden.

1.3 Om ratifikation och tolkning av internationella konventioner

De mänskliga rättigheterna kommer till uttryck i konventioner eller traktat, det vill säga mellanstatliga avtal. De konventioner jag behandlar har ratificerats av Sverige. Det innebär att Sverige förbundit sig att fullgöra traktaten enligt principen om *pacta sunt servanda*. Principen om *pacta sund servanda* utgör folkrättslig sedvanerätt och är på så sätt allmänt bindande.[22] Denna princip kommer också till uttryck i artikel 26 i Wienkonventionen om traktaträtten som Sverige ratificerat.[23] I Wienkonventionen har sedvanerättsliga principer för tolkningen av traktat kodifierats.[24] I dess artikel 31 anges att ett traktat skall tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrund av traktatens ändamål och syfte. Tolkningen skall alltså utgå från texten. Texten skall dock tolkas i ljuset av konventionen i sin helhet och mot bakgrund av konventionens syfte och sammanhang. Ingressen och bilagor kopplade till konventionen anses centrala för att förstå sammanhanget.[25] Enligt artikel 31 (3)b skall *utöver* sammanhanget också hänsyn tas till efterföljande praxis vid traktatens tillämpning, som ådagalägger enighet mellan parterna om traktatens tolkning. Med praxis avses här staternas agerande. Enighet skall dock råda mellan parterna. *Alla* traktatsstater måste således agera till följd av deras gemensamma uppfattning om traktatens innehåll. En sådan enighet kan vara svår att uppnå rörande konventioner med ett hundratal ratificerande stater. Troligen kan dock också praxis av en majoritet av konventionens parter få betydelse för tolkningen. Brownlie menar också att "subsequent practice by individual parties also has some probative value".[26]

Enligt artikel 32 kan supplementära tolkningsmedel utnyttjas när de medel som anges i artikel 31 inte undanröjer en oklarhet eller leder till uppenbart orimliga resultat. Förarbeten och omständigheter vid traktatens ingående nämns som exempel på sådana supplementära tolkningsmedel. Förarbetena utgör emellertid en svårbehandlad källa som skall utnyttjas med försiktighet.[27] De har heller inte utnyttjats i någon avgö-

[22] Bring & Mahmoudi s. 12 och Nielsen & Rehof, s. 9.
[23] Prop. 1974:158, SÖ 1975:1.
[24] Wienkonventionen trädde i kraft år 1980 då erforderligt antal stater anslutit sig till den, se Brownlie, 1998, s. 608.
[25] Artikel 31:2 Wienkonventionen och Brownlie, 1998 s. 634f.
[26] Brownlie, 1998, s. 635.
[27] Brownlie 1998, s. 635f.

rande utsträckning av övervakningsorganen när de tolkat de konventioner den här undersökningen behandlar.

När det gäller tolkning av traktat rörande de mänskliga rättigheterna kommer dock ytterligare en tolkningsprincip till användning. De mänskliga rättigheterna syftar enligt ingressen i FN:s allmänna förklaring till att säkerställa "erkännandet av det inneboende värdet hos alla medlemmar av människosläktet och av deras lika och oförytterliga rättigheter för frihet, rättvisa och fred i världen". Vad som kan anses oundgängligt för erkännandet av människans inneboende värde är dock inte statiskt. Nya aspekter kan tillkomma och andra kan te sig mindre angelägna under tidernas lopp. De mänskliga rättigheterna tolkas därför i ljuset av sin samtid. Denna dynamiska aspekt kan kopplas till Wienkonventionens artikel 31(3)b enligt vilken staterna gemensamt genom handling kan visa vilket innehåll en bestämmelse skall ha. Europadomstolen tillämpar denna dynamiska tolkningsprincip, "the standards of the Convention are not regarded as static, but as reflective of social changes".[28] Rättigheternas innehåll förändras således något över tiden. Europadomstolen ställer dock krav på stor rättslig samstämmighet hos de fördragsslutande staterna för att ta nya steg.[29] Spår av dynamisk tolkning återfinns också i andra övervakningsorgans praxis.

När de övervakningsorgan som kopplats till de behandlade konventionerna analyserar nationell rätt och dess förenlighet med konventionernas förpliktelser tolkar de förpliktelsernas omfattning. Denna praxis kan vara till stor hjälp när enskilda stater skall bedöma omfattningen av ett åtagande. Det är därför av intresse att diskutera denna praxis rättsliga värde.

De slutsatser övervakningsorganen kommer fram till är inte, med ett undantag, formellt bindande. De har heller inte givits formell auktoritativ rätt att tolka konventionerna. Undantaget är Europadomstolen. Dess domar är bindande för staterna.[30] Övriga övervakningsorgans tolkningskompetens kan dock anses följa logiskt av det faktum att de givits uppgiften att granska de fördragsslutande staternas rapporter om nationell rätt och uttala sig om nationell rätts förenlighet med det internationella åtagandet.[31] Övervakningsorganen har i allmänhet tillkommit i enlighet

[28] van Dijk & van Hoof s. 77 ff. Se också ECHR Tyrer v UK, 25 april 1978, p. 15, och ECHR Sigurjónsson v Iceland, 30 juni 1993, p. 15.

[29] Se också van Dijk & van Hoof, s. 78.

[30] Sverige underkastade sig denna praxis när en förklaring om erkännande av domstolens jurisdiktion avgavs år 1966. I och med inkorporeringen av Europakonventionen i svensk lag gjordes erkännandet obegränsat i tid, prop. 1993/94:117, s. 45–46.

[31] Se t.ex. Valticos & von Potobsky, s. 68 och Ben-Israel, s. 57.

med de enskilda konventionernas föreskrifter. De tillsätts av organisationernas beslutande organ och de beslutande organen utgår från deras praxis i sin verksamhet och rekommenderar medlemsstaterna att åtfölja kommittéernas rekommendationer. Inom sina egna system anses de alltså vara de rättsliga uttolkarna av konventionernas bestämmelser.[32]

En fråga är dock om praxisen erkänts i de folkrättsliga rättskällorna. I artikel 38 i internationella domstolens stadga anges vilka rättsregler domstolen skall använda i sin rättstillämpning. Artikel 38 utgör i regel utgångspunkten för framställningar om folkrättens rättskällelära.[33] De rättsregler domstolen skall tillämpa är:

a) allmänna eller speciella internationella överenskommelser, vilka fastställa av de tvistande staterna uttryckligen erkända rättsregler;
b) internationell sedvänja, utgörande bevis för en allmän praxis, godtagen såsom gällande rätt;
c) allmänna, av de civiliserade folken erkända rättsgrundsatser;
d) med förbehåll för bestämmelsen i artikel 59 rättsliga avgöranden och de olika ländernas mest sakkunniga författares lärosatser, såsom hjälpmedel för fastställande av gällande rätt.[34]

För vår frågeställning är framförallt punkt d av intresse. Doktrinen som där åberopas anses utgöra en subsidiär rättskälla.[35] Doktrinen kan på så sätt ge stöd åt domstolen när den skall tolka exempelvis internationella konventioner som omnämns i punkt a. Enligt min uppfattning bör praxisen som utgår från övervakningsorganen kunna likställas med den doktrin som åberopas i artikel 38d.[36] Praxisen formuleras i allmänhet av

[32] Om ILO, Valticos & von Potobsky, s. 284 och Samson, s. 162–163 och Bartolomei de la Cruz m.fl., s. 36 och EK sess. 76, 1989, UK, s. 303. ILO:s expertkommittés rapporter ligger till grund för de diskussioner som sedan följer i konferenskommittén med de enskilda staterna om brister i efterlevnaden. Konferenskommittén inlämnar sedan en rapport till arbetskonferensen som i regel antar rapporten, se Bartilomei de la Cruz m.fl. s. 81 ff. Om Europarådets övervakningsorgan, Evju, European Social Charter, s. 23 och Harris s. 326–329 och Sigeman, Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 48, (Europeiska kommittén för sociala rättigheter). Europarådets ministerkommitté rekommenderar regeringarna att beakta observationerna i den europeiska kommitténs konklusioner och regeringskommitténs rapporter, se t.ex. ResChS(2001)2 och ResChS(2001)5 samt baserar sina rekommendationer till de enskilda staterna, med anledning av det kollektiva klagomålsförfarandet på kommitténs ställningstagande, se t.ex. Recommendation RecChS(2001)1 rörande Collective complaint No. 6/1999.

[33] Se vidare i Bring & Mahmoudi, s. 21.

[34] Svensk översättning hämtad ur Traktatsamling i folkrätt, Melander & Strömberg, s. 194.

[35] Bring & Mahmoudi, s. 25.

[36] Jfr Brownlie, 1998, s. 25.

ett antal jurister som är experter inom det område övervakningen avser. Resultatet kan därför ses som ett doktrinbaserat konsensus. Därmed finner övervakningsorganens praxis sin plats även i detta avseende. Internationella domstolen i Haag har inte själv prövat innehållet i något av de i undersökningen behandlade traktaten.[37] Europadomstolen använder dock övervakningsorganens praxis för att utröna omfattningen av ILO-konventioner och Europarådets sociala stadga i sin praxis.[38]

Övervakningsorganen tillämpar i allmänhet Wienkonventionens principer om traktattolkning[39] och övervakningsorganens praxis intar formen av ett hjälpmedel för fastställande av gällande rätt.[40] Övervakningsorganens praxis kan således precisera innebörden av ett konventionsåtagande. Konventionsåtagandet i sig utvecklas därigenom. Omfattningen av praxisens enhetlighet och konsistens torde vara avgörande för dess betydelse som uttolkare av en folkrättslig bestämmelse. För att fastställa innebörden av ett konventionsåtagande måste därför praxis på området analyseras.[41]

1.4 Relationen mellan internationell och svensk rätt

1.4.1 I allmänhet

Den svenska regeringsformen saknar bestämmelser om relationen mellan svensk rätt och folkrätt. Den officiella synen på detta förhållande är dock i stor utsträckning dualistiskt präglad.[42] Enligt dualismen betraktas internationell rätt och nationell rätt som två separata rättssystem.[43] Syn-

[37] Internationella domstolen har tolkat ILO-konventioner i ett par mål under 1920-talet och början av 1930-talet. Vid den tiden hade ännu inte någon praxis egentligen utvecklats. Se t.ex. PCIJ, November 15th 1932, Interpretation of the Convention 1919 concerning employment of women during the night,

[38] Se t.ex. ECHR Wilson & Palmer, 2 juli 2002, p. 48 och ECHR Sigurjónsson, 30 juni 1993, p. 35.

[39] GAOR (A/41/40) communikation 11/1982 J.B. et al. v Canada, p. 6:2 och 6.3. Se också Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 1993, s. XXIII.

[40] Se Brownlie, 1998, s. 25 som tar upp källor som kan tillämpas analogt med doktrinbegreppet i artikel 38(d). Han nämner bland annat rapporter och resolutioner från expertorgan.

[41] Se också Nielsen & Rehof, s. 173.

[42] Lysén, Europas grundlag. s. 126, 133 och Cameron, Introduction, 2002, s. 20 ff. Se dock Bring & Mahmoudi som diskuterar om så verkligen är fallet s. 44, 42, 46 ff. Se också Pétren & Ragnemalm, s. 237.

[43] Bring & Mahmoudi s. 41 ff och Danelius, 2002, s. 35 och Brownlie, 1998, s. 31 ff.

sättet har tillämpats avseende internationella traktaters position i svensk rätt. Trots att Sverige ratificerat en konvention och därmed förbundit sig att tillämpa den blir konventionen inte direkt tillämplig i svensk rätt. Domstolar och myndigheter kan därmed inte direkt tillämpa dess föreskrifter.[44] För att så skall kunna ske krävs att föreskrifterna på något sätt införlivas med svensk rätt genom lag.[45] Europakonventionen har exempelvis *inkorporerats* i svensk rätt genom lag.[46] Genom *inkorporering* antas konventionen i sin helhet som lag. Därigenom ges de rättstillämpande myndigheterna möjlighet att direkt tillämpa det internationella åtagandet. Bestämmelsen blir därmed likvärdig med annan lag och vid konflikt skall vanliga lagtolkningsprinciper tillämpas som *lex specialis* och *lex posterior.*

Ett internationellt åtagande kan också *transformeras* till svensk rätt vilket innebär att bestämmelserna på lämpligt sätt ges motsvarighet i internrättsliga föreskrifter.[47] Vid transformering anpassas svensk lag till den internationella förpliktelsen. Om den svenska lagen trots allt visar sig vara oförenlig med det internationella åtagandet så har den svenska lagen företräde.

Lagstiftaren kan också vid ratifikation anse att rådande lagstiftning redan överensstämmer med det internationella åtagandet. Ingen transformatorisk åtgärd behöver i sådana fall vidtas. Så bedömdes vara fallet vid den ursprungliga ratifikationen av Europakonventionen och de andra MR-konventionerna som behandlas i undersökningen.[48]

Är lagstiftaren angelägen om att den internationella förpliktelsen skall få ett effektivt genomslag i nationell rätt tycks således en inkorporering av förpliktelsen i nationell rätt vara den säkraste metoden.

Uppstår tveksamhet i rättstillämpningen, i andra fall än när en konvention inkorporerats, om svensk lag verkligen överensstämmer med det internationella åtagandet så råder dock principen att svensk lag *såvitt möjligt* bör tolkas så att den överensstämmer med Sveriges internatio-

[44] I monistiskt präglade länder blir ofta en konvention omdelbart en del av det inhemska rättssystemet när den ratificeras. Om problem kopplade till denna metod rörande möjligheten att leva upp till åtagandet se. Leary, International Labour Conventions and National law, s. 2, 20 ff, 41, 154 ff.

[45] SOU 1974:100 s. 44–45, SOU 1993:40 s. 15, AD 1972 nr 5, NJA 1973:423, RÅ 1974:121, NJA 1981:1205, NJA 1984 s. 903.

[46] Lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

[47] SOU 1974:100 s. 45.

[48] Europakonventionen, se prop. 1951:165, den Europeiska sociala stadgan, se prop. 1962:175, FN:s MR-konventioner från 1966, se prop. 1971:125, och vid ratifikationerna av ILO-konventionerna 87 och 98, prop. 1949:62 och 1950:188.

nella åtaganden.[49] KU förklarar: en allmän tolkningsprincip är att våra författningar är förenliga med våra internationella åtaganden och att de därför skall tolkas i fördragsvänlig anda, s.k. fördragskonform eller fördragstrogen tolkning.[50] Lysén har emellertid påpekat att den fördragskonforma tolkningen huvudsakligen utnyttjats i sådana uppenbara fall i vilka rättsläget redan klargjorts genom fällande domar mot Sverige för brott mot Europakonventionen eller där ett uttalat inhemskt stöd redan fanns för att inlåta sig på verklig fördragskonform tolkning.[51] Enligt Fri- och rättighetskommittén innebär principen att det står de rättstillämpande myndigheterna *fritt* att använda sig av konventionen som ett tolkningsdatum bland flera i de fall den svenska rättsregeln ger utrymme för olika tolkningar.[52]

Danelius har påpekat att vid tolkningen av svensk rätts förhållande till *grundläggande fri- och rättigheter* är det särskilt angeläget att tolkning av svensk lag såvitt möjligt överensstämmer med internationella åtaganden.[53] Denna uppfattning spred sig åtminstone avseende Europakonventionens bestämmelser i viss mån till domstolarna. Åren innan Europakonventionen inkorporerades i svensk rätt var framförallt HD benägen att verkligen *såvitt möjligt* tolka svensk rätt så att den överensstämde med både Europakonventionen och Europadomstolens praxis.[54] I NJA 1992 s. 532 sattes både förarbetsuttalanden och tidigare praxis åt sidan till förmån för Europakonventionens regler.[55] Justitierådet Lind gav i ett tillägg till domen uttryck för uppfattningen att motstridiga förarbetsuttalanden och praxis i allmänhet skall vika för Europadomstolens praxis. Detta som konsekvens till den särskilda vikt som bör fästas vid att svensk rätt tolkas konformt med konventioner rörande mänskliga rättigheter.[56] Vid den tidpunkten hade uppfattningen gjort sig gällande att Europakonventionens bestämmelser åtnjöt ett särskilt skyddsvärde i Europa. De svenska rättstillämparna har inte alltid betraktat Europakonventionens bestämmelser på ett sådant sätt. Denna syn växte till sig i samband med att det klargjorts vilken stark ställning dessa bestämmelser fått inom

[49] SOU 1993:40 del B s. 25, i detta sammanhang avses Europakonventionen, principen bör dock ha allmän folkrättslig tillämplighet.
[50] 1993/94:KU24 s. 13, se också prop. 1993/94:117 s. 37.
[51] Lysén, Europas grundlag, s. 141.
[52] SOU 1993:40 del B s. 25.
[53] Danelius, Mänskliga rättigheter, 4:e uppl, 1989, s. 70.
[54] Se också domarna NJA 1988 s. 572, NJA 1991 s. 188, NJA 1993 s.109, NJA 1993 s. 111.
[55] Se vidare i Danelius, Mänskliga rättigheter, 5:e uppl. 1993, s. 83 och i Bernitz, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, s. 260.
[56] Se Justitierådet Johan Lind, tillägg till NJA 1992 s. 532.

EG och att många andra länder i Europa fattat beslut om att inkorporera Europakonventionen i den nationella rättsordningen.[57]

Den fördragskonforma tolkningen är behäftad med vissa brister. För det första är principen inte absolut. De rättstillämpande myndigheterna åtnjuter ett handlingsutrymme i rättstillämpningen som i detta avseende kan få effekten att andra tolkningsdata än konventionsåtagandet ges företräde och avgör tolkningen. Och för det andra; även om principen stärks i rättstillämpningen återstår de situationer som inte kan lösas tolkningsvägen eftersom svensk rätt faktisk står i strid med det internationella åtagandet.

Jag delar emellertid Danelius uppfattning att det är angeläget att svensk rätt i möjligaste mån tolkas konformt med de internationella åtagandena rörande grundläggande fri- och rättigheter.[58] Eftersom alla de instrument jag behandlat i den folkrättsliga delen innefattar mänskliga rättigheter torde dessa principer gälla för dem alla.

Konventionsåtaganden har inte bara betydelse i rättstillämpningen utan spelar också en roll när ny lagstiftning skall antas. Den nya lagstiftningen skall vara förenlig med Sveriges internationella åtaganden.[59] Utredningarna om internationella konventioners innehåll brukar i lagstiftningssammanhang vara av ytterst rudimentär karaktär. I arbetsrättsliga sammanhang återges ofta innehållet i relevanta artiklar i konventionsåtagandet samt ärenden där det svenska rättsläget blivit föremål för direkt prövning.[60] Bara i undantagsfall görs någon fördjupad analys av praxis.[61] En central fråga i detta sammanhang är förstås vad man anser att åtagandet består i. Jag angav tidigare att vid sidan av Europadomstolens domar så anses inte övervakningsorganens praxis vara bindande för de fördragsslutande staterna. Dessa övervakningsorgan har inte formellt givits kompetens att rättsligt kräva att de fördragsslutande staterna vidtar viss åtgärd. I en utredning om svensk rätts förhållande till internationella åtaganden från 1974 anges att Sverige inte är bundet av rekommendationer från mellanstatlig organisation.[62]

Övervakningsorganens praxis har emellertid vunnit en allt starkare

[57] Se t.ex. Bring & Mahmoudi s. 121 ff.

[58] Det tycks som om Danelius inbegriper alla de MR-konventioner jag behandlat i begreppet, se Mänskliga rättigheter, 4:e uppl, 1989, s. 71 och om ILO s. 36.

[59] Danelius, Mänskliga rättigheter, 4:e uppl, 1989 s. 71.

[60] Se till exempel SOU 1975:1 s. 258–266, SOU 1988:49 s. 77–81, SOU 1994:141 s. 37–51, DS 1994:13 s. 75–96, 341–342, 347–350.

[61] I SOU 1975:1 görs viss utredning rörande ILO:s skydd för den negativa föreningsfriheten s. 260 och om förmansklausuler, s. 259 och om majoritetsorganisationers särskilda rättigheter s. 262.

[62] SOU 1974:100 s. 55.

ställning som erkända uttolkare av internationella åtaganden. Europadomstolen, som både auktoritativt har rätt att tolka Europakonventionen och avge bindande domar, åberopar i sin praxis Europeiska kommittén för sociala rättigheters och ILO:s föreningsfrihetskommittés praxis.[63] EU-kommissionen åberopar också sådan praxis när ansökarländernas uppfyllande av åtaganden rörande den fackliga föreningsfriheten undersöks.[64] De beslutande organen i Europarådet och ILO uppmanar sina medlemsstater att åtfölja de slutsatser de berörda övervakningsorganen kommer fram till. Övervakningsorganenen tillämpar Wienkonventionens tolkningsprinciper.

Jag har argumenterat för att övervakningsorganens praxis måste betraktas som en subsidiär folkrättslig rättskälla vid tolkning av ett konventionsåtagande. Värdet ökar ju mer enhetlig och konsistent praxisen är. Mot en sådan bakgrund förfaller det orimligt att svenska rättstillämpare och lagstiftare inte skulle betrakta svenska åtaganden i ljuset av övervakningsorganens praxis. Det innebär att både lagstiftare och rättstillämpare måste studera den aktuella praxisen i sin helhet för att bedöma åtagandets innehåll och inte bara sådan praxis som är direkt inriktad på svensk rätts förenlighet med åtagandet i fråga.

1.4.2 Europakonventionens ställning

Europakonventionen är inkorporerad i svensk rätt. Diskussioner fördes inför inkorporeringen om vilken rättslig nivå Europakonventionen skulle få, grundlag eller vanlig lag. Den springande punkten var om lagbestämmelser som antogs efter Europakonventionens inkorporering genom den etablerade lagtolkningsprincipen *lex posterior* skulle kunna ges företräde vid konflikt. Lagstiftaren valde en kompromiss. Europakonventionen fick ställning som svensk lag. Det infördes dock dessutom en särskild bestämmelse i regeringsformen RF 2.23. Enligt RF 2.23 får lag eller annan föreskrift ej meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen. Bestämmelsen avsåg att göra lagprövningsmöjligheterna enligt RF 11:14 tillämpliga i förhållandet mellan Europakonventionen och annan svensk lag. Stod annan svensk lag i *uppenbar* konflikt med Europakonventionens bestämmelser skulle Europakonventionens bestämmelser ges företräde.[65] Uppfylldes inte uppenbarhetskriteriet skulle kon-

[63] ECHR, Wilson & Palmer v UK, 2 juli 2002, p. 48.
[64] Se 2002 regular report on Bulgaria's progress towards accession s. 32, Cyprus's s. 22, Estonia s. 29, Hungary s. 30, Latvia s. 29, Poland, Romania s. 35, Slovakia s. 29, Slovenia s. 27, Malta s. 20, Turkey s. 41.
[65] Prop. 1993/94:117 s. 36.

flikt emellertid lösas med vanliga rättstolkningsprinciper.[66] Konflikten skulle således kunna leda till att annan svensk lag fick företräde framför Europakonventionen. Departementschefen utgick dock ifrån att säkerhetsmekanismer i den svenska lagstiftningsprocessen skulle minimera en sådan risk. Om detta trots allt skulle ske ansågs ansvaret att lösa den uppkomna problematiken åvila domstolarna och förvaltningsmyndigheterna.[67] Som Bernitz påpekat gavs domstolarna möjlighet att spela en aktiv roll i utvecklingen av skyddet för de mänskliga rättigheterna i svensk rätt.[68]

De svenska domstolarna tycks också i allmänhet ha sökt tillämpa Europakonventionens bestämmelser.[69] Skulle en potentiell konflikt inte kunna lösas tolkningsvägen påtalades i propositionen vikten av att det är lagstiftaren som ansvarar för att korrigeringar vidtas.[70]

Viss tveksamhet rörande Europakonventionens ställning kvarstår dock. Det saknas nämligen sanktionsregler som kan tillämpas när brott mot Europakonventionslagen drabbar enskilda.[71]

1.5 Metod och utgångspunkter

I undersökningen behandlas tre rättssystem; folkrätt, EG-rätt och svensk rätt. Jag söker klarlägga vissa moment i dem. För detta ändamål begagnar jag mig av en rättsdogmatisk metod. Jag tolkar och systematiserar varje rättssystems rättskällor och vad som i folkrätten benämns subsidiära rättskällor för att söka fastställa reglernas innehåll.[72] Jag kommer inte i större utsträckning än vad jag redan gjort diskutera rättskällornas status utan jag förutsätter att grundförutsättningarna för deras tillämpning är tillräckligt kända.[73] Material som tillkommit efter den 1 januari 2003 har endast undantagsvis beaktats.

[66] Prop. 1993/94:117 s. 37.
[67] Prop. 1993/94:117 s. 38.
[68] Bernitz, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, s. 268.
[69] Se Cameron, Swedish Case Law on the ECHR Since Incorporation and the Question of Remedies, s. 43. Se dock Danelius, 2002, s. 42 och Bring & Mahmoudi s. 129 f.
[70] Prop. 1993/94:117 s. 37 f.
[71] Se Cameron, Swedish Case Law on the ECHR Since Incorporation and the Question of Remedies s. 44 ff och Sigeman, Gustafssonsmålets konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 38, 50–52.
[72] Se t.ex. Tuori, om rättsdomatikens uppgift, Rättsvetenskapen och lagstiftningsarbetet, s. 332.
[73] När det gäller svensk rätt kan annars, Strömholm, Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning och Hellner, Metodproblem i rättsvetenskapen, ge vägledning. Avseende EG rätten hänvisar jag till Wiklund, EG-domstolens tolkningsutrymme s. 93 ff och Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder s. 35 ff och för folkrätten Brownlie s. 1 ff.

Jag behandlar också rättsordningarnas inbördes förhållanden. Mina utgångspunkter i denna del behandlas nedan.

Syftet med antagandet och ratificerandet av en konvention rörande mänskliga rättigheter måste enligt min uppfattning vara att invånarna i staten skall tillförsäkras de rättigheter som konventionen innefattar. Svensk rätt bör således säkerställa de enskilda de rättigheter Sverige åtagit sig att säkerställa. Inkorporering av konventioner utgör den säkraste metoden för att uppnå ett sådant resultat. Eftersom det bara är Europakonventionen av de behandlade konventionerna som är inkorporerad i svensk rätt får andra till buds stående metoder användas för de normer som återfinns i de andra konventionerna. Den fördragskonforma tolkningen ligger då närmast till hands. I den mån det finns utrymme att tolka in en rättighet i svensk rätt bör enligt min uppfattning detta ske.

Varför anser jag då att det är så angeläget att de mänskliga rättigheterna får ett effektivt genomslag i den svenska rättsordningen? Ett av målen med FN:s existens är att befordra och främja aktning för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.[74] De mänskliga rättigheterna utgör världssamfundets gemensamt utarbetade normbas för regleringen av relationen mellan stat och individ. Bindande övervakningssystem saknas emellertid ännu för de flesta MR-instrument. Det beror på att många stater är obenägna att avstå delar av sin suveränitet till förmån för överstatliga organ.

Den svenska regeringen har arbetat aktivt för att få genomslag för de mänskliga rättigheterna runt om i världen.[75] Det förefaller mot denna bakgrund angeläget att ett land som arbetar för att öka respekten för de mänskliga rättigheterna runt om i världen tillser att det egna landets invånare säkerställs detta skydd. Det finns här anledning att erinra om internationella domstolens påpekande år 1923 i målet Nationality Decrees in Tunis and Morocco att "'domestic jurisdiction' was an essentially relative concept which could become more limited in scope as international law moved into areas traditionally considered to be the sole province of national states".[76]

Globaliseringen aktualiserar behovet av en gemensam normbas. Transnationell verksamhet skapar nya förbindelselänkar mellan olika rättssystem. Flera rättssystem kan bli tillämpliga när ett enskilt problem skall lösas.[77] Andra rättssystem influerar den nationella rättsordningen på olika sätt. I

[74] Artikel 1.1.3 och artikel 55.c FN-stadgan.
[75] Se exempel i Bring & Mahmoudi s. 102ff
[76] Ur Leary 1982 s. 150.
[77] Wiklund, Europeisering och globalisering av svensk rätt, s. 224.

tillämpningen av nationell rätt måste hänsyn tas till faktorer utanför den egna statens gränser. Dessutom tillämpas utländska nationella rättsregler i våra nationella domstolar och regler härrörande från överstatliga organisationer som EU får ett direkt genomslag i flera nationella rättsordningar. Vi lever med en bekant term i ett pluralistiskt rättssamhälle.

De nationella rättsordningarna har traditionellt strävat efter koherens.[78] Hur utopisk en sådan strävan än har kunnat förefalla så torde det inte vara särskilt kontroversiellt att i varje fall påstå att varje rättssystem karaktäriseras av en viss logik. Denna logik blir svårare att upprätthålla i den globaliserade rättspluralistiska världen. De transnationella rättssystemen som EG-rätten och den internationella rätten strävar också efter koherens.[79] Dessa rättsordningars harmoniseringsmål är tydliga tecken därpå. Kruxet är bara att de transnationella rättsordningarnas strävan efter koherens kan gripa in i den nationella rättens logik och sätta den ur balans.[80] När olika rättsystem bryter in i varandra förefaller det dock än mer angeläget att de alla utgår från en gemensam normbas, de mänskliga rättigheterna. Därigenom minskar riskerna för att rättspluralismen genererar resultat som rubbar centrala delar av våra rättsliga grundvalar.[81]

De mänskliga rättigheternas karaktär skiljer sig dock åt. Vissa är absoluta som rätten att inte utsättas för tortyr medan andra kan inskränkas i den mån inskränkningen gynnar oundgängliga samhällsintressen eller andra enskildas intressen. Rörande vissa rättigheter åtnjuter staten också ett omfattande handlingsutrymme när det gäller hur åtagandet skall uppfyllas. Man talar i engelska termer om margin of appreciation-doktrinen. Staterna anser i allmänhet att det är särskilt angeläget att den nationella logiken upprätthålls inom dessa områden. Ofta präglas dessa rättsområden av nationella specifika som staterna ogärna ser att utomnationella aktörer rubbar. De nationella lagstiftarna är mindre angelägna att avhända sig suveränitet inom dessa områden. Relationerna på arbetsmarknaden är ett typiskt sådant område.

Den fackliga föreningsfriheten är emellertid en mänsklig rättighet som skyddas på folkrättslig nivå. Staterna har givits ett stort handlingsutrymme när det gäller utformningen av skyddet för denna rättighet. Europadomstolen har exempelvis i tillämpningen av Europakonventionens artikel 11 angivit att staten åtnjuter ett vitt handlingsutrymme när det gäller att

[78] Se Tuoris påstående att det är lagskiparen och rättsvetaren som ansvarar för rättsordningens interna rationalitet dvs. dess konsekvens och koherens, s. 332.

[79] Om EG-rätten se t.ex. Wiklund, EG-domstolens tolkningsutrymme, s. 238 ff. Om ILO se t.ex. Sigeman, Lönefordran s. 102.

[80] Wilhelmsson, Legal Integration as Disintegration of National Law, s. 128 f.

[81] För en illustrativ beskrivning av rättens olika nivåer och dess olika funktioner se Tuori, Kant och rättsvetenskapens tidlöshet, s. 5 ff.

välja vilken metod fackföreningarna skall kunna tillgå för att skydda sina medlemmars intressen. Detta sades bland annat bero på de känsliga sociala och politiska frågor som är involverade när staten försöker uppnå en lämplig balans mellan de konkurrerande intressena. Handlingsutrymmet ansågs också vara en konsekvens av de stora skillnader som återfanns i de europeiska nationella systemen inom detta område.[82] Trots att staterna givits ett stort handlingsutrymme när det gäller regleringen av relationerna på arbetsmarknaden, anses den fackliga föreningsfriheten innefatta vissa konkreta moment som staterna måste respektera för att leva upp till sina åtaganden kopplade de olika konventionerna jag behandlar i den här undersökningen.

Även dessa konkreta åtaganden kan te sig svårintegrerade i den enskilda nationella rättsordningen. Utgångspunkten är dock att alla aktörer kanske måste rucka något på sina preferenser för att skapa en någorlunda enhetlig rättslig värdegrund. Vid ratifikationerna accepterade staterna att ett visst normsystem skulle ligga som en gemensam grund i respektive rättsordning. Såsom Wilhelmsson har påpekat "(h)armonization may mean disintegration in many respects".[83]

Globaliseringen är ett faktum. Utomnationella rättsliga system integreras i den nationella rätten på förutsägbara och oförutsägbara sätt. Den svenska regeringen är en aktiv förespråkare för att respekten för de mänskliga rättigheterna skall stärkas i världen.[84] Andra rättsordningar skall alltså anpassas till dessa krav. Det vore förmätet och irrationellt att utgå ifrån att samma principer inte skulle gälla för svenskt vidkommande. Däremot är det också så att utformningen och tolkningen av de mänskliga rättigheterna inte sker i tomma intet. Det är fråga om en kontinuerlig process där alla medverkande söker påverka rättsutvecklingen i en riktning som bäst motsvarar deras egna preferenser. En vid kännedom om vad de mänskliga rättigheterna hittills ha ansetts innebära öppnar också upp för möjligheten att påverka utvecklingen. Svenska medborgare kan genom de olika demokratiska kanalerna agera för att få svenska representanter att verka i viss riktning. Dessutom ger de ökade klagomålsmöjligheterna organisationer och enskilda möjligheten att själva driva utvecklingen framåt genom att få olika frågor prövade. Kunskap om rätten är inte bara nödvändig för att säkerställa efterlevnad. Den är också nödvändig för att lägga grunden till möjligheten att påverka.[85]

[82] ECHR Gustafsson v Sweden, 25 April 1996, p. 45.
[83] Wilhelmsson, s. 130.
[84] Se för en diskussion om innehållet i dessa principer i Zambioni, JT 2002–03, s. 390 ff.
[85] Jfr utgångspunkten för TCO-rapporten Fackliga och grundläggande rättigehter i EU av Bruun s. 3.

1.6 Disposition

Undersökningen är uppdelad i tre delar. Del I inleds med en inledning, kapitel 1, och följs av en presentation av de instrument som skyddar den mänskliga rättigheten, den fackliga föreningsfriheten, kapitel 2. Därefter följer en översikt av några frågeställningar som ofta berörs i samband med spörsmål om mänskliga rättigheters natur och funktion, kapitel 3. Kapitel 2 och 3 är orienterande till sin karaktär och syftar till att öka förståelsen för de mänskliga rättigheterna som folkrättsligt begrepp.

Del II utgör avhandlingens centrala del. I den studeras omfattningen av den fackliga föreningsfriheten i olika internationella konventioner och i en förklaring. Någon heltäckande bild presenteras som nämnts dock inte utan jag har valt att låta framställningen kretsa kring fyra frågeställningar.

Del II består av sju kapitel. Kapitel 4 är en introduktion. I det följande kapitlet behandlas den fackliga föreningsfriheten i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från 1948, kapitel 5. Därefter har jag i kapitel 6 valt att behandla rättighetens utformning i ILO-konventionerna nr 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten från år 1948 och nr 98 angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten från år 1949. I kapitlen 7 och 8 studeras FN-konventionerna och dess utformning av skyddet för den fackliga föreningsfriheten. I kapitel 7 är den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter i fokus och i kapitel 8 den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Kapitlen 9 och 10 ägnas åt de instrument Europarådet antagit för att säkerställa de mänskliga rättigheterna i medlemsländerna. I Europarådets sociala stadga ägnas två artiklar åt den rättighet som är föremålet för den här undersökningen och behandlingen av dem återfinns i kapitel 9. I kapitel 10 undersöks omfattningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten i Europakonventionens artikel 11. I del II:s avslutande kapitel 11 görs en sammanfattning och komparativ analys av den information som framkommit i andra delens tidigare kapitel. Vilka likheter och olikheter kan urskiljas och hur behandlas de frågeställningar som tas upp i kapitel 3 i de olika instrumenten?

Del III rör omfattningen av skyddet för den folkrättsligt betingade fackliga föreningsfriheten i den svenska rättsordningen. I kapitel 12 behandlas EU:s inverkan på skyddet av den fackliga föreningsfriheten i Sverige och i kapitel 13 analyseras några aspekter av svensk rätt mot bakgrund av de i del II behandlade åtagandena. Undersökningen avslutas med kapitel 14, som benämns, avslutning.

2 Mänskliga rättigheter

2.1 Bakgrund och historik

2.1.1 Inledning

Tanken att individer har vissa, i förhållande till statsmakten, okränkbara rättigheter är inte ny.[1] Rättigheterna härleddes enligt den tidiga kristendomen från gud och enligt senare tänkare från förnuftet och gavs således en klart naturrättslig prägel.[2] I 1600-talets Storbritannien kom dessa ideér till uttryck i både tanke och handling. Den brittiska rättighetsstadgan från 1689 är ett tidigt faktiskt exempel. Det viktigaste bidraget från denna tid är emellertid John Lockes verk "Two Treatises of Government". Däri formulerar han tankar om relationen mellan individ och stat. Locke ansåg inte att staten fick bedriva godtycklig maktutövning. Makten skulle utövas under lagarna för invånarnas "good and the preservation of their property".[3] Om de styrande upphörde att verka för det syftet kunde de som upplåtit makten ta den tillbaka.[4] I Lockes värld innefattades i begreppet property "men's lives, liberties, and estates".[5] Eftersom en man inte hade godtycklig makt över sitt eget liv så kunde han inte ge sådan godtycklig makt till någon annan. Han kunde därför inte upplåta sådan rätt till de styrande. Av det följde, enligt Locke, att de styrande i princip varken kunde ha rätt att godtyckligt beröva sina medborgare livet eller utnyttja dem som slavar.[6]

> "For no Body can transfer to another more power than he has in himself; and no Body has an absolute Arbitrary Power over himself, or over any other, to destroy his own Life, or take away the Life or Property of another. A Man, as has been proved, cannot subject himself to the Arbitrary Power of another; and having in the State of Nature no Arbitrary Power over the

[1] Se mer om denna utveckling i exempelvis Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd.
[2] Se t.ex. Strömholm, Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, s. 76–77; Nergelius, Konstitutionellt rättsskydd, s. 59.
[3] Locke, Two Treatises of Government, second treatise, kap. XV, § 171.
[4] A.a., second treatise, kap. XIII, § 149.
[5] A.a., second treatise, kap. IX, § 123.
[6] A.a., second treatise, kap. XV, § 172.

> Life, Liberty, or Possession of another, but only so much as the Law of nature gave him for the preservation of himself, and the rest of Mankind; this is all he doth, or can give up to the Common-wealth, and by it to the Legislative Power, so that the Legislative can have no more than this. Their Power is the utmost Bounds of it, is limited to the Public good of the Society. It is a Power, that hath no other end but preservation, and therefore can never have a right to destroy, enslave, or designedly to impoverish the Subjects".[7]

Locke anses ha inspirerat grundarna till de två rättighetsstadgor som tillkom under slutet av 1700-talet, det vill säga de tio tilläggen som kopplades till den amerikanska konstitutionen kring år 1790 och den franska förklaringen om medborgerliga och mänskliga rättigheter år 1789.[8] Bland de tio tilläggen till den amerikanska konstitutionen återfinns rättigheter som religionsfriheten, yttrandefriheten, mötesfriheten, formella och processuella rättssäkerhetsgarantier med tillämplighet i rättegångsförfarandet och rätten till rättvis rättegång, rätt till den personliga friheten och äganderätten.[9] I den franska förklaringen från 1789 anges att människan är född fri och skall ha lika tillgång till rättigheterna. De rättigheter som räknas upp är bland andra friheten, äganderätten, säkerheten och motstånd mot förtryck, skydd mot förföljelse på grund av åsikter och religion, yttrandefrihet och skydd mot att straffas eller frihetsberövas utan stöd av lag.[10]

2.1.2 Tidiga internationella initiativ – tiden före andra världskriget

Dessa tankar och deklarationer rörde relationen mellan invånarna och statsmakten inom ett visst givet territorium, oftast inom en stat. Begränsningen av statens makt ansågs vara en inomstatlig angelägenhet. Tanken att genom *internationell rätt* tillerkänna individer vissa okränkbara rättigheter utvecklades långt senare. Tidiga försök i denna riktning gjordes i och för sig redan år 1814. Storbritannien försökte då genom traktat med andra länder få stopp på slavhandeln. Inte förrän 1890, vid Bryssel-konferensen, kunde emellertid en allmän akt tas som syftade till att all slavhandel skulle upphöra.[11]

[7] Locke, Two Treatises of Government, second treatise, kap. XI, § 135.

[8] Kelly, s. 270. Lysén, s. 25–26. Strahl, s. 63–66. Mer om dessa rättighetskataloger kan läsas i Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd, s. 66–70, 76–83.

[9] Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd, s. 372–373.

[10] Strahl, s. 65–66.

[11] Denna akt undertecknades av alla europeiska stater samt Förenta staterna, Persien, Turkiet, Kongo och Zanzibar. Se Malanczuk, Peter, Akehurst's modern introduction to international law, s. 21 (cit Akehurst's).

Vid denna tid, i industrialismens kölvatten, påbörjades också ett internationellt samarbete i avsikt att förbättra villkoren för arbetstagarna i arbetslivet. Arbetstagarna i industrierna levde i svår fattigdom. Läkare och arbetsgivare propagerade för internationell reglering av arbetsvillkor. Arbetstagarnas dåliga hälsa oroade läkarna och arbetsgivarna insåg att de dåliga hälsoförhållandena kunde slå tillbaka mot dem själva och effektiviteten i produktionen.[12] Av konkurrensskäl kunde dock inte en stat ensam förbättra sina arbetsförhållanden. För att motverka illojal konkurrens från mer exploaterande stater eftersträvades internationellt formulerade normer som skulle tillämpas parallellt i staterna.

Det internationella arbetet som påbörjats för att förbättra arbetstagarnas villkor hindrades av första världskrigets utbrott och kunde inte återupptas förrän fredstraktaten slöts och Internationella arbetsorganisationen (ILO) bildades år 1919.[13]

ILO bildades *genom* fredstraktaten. Organisationens uppgift blev att främja arbetstagares intressen och förbättra deras villkor. ILO antog under mellankrigstiden konventioner inom många områden som rörde mänskliga rättigheter som konventioner om förbud mot tvångsarbete, om föreningsfriheten, om begränsning av arbetstid och om minimiålder för industriarbete.[14]

[12] Betten, International Labour Law, 1993, s. 1.

[13] Under en konferens i Tyskland år 1890 öppnades möjligheten att anta och tillämpa internationella rekommendationer rörande arbetsförhållanden. Rekommendationerna fick ingen vidare genomslagskraft men år 1900 bildades en internationell organisation för rättsligt skydd av arbetstagare. Konventioner antogs vid konferenserna år 1905 och år 1906. Se de la Cruz, von Potobsky, Swepston, The International Labour Organization, 1996, s. 3f. Se också Eide, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights, 1995 s. 27–28.

[14] Konvention nr 29 om tvångsarbete 1930, Konvention nr 11 om jordbruksarbetarnas föreningsrätt 1921, Konvention nr 1 om arbetstid inom industrin 1919,och Konvention nr 5 om minimiålder för industriellt arbete 1919. Det första lite större genombrottet för internationellt erkända mänskliga rättigheter kom alltså i och med fredstraktaten efter första världskriget. I fredstraktaten garanterades också invånarna i de s.k. mandated territories (alltså de f.d. kolonier till de stater som förlorade första världskriget och som hamnade under andra staters förvaltning, övervakade av Nationernas förbund, se Brownlie, s. 676) och minoriteterna i öst- och centraleuropa rätten till rättvis behandling. I de olika fredstraktaten infördes särskilda minoritetsrättigheter. Exempelvis föreskrevs skydd för liv och frihet och för det fria utövandet av religion utan diskriminering p.g.a. språk, ras eller religion. Medborgare i de traktatslutande staterna skulle behandlas lika inför lagen och med respekt för medborgerliga och politiska rättigheter. Dessutom garanterades friheten att sluta sig samman för religiösa och utbildningsmässiga syften. Staten skulle därutöver i områden där en minoritet utgjorde en påtaglig del av befolkningen tillhandahålla barn grundläggande undervisning i deras eget språk. Se Brownlie, s. 565–566.

2.1.3 FN och den allmänna förklaringen – tiden efter andra världskriget

Det var emellertid inte förrän västvärlden skakats av ett av historiens allvarligaste brott mot mänskligheten som en tillräcklig motivation fanns för att utarbeta ett mer heltäckande skydd för individerna. I Nazityskland hade det egna rättsystemet använts som ett verktyg för att legalisera många av de systematiska brott som regimen begått.[15] Den nationella rätten var föränderlig och någon uttrycklig internationell rätt fanns inte för att ställa vare sig förbrytarna eller de ansvariga staterna till svars.[16] Ett internationellt skydd och formulerandet av de rättigheter som individen skulle garanteras kunde eliminera risken för en upprepning av tredje rikets brott.

Förenta nationerna (FN) bildades år 1945 som den nya centrala internationella samarbetsorganisationen. FN fick bland annat till uppgift att utarbeta ett internationellt skydd för individerna.[17]

Ett särskilt organ, det ekonomiska och sociala rådet ECOSOC, gavs genom FN-stadgan uppgiften att framställa förslag i syfte att främja aktning för och respekterande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla och tillsätta ett utskott för främjande av mänskliga rättig-

[15] Bring & Mahmoudi, s. 98.

[16] Visserligen återlanserades begreppet "brott mot mänskligheten" som också användes vid Versaillesförhandlingarna. Denna brottskategori låg sedan till grund för Nürnbergrättegångarna. Det var den brittiske folkrättsprofessorn Lauterpacht som bistod med denna idé. Se mer i Bring & Mahmoudi, s. 98–99. Lauterpacht var för övrigt en ivrig förespråkare av en "international bill of the rights of man". Se Brownlie, s. 564 och fotnot 49.

[17] I ingressen till Förena nationernas stadga anges att ett av dess främsta syften är att betyga tron på de grundläggande mänskliga rättigheterna, på den enskilda människans värdighet och värde, på lika rättigheter för män och kvinnor samt för stora och för små nationer. I stadgans artikel 1 anges i fyra punkter FN:s ändamål och grundsatser. Den punkt som inkluderar frågan om mänskliga rätigheter i FN:s ändamål lyder:

"Att åstadkomma internationell samverkan vid lösande av internationella problem av ekonomisk, social, kulturell eller humanitär art samt vid befordrande och främjande av aktningen för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla utan åtskillnad med avseende på ras, kön, språk eller religion." (art. 1:3). I stadgans artikel 55 anges att FN skall främja allmän aktning för och respekterande av mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla. Se Förenta nationernas stadga, SÖ 1946:1. Och genom artikel 56 förbinder sig alla medlemmar att såväl samfällt som var för sig vidtaga åtgärder i samarbete med organisationen för att uppnå de mål som anges i artikel 55. För analys av vilka förpliktelser stadgan egentligen medför i detta avseende se Brownlie, s. 569–571. Om FN:s tillkomst och om föregångaren Nationernas förbund se Bring & Mahmoudi, s. 69, 23–26; Akehurst's, s. 26–27. Om tillkomsten av de artiklar i FN-stadgan som rör mänskliga rättigheter se Verdoodt, Albert, Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'homme, Louvain, 1964, s. 45–48.

heter.[18] Kommissionen för mänskliga rättigheter (MR-kommissionen) tillsattes för att utarbeta ett skydd för de mänskliga rättigheterna.[19]

Ambitionen var att skyddet för de mänskliga rättigheterna skulle utformas i tre delar. Att formulera de mänskliga rättigheterna i en juridiskt icke-bindande förklaring stod som nummer ett på agendan. Som nummer två stod en bindande konvention och som nummer tre ett bindande övervakningsförfarande

Kommissionen lyckades enas om ett förslag rörande det icke-bindande instrumentet och den tionde december 1948 antog FN:s generalförsamling FN:s Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.[20] I detta ickebindande instrument klargjordes vad som innefattas i FN-stadgans begrepp "mänskliga rättigheter och grundläggande friheter".[21]

I förklaringens inledande artiklar anges vissa utgångspunkter såsom att alla människor är födda fria och lika i värde (artikel 1) samt att varje person är berättigad till de friheter och rättigheter som uttalas i förklaringen, utan åtskillnad av något slag, såsom ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt (artikel 2). Därefter återfinns en rik flora av rättigheter i 25 artiklar och förutsättningar för deras utövande i resterande tre artiklar. Utifrån FN:s Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna kan man dra slutsatsen att utgångspunkten för begreppet mänskliga rättigheter är att alla människor är födda fria och lika i värde. Därför kan ingen diskriminering tillåtas (artikel 2) och det påpekas särskilt i artikel 7 att alla är lika inför lagen.

I förklaringens frihetsbegrepp innefattas flera aspekter. Den fysiska friheten skyddas såsom rätten till liv (artikel 3) och förbud mot tortyr (artikel 5). Friheten får heller inte berövas genom slaveri eller godtyckligt fängslande (artiklarna 4 och 9) Dessutom måste man få röra sig fritt (artikel 13) och söka asyl (artikel 14).

[18] FN-stadgan artikel 62:2, se mer i punkterna 1, 3 och 4 och i artikel 68. SÖ 1946:1

[19] Kommissionen för mänskliga rättigheter inrättades 1946 av ECOSOC genom res 5(1). UN doc E/RES/1946/5(1). Uppgiften blev att företa utredningar, anta rekommendationer och utforma förslag till internationella konventioner och deklarationer rörande mänskliga rättigheter, ofta på uppdrag av generalförsamlingen, se UN doc A/2929/1955 kap. 1, para 1. Se mer i Danelius, Mänskliga rättigheter, 1993, s. 32f.

[20] Om arbetet med att utforma den allmänna förklaringen se Verdoodt, 1964, s. 48–77, samt Johnson & Symonides, The universal Declaration of Human Rights: A History of its creation and implementation, UNESCO Publishing, France 1998.

[21] Brownlie, 1998, s. 573ff. van Boven menar att deklarationen tillsammans med 1966 års konventioner och tilläggsprotokoll utgör en auktoritativ tolkning av stadgans MR-klausuler. Han menar att dessa fyra instrument tillsammans utgör "the International bill of human rights". Se van Boven, s. 3.

Att man kan förverka sin rätt till frihet genom att begå brott är allmänt erkänt. Men eftersom friheten är så fundamental så måste ett antal rättssäkerhetsgarantier vara kopplade till det maskineri som har kapacitet att frånta individerna deras frihet. I förklaringen återfinns därför rätten till rättvis och oavhängig domstolsprövning vid brott (artikel 10) och rätten att betraktas som oskyldig tills man blivit lagligen dömd (artikel 11).

I frihetsbegreppet innefattas också intellektuell integritet. Därför skyddas opinionsfriheterna såsom rätten till tanke-, samvets- och religionsfrihet (artikel 18), rätten till åsiktsfrihet och yttranderätt (artikel 19) och mötes- och föreningsfrihet (artikel 20). Dessa rättigheter är också en förutsättning för rätten att få leva i en stat som baseras på folkstyre vilken skyddas i artikel 21.

I rätten till personlig integritet och rätten att bilda familj skyddas den privata sfären (artiklarna 12 och 16).

För att vara riktigt fri måste man ha en rimlig levnadsstandard (artikel 25) och social trygghet (artikel 22). För att uppnå detta krävs i allmänhet ett arbete med rimliga arbetsvillkor och möjlighet att påverka dessa genom fackföreningar. Också dessa rättigheter kommer därför till uttryck i förklaringen (artiklarna 23 och 24). Att kunna läsa, skriva och räkna ökar en människas frihet och rätten till undervisning skyddas i artikel 26, liksom rätten att ta del av ett samhälles kulturella liv (artikel 27).

Förklaringen blev inte rättsligt bindande. Den kom emellertid att utgöra den grund som det fortsatta FN-arbetet skulle bygga på när skyddet för de mänskliga rättigheterna utvecklades vidare.[22] Tanken i MR-kommissionen var ju att ytterligare två instrument skulle tillkomma, en juridiskt bindande konvention om mänskliga rättigheter samt en konvention som upprättade ett effektivt övervakningssystem.[23] Uppgiften blev dock svårare att fullfölja än vad man tänkt. I den Allmänna förklaringen framställs alla där uppräknade mänskliga rättigheter som lika viktiga. När ett juridiskt bindande dokument skulle utarbetas framkom att många ansåg att vissa mänskliga rättigheter hade en annan natur än de övriga och därför inte kunde skyddas på samma sätt. FN:s generalförsamling krävde initialt att *en* konvention skulle utarbetas innehållande både de medborgerliga och politiska friheterna samt de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna.[24] Ekonomiska och sociala rådet bad emellertid

[22] För en mer utförlig exposé över betydelsen av FN:s Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna se Eide, A. & Alfredsson G., The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement, Martinus Nijhoff Publishers 1999, s. xxviii–xxxii.

[23] Se t.ex. Bring & Mahmoudi, s. 101.

[24] Res 421 (V) GAOR, Agenda item 28, UN Doc A/2929, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, History, p. 21.

generalförsamlingen att ompröva sitt beslut om *en* konvention[25] och efter en lång debatt gav generalförsamlingen med sig och uppdrog åt rådet att be MR-kommissionen utarbeta *två* konventioner.[26]

I MR-kommissionen kom den uppfattningen till uttryck att visserligen var de olika MR-kategorierna lika viktiga men de skilde sig åt på vissa punkter. De som förespråkade två konventioner menade att civila och medborgerliga rättigheter var utkrävbara och genomförbara (enforceable och justiciable) samt absoluta, vilket inte ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter var eller skulle kunna bli. De förra var omedelbart tillämpliga medan de senare var progressivt tillämpbara, det vill säga de förra rättigheterna var individens rättigheter mot staten, det vill säga mot olagliga och orättfärdiga statliga handlingar, staten skulle således *avhålla* sig från viss aktivitet, medan de senare var rättigheter som staten var tvungen att vidta *positiva åtgärder* för att främja. Eftersom rättigheternas natur var så olika och de skyldigheter de medförde så varierande var det önskvärt att två separata instrument skulle utarbetas.[27] Diskussionen om två konventioner hängde nära samman med frågan om implementering. Utan implementeringsmekanism skulle det inte göra så stor skillnad om en eller två konventioner antogs. I allmänhet ansågs medborgerliga och politiska rättigheter vara juridiska (legal) rättigheter som bäst implementerades genom skapandet av en "good offices committee". De ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna var däremot programmatiska rättigheter som bäst implementerades genom etablerandet av ett system med regelbunden rapportering. Eftersom rättigheterna kunde indelas i två breda kategorier som skulle kunna bli föremål för två olika implementeringsprocedurer så ansågs det både logiskt och lämpligt att formulera två separata konventioner.[28]

[25] UN doc A/2929 p. 30 (original ECOSOC 13:e sess, 30 juli till 21 september 1951)

[26] UN doc A Res 543 (VI) debatt, sjätte sessionen, 6 nov. 1951 – 5 februari 1952, se i UN doc A/2929 History, p. 31–32.

[27] Se UN doc A/2929, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, History p. 29 och kap. 2, General Problems Relating to the Draft Covenants, p. 9.

[28] UN doc A/2929 kap. II, General Problems relating to the draft Covenants, p. 10. Det var USA och vissa andra västländer som avslog MR-kommissionens ursprungliga förslag om *en* konvention innehållande både politiska och ekonomiska rättigheter som i den allmänna förklaringen. Frankrike föreslog att MR-kommittén skulle kunna ta ställning till klagomål avseende vissa ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (UN doc E/CN.4/L.338(1954), 18 ESCOR, Supp.7, UN doc. 2573 (1954) p. 216. MR-kommittén ansågs dock ej kunna fullfölja en kvasi-judiciell roll avseende rättigheter som var programmatiska till sin natur. (UN doc. A/2929, kap. I History, p. 44, kap. II p. 28). Se också Craven, Unofficial Petition Procedure, s. 94–95. Bring & Mahmoudi s. 101, Alston, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, s. 477.

År 1966 kunde slutligen *två* konventioner antas. En fick namnet "den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter"[29] och den andra "den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.[30] Konventionerna är rättsligt bindande som traktat.[31]

Någon konvention om bindande efterlevnadskontroll kunde staterna inte enas om. Resultatet i denna fråga blev i stället antagandet av ett fakultativt protokoll till konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter. Ratifikation av protokollet är frivillig. Protokollet gör det, under vissa förutsättningar, möjligt för enskilda att framföra klagomål rörande en stats kränkningar av konventionens rättigheter. Klagomålen prövas av den genom konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter inrättade kommittén för mänskliga rättigheter. MR-kommitténs slutsatser är dock inte bindande.[32] FN-konventionerna och det fakultativa protokollet trädde ikraft 1976 då tillräckligt antal stater ratificerat dem.

2.2 FN:s konventioner om de mänskliga rättigheterna

2.2.1 Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

2.2.1.1 Rättigheterna

I konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter återfinns de rättigheter som inte ansågs vara omedelbart tillämpbara i de nationella rättsordningarna. Dessa rättigheter ansågs således vara av ekonomisk, social eller kulturell natur. Dessa rättigheter kan till stor del sägas härledas ur Franklin D. Roosvelts fjärde frihet, det vill säga friheten från nöd.[33] Möjligheten att skaffa sig ett arbete med rimliga arbetsvillkor anses vara den främsta garantin för att slippa leva i nöd. Rätten till arbete och yrkesvägledning (artiklarna 6:1 och 2), rätten till rättvisa och gynnsamma arbetsvillkor (artikel 7) samt rätten att bilda fackföreningar och rätten att strejka (artikel 8) återfinns därför i denna konvention.

Familjen anses vara samhällets naturliga och grundläggande enhet. Detta kommer till uttryck i artikel 10. Utgångspunkten anges vara att

[29] Ratificerad av Sverige 1971, SÖ 1971:41.
[30] Ratificerad av Sverige 1971, SÖ 1971:42.
[31] Om innebörden därav se s. 33.
[32] Se mer om denna procedur i Danelius, 1989, s. 23–26.
[33] Se s. 81.

äktenskapet *skall* grundas på blivande makars samtycke. Familjen skall skyddas och bistås till dess barnen är självförsörjande. Rätten till mödraförsäkring skyddas därför (artikel 10:2) och barn skall i allmänhet skyddas och bistås (artikel 10:3).

Att alla bör tillförsäkras en viss miniminivå oavsett arbetssituation fastställs genom övergripande rättigheter såsom rätten till social trygghet (artikel 9), rätten till en tillfredsställande levnadsstandard innefattandes bland annat rätt till bostad (artikel 11:1) och rätten till hälsa (artikel 12). Även rätten till utbildning (artikel 13:1) och rätten att delta i det kulturella livet (artikel 15) skyddas.[34]

I artikel 2:2 befästs den i MR-sammanhang övergripande likabehandlingsgrundsatsen genom angivandet av att konventionsstaterna förpliktar sig att garantera att konventionens rättigheter inte får utövas utan åtskillnad av något slag såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.

2.2.1.2 Åtagandet

I konventionens artikel 2:1 anges att varje konventionsstat förpliktar sig att genom såväl *egna åtgärder som internationellt bistånd och samarbete*, framförallt på de ekonomiska och tekniska områdena, till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser för att säkerställa, att de i konventionen inskrivna rättigheterna *gradvis* förverkligas i sin helhet genom alla därtill ägnade medel, i synnerhet genom åtgärder på lagstiftningens område.

Alla konventionsstater bär således till synes ett solidariskt ansvar för rättigheternas gradvisa förverkligande.[35] I första hand måste emellertid varje konventionsstat själv bära ansvaret. När resurserna uppenbarligen inte är tillräckliga för att fullgöra detta åtagande så bör biståndsverksamhet tillskjutas. De skyldigheter som uppkommer för enskilda stater i fråga om internationellt bistånd anses dock vara långt ifrån absoluta.[36] Schwelb menar exempelvis att artikeltexten inte innefattar någon formell skyldighet för parter att ge andra parter ekonomisk, teknisk eller annan assistans. Han tror snarare att konventionen påför en skyldighet

[34] Se mer om rättigheterna i Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Rättigheterna är långt mer innehållsrika än vad som här angivits. För att få en rättvis bild av dem hänvisar jag även till konventionstexten.

[35] Se Eide, Realization of Social and Economic Rights, Human Rights Law Journal, vol. 10, no 1–2, 1989, s. 48.

[36] Alston och Quinn, HRQ, 1987, s. 191. I Wiendeklarationen från världskonferensen 1993 påtalas dock på ett flertal ställen vikten av att respekten för de mänskliga rättigheterna är en internationell angelägenhet som hela världssamfundet ansvarar för.

för varje stat att arbeta mot förverkligandet av målen i konventionen inom sin egen jurisdiktion och att för detta syfte, när så är lämpligt, söka internationell hjälp och assistens.[37] De internationella åtgärder som vidtages i syfte att trygga genomförandet av de i konventionen inskrivna rättigheterna skall enligt artikel 23 innefatta framförallt antagande av konventioner och rekommendationer, lämnande av tekniskt bistånd samt hållande av regionala och tekniska möten, vilka skall vara avsedda för samråd och studier.

Utmärkande för artikel 2:1 och därmed för det åtagande som är förknippat med rättigheterna i konventionen är att rättigheterna kan förverkligas gradvis. Man talar ibland om ett progressivt förverkligande. Innebörden av artikel 2:1 kommer att diskuteras närmare längre fram i framställningen. Det skall dock redan här klargöras att kombinationen av artiklarna 2:1 och 2:2 medför att oavsett vilken grad av skydd som en stat lyckats tillförsäkra sina innevånare så måste denna nivå gälla för alla utan diskriminering av något slag.

2.2.1.3 Övervakningsstruktur

För att visa att de uppfyller sina åtaganden enligt konventionen är konventionsstaterna förpliktade att enligt artikel 16 avge rapporter rörande de åtgärder som vidtagits och de framsteg som gjorts rörande efterlevnaden av konventionens rättigheter. Rapporten skall tillställas FN:s generalsekreterare som ansvarar för att rådet för ekonomiska och sociala frågor (ECOSOC) får en kopia av rapporten samt att FN:s relevanta fackorgan får del av aktuella delar av rapporter. ECOSOC bär huvudansvaret för granskningen av rapporterna. Enligt artikel 19 kan ECOSOC tillställa Kommissionen för mänskliga rättigheter staternas- och fackorganens rapporter. Kommissionen kan avge rekommendationer av allmän natur (artikel 19). Staterna får kommentera rekommendationerna (artikel 20). ECOSOC "må alltemellanåt" tillställa generalförsamlingen rapporter med rekommendationer av allmän natur (artikel 21).

Den i konventionen föreskrivna övervakningsproceduren fungerade emellertid inte tillfredsställande. Bland annat beroende på att ECOSOC saknade både tid och resurser att granska rapporterna på ett eftersträvansvärt sätt.[38] ECOSOC tillsatte därför, genom en resolution år 1985, en kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR). Denna består av 18 experter med uppgift att granska rapporterna och

[37] Schwelb, s. 110.
[38] Danelius, Mänskliga rättigheter, 1989, s. 26.

därigenom också övervaka implementeringen av konventionen.[39] Kommittén har utvecklat sitt rapporteringssystem påtagligt sedan år 1986 då dess verksamhet inleddes.[40] Den ursprungliga tanken var att den skulle avge allmänna rekommendationer. KESKR har emellertid intagit en mer kvasi-juridisk roll och uttalat sig i enstaka enskilda fall och "will undertake to review and assess the degree to which a state is acting in compliance with its obligations under the Covenant".[41] Kommittén formulerar också allmänna kommentarer rörande omfattningen av enskilda artiklar.

2.2.2 Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter

2.2.2.1 Rättigheterna

I konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter återfinns de rättigheter som ansågs kunna tillämpas omedelbart. Där finns rättigheterna rörande den *fysiska friheten* såsom rätten till livet (artikel 6), förbud mot tortyr (artikel 7), förbud mot slaveri, träldom och tvångsarbete (artikel 8), rätt till frihet och personlig säkerhet (artikel 9) och rörelsefrihet (artikel 12). Därutöver finns särskilda *rättssäkerhetsgarantier* såsom rätten att behandlas lika inför domstol och rätten att ställas inför en opartisk och oavhängig domstol (artikel 14) samt förbudet mot retroaktiv brotts- och straffsatslagstiftning (artikel 15). Den *privata sfären* skyddas genom rätten att inte utsättas för godtyckliga eller olagliga ingripanden i sitt privat- och familjeliv (artikel 17). *Opinionsfriheter* som skyddas är rätten till åsikts- och yttrandefrihet (artikel 19) och rätten till föreningsfrihet inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen (artikel 22). Dessutom skyddas *utsatta grupper* såsom barn (artikel 24) och minoriteter (artikel 27). Även rätten att *delta i det politiska livet* skyddas (artikel 25). *Likabehandlingsgrundsatsen* befästs genom rätten till likhet inför lagen (artikel 26) och kvinnors och mäns lika rätt att åtnjuta alla medborgerliga och politiska rättigheter som inskrivits i denna konvention (artikel 3). Som ett tecken i tiden kan artikel 20 betraktas som särskilt anger att främjande av nationalhat, rashat eller religiöst hat som innebär uppvigling till diskriminering, fiendskap eller våld skall vara i lag förbjudet.

I artikel 2:1 förstärks likabehandlingsgrundsatsen genom angivandet av att varje konventionsstat förpliktar sig att respektera och tillförsäkra

[39] ECOSOC, res 1985/17.
[40] Craven, Unofficial Petition Procedure, s. 91.
[41] Craven, Unofficial Petition Procedure, s. 97.

envar, som befinner sig inom dess jurisdiktion, konventionens rättigheter utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt.

2.2.2.2 Åtagandet

I artikel 2:2 formuleras det konkreta åtagande som ansågs specifikt för den typ av rättigheter som återfinns i här aktuell konvention. Varje konventionsstat förpliktar sig att i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser och med bestämmelserna i konventionen vidta *erforderliga* åtgärder för att genom lagstiftning eller på annat sätt förverkliga de i konventionen inskrivna rättigheter, som ej redan är tillförsäkrade. Åtagandet är således omedelbart. Mer om innebörden därav diskuteras längre fram.

2.2.2.3 Övervakningsstruktur

En kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén) upprättades genom konventionen (artikel 28). Konventionsstaterna åläggs att avge rapporter om efterlevnaden av konventionsåtagandet. Rapporterna granskas av MR-kommittén (artikel 40) som kan göra påpekanden rörande rapporterna. Med påpekanden avses allmänna kommentarer och inte specifik kritik.[42] Före år 1992 utgjorde dessa kommentarer snarast dialoger mellan kommittén och den rapporterande staten. Rapporterna granskades nämligen vid möten där representanter från den berörda staten kunde delta. Kommittén ställde frågor och staten svarade. Kommittén värderade sällan svaren. Ibland kunde enskilda kommittéledamöter avge kritiska ståndpunkter. Från och med år 1992 har MR-kommittén strukturerat sina kommentarer i s.k. "concluding observations" och tanken är att uttalanden om konkreta tillkortakommanden formuleras som hela kommittén ställer sig bakom. Kommittén ger också frekvent uttryck för sin oro över vissa situationer utan att direkt formulera kritik. Granskningen av rapporterna återfinns i kommitténs regelbundna rapporter över verksamheten till generalförsamlingen. Därutöver antar MR-kommittén allmänna kommentarer rörande omfattningen och tolkningen av enskilda artiklar i konventionen.

Vidare infördes en möjlighet för *stater* att till MR-kommittén inlämna framställningar om att en annan stat inte uppfyller sina förpliktelser enligt konventionen (artikel 41:1) För att en sådan framställning skall

[42] Bring & Mahmoudi, s. 105.

vara möjlig måste både den klagande staten och den stat som är föremål för kritik erkänna kommitténs behörighet att mottaga och pröva sådana framställningar (artikel 41:1). Om parterna ej är nöjda med hanteringen av fallet i kommittén kan kommittén om båda parter så medger tillsätta en förlikningskommission (artikel 42).

Ett fakultativt protokoll till konventionen antogs, som nämnts, också.[43] De stater som anslutit sig till protokollet erkänner MR-kommitténs behörighet att motta och pröva framställningar *från enskilda personer* som är underkastade statens jurisdiktion och som påstår sig ha utsatts för kränkning av ifrågavarande stat av någon av de i konventionen angivna rättigheterna (artikel 1). Kommittén prövar framställningen (artikel 5:1) och framför sina synpunkter till den aktuella staten och till klaganden (artikel 5:4). Dessa synpunkter utgör inte några bindande avgöranden. Synpunkterna innehåller dock vissa beslut rörande juridiska spörsmål och valda beslut publiceras regelbundet.[44]

2.2.3 Andra FN-konventioner med MR-anknytning

FN har dessutom antagit ett antal andra konventioner som rör enskilda mänskliga rättigheter, till exempel Konventionen om förebyggande och bestraffning av brottet folkmord från 1948,[45] Konventionen angående flyktingars rättsliga ställning år 1951,[46] Konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering år 1965,[47] Konventionen om avskaffande av alla slags diskriminering av kvinnor år 1979,[48] Konventionen mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, år 1984,[49] Konventionen om barnets rättigheter, 1989.[50] Till många av dessa konventioner är också särskilda övervakningsförfaranden och övervakningsorgan kopplade.[51]

[43] Fakultativt protokoll till Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, antaget 16 december 1966, antaget av Sverige 1971, SÖ 1971:42.
[44] Brownlie, s. 573, se mer om denna procedur i Danelius, 1993, s. 23–27.
[45] SÖ 1952:64.
[46] SÖ 1954:55.
[47] SÖ 1971:40.
[48] SÖ 1980:8.
[49] SÖ 1986:1.
[50] SÖ 1990:20.
[51] Kommittén mot tortyr, kommittén mot diskriminering av kvinnor, kommittén mot rasdiskriminering, kommittén om barns rättigheter. Se om dessa kommittéers arbete, http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.

2.2.4 Annat FN-arbete rörande de mänskliga rättigheterna

Inom FN pågår också ett löpande arbete till skydd för de mänskliga rättigheterna.[52] Detta arbete kommer inte att behandlas närmare. För grova och systematiska brott mot de mänskliga rättigheterna har dock två särskilda förfaranden inrättats. Kommissionen för mänskliga rättigheter fick genom ECOSOC:s resolution 1235 och tillsammans med dess underkommission, kommissionen för förhindrande av diskriminering och skydd av minoriteter[53] genom ECOSOC-resolution 1503 behörighet att utreda grova och systematiska kränkningar av mänskliga rättigheter.[54]

Inledningsvis granskades bara medborgerliga och politiska rättigheter men under nittiotalet har kommittén utökat sin granskning till att även omfatta ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter inklusive rätten till utveckling och rätten till en rimlig levnadsstandard.[55]

Dessa processer är helt fristående från FN:s MR-konventioner i den meningen att de inte kräver att de stater som är föremål för granskning har ratificerat någon MR-konvention. Så allvarliga och systematiska kränkningar som dessa resolutioner tar sikte på anses under alla omständigheter vara förbjudna enligt den internationella rätten.

Det har dock framförts kritik över att proceduren enligt resolution 1503 inte är särskilt effektiv eftersom den kräver statens samtycke och äger rum bakom stängda dörrar.[56]

[52] För kortfattad översikt se Danelius, 1993, s. 31–36 och Bring & Mahmoudi, s. 102–105.

[53] Denna kommission fick av ECOSOC den 27 juli 1999 ett nytt namn "Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights".

[54] ECOSOC Resolution 1235 (XLII) den 6 juni 1967. ECOSOC Resolution 1503 (XLVIII) den 27 maj 1970, reviderades delvis genom ECOSOC Resolution 2000/3 den 16 juni 2000. Processen enligt resolution 1235 är offentlig och kan igångsättas genom att kommissionen på ett eller annat sätt hör talas om förekomsten av aktuella kränkningar. Resolution 1503 etablerade en process baserad på *enskilda* klagomål. Om kommissionen finner att klagomålet rör grova och systematiska kränkningar av mänskliga rättigheter måste den välja att antingen fullfölja processen enligt resolution 1235 och göra en grundlig undersökning av situationen och lämna en rapport och rekommendation till ECOSOC *eller* om den aktuella staten medger tillsätta en ad hoc kommitté med uppgift att undersöka situationen närmare, Res 1503 artiklarna 6 a och b. Den senare metoden kan bara initieras om de inhemska rättsmedlen är uttömda och situationen inte är föremål för granskning enligt någon annan FN-process. En ad hoc kommitté skall utföra undersökningen i samarbete med den berörda regeringen. Kommitténs arbete är konfidentiellt och kommittén skall sträva efter fredliga lösningar, artikel 7.

[55] Se kommissionens hemsida www.un.org.

[56] Kommissionen offentliggör emellertid vilka stater som är föremål för sådana procedurer. Se Danelius, 1989, s. 33–35.

2.2.5 Internationella brottmålsdomstolen

Ikraftträdandet av Romstadgan rörande den Internationella brottsdomstolen den 1 juli 2002 måste betraktas som ett ytterst viktigt steg i utvecklandet av skyddet för de mänskliga rättigheterna.[57] Domstolen beräknas påbörja sitt arbete under år 2003. Romstadgan föreskriver att en permanent internationell brottmålsdomstol skall inrättas där personer anklagade för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser kan ställas inför rätta. Såsom brott mot mänskligheten innefattas vissa handlingar som utförs som en del av en utbredd eller systematisk attack på en civilbefolkning. De aktuella handlingarna är bland andra mord, slaveri, deportation, tortyr, fängslande i strid med de mänskliga rättigheterna och förföljelse av en identifierbar grupp.[58] Enskilda personer som begår sådana handlingar kommer att kunna ställas till svars i domstolen enligt stadgans artikel 25 förutsatt att personen ej var under 18 år då brottet begicks (artikel 26).

Tidigare har temporära brottmålsdomstolar inrättats för att beivra brott som begicks under konflikterna i det forna Jugoslavien och i Rwanda. Den här typen av domstolar inrättades för första gången efter andra världskriget, Nürnbergrättegångarna är välkända. Det är ett genombrott i internationell rätt att kunna ställa enskilda till ansvar för den här typen av brott. Alla andra internationella övervakningssystem rörande mänskliga rättigheter, liksom Europadomstolen som behandlas längre fram, är helt inriktade på staternas ansvar.

2.3 ILO

2.3.1 Inledning

FN:s fackorgan Internationella arbetsorganisationen (ILO) har också bidragit till utvecklandet av skyddet för de mänskliga rättigheterna. ILO intar en särskilt central roll då det gäller utformning av skydd för arbetstagarrelaterade mänskliga rättigheter i allmänhet och av skydd för den fackliga föreningsfriheten i synnerhet.

ILO bildades som nämnts redan år 1919. Det ursprungliga motivet till bildandet av organisationen var *humanitärt*. De dåvarande undermåliga arbetsförhållandena för den växande skaran arbetare blev i längden ohållbara och sågs som ett allmänt problem. De oacceptabla arbetsvillko-

[57] Final act of the united nations diplomatic conference of plenipotentiaries on the establishment of an international criminal court. Done at Rome on 17 july 1998, Rome Statute of the International Criminal Court (U.N. Doc. A/CONF.183/10*).
[58] Rome Statute of the International Criminal Court, se särskilt artiklarna 5–8.

ren skapade också *politiska spänningar*. Alltför stort missnöje bland arbetarna kunde skapa politisk turbulens. Även *ekonomiska* skäl låg bakom. De stater som initierade sociala reformer hamnade ju i en ofördelaktig konkurrenssituation i relation till andra stater eftersom sociala reformer medförde en ökning av produktionskostnaderna. Som ett sista övergripande motiv anfördes också *världsfreden*: Social rättvisa ansågs bereda vägen för allmän och långsiktig fred.[59] Under mellankrigstiden utgjorde ILO en oberoende del av Nationernas förbund.[60]

ILO kom att bli en trepartssammansatt organisation, bestående av representanter för arbetstagare, arbetsgivare och regeringar i sina beslutande och verkställande organ.

ILO består av tre huvudorgan. Det högsta beslutande organet är den internationella arbetskonferensen. Den består av representanter från alla medlemsländerna. Dess huvuduppgifter är att diskutera och anta konventioner och rekommendationer och att övervaka tillämpningen av ratificerade konventioner.[61] Internationella arbetskonferensens första möte hölls i oktober 1919.[62] ILO har också en styrelse med ett antal verkställande uppgifter. Styrelsen sammanträder tre gånger per år. Den består av 56 personer, varav 28 regeringsrepresentanter och 14 från vardera arbetsmarknadssida, som väljs av arbetskonferensen för en period om tre år.[63] Styrelsen fastställer dagordningen för arbetskonferensen och verkställer sedan arbetskonferensens beslut. Styrelsen utser också medlemmarna till olika kommittéer, bland annat till Föreningsfrihetskommittén vars uppgifter behandlas längre fram.[64] Det tredje huvudorganet är den administrativa internationella arbetsbyrån. Den är underställd arbetskonferensen och styrelsen och leds av en generaldirektör som utses av styrelsen. Arbetsbyrån förbereder mycket av arbetskonferensens och styrelsens verksamhet.[65]

ILO hade till uppgift att förbättra levnads- och arbetsförhållanden för arbetstagarna genom att bygga upp ett *normsystem*. Redan vid arbetskonferensens första möte antogs ett antal konventioner och rekommen-

[59] Motiven återgivs i ingressen till ILO:s konstitution. Konstitutionen utgjorde en del i Versaillestraktaten del XIII. Se också för mer om ILO:s tillkomst, Bartolomei de la Cruz m.fl., s. 2–6.

[60] ILO 75 år 1919–1974, Internationella Arbetsorganisationen – ILO, Bakgrundsinformation sammanställd av ILO:s informationsbyrå, p. 8.

[61] Se mer Valticos & von Potobsky s. 40–41, Bartolomei de la Cruz m.fl. s. 7.

[62] Om ILO:s organisation se exempelvis, Bartolomei de la Cruz m.fl., The International Labor Organization.

[63] Om styrelsens sammansättning se Bartolomei de la Cruz m.fl. s. 8.

[64] Se mer Valticos & von Potobsky, s. 41–42.

[65] Se mer Valticos & von Potobsky, s. 42–43.

dationer[66] och år 1926 inrättades expertkommittén för tillämpning av konventioner och rekommendationer (expertkommittén). Expertkommittén består av oberoende jurister vars uppgift är att granska de rapporter medlemsstaterna skickar in till ILO angående efterlevnaden av ratificerade konventioner. Kommittén avger varje år en rapport till arbetskonferensen.[67]

Mellan världskrigen sysslade ILO huvudsakligen med frågor som rörde arbetstid, arbetslöshet, arbetsmiljö, moderskapsskydd och arbetsförhållanden för ungdomar och kvinnor.[68]

Under andra världskriget hade arbetskonferensen svårt att samlas. År 1944, mitt under brinnande krig, lyckades den emellertid få till stånd ett möte och antog då den så kallade Philadelfiadeklarationen. Philadelfiadeklarationen kopplades till ILO:s konstitution och utökade ILO:s syften och målsättningar. Redan i ILO:s ursprungliga konstitutions ingress angavs att föreningsfriheten var någonting som låg inom ILO:s verksamhetsområde och som ILO skulle främja. Principen om föreningsfriheten stärktes dock väsentligt genom att Philadelfiadeklarationens antogs. Däri uppges föreningsfriheten vara en av de principer som ILO baseras på (IIb). Dessutom ålades arbetskonferensen att tillse att program utarbetades i syfte att uppnå ett effektivt erkännande av rätten till kollektiv förhandling (IIIe).

I FN:s stadga anges att: "The various specialized agencies, established by intergovernmental agreement and having wide international responsabilities ... shall be brought into relationship with the United nations" (artiklarna 57 och 63). I november 1945 antog internationella arbetskonferensen en resolution där den angav att den ville inträda i sådan förbindelse med FN. Ett avtal med ett sådant innehöll slöts och godkändes av FN:s generalförsamling och av Internationella arbetskonferensen.[69]

[66] Konvention nr 1 om arbetstiden inom industrin (1919), konvention nr 2 om arbetslöshet (1919), konvention nr 3 om kvinnors arbete före och efter barnsbörd (1919), konvention nr 4 om kvinnors nattarbete (1919), konvention nr 5 om minimiålder för industriellt arbete (1919), konvention nr 6 om minderårigas nattarbete (1919).

[67] http://www.ilo.org/public/english/about/history.htm.

[68] Se exempelvis konvention nr 1 om arbetstiden inom industrin (1919), konvention nr 2 om arbetslöshet (1919), konvention nr 3 om kvinnors arbete före och efter barnsbörd (1919), konvention nr 4 om kvinnors nattarbete (1919), konvention nr 5 om minimiålder för industriellt arbete (1919), konvention nr 6 om minderårigas nattarbete (1919), konvention nr 7 om minimiålder för arbete till sjöss (1920).

[69] Agreement between the United Nations and the International Labour Organization, 3 november 1945.

År 1946 blev ILO det första fackorgan som knöts till FN. I avtalet erkänner FN ILO som en "specialized agency responsible for taking such action as may be appropriate under its basic instrument for the accomplishment of the purposes set forth therein". Organisationerna godtog också att ta upp ämnen på respektive agenda på förslag från varandra.[70]

År 2002 hade ILO antagit 184 konventioner och 194 rekommendationer.

2.3.2 ILO-konventionerna nr 87 och nr 98

Den fackliga föreningsfriheten intar som nämnts en central roll i ILO:s verksamhet. Många konventioner och rekommendationer har tagits i ämnet.[71] I den här framställningen kommer framförallt två av ILO:s konventioner att behandlas ingående. Det är Konvention (nr 87) angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten antagen år 1948 samt Konvention (nr 98) angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingen antagen år 1949.

Dessa två konventioner anses binda alla ILO:s medlemmar oavsett ratifikation. Skyldigheterna därvidlag härleds ur ILO:s konstitution och särskilt Philadelfiadeklarationen.[72]

Dessa två konventioner ingår också i Deklarationen om grundläggande principer och rättigheter i arbetet som ILO antog 1998. De fyra rättigheter som ingår i deklarationen härrör från de mänskliga rättigheterna och från ILO-konventioner som intar en särställning. De utgör nämligen ILO:s kärnkonventioner.[73] Kopplingen mellan dessa ILO-kon-

[70] Dunning, s. 159.

[71] Andra konventioner och rekommendationer som rör den fackliga föreningsfriheten är konvention nr 21 om jordbruksarbetarnas föreningsrätt (1921), konvention nr 84 om föreningsrätt i områden belägna utanför moderlandet (1947), konvention nr 135 arbetstagarnas representanter (1971), konvention nr 141 om organisationer av arbetande på landsbygden (1975), konvention nr 151 om offentligt anställda (1978), konvention nr 154 om främjande av kollektiva förhandlingar (1954), rekommendation nr 91 om kollektivavtal 8(1951), rekommendation nr 92 om frivillig förlikning och skiljedom (1951), rekommendation nr 143 om arbetstagares representanter (1971), rekommendation nr 163 om främjande av kollektiva förhandlingar (1981).

[72] Se t.ex. Valticos och von Potobsky, 1995, s. 271:623, 295:683.

[73] De rättigheter som nämns i deklarationen är följande; föreningsfriheten och det effektiva erkännandet av rätten till kollektiv förhandling (ILO-konventionerna 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och ILO-konvention 98 angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten), eliminerandet av alla former av tvångsarbete eller annat påtvingat arbete (Konvention (nr 29) rörande tvångsarbete, Konvention (nr 105) angående avskaffande av tvångsarbete), det effektiva avskaffandet av barnarbete (Konvention (nr 138) om minimiålder för tillträde till arbete, Konvention (nr 182) om avskaffande av de värsta formerna av

ventioner och de mänskliga rättigheterna har sedan 1994 understrukits. Tanken har varit att:

> "If, however, a right has been declared to be a fundamental human right by the United Nations, and if the ILO has identified it as a human right that must be observed in the workplace, it becomes extremely difficult for any government or political party to oppose acknowledging this right".[74]

Ordalydelsen i 1998 års deklarations titel var ägnad att betona att de aktuella rättigheterna tillkommer *alla och envar i arbetet* och inte enbart arbetstagare. Rättigheternas universella status skulle därmed klargöras.[75]

Utgångspunkten i deklarationen är att alla ILO:s medlemmar är skyldiga att respektera principerna om de grundläggande rättigheter som kommer till uttryck i deklaration. Detta alltså oavsett om medlemsländerna ratificerat de aktuella konventionerna. Genom att en stat anslutit sig till ILO anses den implicit, genom de rättigheter och principer som kommer till uttryck i konstitutionen och Philadelfiadeklarationen, ha accepterat att respektera dessa rättigheter och principer.[76]

2.3.3 Vilket åtagande är kopplat till konventionerna, rekommendationerna och deklarationen?

När en konvention antagits av internationella arbetskonferensen har medlemsstaterna ett år, eller i undantagsfall upp till ett och ett halvt år, på sig att lägga fram ratifikationsunderlaget för den nationella myndighet som är behörig att anta erforderlig lagstiftning eller vidta annan åtgärd som krävs för ratifikation. Medlemsstaten skall informera ILO:s generaldirektör när ratifikationsärendet hänvisats till kompetent myndighet och också ange vilka åtgärder som krävs för ratifikation. Om den kompetenta myndigheten medger ratifikation skall medlemsstaten kommunicera den formella ratifikationen till ILO:s generaldirektör och vidta sådana åtgärder som krävs för att göra konventionens föreskrifter effektiva. Om medgivande om ratifikation inte erhålls förväntas dock medlemsstaten, då det påtalas av ILO:s verkställande styrelse, rapportera till generaldirek-

---

barnarbete) och eliminerandet av diskriminering rörande anställning och yrkesutövning. (Konvention (nr 100) angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde, och, Konvention (nr 111) angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning. Konvention nr 182 antogs *efter* det att deklarationen antogs. Den lades emellertid omedelbart till listan av kärnkonventioner. Se Bellace, s. 272.

[74] Bellace, s. 272.

[75] Bellace, s. 274.

[76] Deklarationen artiklarna 1 och 2. Se Kellerson, s. 224–225.

tören hur den nationella rättsordningen förhåller sig till konventionens föreskrifter.[77]

Rekommendationerna ratificeras inte. Någon plikt att lagstiftningen skall vara förenlig med rekommendationen föreligger inte utan rekommendationerna kan betraktas som riktlinjer för nationellt handlande.[78] För övrigt har emellertid medlemsstaterna samma tidsramar på sig för rekommendationerna som för konventionerna, att undersöka om den behöriga myndigheten är villig att vidta åtgärder för att göra rekommendationen tillämplig genom lagstiftning eller på annat sätt. Generaldirektören skall informeras om hur rekommendationen avlämnats till behöriga myndigheter och vilka åtgärder som dessa vidtagit. Därefter behöver medlemstaten bara vid anmodan ange hur rättsordningen förhåller sig till de förhållanden som behandlas i rekommendationen och vilka åtgärder som vidtagits eller föreslagits att vidtas för att följa den och om och i så fall vilka ändringar i rättsordningen som gjorts när de antagits eller tillämpats.[79]

När konventionerna väl ratificerats måste den ratificerande staten vidta sådana åtgärder som är nödvändiga för att göra konventionens bestämmelser effektiva (artikel 19:5 d i ILO:s konstitution). Vad som anses nödvändigt är beroende av varje enskild konvention och landets rättssystem. Ofta krävs lagstiftningsåtgärder. I många fall är dock inte lagstiftning tillräckligt och i andra fall krävs det inte alls. Åtagandet kan handla om att främja viss politik eller att genomföra vissa praktiska aktiviteter som exempelvis i Konvention (nr 122) om sysselsättningspolitik från år 1964. Vissa konventioner har till syfte att främja någonting som alltså kan ske successivt medan andra konventioner har bestämmelser som omedelbart måste tillämpas.[80] I vissa konventioner förekommer en blandning av dessa typer av bestämmelser. Rörande de bestämmelser som ålägger staterna att främja någonting anses åtagandet bestå i att uppnå det angivna målet, som kan vara svårgripbart, genom antagandet av ett löpande handlingsprogram.[81] I alla fall torde skyldigheten enligt artikel 19:5 d innefatta krav på att tillse att gällande lagstiftning och praxis är förenlig

[77] Artikel 19:5 och 7 i ILO:s konstitution.

[78] Bartolomei de la Cruz m.fl., s. 20.

[79] Artikel 19:6, ILO:s konstitution.

[80] Se dock EK:s påstående om att de tar hänsyn till att länders ekonomiska svårigheter eller naturkatastrofer som kan ställa hinder i vägen för en effektiv implementering, EK, sess. 73, år 1987, General report p. 24. Det påverkar dock inte det konkreta åtagandet.

[81] EK sess. 73, år 1987, General Report p. 35. EK anger dock att dess kommentarer rörande dessa bestämmelser oftast avser att klargöra en situation eller att assistera med konstruktiva kommentarer. A.a., p. 36.

med konventionens bestämmelser.[82] Vilka konkreta skyldigheter som följer av ILO-konventionerna 87 och 98 kommer att behandlas längre fram.

Varje år måste medlemsstaten enligt artikel 22 upprätta en rapport där den anger vilka åtgärder som vidtagits för att göra den ratificerade konventionens bestämmelser effektiva. Rapporten tillsänds den internationella arbetsbyrån. Numera krävs rapportering huvudsakligen var femte år och för vissa konventioner som behandlar mänskliga rättigheter vartannat år.[83]

2.3.4 Övervakningsstruktur

Varje medlemsstat åtar sig som nämnts att rapportera till internationella arbetsbyrån om vilka åtgärder som medlemsstaten vidtagit för att implementera de konventioner till vilka den är part. Även rörande konventioner som staten inte ratificerat och rörande rekommendationer kan krav på rapportering ställas. Varje medlemsstat skall delge de representativa arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna i landet dessa rapporter och den information generaldirektören erhåller enligt artiklarna 19 och 22 (artikel 23:2). Övervakningen sker både löpande och genom klagomålsförfaranden.

2.3.4.1 Löpande granskning

Den *löpande* övervakningen av efterlevnaden av ratificerade konventioner delas av två organ: Det ena är den expertkommitté för tillämpningen av konventioner och rekommendationer som tillkom redan år 1926 och som består av oberoende jurister med uppgift att granska regeringsrapporterna. Granskningen skall ta sikte på i vilken utsträckning lag och praxis i varje stat överensstämmer med de ratificerade konventionerna och de åtaganden staterna gjort enligt ILO:s konstitution. Kommitténs arbete skall utmärkas av oberoende, opartiskhet och kompetens.[84] Expertkommittén anses utifrån ett rättsligt perspektiv vara det centrala övervakningsorganet.[85] Kommitténs medlemmar tillsätts av ILO:s styrelse och består av framstående domare, juristprofessorer och statsmän.

[82] Bartolomei de la Cruz, m.fl., s. 52, Leary, s. 10, Valticos och von Potobsky s. 274–275.
[83] Se mer om hur rapporteringen skall gå till i von Potobsky och Valticos, 1995, s. 277–278.
[84] General report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 2002 p. 23 och 9.
[85] Valticos och von Potobsky s. 284, Samson, s. 162–163.

De viktigaste resultaten av denna granskning, s.k. "observations" presenteras i en årlig rapport till arbetskonferensen. Expertkommittén ställer också frågor eller krav direkt riktade till enskilda stater. Dessa kallas "requests". Varje år gör kommittén också en särskild studie över ett visst ämne. Denna utgår från staternas rapporter rörande efterlevnaden av konventioner oavsett om de är ratificerade eller inte och av rekommendationer.[86] Dessa studier innehåller ofta viktiga översikter av kommitténs praxis.

Det andra organet är en särskilt trepartssammansatt kommitté som tillsätts varje år av internationella arbetskonferensen. Konferenskommittén baserar sitt arbete på expertkommitténs rapport. Vissa fall väljs ut från expertkommitténs rapport och problematiken diskuteras med den berörda regeringen. Diskussionens resultat publiceras i en rapport som tillställs arbetskonferensen.[87] Konferenskommittén skall inte betraktas som en andra instans. Deras arbete går i stället ut på att tillsammans med den berörda regeringen finna lösningar på en otillfredsställande situation. Konferenskommitténs slutsatser är heller inte rättsligt bindande. De anses dock ha "persuasive moral value".[88]

För Deklarationen om grundläggande rättigheter och principer i arbetslivet har ett särskilt uppföljningsförfarande inrättats. Dess syfte är att uppmuntra medlemsstaternas ansträngningar att främja grundläggande rättigheter och principer. Uppföljningen skall hjälpa ILO att identifiera områden där teknisk assistans behövs. Det har sagts att deklarationen är "more than a strong statement; rather, it is the commitment of the Organization to action".

En panel inrättades av ILO:s styrelse med namnet "expertrådgivarna". Dessa upprättar två sorters rapporter. En global där implementeringen av *en* av deklarationens rättigheter granskas och en årlig som undersöker skyddet för alla rättigheterna i de länder som inte ratificerat de aktuella konventionerna. De medlemsstater som inte ratificerat de aktuella konventionerna är ombedda att årligen rapportera om implementeringen av deklarationens principer. Den nationella rapporteringen har hittills inte fungerat på ett tillfredsställande sätt. Uppföljningsprocessen är därför föremål för utveckling.[89]

[86] Valticos och von Potobsky, s. 285–286, Samson, s. 161–162.
[87] Valticos och von Potobsky, s. 286–287.
[88] Samson, s. 161.
[89] Bellace, s. 278–283, citat från s. 283. Kellerson, s. 226–227.

2.3.4.2 Klagomålsbaserad övervakning

Arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer kan inge klagomål ("representation") till internationella arbetsbyrån om de anser att en medlemsstat inte uppfyllt de krav som en ratifikation av en konvention medför. ILO:s verkställande styrelse kan sedan vidarebefordra klagomålet till den aktuella regeringen och be den kommentera klagomålet (artikel 24). Inkommer inte någon kommentar inom rimlig tid eller om kommentaren inte anses ha tillfredsställande utformning, kan den verkställande styrelsen *publicera* klagomålet och i förekommande fall kommentaren (artikel 25).

Också varje ILO-medlem har rätt att klaga till Internationella arbetsbyrån om den inte är nöjd med hur en annan medlemsstat uppfyller förpliktelser enligt en konvention som de båda har ratificerat (artikel 26:1). Den verkställande styrelsen kan den be den aktuella staten inkomma med kommentar (artikel 26:2). Om den verkställande styrelsen inte anser att det behövs eller om någon kommentar inte inkommit inom rimlig tid, så kan den tillsätta en undersökningskommission som skall *överväga* klagomålet och sedan *avge en rapport* innehållande rekommendationer (artikel 26:3 och 28). Den verkställande styrelsen kan ta initiativ till en sådan process även på eget initiativ (artikel 26:4).

Generaldirektören skall tillse att rapporten *publiceras* samt delges de berörda medlemsstaterna. Dessa skall sedan inom tre månader ange huruvida de accepterar rekommendationerna i rapporten och ifall de avser att hänföra ärendet vidare till Internationella domstolen (artikel 29). Internationella domstolen kan fastställa, ändra eller upphäva undersökningskommissionens slutsatser och rekommendationer (artikel 32). Internationella domstolens beslut är slutgiltigt (artikel 31).

Om en medlemsstat misslyckas med att följa de rekommendationer som undersökningskommissionen eller ICJ angivit kan den verkställande styrelsen rekommendera arbetskonferensen att vidta viss åtgärd för att säkerställa efterlevnaden (artikel 33). Medlemsstaten kan när som helst informera den verkställande styrelsen om att den vidtagit de åtgärder som rekommenderades och be att en ny undersökningskommission skall bekräfta detta. Om kommissionen eller ICJ kommer fram till att så är fallet skall den verkställande styrelsen rekommendera att åtgärd enligt artikel 33 skall avbrytas (artikel 34).

Betydelsen av processerna enligt artikel 25 och 26 i ILO:s konstitution har varit begränsad. Under senare år har intresset för dem emellertid ökat.[90]

Stundtals ber staterna internationella arbetsbyrån om tolkning av en

[90] Valticos och von Potobsky, s. 293:681–294:682.

konvention. Staten får ofta ett utlåtande baserat på förarbeten och övervakningsorganens praxis. Byrån understryker dock att den inte har någon auktoritativ rätt att tolka konventionerna. Denna procedur används inte i föreningsfrihetsmål eftersom ett särskilt övervakningssystem är kopplat till de frågorna.[91]

År 1950 bestämde ILO:s styrelse att ett särskilt klagomålsförfarande skulle inrättas rörande föreningsfriheten. Därför etablerades en "fact-finding and conciliation commission on freedom of association" (kommissionen) och år 1951 en föreningsfrihetskommitté.[92]

För att kommissionen skall kunna granska klagomål mot en stat som inte har ratificerat konventionerna 87 och 98, måste dess regering godkänt granskningen. De första regeringarna mot vilka denna procedur skulle vidtas vägrade att godkänna en undersökning och förfarandet blockerades därför framtill 1964. På grund av denna blockering vände sig de klagande till föreningsfrihetskommittén som därigenom fick en mycket mer framskjuten position än som var tänkt. Föreningsfrihetskommittén utvecklades från ett organ vars roll ursprungligen var tänkt som en filtreringsmekanism för kommissionen till att bli ett självständigt organ med kapacitet att behandla klagomål.[93]

Kommittén består av representanter från regeringar och arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. Klagomål från regeringar eller sammanslutningar av arbetsgivare och arbetstagare vidarebefordras från ILO:s styrelse till Föreningsfrihetskommittén för granskning. Kommittén föreslår sedan styrelsen att vidta åtgärder. Klagomål kan också behandlas om konventionen i fråga ej är ratificerad.

Föreningsfrihetskommittén behandlar bara enskilda fall och är inte tillsatt för att dra generella slutsatser.[94] Dess slutsatser ligger dock ofta till grund för expertkommitténs uttalanden om generella principer för tolkning av konventionerna. Föreningsfrihetskommittén kan betecknas

[91] Bartolomei de la Cruz, s. 35.

[92] ILO:s styrelse beslutade i januari 1950 att bilda denna kommission för föreningsfriheten. (ILO:Record of Proceedings, International Labour Conference, 33rd Session, 1950, Geneva, appendix XII) efter samtal med ECOSOC. (Freedom of Association, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth revised edition, International Labour Office, 1996, s. 2). Inrättandet av kommittén baserade sig på en överenskommelse med ECOSOC, Res 277(X) of 17 February 1950. Se i von Potobsky och Valticos s. 295.

[93] Swepston, s. 175.

[94] Se i EK sess. 40, år 1957, s. 161 där det hänvisas till Sixth report of the ILO to the United Nations (Geneva ILO 1952) Appendix V, First report of the Committee on Freedom of Association, p. 30.

som ett kvasi-juridiskt organ.[95] ILO:s styrelse följer som en oskriven regel alltid föreningsfrihetskommitténs slutsatser. Slutsatserna antas bara vid konsensus i kommittén. Detta borgar för en enhetlig praxis. Föreningsfrihetskommittén har granskat ungefär 2 000 fall.[96] Dess praxis är av stor betydelse som tolkningsdata rörande konventionerna 87 och 98 trots att dess tolkning inte är formellt bindande.

Det är bara internationella domstolen i Haag (ICJ) som har officiell kompetens att auktoritativt tolka ILO-konventioner (artikel 37(1) ILO:s konstitution). Detta har bara skett i ett fall 1932.[97] Denna möjlighet har därför ingen praktisk betydelse.

Inget av övervakningsorganen har formellt auktoritativ tolkningsbehörighet.[98] Dess utlåtanden utgör ändå en form av rättspraxis. EK talar själv om "jurisprudence of the Committee".[99] EK betraktar sig själv samtidigt som ett kvasi-juridiskt organ. Det råder emellertid ingen tvekan om att övervakningsorganen har en tolkningsfunktion även om deras utlåtanden inte formellt utgör den slutliga tolkningen av ILO-instrument.[100]

2.3.5 Tekniskt bistånd

ILO:s roll som givare av teknisk bistånd får inte förbises. Sedan femtiotalet har denna roll utvecklats och expanderat. De nya självständiga staterna behövde hjälp med att utveckla en arbetsmarknad med rimliga arbetsvillkor för arbetstagarna. Det tekniska biståndet tillhandahålls efter förfrågan från den berörda staten och skall integreras och utövas i samarbete med den nationella utvecklingspolitiken.[101] Kopplingarna mellan det normskapande arbetet och arbetet med det tekniska biståndet har betonats mer och mer. Det tekniska biståndet kan exempelvis användas till att hjälpa stater att komma till rätta med brister i implementeringen av normerna.[102]

[95] Ben Israel, s. 64.
[96] Se www.ilo.org
[97] Angående konvention nr 4 från 1919 om nattarbete för kvinnor, se Bartolomei de la Cruz, s. 35.
[98] För EK se sess. 73, år 1987, General Report p. 21. Kommittén påpekar att den inte behöver avge någon definitiv tolkning av konventionerna eftersom bara ICJ har kompetens enligt konstitutionen att göra det, men för att fullgöra sin uppgift att utvärdera implementeringen av konventioner så måste kommittén överväga och ge uttryck för sin uppfattning rörande betydelsen av vissa bestämmelser i konventionerna.
[99] EK sess. 76, år 1989, s. 303, UK.
[100] Bartolomei de la Cruz m.fl., s. 36.
[101] Bartolomei de la Cruz m.fl., s. 13.
[102] EK sess. 73, år 1987, General Report p. 27–30.

2.4 Europarådet

2.4.1 Inledning

Även det regionala arbetet inom området för de mänskliga rättigheterna tog fart efter andra världskriget.[103] Det mest lyckosamma resultatet uppnåddes i Europa av det då nybildade Europarådet. Vid denna tidpunkt befann sig Europas folk i en moralisk kris. Deras ledare var fast beslutna att sådana övergrepp mot människor som skedde under andra världskriget aldrig skulle få återupprepas i Europa. Två falanger för hur detta skulle gå till utkristalliserades. Den ena önskade överstatligt samarbete medan den andra nöjde sig med ett mellanstatligt sådant. Lösningen blev två organisationer. Utvecklandet av skyddet för de mänskliga rättigheterna kom att äga rum inom det mellanstatliga samarbetet. Europarådet bildades 1949 för att främja demokrati, mänskliga rättigheter och rättsstatens princip. Rekordsnabbt utarbetade organisationen en konvention till skydd för de mänskliga rättigheterna, den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Konventionen antogs i Rom den 4 november 1950.

Det överstatliga samarbetet manifesterades i upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen år 1951.[104] Denna organisation återkommer jag till.

2.4.2 Europakonventionen

2.4.2.1 Rättigheterna

I Europakonventionen återfinns många av de medborgerliga och politiska rättigheter som också återfinns i FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. Det vill säga de som värnar den *fysiska friheten*

[103] Amerikanska och afrikanska system för skydd av de mänskliga rättigheterna har upprättats. År 1948 antog OAS en deklaration om människans rättigheter och skyldigheter. År 1969 antogs den amerikanska konventionen om mänskliga rättigheter. Ett tilläggsprotokoll, det s.k. San Fransiscoprotokollet innehållande ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter antogs år 1988. Om det interamerikanska skyddet för mänskliga rättigheter se Maja Kirilova Eriksson, Skydd av mänskliga rättigheter – det interamerikanska systemet, tredje upplagan, Iustus förlag, 2002. År 1981 antogs den afrikanska stadgan om mänskliga rättigheter. Både en kommission och en domstol är kopplad till den. Om den afrikanska stadgan se Inger Österdahl, Räddaren i nöden? Den afrikanska stadgan för människans och folkens rättigheter i SvJT 1993 s. 134–169, Inger Österdahl, Räddaren i nöden II, Den afrikanska stadgan för människans och folkens rättigheter, SvJT 2000, nr 1 vol. 85, s. 61–67, Inger Österdahl, Implementing Human Rights in Africa, The African Commission on Human and Peoples' Rights and Individual Communications, Iustus förlag, 2002.

[104] Bernitz och Kjellgren, s. 8.

som rätten till liv (artikel 2), förbudet mot tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling (artikel 3) förbudet mot slaveri, tvångsarbete (artikel 4) och rätten till frihet och personlig säkerhet (artikel 5). Även *rättssäkerhetsgarantier* såsom rätt till opartisk och offentlig rättegång vid brott och prövning av civila rättigheter (artikel 6) samt retroaktivitetsförbud för strafflagstiftning (artikel 7) skyddas. Den *privata sfären* skyddas genom rätten till skydd av privat- och familjeliv (artikel 8) och rätten att ingå äktenskap (artikel 12). *Opinionsfriheterna* värnas såsom rätten till tanke-, samvets- och religionsfrihet (artikel 9), rätten till yttrandefrihet (artikel 10), rätt till fredlig mötesfrihet samt till föreningsfrihet, däri inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen (artikel 11). Dessutom skyddas rätten att tala inför inhemsk myndighet om någon av konventionens fri- och rättighet kränkts (artikel 13).

Genom antagandet av ett antal tilläggsprotokoll (TP) har Europakonventionens rättighetssamling utvidgats och har på vissa punkter närmat sig FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter och på andra punkter inkorporerat rättigheter som ingår i FN:s konvention om sociala och ekonomiska rättigheter. Såsom exempel på det förra kan rätten till fria och hemliga val (artikel 3) i tilläggsprotokoll 1 (TP 1) från 1952 nämnas, samt friheten att inte berövas sin frihet enbart på grund av oförmåga att fullgöra avtalad förpliktelse (artikel 1), rörelsefriheten (artikel 2), förbud mot att förvisas från ett land där man är medborgare (artikel 13) samt förbud mot kollektiv utvisning av utlänningar (artikel 4) som återfinns i tilläggsprotokoll 4 (TP 4) från 1963. I tilläggsprotokoll 7 från 1984 anges vilken process som måste genomgås innan en person som lagligen är bosatt i landet får utvisas (artikel 1) och så skyddas däri en rad rättssäkerhetsgarantier.[105]

Vissa rättigheter är unika för Europakonventionen som egendomsskyddet i artikel 1 i TP 1 samt avskaffande av dödsstraff i fredstid (artikel 1) TP 6 från år 1983 och avskaffande av dödsstraff under alla omständigheter i TP 13 från år 2002. Så sent som år 2000 knöts ett allmänt diskrimineringsförbud till Europakonventionen genom Tilläggsprotokoll 12. Däri anges att åtnjutandet av varje rättighet som anges i lag skall säkerställas utan diskriminering på någon grund som kön, ras, färg, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller social ursprung, tillhörighet med nationell minoritet, egendom, börd eller annan status

[105] TP 7, en som dömts av domstol för brottslig gärning skall ha rätt att få skuldfrågan eller straffet omprövat av högre domstol (artikel 2), ersättning skall utgå om det klarlagts att den som fällts för brottslig gärning ej var skyldig (artikel 3), man får inte dömas för ett brott man en gång frikänts från (artikel 4), makar skall vara likställda i fråga om rättigheter och ansvar av privaträttslig natur (artikel 5).

(artikel 1:1). Ingen får heller diskrimineras på någon av dessa grunder av någon offentlig myndighet (artikel 1:2).

När det gäller skydd av vad som enligt FN kategoriseras som sociala och ekonomiska rättigheter så omfattar Europakonventionen genom TP 1 rätten till undervisning (artikel 2). Tilläggsprotokollens bestämmelser blir inte automatiskt bindande utan konventionsstaterna måste ansluta sig till dem genom ratifikation.

2.4.2.2 Åtagandet

I artikel 1 anges att de höga fördragsslutande parterna skall garantera varje person, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges i konventionen. Skyldigheten att uppfylla åtagandena är sålunda tydligt, klart och omedelbart.

2.4.2.3 Övervakningsstruktur

Till konventionen kopplades ursprungligen en kommission för mänskliga rättigheter och en domstol, Europadomstolen, med uppgiften att trygga uppfyllandet av de aktuella förpliktelserna som parterna åtagit sig.[106] I och med att Tilläggsprotokoll 11 trädde i kraft i november 1998 upphörde kommissionen att existera och alla mål handläggs numera helt och hållet av domstolen. Domstolen är uppdelad i olika kammare som erbjuder olika överprövningsmöjligheter. En kommitté om tre domare prövar initialt om ett klagomål skall tas upp till prövning. Kommittén kan bara avvisa ett klagomål om alla tre domarna är eniga (artikel 28). Avvisas inte klagomålet går det vidare till en kammare bestående av sju domare som skall utröna de faktiska sakomständigheterna i målet samt, om parterna inte vill söka uppnå en uppgörelse i godo, avge en dom i målet. Domen är bindande, såvida inte någon av parterna vill överklaga till en stor kammare om 17 ledamöter och den stora kammaren tar upp överklagandet (artiklarna 29–39).[107]

[106] Se artikel 19 i den ursprungliga konventionstexten. Kommissionen fick motta framställningar riktade till Europarådets generalsekreterare från enskilda personer, icke-statliga organisationer eller grupper av enskilda, som påstod sig ha blivit utsatta för kränkning av någon av de i konventionen angivna rättigheterna av någon av de fördragsslutande parterna (art 25). Mål kunde hänskjutas till domstolen för prövning genom någon av parterna eller genom kommissionen (art 48). Detta förutsatte att de involverade parterna erkänt domstolens jurisdiktion (art 48). Även mellanstatliga klagomål erkändes. De har dock inte fått någon praktisk betydelse.

[107] För en mer utförlig beskrivning av den nya domstolens organisation och verksamhet se konventionens artiklar 27–39 samt Cameron, 2002, s. 48–54, Danelius, 2002 s. 24–34, Ehrenkrona, Nytt övervakningssystem enligt Europakonventionen SvJT 1995, nr 5–6 s. 439–453.

Ministerkommittén som är Europarådets beslutande organ och består av medlemsländernas utrikesministrar övervakar efterlevnaden av Europadomstolens domar.[108] Domstolens domar är och var även från början bindande. Det är en unik företeelse i de mänskliga rättigheternas historia att en enskild som fått sina fri- och rättigheter kränkta av en stat kan gå till en domstol, vars domslut binder stater.[109]

Klagomål kan inlämnas av enskilda, icke-statliga organisationer eller grupper av enskilda.

2.4.3 Europarådets sociala stadga

2.4.3.1 Inledning

År 1953 föreslog Europarådets generalsekreterare som svar på frågan hur Europarådets framtida arbete med sociala frågor skulle gestalta sig att också en social stadga skulle utarbetas.[110] Efter många förslag och diskussioner kunde en Europarådets sociala stadga undertecknas i oktober 1961.[111] Europarådet betraktar den sociala stadgan som Europakonventionens motsvarighet på det sociala och ekonomiska området. Den trädde i kraft år 1965.

2.4.3.2 Rättigheterna

De rättigheter som återfinns i 1961 års sociala stadga överensstämmer till stor del med de rättigheter som finns i FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Rätten till arbete (artikel 1) med skäliga arbetsvillkor (artikel 2), skälig lön (artikel 4) och säkra arbetsförhållanden (artikel 3) bildar utgångspunkten. Därefter skyddas arbetstagarnas möjligheter att säkra dessa skäliga arbetsvillkor genom föreningsrätt (artikel 5) och kollektiv förhandlingsrätt (artikel 6). Möjligheten att förbättra sina möjligheter på arbetsmarknaden säkras genom rätt till yrkesvägled-

[108] Ehrenkrona, s. 446.

[109] Indviderna hade dock inledningsvis bara rätt att föra klagomål till kommissionen. Det var sedan kommissionen eller den berörda staten som kunde föra fallet vidare till domstolen. TP 9 gav de enskilda vissa möjligheter att föra fallet till domstolen. TP 9 upphävdes genom ikraftträdandet av TP 11, se Ehrenkrona, s. 440–441, 445.

[110] Collected "Travaux préparatoires" provisional edition, volume I 1953–54, s. 4 (Memorandum by the Secerariat General of the Council of Europe on the role of the Council of Europe in the social field, 16 April 1953, SG (53) 1. Hädanefter SG memo) Den konsultativa församlingen föreslog sedermera ministerkommittén att utarbeta en social stadga år 1956. CA Rec 104, on 26th October år 1956) PW III s. 645–646)

[111] Om utarbetandet se David Harris & John Darcy, The European Social Charter, second edition, 2001, s. 1–8.

ning (artikel 9) och yrkesutbildning (artikel 10). Svaga grupper skyddas såsom barn och ungdom (artikel 7), kvinnliga arbetstagare (artikel 8), funktionshindrade personer (artikel 15) samt migrerade arbetstagare och deras familjer (artikel 19). Den enskildes rätt till hälsa (artikel 11) och social trygghet (artikel 12) skyddas också.

År 1988 antogs ett tilläggsprotokoll till stadgan innehållande några ytterligare bestämmelser som: Rätten till lika möjligheter och lika behandling i frågor som rör anställning och yrkesutövning utan diskriminering på grund av kön, rätt till information och samråd på arbetsplatsen, rätt att delta i avgöranden om och förbättring av arbetsförhållandena och arbetsmiljön och de äldres rätt till socialt skydd. Tilläggsprotokollet var resultatet av ett arbete som initierades år 1978 av Europarådet i syfte att undersöka möjligheten att utöka de rättigheter som borde skyddas av europeiska konventioner.[112] Protokollet hade delvis inspirerats av EG-direktiv, särskilt artikel 1. I allmänhet sågs dock 1988 års tilläggsprotokoll som ett misslyckande. Ambitionerna när reformarbetet inleddes var högre.[113]

År 1990 tillsattes en reformkommitté med uppgift att se över stadgan i dess helhet och ge förslag som kunde förbättra stadgan och dess funktion. År 1994 lades ett förslag fram till en reviderad social stadga. Den reviderade stadgan antogs 1996 och trädde i kraft 1999. Det är tänkt att den reviderade stadgan gradvis skall ersätta den ursprungliga. Den innehåller de gamla artiklarna med delvis förstärkt innehåll, de fyra nya från 1988 års tilläggsprotokoll samt ett antal helt nya artiklar.[114] De helt nya rättigheterna är huvudsakligen kopplade till arbetslivet. Upphovsmännen till de nya rättigheterna har i många fall hämtat inspiration från EG-direktiv och EG:s stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare. Exempel därpå är arbetstagarnas rätt till skydd vid händelse av arbetsgivarens insolvens (artikel 25)[115] och rätt till information och samråd vid kollektiva uppsägningar (artikel 29).[116] Vissa rättigheter hade utformats med ILO-konventioner som förebild såsom artikel 24 rörande rätt till skydd vid uppsägning och artikel 28 om rätt till skydd för arbetstagarrepresentanter inom företag och åtgärder för att underlät-

[112] Se prop. 1988/89:106, s. 3.
[113] Harris, s. 11–12.
[114] Exempelvis utvidgades rätten till årlig betald semester från minst två till fyra veckors garanterad semester i artikel 2:3.
[115] Rådets direktiv (80/987EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens.
[116] Rådets direktiv (75/129/EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar.

ta deras verksamhet.[117] Även FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter inspirerade antagligen då det gäller exempelvis införandet av rätt till skydd mot fattigdom och social utslagning (artikel 30) och rätt till bostad (artikel 31).[118] I den förklarande rapport som utarbetats till stadgan anges att den reviderade stadgan tagit hänsyn till utvecklingen av arbetsrätten och socialpolitiken sedan stadgan antogs 1961.[119] Innehållet i de nya artiklarna vittnar om att reformkommittén har studerat och tagit hänsyn både till utvecklingen inom de nationella systemen och inom EU och inspirerats av andra MR-instrument.[120]

2.4.3.3 Åtagandet

År 2002 hade totalt 31 stater ratificerat 1961 eller 1996 års sociala stadga. När stadgan ratificeras måste staten anta stadgans första del där ett antal rättsgrundsatser och principer anges. Staten åtar sig att ha som målsättning att förverkliga dessa. Därutöver behöver bara ett visst antal av de materiella bestämmelser som anges i del II antas. Rättigheterna i del II är uppdelade i kärnrättigheter och vanliga rättigheter. I 1961 års stadga utgör 7 artiklar kärnrättigheter och av dem måste 5 medtas i ratifikationen (artikel 20.1.b). I den reviderade stadgan är motsvarande antal 9 varav 6 måste medtas (artikel A.1.b). Artiklarna 5 och 6 som behandlar den fackliga föreningsfriheten och förhandlingsrätten ingår i kärnrättigheterna. Turkiet och Grekland är de enda länderna som helt har avstått från att medta dessa artiklar i sina ratifikationer.[121]

Den andra delen av stadgan inleds med följande stycke: Parterna åtar sig att enligt vad som föreskrivs i del III anse sig bundna av förpliktelserna i följande artiklar och punkter. Hänvisningen till del III syftar på det urval av artiklarna som del III medger. För övrigt talas om förpliktelserna i artiklarna och punkterna. I varje artikel och punkt anges alltså det aktuella åtagandets omfattning. Utgångspunkten är att artikelns ordalydelse skall följas. Artiklarna varierar avseende åtagandet. Exempelvis då

[117] ILO-konventionerna (nr 158) om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ från 1982 och ILO-konvention (nr 135) om arbetstagarnas representanter från 1971.

[118] Se FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, artikel 11.

[119] Explanatory report p. 8, European Social Charter, Collected Texts, 3 u, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2002, s. 156.

[120] Evju, The European Social Charter, s. 20–21, Harris & Darcy, the European Social charter, 2 u, 2001, s. 14.

[121] Luxemburg, Österrike och Polen har undantagit artikel 6:4 om strejkrätten från sina respektive ratifikationer. European Social Charter, Collected Texts 3 u, Council of Europe Publishing, 2002, s. 82–85.

det gäller rätten till arbete i artikel 1 anges att för att trygga den enskildes rätt till arbete åtar sig parterna att betrakta det som en av sina viktigaste målsättningar och förpliktelser att uppnå och bibehålla en så hög och jämn sysselsättningsnivå som möjligt med sikte på att uppnå full sysselsättning. Denna rättighet kan sägas vara relativ, men anger ändå vilken hög prioritet sysselsättningsfrågan bör ha. Andra rättigheter har ett mindre relativt innehåll som exempelvis artikel 2 punkterna 2 och 3 där parterna åtar sig att tillse att lön utbetalas för allmänna helgdagar och att en årlig betald semester om minst fyra veckor införs för att trygga den enskilde arbetstagarens rätt till skäliga arbetsvillkor. Dessa åtaganden måste betrakats som klara och koncisa.[122]

2.4.3.4 Övervakningsstruktur

Enligt artikel 21 skall varje part vartannat år tillställa Europarådets generalsekreterare en rapport avseende tillämpningen av de bestämmelser i stadgans andra del som parten antagit. Denna bestämmelse har dock reviderats ett antal gånger. Det som nu gäller är att vartannat år skall rapporter om kärnartiklarna skrivas och vartannat år skall växelvis hälften av de övriga artiklarna rapporteras om.[123] För den reviderade stadgan har ett likadant rapporteringssysten antagits. Vartannat år rapporteras om kärnartiklarna och var fjärde år om de övriga.[124] Rapporterna skall av den enskilda staten tillsändas vissa arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. Skriftliga kommentarer från dem skall bifogas rapporten (artikel 23).

1990 års reformkommitté lade också fram förslag till förbättringar av övervakningsprocessen. År 1991 antogs ett tilläggsprotokoll om en effektiviserad övervakning.[125] Ministerkommittén bad övervakningsorganen att tillämpa tilläggsprotokollet så långt stadgetexten medger redan innan protokollet trätt i kraft,[126] vilket också skett.

De rapporter staterna lämnar in granskas av en expertkommitté, som efter antagandet av 1991 års tilläggsprotokoll, består av minst 9 ledamö-

[122] Artikeltexterna är hämtade ur Ds 1997:65.

[123] Decision on the new system for the presentation of reports. Adopted by the Committee of Ministers in September 1996 at the 573rd meeting of the Ministers' Deputies. Se http://cm.coe.int/reports/1996/96cm129.html.

[124] System for the presentation of reports on the application of the revised European Social charter. Adopted by the Committee of Ministers at the 689th meeting of the Ministers' Deputies on 24–25 November 1999. CM(99)157, se http://cm.coe.int/reports/cmdocs/1999/99cm157.htm.

[125] 1991 års tilläggsprotokoll skulle egentligen inte träda i kraft förrän alla kontraktsslutande parter anslutit sig. Under det 509:e mötet år 1994 beslöt expertkommittén dock enhälligt att utöka kommitténs antal till 9, Samuel, s. 31 fotnot 1.

[126] Samuels, s. 9–10.

ter (artikel 25).[127] Sedan januari 1999 benämns kommittén Europeiska kommittén för sociala rättigheter. Ledamöterna skall vara oberoende experter. De väljs av Europarådets ministerkommitté och assisteras av en observatör från ILO. Kommittén skall göra en strikt juridisk prövning. Kommittén är inget juridiskt organ som levererar bindande beslut. Inom övervakningssystemet för Europarådets sociala stadga har den dock med Stein Evjus ord "exclusive legal authority" både avseende bedömningen av de nationella rapporterna och av de kollektiva klagomålen.[128]

Rapporterna och expertkommitténs slutsatser/konklusioner tillsänds regeringskommittén.[129] Regeringskommittén består av representanter från de stater som antagit den sociala stadgan samt av observatörer från europeiska fack- och arbetsgivarorganisationer. Regeringskommittén väljer ut, utifrån sociala, ekonomiska och andra politiska överväganden, de situationer vilka enligt dess uppfattning skall bli föremål för Europarådets ministerkommittés rekommendationer till enskilda stater. Urvalet skall motiveras. Ministerkommittén kan sedan med två tredjedelars majoritet utifrån regeringskommitténs rapport fatta beslut om att avge rekommendationer till part.[130] Ministerkommittén kan också anta en allmän resolution baserad på kommittén för sociala rättigheters rapport avseende hela övervakningscykeln i vilken staterna uppmanas att åtgärda de brister kommittén för sociala rättigheter uppmärksammat.

År 1995 antogs ett tilläggsprotokoll om ett kollektivt klagomålsförfarande. När det gäller det nya kollektiva klagoförfarandet utgör ILO:s verksamhet inspirationskällan.[131] Enligt protokollet har vissa internationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer samt andra frivilligorganisationer rätt att framföra klagomål rörande en stats kränkning av stadgans bestämmelser inom ett område där organisationen har kompetens (artikel 1 och 3). Klagomålet tillställs generalsekreteraren som överlåter det åt kommittén för sociala rättigheter (artikel 5). Om kommittén antar klagomålet för prövning skall den i en rapport ange om den anser att staten kränkt den aktuella rättigheten (artikel 8). Ministerkommittén skall tillställas rapporten och kan om två tredjedelar så vill rikta en rekommendation till en, enligt kommittén för sociala rättigheter, felande part (artikel 9).

[127] Samt 509:e mötet 1994, se Samuels, s. 31 ändrad genom 1991 års tilläggsprotokoll artikel 3.
[128] Evju, European Social Charter, s. 23, Harris s. 326–329.
[129] Artikel 27, Samuel s. 32 också ändrad genom 1991 års tilläggsprotokoll.
[130] Art 28 också ändrad genom 1991 års tilläggsprotokoll.
[131] Se t.ex. den explanatory report p. 1 som är kopplad till tilläggsprotokollet, Collected texts, 3 u, s. 145.

3 Några särskilda frågeställningar

3.1 Inledning

Det här arbetets huvudsakliga undersökningsobjekt är den mänskliga rättighet som behandlas i nästa kapitel, dvs. den fackliga föreningsfriheten. Den fackliga föreningsfriheten skyddas både i konventioner innehållande medborgerliga och politiska rättigheter och i konventioner innehållande ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Vissa moment i den fackliga föreningsfriheten som förhandlingsrätten och strejkrätten skyddas bara explicit i instrument som skyddar ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och delvis i ILO-konventioner. I presentationen av konventionerna ovan nämndes att de olika rättighetsgrupperna av vissa bedömare ansågs vara av olika juridisk karaktär och att denna uppfattning låg bakom det faktum att FN-konventionerna blev två i stället för en. I det följande skall frågeställningen om de olika rättighetsgruppernas karaktär behandlas närmare. Detta för att kunna avgöra vilka konsekvenser det har att vissa komponenter i den fackliga föreningsfriheten skyddas i medborgerliga och politiska MR-instrument och andra i ekonomiska och sociala MR-instrument.

För att den fackliga föreningsfriheten skall få någon betydelse måste den kunna tillämpas i relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare, oavsett om arbetsgivaren är offentlig eller privat. Utgångspunkten för mänskliga rättigheter är att de skall tillämpas i relationen mellan medborgare och stat. Europadomstolen har vid tolkningen av ett flertal artiklar angivit att huvudsyftet med artiklarna är att skydda individen från angrepp av staten. Hur hänger denna utgångspunkt ihop med förutsättningarna för ett effektivt skydd av den fackliga föreningsfriheten? Denna frågeställning kommer också att behandlas nedan.

3.2 De olika rättighetskomplexens förutsättningar och natur

Tanken att individen bär på vissa rättigheter och friheter som staten aldrig får kränka har som tidigare angivits delvis sina rötter i den klassiska liberala idétraditionen. Dessa tankegångar låg till stor del till grund för de deklarationer om individers rättigheter som antogs i slutet av 1700-talet. I debatten utgår man ibland ifrån att eftersom mänskliga rättigheter härrör från denna idétradition så kan begreppet mänskliga rättigheter bara inrymma rättigheter som är förenliga med de klassiska liberala idealen. Begreppet skulle därmed bara kunna inrymma rättigheter som medför förbud för staten att intervenera i vissa aspekter av medborgarnas liv.[1]

Det finns de som menar att debattörer med denna uppfattning missförstått Locke.[2] Andra menar att liberalismen utvecklats och i dag står för något mer än vad den gjorde på 1600- och 1700-talet.[3] Jag tänker inte ge mig in i denna rättsfilosofiska debatt. Jag utgår i stället helt sonika från att de rättigheter som FN i olika konventioner och i sin allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna benämner mänskliga rättigheter utgör mänskliga rättigheter i folkrättslig bemärkelse. Eftersom det är den fackliga föreningsfriheten som folkrättsligt objekt som är föremål för undersökningen faller sig en sådan utgångspunkt naturlig.

När diskussionerna om tillskapandet av ett internationellt skydd av mänskliga rättigheter påbörjades under andra världskriget kom uppfattningen till uttryck att rättigheter av social, ekonomisk och kulturell natur också var fundamentala för människans förmåga att leva ett värdigt liv. Insikten om de olika rättighetstypernas ömsesidiga beroende bredde ut sig. Många statsmän hade insett att diktatorer lättare fick fäste bland hungriga och arbetslösa människor.[4]

[1] Se särskilt Hayek, The mirage of social justice, s. 101–106 och The political order of a free people, s. 164 och fotnot 42. Se också Cranston, s. 46ff. Exempel på svenska debattörer med denna uppfattning är: Per Ahlin, Gammalmodig syn på rättigheter, DN 27-10-1998 s. 2, Thomas Gür, Vissa rättigheter är förmer, SvD 3/10-1998 s. 2, Per Ahlmark, Är alla friheter lika viktiga? DN 18 oktober 1998 s. 2, Johan Norberg, Fullständiga rättigheter: ett försvar för de 21 första artiklarna i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna, TIMBRO, 1999.

[2] Donnelly, Universal Human Rights, s. 88–106.

[3] Kymlicka, s. 13, Rawls, t.ex. s. 204–205, Shestack, som analyserar bl.a. Rawls teorier på s. 224, Dworkin, s. 227.

[4] Se Eide, Economic, Social and Cultural Rights, s. 29, som bl.a. annat citerar Roosevelt i ett State of the union address från 1944.

De främsta kritikerna av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter menar emellertid att dessa rättigheter härrör från en marxistisk och socialistisk idétradition och medtogs i de internationella instrumenten som en kompromiss bara för att säkerställa att de kommunistiska staterna skulle delta i FN-samarbetet. En förutsättning för deras efterlevnad skulle därmed vara ett samhälle byggt på totalitär/socialistisk grund.[5] Även om det är sant att det var de socialistiska staterna som under utarbetandet av FN-deklarationen och konventionerna hårdast drev frågan om sociala och ekonomiska rättigheter[6] så förfaller påståendet om att deras förverkligande kräver ett marxistiskt styrelseskick knappast vederhäftigt.

Redan år 1941 talade emellertid president Roosevelt inför den amerikanska kongressen om de fyra friheter han ansåg att människan skulle tillförsäkras: Yttrandefriheten, trosfriheten, frihet från nöd och frihet från fruktan. Uttryckandet av denna breda syn på de rättigheter som individerna skulle garanteras var inte utan betydelse när arbetet med att utforma instrument för skyddandet av individerna satte igång vid krigsslutet.[7] Hans ord återfinns också i ingressen till FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter. Roosevelt förespråkade knappast ett på socialistisk grund uppbyggt samhälle.

Det har också visat sig att ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter kan realiseras i olika politiska system. Lyckade och misslyckade exempel återfinns i både marknads- och planekonomier och i både centralistiska och decentralistiska politiska strukturer.[8] Om stater i väldigt hög grad överlåter åt marknaden att lösa välfärdsfrågorna kan dock problem uppstå. Det är ju ytterst regeringarna som är ansvariga för det internationella åtagandet.[9]

FN:s allmänna förklaring innehåller ett brett spektrum av rättigheter. När dessa mänskliga rättigheter gavs juridiskt bindande form i traktat delades rättigheterna upp och två konventioner antogs. Därigenom ma-

[5] Hayek, The mirage of social justice, s. 104. Som tycks ha inspirerat de svenska debattörerna Gür, s. 2 och Norberg, s. 18–19 och fotnot 5.

[6] Se t.ex. Evans, s. 8.

[7] Eide, Economic, Social and Cultural Rights, s. 28.

[8] The Limburg principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, p. 6, GC 3, the nature of states parties obligations, p. x, Simma, s. 91–92.

[9] I uppföljningen till Limburgprinciperna de s.k. Maastrichriktlinjerna behandlas detta problem i p. 2. Se också Dankwa, Flinterman och Leckie, Commentary to the Maastricht guidlines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, s. 710 och Donnelly, Human Rights, Democracy and Development, s. 628–632.

nifesterades att rättighetskomplexen ansågs skilja sig åt.[10] Skillnaderna fråntog emellertid ingen rättighet karaktären av mänsklig rättighet:

> "As human rights and fundamental freedoms are indivisible and interdependent, equal attention and urgent consideration should be given to the implementation, promotion and protection of both civil and political, and economic, social and cultural rights".[11]

Inom det *mänskliga rättighetskoncept* som lanserats av FN inbegrips politiska, medborgerliga, sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter.[12] Trots detta har de ekonomiska och sociala mänskliga rättigheterna under lång tid behandlats styvmoderligt i internationell praxis.[13] Inom doktrinen återfinns fortfarande kritiska röster. Argumenten är desamma som de som åberopades i FN-arbetet mot att samla de mänskliga rättigheterna i *en* konvention.[14] Politiska och medborgerliga rättigheter anses utkrävbara och genomförbara (enforceable och justiciable) samt absoluta vilket inte ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter är eller skulle kunna bli. De förra är omedelbart tillämpliga medan de senare är progressivt

[10] Se Craven, Unofficial Petition Procedure, s. 94.

[11] Citat från Limburgprinciperna p. 3. Se också GA Resolution 32/130, den 16 december 1977. Se också GAOR 1955 A/2929 kap. I, p. 29, kap. II p. 7 som hänvisar till GA Res no 421(V) sektion E, där krav på *en* konvention uppställs och res 543 (VI), där det beslutas att två konventioner skall antas. I båda dessa dokument anges att dessa rättighetstyper är "interconnected and interdependent" och "when deprived of economic, social and cultural rights, man does not respresent the human person whom the Universal Declaration regards as the ideal of the free man".

[12] GA Res. 2200(XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966). Se också Limburgprinciperna, p. 1–5. Samt Alston & Quinn, s. 158, Scheinin, Sociala rättigheter som mänskliga rättigheter, s. 181. Även andra rättigheter gör anspråk på begreppet mänskliga rättigheter som exempelvis minoritetsskydd och rätten till en god miljö. För minoritetsskydd se Athanasia Spiliopoulou Åkermark, Justifications of Minority Protection in International Law, Iustus Förlag Uppsala 1997. Om rätten till en god miljö som mänsklig rättighet se Ebbesson, Compatibility of International and National Environmental Law, Iustus förlag, Uppsala 1996 s. 63–65, Douglas-Scott, Environmental Rights: Taking the Environment Seriously? s. 423–448.

[13] Eide, Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach, s. 35. Se också Bobbio som hävdar att många sociala rättigheter kvarstår som "dead letters". Det enda som hittills kan konstateras är att dessa rättigheter är uttryck för de ideal som människan strävar efter och rubriken som inkluderar ordet rättigheter avser endast att ge innehållet en aura av nobilitet. "It is one thing to proclaim a right, and entirely another to enjoy its fruits" säger Bobbio. Bobbio, Age of Rights, s. XIV.

[14] Se t.ex. M. Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, (Brussel 1976 s. 184–217) och särskilt La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économic, sociaux et culturels, Human Rights Journal, vol. VIII (1975), s. 783–813. Hayek, vol. 1, s. 101–106, Vierdag, s. 76–77, 82, Akehurst's s. 209–210.

tillämpbara. De förra rättigheterna är individens rättigheter mot staten det vill säga mot olagliga och orättfärdiga statliga handlingar, staten ska således *avhålla* sig från viss aktivitet, medan de senare är rättigheter som staten är tvungen att vidta *positiva åtgärder* för att främja.[15]

Under den senaste femtonårsperioden har emellertid de internationella organen med ansvar att övervaka efterlevnaden av internationella MR-konventioner utvecklat sin praxis både av de medborgerliga och politiska rättigheterna och av de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna. Detta har medfört att innebörden av de olika rättighetskomplexen på många punkter fördjupats och nyanserats. Distinktionerna har delvis visat sig vara illusoriska.

FN har också särskilt intensifierat arbetet med att stärka de sociala, ekonomiska och kulturella rättigheterna. Mycket energi har lagts ned på att försöka beskriva dessa rättigheters juridiska innehåll. Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter har börjat utarbeta allmänna kommentarer rörande de enskilda artiklarna i konventionen. Dessa allmänna kommentarer utgår ifrån och sammanställer kommitténs praxis från den löpande övervakningen av konventionen. Kommentarerna skall utgöra ett stöd för staterna i implementeringen av rättigheterna.[16] FN:s generalsekreterare anser att dessa kommentarer utgör en auktoritativ tolkning av rättigheten i fråga som anger deras normativa innehåll och formulerar de specifika skyldigheter staterna åtagit sig vid antagandet av rättigheten.[17] Den löpande övervakningen har också utvecklats och bidrar till konkretiserandet av rättigheterna.

Kommittén för sociala ekonomiska och kulturella rättigheter (KESKR) har också lagt fram ett förslag till ett fakultativt protokoll liknande det som kopplats till konventionen om medborgerliga och politiska rättighe-

[15] Se UN Doc A/2929 p. 29, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, kap. II, General Problems Relating to the Draft Covenants, p. 9.

[16] KESKRs allmänna kommentarer syftar till att hjälpa staterna att uppfylla sina rapporteringsskyldigheter. Tanken är att kommitténs samlade erfarenhet från de rapporter kommittén tagit del av genom åren skall komma alla stater till del och på så sätt biträda i och främja deras fortsatta implementering av konventionen. Kommentarerna skall göra staterna uppmärksamma på otillräckligheter som uppenbarats i ett stort antal rapporter; föreslå förbättringar i rapporteringsproceduren och stimulera parterna, internationella organisationer och särskilda organ som är berörda, att gradvis, effektivt, uppnå det fullkomliga förverkligandet av de rättigheter som erkänns i konventionen. Se Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Introduction: the purpose of general comments, Compiliation of General Comments and General recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 42(1994) (finns i dokument E/1989/22) p. 1 och 3.

[17] E/CN.4/2001/49 Report of the Secretary-general submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/9, s. 5, p. 12–13.

ter innehållande ett individuellt klagomålsförfarande. Kommentarer till förslaget har inhämtats från medlemsstater, mellanstatliga organisationer och från frivilligorganisationer.[18] Skeptiker som Tyskland och Kanada anser att det största hindret för antagandet av protokollet är att innebörden av dessa rättigheter fortfarande är oklar. De föreslår att kommittén för sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter skall fortsätta sitt arbete med att avge allmänna kommentarer om enskilda artiklar för att klarlägga deras innebörd.[19] Det förekommer också uppfattningar, från exempelvis svensk sida, att denna typ av rättigheter bättre tas tillvara på annat sätt. Majoriteten av de länder och alla frivilligorganisationer som inkommit med kommentarer är dock positiva till förslaget.[20]

Till stor del verkar skeptikerna alltså ha lämnat uppfattningen att dessa rättigheter inte är juridiskt utkrävbara/tillämpliga *per se* för att i stället hävda att deras rättsliga innehåll måste klarläggas innan ett enskilt klagomålsförfarande inrättas. Även en av de främsta kritikerna av den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (IKESKR) inom doktrinen har påpekat att om dessa rättigheters innehåll klargörs kan man inte utesluta möjligheten att de kan utvecklas på ett sätt så att de skulle kunna beskrivas rättsligt och därmed bli juridiskt utkrävbara.[21]

Inom ILO:s ramverk har också en rad konventioner antagits innehållande sociala och ekonomiska rättigheter. Många av dessa rättigheter har utformats och av övervakningsorganen tolkats som rättigheter som medborgarna skall garanteras.[22]

Skyddet av rättigheterna i Europarådets sociala stadga genomgår ständiga förstärkningar vilket inte minst det kollektiva klagomålsförfarande som kopplades till stadgan år 1995 vittnar om. Genom klagomålsförfarandet

[18] Grunden till förslaget lades i rapporten: Towards an optional protocol to the international covenant on economic, social and cultural rights; An analytical paper adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural rights at its seventh session, 11 December 1992. E/C.12/1992/2, Ett förslag om frivilligt protokoll utarbetades av kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (E/CN.4/1997/105, 18 december 1996). Förslaget är fortfarande föremål för granskning av konventionens parter efter beslut av MR-kommissionen i res. 1998/33 från den 17 april 1998.

[19] Kanadas kommentar finns i UN Doc E/CN.4/1998/84/Add.1 och Tysklands i UN Doc E/CN.4/1998/84

[20] De enskilda kommentarerna återfinns i MR-kommissionens dokument E/CN.4/1998/84 and Add.1 (54:th sess), E/CN.4/1999/112 and Add.1 (55:th sess), E/CN.4/2000/49 (56:th session), E/CN.4/2001/62 (57:th session).

[21] Vierdag, s. 93.

[22] Leary, Lessons, s. 581, 590ff.

kan fackföreningar och icke-statliga organisationer inlämna klagomål till expertkommittén som skall avgöra om en stat uppfyllt sitt åtagande enligt stadgan eller inte. Även innan detta klagomålsförfarande inrättades tolkade expertkommittén sociala stadgans rättigheter som juridiskt definierade utkrävbara rättigheter. Stadgan har också reviderats och i den reviderade stadgan har artiklarna utökats och många av de kvarvarande artiklarna stärkts.

I EU:s stadga för grundläggande rättigheter som behandlas längre fram återfinns en rad ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Uppfattningen att dessa rättigheter är av annan karaktär än de medborgerliga och politiska förekom bland konventets medlemmar.[23] Även om stadgan inte i dagens läge medför att medlemsstaterna måste uppfylla de aktuella rättigheterna ger de uttryck för ett erkännande av dessa rättigheter som grundläggande rättigheter. EG-domstolen har vidare utvecklat innehållet i vissa sociala grundläggande rättigheter så att deras rättsliga status är klart erkänd.[24]

Även praxisen rörande medborgerliga och politiska rättigheter har utvecklats. Det har visat sig att dessa rättigheter kan medföra att staterna måste vidta aktiva åtgärder för att säkerställa medborgarna rättigheterna.

I det följande skall frågan om de olika rättighetskomplexens juridiska natur studeras närmare.

3.3 Distinktionen positiva och negativa skyldigheter

Det har påstått att de civila och politiska rättigheterna ålägger staterna negativa skyldigheter det vill säga att staten skall *avhålla* sig från aktiviteter som kan kränka en individs rätt. Dessa rättigheter skulle därför inte ta några större ekonomiska resurser i anspråk för sitt förverkligande och skulle därigenom kunna fullgöras omedelbart. Sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter har i motsats därtill ansetts ålägga staterna positiva skyldigheter medförande krav på prestation och intervention av staten. Dessa rättigheter skulle därför bli kostnadskrävande och beroende av

[23] Goldsmith, s. 1212, "First, social and economic rights are usually not justiciable individually in the same way as other rights. Rather they inform policy making by the legislator". Se mer om stadgan s. 420 ff.

[24] Fri rörlighet för arbetstagare har kommit att innefatta sociala rättigheter, samt likabehandling mellan könen i arbetslivet se Szyszczak, s. 144. Se också Lenaerts & Foubert, s. 267–296.

tillgängliga resurser för sitt förverkligande. Därför hävdas ibland att sociala och ekonomiska rättigheter inte utgör något annat än eftersträvansvärda långsiktiga mål. Dessa långsiktiga mål skulle då heller inte utgöra utkrävbara juridiska rättigheter utan vara ren politik.[25]

En strikt uppdelning av negativa och positiva rättigheter har dock alltmer kommit att ifrågasättas och är således inte längre generellt accepterad.[26] Inom doktrinen har lite olika förklaringar givits till varför en strikt uppdelning mellan medborgerliga och sociala rättigheter inte kan upprätthållas utifrån deras påstådda negativa respektive positiva karaktär.[27] Jag har valt att presentera Esbjörn Eides kategorisering av de skyldigheter som de mänskliga rättigheterna ger upphov till. Valet beror på att hans kategorisering har nått ett vitt erkännande och utnyttjas i FN-arbetet som ett verktyg för att urskilja de skyldigheter som åvilar staterna rörande MR-åtaganden.[28] Kategoriseringen illustrerar att de ekonomiska och sociala rättigheterna inte i första hand kräver att staterna distribuerar ekonomiska bidrag till dem som inte har tillräckligt för att förverkligas. Rättigheternas betoning ligger i stället på att medborgarna skall ges möjlighet att själva ta ansvar för sin försörjning och levnadsnivå.[29]

Skyldigheterna kan enligt Eides modell delas upp i olika nivåer. Staten är skyldig att *respektera*, *skydda* och *fullgöra* en rättighet.[30] Kommittén

[25] Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme (Brussel 1976 s. 184–217 och särskilt "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économic, sociaux et culturels" Human Rights Journal. vol. VIII (1975) s. 783–813. Vierdag, s. 76–77, 82, Akehurst's s. 209–210. Se också motivering av den motsvarande uppdelning Europarådet gjorde i Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Working Document 4213, at p.6.

[26] Skogly, s. 48. Se också Viljanen, s. 61, Eide, Realization of social and economic rights, s. 37–41, Pellonpää, s. 858.

[27] Se exempelvis Alston & Quinn, s. 184, Donnelly, Universal Human Rights, s. 33, (Donnelly är dock enligt eget förmenande inspirerad av Henry Shue se tre noter ner), Skogly, s. 48. Eide, Realization of social and economic rights, s. 37–41. Andra personer har utvecklat snarlika metoder som tycks bygga på liknande tankegångar som Eides för att belysa de mänskliga rättigheternas komplexitet särskilt avseende vilken typ av skyldigheter rättigheterna genererar. Se Viljanen, s. 45. Argumentationen utgår från Alexis, Theorie der Grundrechte 1986, se också Pellonpää, s. 858.

[28] KESKR:s praxis, se nedan. Se också Dankwa, Flinterman & Leckie, Commentary to the Maastricht Guidlines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, s. 713.

[29] Eide, Economic, social and cultural rights, s. 31–36. UN GA Resolution 41/128, 4 dec. 1986, Deklaration om rätt till utveckling artikel 2.

[30] Det har påstått att Henry Shue först lanserade modellen i Basic Rights: Subsistence, Affluence and Us Foreign Policy 52(1980). Se också Shue, The Interdependence of Duties, s. 83 där han gör en uppdelning av statens skyldigheter; "avoidance, protection, and aid" som han utvecklar innebörden av i artikeln och jämför med Eides teori.

för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR) utgår ifrån att *alla mänskliga rättigheter* ålägger stater dessa tre skyldighetsnivåer.[31]

I första hand måste staten *respektera* rättigheten genom att respektera de resurser individen äger. I respektåtagandet innefattas förbud mot uppställande av hinder för exempelvis individens frihet att välja arbete och individens frihet att vidta nödvändiga åtgärder och att använda de nödvändiga resurserna, ensamma eller tillsammans med andra, för att tillgodose sina behov.[32] Enligt Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR) innefattar respektåtagandet att staten måste avstå från att förvägra och från att begränsa människors *lika tillgång* till den aktuella rättigheten.[33] Staten får därför inte agera diskriminerande rörande åtnjutandet av rättigheten.[34] Förutom diskriminering på grund av kön avses alla de diskrimineringsgrunder som anges i artikel 2(2) i IKESKR. Skyldigheten att respektera inbegriper också en skyldighet att respektera rådande tillstånd, vilket innebär att staten inte får vidta någon åtgärd som förhindrar tillgången till rättigheten i den mån den annars skulle kunna uppfyllas,[35] exempelvis respektera rätten till utbildning genom att inte stänga privata skolor.[36] Staten måste både som lagstiftare och i all annan verksamhet avstå från att agera i strid med åtagandet i fråga.[37] Som exempel kan anges att det står i strid med rätten till bostad att en statlig myndighet godtyckligt tvångsavhyser hyresgäster.[38]

På nästa nivå består de statliga skyldigheterna av att *skydda* åtnjutandet av rättigheten. Staten måste därmed skydda individens handlingsfrihet och individens utnyttjande av resurser mot andra starkare subjekt som exempelvis mot mer kraftfulla ekonomiska enheter. Andra exempel är

[31] T.ex. General Comment (GC) 14, rätten till hälsa, p. 33, UN Doc E/C.12/2000/4

[32] Eide, Economic, Social and Cultural Rights, s. 37.

[33] När det gäller rätten till hälsa får staten inte förvägra fångar eller häktade, minoriteter, asylsökande och illegala immigranter lika rätt till hälsa som andra, GC 14, rätten till hälsa, p. 34. Även då det gäller rätten till mat borde dess skyldigheter tillämpas på samma sätt. Det står dock inget om det i GC 12 som rör rätten till mat. Inom kärnområdet för rätten till mat innefattas dock rätten att befrias från hunger, det tillämpas dock på alla.

[34] GC 14, rätten till hälsa, p. 34.

[35] GC 12, rätten till mat, p. 15, GC 14, rätten till hälsa, p. 34, GC 13, rätten till utbildning, p. 47.

[36] GC 13, rätten till utbildning, p. 50.

[37] GC 14, rätten till hälsa, p. 34, 50.

[38] Maastricht guidlines, p. 6. Se också kommentaren Dankwa, Flinterman och Leckie, s. 714. Se också Forced evictions C.H.R. Res 1993/77, U.N. ESCOR, Commission on Human Rights, 49th session at 227–29, p. 1, U.N. Doc. E/CN.4/1993/122 "(a)ffirm-(ing) that the practice of forced eviction constitutes a gross violation of human rights, in particular the right to adequate housing".

skydd mot bedrägeri, mot oetiskt beteende i handel och i avtalsförhållanden och mot marknadsföring och utsläpp av vådliga eller farliga produkter. Statens skyddande funktion är enligt Eide den viktigaste av statens skyldigheter då det gäller sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter och liknar statens roll som beskyddare av civila och politiska rättigheter. Avgörande skyddskomponenter skall uttryckas i lag. Sådan lagstiftning blir hanterbar för juridisk övervakning.[39] Den här typen av lagstiftning måste givetvis vara kontextuell – det innebär att den måste utgå ifrån de särskilda behov som finns i det aktuella landet.[40] Enligt KESKR inkluderar skyldigheter att *skydda* skyldigheter för staten att anta lagstiftning eller att vidta andra åtgärder som säkerställer *lika tillgång* till rättigheten i den mån den tillhandahålls av tredje part. Har fullgörande av rättigheten delegerats till tredje part måste staten tillse att ett privatiserat fullgörande av rättigheten inte utgör ett hot mot tillgängligheten, åtkomligheten och kvaliteten på utförandet av rättigheten. Staten skall också vidta åtgärder för att skydda alla svaga och marginaliserade grupper och säkerställa att inte tredje part *begränsar* folks åtnjutande av rättigheten.[41] Som exempel måste staten skydda tillgängligheten till utbildning genom att säkerställa att inte tredje man, som föräldrar och arbetsgivare, hindrar flickor från att gå till skolan[42] och tillse att privata arbetsgivare följer grundläggande arbetsnormer för att skydda arbetstagarnas rätt till arbete eller rätt till rättvisa arbetsvillkor.[43] Skyldighetsnivån inkluderar ett ansvar för staten att reglera tredje mans beteende så att privatpersoner som agerar inom den privata sfären hindras att kränka dessa rättigheter. Förutom arbetsgivare omfattas även skoladministratörer, lärare, läkare, hyresvärdar och andra privata aktörer som har kapacitet att kränka ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.[44] Det innebär exempelvis att en individ måste ha tillgång till ett rättsmedel om den anser att dess rättighet kränkts. Dessutom måste straffsatsen för brott mot rättigheterna vara avskräckande.[45]

En rättighets sista skyldighetsnivå innebär enligt Eide att staten är skyldig att *fullgöra* rättigheterna för alla. Denna skyldighet kan ta sig olika uttryck. KESKR menar att i termen fullgöra ryms både skyldigheten att

[39] Vilket därmed motsäger argumentet att ekonomiska och sociala rättigheter av naturen inte kan bli föremål för domstols prövning.
[40] Eide, Economic, Social and Cultural Rights, s. 37–38.
[41] GC 14, rätten till hälsa, p. 35.
[42] GC 13, rätten till utbildning, p. 47, 50.
[43] Maastricht guidlines, p. 6.
[44] Dankwa, Flinterman och Leckie, s. 714, GC 12, rätten till mat, p. 15.
[45] GC 12, rätten till mat, p. 32.

underlätta och att *tillhandahålla* rättigheten. I den allmänna kommentaren om rätten till hälsa infogades en ytterligare aspekt i fullgörandedelen, nämligen att staten har en skyldighet att *främja*.[46]

För att en rättighet skall kunna *fullgöras* måste den ges ett tillräckligt erkännande i det nationella politiska och rättsliga systemet, företrädesvis genom rättslig implementering och antagande av en, där så krävs, detaljerad nationell plan för hur rättigheten skall realiseras genom andra medel. I rätten till hälsa, artikel 12, innefattas en rätt till en god arbetshälsa. För att staten skall fullgöra den rättigheten krävs exempelvis att staten vidtar åtgärder som motverkar yrkesmässiga hälsorisker.[47]

Skyldigheten att *underlätta* innebär att staten aktivt engagerar sig i aktiviteter som syftar till att förbättra individers tillgång till och användande av resurser och medel för att säkerställa åtnjutande av rättigheten. Staten skall vidta aktiva handlingar för att möjliggöra att individer kan åtnjuta rättigheterna.[48] Som exempel angående utbildning anger kommittén att staten skall vidtaga positiva åtgärder för att säkerställa att utbildning är kulturellt avpassad för minoriteter och ursprungsbefolkningar och av god kvalitet för alla genom att exempelvis tillhandahålla resurser och formge läroplaner som avspeglar den samtida studentens behov i en föränderlig värld.[49] I artikel 11:2 i IKESKR, som behandlar rätten att vara tryggad mot hunger återfinns ett åtagande av *underlättande* natur, det anges att staten skall vidta åtgärder för att förbättra metoderna för produktion, konservering och distribution av mat genom att till fullo utnyttja teknisk och vetenskaplig kunskap och genom att utveckla eller reformera jordbrukssystemet.

Att *tillhandahålla* en rättighet innebär i allmänhet att staten är skyldig att tillhandahålla en specifik rättighet när en individ eller grupp är oförmögen, på grund av skäl utanför deras kontroll, att förverkliga rättigheten i fråga med de medel de har till sitt förfogande. Exempelvis 1) vid arbetslöshet 2) för de eftersatta och äldre 3) under plötsliga krissituationer eller katastrofer och 4) för marginaliserade grupper.[50] Omfattningen av denna skyldighet är dock alltid beroende av konventionstexten. Det krävs en noggrann läsning av texten för att avgöra vilken den tillhanda-

[46] GC 14, rätten till hälsa, p. 33, fotnot 23.
[47] GC 14, rätten till hälsa, p. 36.
[48] GC 12, rätten till mat, p. 15, GC 13, rätten till utbildning, p. 47.
[49] GC 13, rätten till utbildning, p. 47, 50. I GC 13, rätten till utbildning, anges att fyra normativa aspekter av rätten till utbildning dvs. tillgänglighet, åtkomlighet, godtagbarhet och anpassningsbarhet skall prövas mot de tre skyldighetsnivåerna respektera, skydda och uppfylla, p. 50. Detta angreppssätt utvecklas i GC 14, om rätten till hälsa p. 12. Jag kommer dock inte att analysera dessa aspekter närmare.
[50] Eide, Economic, Social and Cultural Rights, s. 38.

hållande skyldigheten egentligen är. Avseende exempelvis utbildning anges i artikeltexten att grundskoleundervisning skall vara obligatorisk och kostnadsfritt tillgänglig för alla (13(2)a). Avseende yrkesmässig utbildning som följer efter grundskolan så skall den göras allmänt tillgänglig och åtkomlig för alla genom varje därtill ägnat medel och då i synnerhet genom det successiva införandet av kostnadsfri undervisning (13(2)b). Skyldigheterna att tillhandahålla kostnadsfri grundskoleundervisning för alla är således absolut och omedelbar enligt konventionstexten och enligt KESKR medan tillgängliggörandet av yrkesutbildning kan få ske mer successivt.[51]

Eide menar att påståendet om att civila och politiska rättigheter inte tar resurser i anspråk till skillnad från ekonomiska och sociala rättigheter är en grov förenkling. Han menar att den bakomliggande orsaken till denna tes är att man huvudsakligen för civila och politiska rättigheter riktar in sig på de av statens skyldigheter som är kopplade till första skyldighetsnivån, men koncentrerar sig på den sista skyldighetsnivån när man behandlar ekonomiska och sociala rättigheter.[52] Medborgerliga och politiska rättigheter kan också analyseras utifrån Eides kategorisering. När det exempelvis gäller rätten till domstolsprövning (IKMPR artikel 14 och EKMR artikel 6) måste staten givetvis *respektera* rättigheten genom att inte hindra någon från att utnyttja rätten till domstolsprövning genom att förvägra vederbörande att kontakta en advokat[53] eller göra domstolen tillgänglig på ett diskriminerande sätt.[54] Staten måste dessutom *skydda* individens rätt till domstolsprövning genom att tillse att tredje man inte hindrar en individ att få tillgång till en domstolsprövning genom exempelvis lagstiftning som förbjuder övergrepp i rättssak. Till sist måste staten tillse att domstolsväsendet är inrättat och organiserat på sådant vis att individerna får en reell tillgång till domstolsprövning genom exempelvis tillgång till tolkar och i vissa fall genom rättsliga ombud och på så sätt både underlättar för och tillhandahåller, det vill säga *fullgör,* en reell rätt till domstolsprövning.[55] Inrättandet av domstolsväsendet i sig är ju en enorm apparat som måste falla in under fullgörandeskyldigheten.

[51] GC 13, rätten till utbildning, p. 47–48, 50–51. Jfr Alston & Quinn som påstår att förarbetena indikerar att bägge bestämmelserna skall implementeras progressivt. De hänvisar till omröstningen i tredje kommittén. Detta angavs dock innan KESKR klargjorde sin ståndpunkt. Alston & Quinn, s. 186.

[52] Eide, Economic, Social and Cultural Rights, s. 38.

[53] Danelius, 1997, s. 143–145, se t.ex. Golder v UK, judgment 21.2.1975.

[54] Alla tvister av ett visst slag måste kunna prövas i domstol enligt artikel 6 EKMR, se Danelius, 1997, s. 140–141.

[55] Danelius, 1997, s. 125, 143. Airey v Ireland, judgment 9.10, 1979.

De medborgerliga och politiska rättigheternas övervakare har dock *inte* anammat Eides kategorisering. Däremot har de i allt större utsträckning kommit att påtala att dessa rättigheter också ålägger staten positiva skyldigheter. Kommittén för mänskliga rättigheter har exempelvis angivit att

> "the obligation under the Covenant is not confined to the *respect (min kursiv)* of human rights, but that State parties have also undertaken to ensure the enjoyment of these rights to all individuals under their jurisdiction. This aspect calls for specific activities by the State parties to enable individuals to enjoy their rights".[56]

I ett flertal allmänna kommentarer om enskilda rättigheter och i den enskilda praxisen har kommittén ställt krav på aktiva handlingar från statens sida för att till fullo säkerställa de olika rättigheterna.[57] Europadomstolen har också slagit fast att ett flertal artiklar i Europakonventionen i viss mån ålägger staten att vidta vissa aktiva handlingar för dess fullgörande. Detta har åtminstone klarlagts i förhållande till artiklarna 2 (rätten till liv), 3 (förbud mot tortyr o. dyl.), 6 (rätten till domstolsprövning), 8 (rätten till privatliv), 10 (yttrandefrihet) och 11 (rätt till demonstrations- och föreningsrätt).[58]

Betoningarna på de olika skyldighetsnivåerna varierar från rättighet till rättighet. Det intressanta härvidlag är att dessa inte följer uppdelningen medborgerliga/politiska och sociala/ekonomiska rättigheter. Inte heller kan man säga att kraven som utgår från de sociala och ekonomiska rättigheterna alltid är mer ingripande då det gäller staters rätt att sköta sina egna förehavanden. De krav som ställs på ett effektivt domstolsmaskineri och som utgår från de medborgerliga och politiska rättigheterna är förstås oerhört kostsamma för varje stat. Dessutom kan brister i dess fullgörande vara konsekvensen av särskilda nationella rättstraditioner som

[56] HRC GC 3, artikel 2, 31/07/81 p. 1. Se också Manfred Nowak, The Covenant on Civil and Political Rights, s. 86–87.

[57] Se t.ex. s. 112 not 154, 155.

[58] Om artikel 2: L.C.B v UK, 9 june 1998, p. 36 och i viss mån p. 38, Osman v UK, 28 oktober 1998, p. 115–116. Se också Tavares v France, 12 sep. 1991, från vilken Pellompää menar att en positiv skyldighet för staten att tillhandahålla viss nivå på hälsovården kan härledas. Fallet finns citerat i Pellonpää, s. 865. Om artiklarna 6 och 8: Airey, 9.10.1979, p. 25, 26. (Se också Pellonpää s. 860), Vocaturov v Italy, 24 maj 1991, p. 17, Saten har ansvar för att organisera domstolsväsendet på sådant sätt att inte domstolsprocessen drar ut alltför länge på tiden, dvs. tillskjuta tillräckliga resurser (se också Pellonpää s. 859), Guerra and others v Italien, 9 juni 1998, p. 58–60, där det fastslås att staten har en skyldighet att informera om de risker individer utsätter sig för genom att bosätta sig nära en fabrik som genererade fertilitetsstörande förorening. Om artikel 10. Fuentes Bobo v Spanien, 29.2.2000, p. 37 och 38. Om artikel 11, Ärzte für das leben v Österrike 21.6.1988, Gustafsson v Sverige 25.4.1996.

kan uppfattas som ytterst problematiska att ändra på. Kraven på ändringar kan därmed ses som ingripande.[59] Även kraven på ett effektivt polisväsende för att rätten till liv skall anses åtnjuta ett tillräckligt skydd enligt Europadomstolen ställer förstås ingripande krav på staterna.[60]

I undersökningen del II framkommer vilka olika skyldighetsnivåer som aktualiseras rörande den fackliga föreningsfriheten.

3.4 Omedelbart eller progressivt tillämpbara mänskliga rättigheter

3.4.1 Inledning

När det gäller *omfattningen* av de skyldigheter som staten åtar sig vid ratifikationen anges också stundtals att förutsättningarna därför skiljer sig åt mellan medborgerliga/politiska rättigheter och sociala/ekonomiska/kulturella rättigheter. Det är en delförklaring till att det tillkom två FN-konventioner om mänskliga rättigheter.[61] I FN-konventionerna gjordes åtagandena absoluta avseende de medborgerliga och politiska rättigheterna och progressiva avseende de sociala och ekonomiska rättigheterna. Innebörden av denna distinktion kommer nedan att undersökas.

Även andra konventioner kommer att beröras. Det progressiva momentet är nämligen inte legio när det gäller åtaganden av sociala och ekonomiska mänskliga rättigheter i andra instrument. Europarådets sociala stadga saknar exempelvis en sådan generell bestämmelse och de åtaganden staterna gör i samband med ratifikationer av ILO-konventioner saknar också ett generellt progressivt förverkligandemoment.

3.4.2 FN-konventionerna om mänskliga rättigheter

I artikel 2:2 i Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (IKMPR) anges att varje konventionsstat förpliktar sig att i enlighet med sina konstitutionella bestämmelser och med bestämmelserna i konventionen vidtaga erforderliga åtgärder för att genom lagstiftning eller på annat sätt förverkliga konventionens rättigheter i den mån de inte redan är tillförsäkrade.

[59] Se exempelvis om de traditioner som gjorde det svårt för Sverige att uppfylla sina skyldigheter rörande rätten till domstolsprövning i Europakonventionen. Wiweka Warnling-Nerep, Rättsprövning & rätten till domstolsprövning, 2 u, Stockholm, 2002, s. 17ff.
[60] (article 2) Osman v UK, 28 oktober 1998 p. 115–116.
[61] GAOR A/2929 p. 10. Se Schwelb, s. 106–107.

De politiska och medborgerliga rättigheterna skall alltså uppfyllas omedelbart. Uppfyllandet kräver dock i många fall positiva åtgärder som visades i förra avsnittet. Det är därför också beroende av tillgängligheten av resurser och utvecklandet av de nödvändiga samhälleliga strukturerna. Idén att förverkligandet av civila och politiska rättigheter bara kräver att staten skall avstå från någonting står därför till stor del i strid med verkligheten.[62]

I Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter anges i artikel 2:1 att varje konventionsstat förpliktar sig att genom såväl egna åtgärder som genom internationellt bistånd och samarbete, framförallt på de ekonomiska och tekniska områdena, till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser för att säkerställa, att de i konventionen inskrivna rättigheterna gradvis förverkligas i sin helhet genom alla därtill ägnade medel, i synnerhet genom åtgärder på lagstiftningens område.

Dessa skyldigheter är av annan karaktär än dem som är kopplade till IKMPR, man talar om ett gradvist förverkligande.

Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR) har genom sina allmänna kommentarer och i granskningen av de fördragsslutande staternas rapporter utvecklat innebörden av det åtagande som är kopplat till den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Den allmänna kommentaren nr 3 ägnas särskilt åt innebörden av artikel 2:1.[63]

3.4.2.1 Det progressiva förverkligandet

Kommittén har angivit att begreppet progressivt förverkligande utgör ett erkännande av att ett fullt förverkligande av alla ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter i allmänhet inte kan nås inom en kort tidsperiod.[64] Möjligheten att till fullo uppfylla rättigheterna i konventionen beror i varierande utsträckning på tillgängligheten av resurser och detta faktum återspeglas i kravet på progressivt förverkligande.[65] Frågan uppkommer då om skyldigheten är så betingad av andra omständigheter att den berövas all normativ betydelse? Innebär ordet progressiv att de skyldigheter som åvilar staten kan skjutas fram till ett obestämt datum i den

[62] Se Alston & Quinn, s. 172–173.
[63] GC 3, The nature of States parties obligations (Art. 2 p. 1 of the Covenant).
[64] GC 3, The nature of States parties obligations, p. 1.
[65] Alston & Quinn, s. 172.

avlägsna framtiden? Nej, menar kommittén, det är å ena sidan en nödvändig flexibilitetsplan som speglar förhållandena i realiteten och de svårigheter som innefattas för varje land när det fullständiga förverkligandet av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter skall säkerställas. Å andra sidan måste frasen förstås utifrån sitt övergripande syfte, vilket är att etablera tydliga skyldigheter för statsparter avseende det fulla förverkligandet av rättigheterna i fråga.[66] Progressivt förverkligande innebär därmed att staterna har en specifik och fortlöpande skyldighet att röra sig så snabbt och effektivt som möjligt mot det fulla förverkligandet av en rättighet.[67] Kommittén uppmanar staterna att upprätta handlingsplaner där de skall ange hur de tänkt gå till väga för att progressivt uppfylla konventionens skyldigheter. I kommitténs allmänna kommentarer anges mer specifika hållpunkter för hur dessa handlingsplaner skall utarbetas. Dessa varierar för olika rättigheter och artiklar.[68]

Det skall dock konstateras att det progressiva momentet alltid måste kopplas ihop med en annan fras i artikel 2:1, det maximala utnyttjandet av en stats tillgängliga resurser. Det progressiva momentet har givetvis skapat stor osäkerhet då det gäller att uppställa krav på enskilda stater. Det underlättas bara marginellt av kopplingen till det maximala utnyttjandet av ens stats tillgängliga resurser. Då det gäller det maximala utnyttjandet av en stats resurser påpekar Alston & Quinn att det i förarbetena framkommer att staternas handlingsutrymme då det gäller disposition av resurser är stort men inte obegränsat. En stats resursallokering kan i sådana fall principiellt sett bli föremål för internationell granskning. Även om konventionen inte avger några särskilda allokeringsprinciper så förekommer det antagligen "a process requirement" enligt vilket det kan krävas att stater visar att erforderliga överväganden har gjorts avseende det maximala utnyttjandet av de tillgängliga resurserna i syfte att i möjligaste mån tillfredställa konventionens krav, även om ansträngningen inte lyckats. Om en stat inte lyckats visa detta så misslyckas den att leva upp till sin "obligation of conduct to ensure a principles policy-making process – one reflecting a sense of the importance of the relevant rights."[69] I Maastrichtriktlinjerna anges att ett misslyckande med att maximalt utnyttja sina tillgängliga resurser för att till fullo uppfylla konventionens rättigheter utgör en kränkning av konventionen.[70] Utarbetan-

[66] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 9, GC 13, rätt till utbildning, p. 44.
[67] GC 14, rätten till hälsa, p. 31.
[68] Se t.ex. GC 11, rätten till utbildning, p. 9–10 och GC 3, the nature of states parties obligations, p. 11 och GC 12, rätten till mat p. 21–22 och GC 14, rätten till hälsa, p. 53.
[69] Alston & Quinn, s. 180–181.
[70] Maastrichtriktlinjerna p. 15 (e).

de av en mall för den här typen av allokeringsprinciper är emellertid ett mycket digert arbete som hittills ingen har lyckats med.[71] Det finns heller inga tecken på att kommittén explicit använder progressivt förverkligande kopplat till det maximala utnyttjandet av sina resurser som standard vid sin egen regelbundna övervakning.[72] Det momentet blir då en implicit förutsättning i övervakningen. Några ledtrådar om hur kommittén resonerar och om hur den gör avvägningar i de enskilda fallen är svåra att finna. I ett fall tar emellertid kommittén upp frågeställningen genom att uttrycka oro över det faktum att en stat "(i)n terms of availability of resources" avsätter en större andel av den nationella budgeten till militära avgifter än vad som avsätts "to housing, agriculture and health combined".[73] Kommittén har också påpekat att en stat vidtagit otillräckliga resurser för att bekämpa fattigdomen i landet och "urges the State part to allot a large share of the national budget surplus to the States party's struggle against poverty".[74] Kommittén har vidare uppmanat en stat att "allocate a higher percentage of its GDP to the health sector".[75]

Kommittén har i vissa enskilda fall föreslagit hur stater skall prioritera avseende vilka rättigheter som i första hand skall uppfyllas vid resursbrister. Avseende Georgien så angav kommittén att den inser att tillgångarna är begränsade och föreslår att "measures be taken to concentrate their use on major priorities, such as measures to address the existing inequality between men and women in public service and the formulation of a National Plan of Action on Human Rights".[76] Kommittén betonar dock att när resurserna bevisligen är otillräckliga för att uppfylla konventionens skyldigheter så måste staten sträva efter att säkerställa det vidast möjliga åtnjutandet av de relevanta rättigheterna under de rådande förhållandena.[77]

Kommittén påpekar att intentionen hos konventionens grundare var att uttrycket, till fullo utnyttjandet av alla tillgängliga resurser, skulle avse både inomstatliga resurser och resurser som kom från det internationella samfundet genom internationellt samarbete och bistånd. Det internationella ansvaret behandlas förutom i artikel 2:1 också i artiklarna 11, 15,

[71] Chapman, s. 31–32. Se dock t.ex. Türk, The UN and Social Rights, s. 111–112.
[72] Chapman s. 32 och mina egna iakttagelser från de sammanfattande observationerna.
[73] CO CESCR Phillipines E/C.12/1995/18, p. 121.
[74] CO CESCR Algeria 30/11/2001. E/C.12/1/Add.71, p. 18, cit från p. 34.
[75] CO CESCR Colombia 30/11/2001, E/C.12/1/Add.74, p. 47.
[76] CO CESCR Georgia 17/05/2000. E/C.12/1/Add.42, p. 26.
[77] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 11.

22 och 23 och i viss mån i KESKR:s allmänna kommentar nr 2. Kommittén hänvisar i detta avseende också till FN-stadgans artikel 55 och 56 och Deklarationen om rätt till utveckling antagen av generalförsamlingen genom resolution 41/128 4 dec 1986.[78] Innebörden av det internationella samfundets ansvar går jag emellertid inte in på här.

3.4.2.2 Omedelbara skyldigheter

Kommittén anger att trots ordalydelsen i artikel 2:1 så inbegriper konventionen också skyldigheter med omedelbar effekt.[79]

En av de mer okomplicerade omedelbara skyldigheterna är kravet att inlämna rapporter enligt artikel 16 och 17 i konventionen.[80] Skyldigheterna för staterna att övervaka omfattningen av förverkligandet eller icke-förverkligandet av de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna och att upprätta strategier och program för att främja dem begränsas heller inte av resursbrister.[81]

En omedelbar skyldighet anges vara att staten skall vidta steg (i den engelska versionen "to take steps"), eller i svensk översättning vidta erforderliga åtgärder, i syfte att närma sig det mål som det fulla förverkligandet av rättigheten utgör.[82] Någon form av erforderliga åtgärder skall vidtas inom en rimligt kort tid från det att konventionen ratificerats. Dessa åtgärder skall vara genomtänkta, konkreta och riktade så klart som möjligt mot att till fullo möta de skyldigheter som erkänns i konventionen.[83] Skyldigheten innefattar ett krav att närma sig målet så snabbt och effektivt som möjligt.[84]

Det anses inte vara förenligt med skyldigheten att vidta steg som *försämrar* skyddet av rättigheten. Om staten vidtar ett sådant försämrande steg råder en stark presumtion för att statens agerande är oförenligt med skyldigheterna enligt konventionen. Staten bär då bevisbördan för att visa att den vidtagit åtgärden efter noga övervägande av alla tänkbara alternativ och att aktiviteten till fullo rättfärdigas med hänsyn till det totala

[78] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 14.
[79] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 1.
[80] Se t.ex. CO CESCR Gambia E/C.12/1994/20, p. 188 och Mali, p. 338 och Limburgsprinciperna p. 72.
[81] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 11.
[82] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 2 och Maastricht guidlines, p. 15 a.
[83] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 2, se också Alston & Quinn, s. 165–166.
[84] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 9 och GC 12, rätten till mat, p. 14 och GC 13, rätten till utbildning, p. 44.

rättighetsknippet som konventionen tillhandahåller och "in the context of the full use of the State party's maximum available resources".[85]

De åtgärder som skall vidtas för att uppfylla skyldigheten att ta steg eller vidta åtgärder anges i artikel 2(1) vara *alla lämpliga medel i synnerhet genom åtgärder på lagstiftningens område.*[86] Varje stat måste i första hand själv avgöra vilka åtgärder som är de lämpligaste. I rapporterna till KESKR måste staten emellertid ange vilka skäl som ligger till grund för valet av åtgärd. Det slutliga avgörandet av om en stat vidtagit *alla* lämpliga åtgärder gör kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.[87]

Jag har gått igenom kommitténs praxis för att undersöka om kommittén givit uttryck för att stater kränkt konventionen om erforderliga åtgärder inte vidtagits. Det är emellertid vanskligt att dra några slutsatser av denna praxis. När kommittén i sina sammanfattande observationer kommer fram till att förhållandena i en stat är otillfredsställande och den vill få staten att åtgärda situationen så rekommenderas eller anmodas staten att vidta mer eller mindre preciserade åtgärder. Det är svårt att avgöra vad dessa rekommendationer och anmodanden från kommittén är uttryck för.[88] Jag kan inte med säkerhet bedöma om rekommendationerna och anmodandena uttrycker att staten i fråga inte vidtagit de åtgärder/eller steg som artikel 2(1) kräver av dem eller om de bara utgör tips på hur staten kan eller bör gå vidare. Trots detta återger jag nedan exempel på rekommendationer och anmodanden riktade till enskilda stater. De utgör med största sannolikhet trots allt resultatet av en bedömning om vilket steg som vid tillfället är lämpliga att ta för den enskilda staten. Därmed illustreras lämpliga stegs/erforderliga åtgärders beskaffenhet. En utgångspunkt är att en anmodan är en starkare uppmaning än en rekommendation.

De medel som skall användas för att uppfylla skyldigheten att vidta steg inbegriper *lämpliga medel,* i synnerhet genom åtgärder på lagstiftningens område.[89] Utgångspunkten är att staten själv avgör vilken metod som är den mest ändamålsenliga. Något allmänt *krav* på lagstiftning uppställs inte. Däremot måste sådan lagstiftning som står i strid med konventionen

[85] GC 13, rätten till utbildning, p. 45 och GC 14 rätten till hälsa, p. 32.
[86] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 3.
[87] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 4.
[88] Se Chapman, s. 48–49.
[89] Alston & Quinn ansåg att förarbetena inte talade för att lagstiftning någonsin kunde krävas, de menade också att eftersom ECOSOCs övervakningsgrupp inte direkt ifrågasatt någon stat som ej antagit lagstiftning, så var det nog fortfarande så, s. 167.

ändras eller upphävas.[90] Lagstiftning måste antas om lagstiftning tycks vara ett oundgängligt medel för att uppfylla en rättighet.[91] Kommittén har angivit att lagstiftning i många fall är högst önskvärd och i vissa fall till och med oundgänglig. Exempelvis anses det vara svårt att bekämpa diskriminering effektivt om en gedigen rättslig grund för de nödvändiga åtgärderna saknas. Inom områden som hälsa, skydd av barn och mödrar, utbildning och inom de områden som behandlas i artiklarna 6–9 det vill säga rätten till arbete, rätten till rättvisa och gynnsamma arbetsvillkor, rätten till fackliga rättigheter och rätten till social trygghet, kan lagstiftning också vara ett oundgängligt element för många syften.[92] Lag förespråkas ofta då det gäller erkännande av arbetstagarnas rätt att bilda fackföreningar och av artikel 8:as övriga föreskrifter.[93]

Lagstiftning uttömmer dock inte staternas skyldigheter, frasen "med alla lämpliga medel" måste ges sin fulla och naturliga mening.[94] Många gånger ger lagstiftningen i ett land intryck av att vara tillfredsställande utan att de facto-situationen är det. Kommittén kräver då att staten skall vidta åtgärder som säkerställer implementeringen.[95] Åtgärder som kan anses ändamålsenliga är inrättande av rättsmedel som gör det möjligt att

[90] Senegal E/C.12/1993/18, p. 12. Egypten 23/05/2000, E/C.12/1/Add.44, p. 27, 34. Italien 23/05/2000. E/C.12/1/Add.43, p. 25. Bulgarien 08/12/99, E/C.12/1/Add.37, p. 25. Cypern 04/12/98. EC.12/1/Add.28 para19(d). Detta antogs också av Alston & Quinn, s. 167. Se också Limburgprinciperna, s. 125, p. 18 "article 2(1) would often require legislative action to be taken in cases where existing legislation is in violation of the obligations assumed under the Covenant". Se också Maastricht guidlines, p. 15 b.

[91] Alston, Manual, s. 46.

[92] GC 3, the nature of states parties obligations, para 3. Exempel från praxis: Kommittén föreslår att lag skall antas för att skydda de arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal så att de garanteras minimilön, hälso- och moderskapsersättning, säkra arbetsförhållanden och andra garantier som motsvarar internationella arbetsnormer, CO CESCR Suriname, E/C.12/1995/6, p. 17. Kommittén rekommenderar Ukraina att vidta lagstiftningsåtgärder för att förbjuda all könsbaserad diskriminering, CO CESCR Ukraine E/C.12/1995/18 at 41, p. 272 och Georgia att anta lagstiftning för att säkerställa att funktionshindrade får större tillgång till arbetsmarknaden, CO CESCR Georgia 17/5/2000. E/C.12/1/Add.42, p. 25. Kanada rekommenderas till och med att anta "a legally enforceable right to adequate assistance for all persons in need", CO CESCR Canada 10/12/98. E/C.12/1/Add.31, p. 40. Och Nederländerna anmodas att anta lagstiftning för att säkerställa en standardiserad minimilön på öarna i Nederländska Antillerna Nederländerna CO CESCR 16/96/98. E/C.12/1/Add.25(1) p. 53, 58. Diskriminering under anställningen på grund av politisk uppfattning skall uttryckligen förbjudas i lag, CO CESCR Germany, 05/01/93 E/C.12/1993/17, p. 8, 12.

[93] Saint vincent and the Grenadines 02/12/97 E/C.12/1/Add.21, p. 18.

[94] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 4.

[95] Se tex, CO CESCR Uruguay 22.12.97 E/C.12/1/Add.18, p. 18. CO CESCR Viet nam E/C.12/1993/8, p. 12. CO CESCR Israel 04/12/98. E/C.12/1/Add.27, p. 37, 38.

utkräva rättigheter inför ett juridiskt eller administrativt organ. Kommittén kräver att om effektiva rättsmedel saknas så åvilar det staten att visa att ett sådant rättsmedel antingen inte utgör "appropriate means" eller att införande av rättsmedel är onödigt mot bakgrund av de medel som utnyttjats. Kommittén menar att det kan bli svårt att visa att rättsmedel inte behövs och i många fall antar kommittén att andra åtgärder blir ineffektiva om de inte kompletteras med ett rättsmedel.[96] Rättsmedlet kan vara såväl administrativt som juridiskt. Det administrativa rättsmedlet måste emellertid vara tillgängligt och effektivt och inte för kostsamt eller tidskrävande. Vissa aspekter av rättigheterna kräver dock juridiska rättsmedel för att bli verkningsfulla, t.ex. diskrimineringsförbudet.[97] I kommitténs praxis framställs ofta krav som rör rättsmedel.[98] Exempelvis för att kunna utfå kompensation eller återanställning vid olovligt avsked[99] eller för att se till att man får ut sin lön[100] och för kvinnor som blivit utsatta för könsdiskriminering.[101]

Andra åtgärder som kan anses vara ändamålsenliga är administrativa, finansiella, utbildningsmässiga och sociala åtgärder.[102] När det gäller finansiella åtgärder betonar, rekommenderar eller kräver kommittén exempelvis förhållandevis ofta att tillräckliga resurser på ett eller annat vis skall tillskjutas organisationen för yrkesinspektörer så att de kan uppfylla sin uppgift att tillse att olika former av arbetsrättslagstiftning verkligen tillämpas.[103] Även krav på upprättande eller förändringar av handlingsprogram uppställs.[104]

[96] GC 9, the domestic application of the Covenant, p. 3.
[97] GC 9, the domestic application of the Covenant, p. 9.
[98] Alston & Quinn hävdade att utifrån förarbetena framkom att art. 2:1 inte uppställde något krav på rättsmedel, s. 170.
[99] CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 19.
[100] CO CESCR Georgia 17/5/2000. E/C.12/1/Add.42, p. 24.
[101] CO CESCR Iraq 12/12/97. E/C.12/1/Add.17, p. 30.
[102] GC 3, the nature of states parties obligations, p. 7. I riktlinjerna för staternas rapportering anges att staterna skall tillhandahålla detaljer inte bara över relevanta lagar utan också över relevanta avtal, domar, handlingsprogram, tekniska program och andra åtgärder (dessa riktlinjer i konsoliderad form finns i U.N.Doc A/40/600/Add.1(1985)). Alston & Quinn hänvisar också till ILO:s praxis för att befästa denna utgångspunkt, s. 169.
[103] CO CESCR Peru, 16/05/97. E/C.12/1/Add.14, p. 32. CO CESCR Poland 16/06/98. E/C.12/1/Add.26, p. 24. CO CESCR Russian federation 20/05/97. E/C12/1/Add.13, p. 33.
[104] Se t.ex. CO CESCR Suriname E/C.12/1995/6, p. 16. Andra lämpliga åtgärder som främjar tillämpningen av konventionens rättigheter är exempelvis spridning av konventionstext, översättning till lokala språk, främjande av undervisning och diskussion om konventionen, tillhandahållande av kurser för domare, advokater och poliser, CO CESCR Peru, 16/05/97. E/C.12/1/Add.14, p. 33. CO CESCR Cameroon, 08/12/99. E/C.12/1/Add.40, p. 47. Alston & Quinn, s. 171.

Problemet med att göra skyldigheten, att ta steg, till en omedelbar skyldighet är att kommittén om den anser sig kompetent att utvärdera om ett vidtaget steg är tillräckligt stort ofta måste göra den bedömningen mot bakgrund av kravet om det maximala utnyttjandet av ett lands resurser. Frågan är om kommittén avger sina rekommendationer efter en genomgång av vad som kan krävas av staten i fråga mot bakgrund av dess tillgängliga resurser[105] eller om den i allmänhet anger vad som kan göras för att närma sig ett uppfyllande av rättigheten i fråga. Kommittén anses ju vara behörig att bedöma huruvida de vidtagna åtgärderna är lämpliga. Det man kan anta är att kommittén kan bedöma om de vidtagna eller rekommenderade stegen är ändamålsenliga och det är då rimligt att anta att de utgör ett steg på vägen mot uppfyllande av rättigheten.

Det bör dock hållas i minnet att alla moment som krävs för att uppfylla en rättighet inte tar resurser i anspråk. Det är mer okomplicerat för kommittén att rekommendera stater att vidta åtgärder som inte är resurskrävande. Kommittén har angivit att staterna måste utnyttja de befintliga resurserna på ett maximalt effektivt sätt. Det innebär att alla insatser som inte tar resurser i anspråk och som krävs för att en rättighet skall uppfyllas skall verkställas omedelbart. Därmed utgör sådana åtgärder omedelbara skyldigheter. Detta antagande stärks också genom Maastrichtriktlinjerna där det anges att det utgör en *kränkning* av konventionen att inte uppfylla en "generally accepted international minimumstandard of achievement, which is within its powers to meet".[106] Det är dock få insatser som inte tar några som helst resurser i anspråk. Frågeställningens praktiska betydelse är därför kanske begränsad. Man bör dock kunna dra slutsatsen att om alla kostnadsfria åtgärder är omedelbart tillämpbara och stegen då formellt sett bara skall omfatta resurskrävande åtgärder så förutsätts att resurserna kontinuerligt ökar eller så behöver stegen bara tas när resurserna medger att ett steg kan tas.

En ytterligare *omedelbar skyldighet* som kommittén identifierat i konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter är skyldigheten att omedelbart tillhandahålla en minimikärna av varje rättighet. Om exempelvis en ansenlig mängd innevånare i en konventionsparts stat är berövade grundläggande matvaror, grundläggande primär hälsovård eller grundläggande skydd och bostad eller de mest grundläggande formerna av utbildning har staten prima facie misslyckats med att uppfylla dessa

[105] Se t.ex. CO CESCR Russian Federation 20/05/97. E/C.12/1/Add.13, p. 18, där kommittén anger att staten "has not taken adequate steps or devoted sufficiant funding to find a way of addressing the following issues".
[106] Maastrichtriktlinjerna, p. 15 (i).

skyldigheter under konventionen.[107] Om konventionen skulle förstås på sådant sätt att den inte skulle innefatta en sådan kärnskyldighet så menar KESKR att den till stor del skulle berövas sitt existensberättigande (raison d'être). I KESKR:s allmänna kommentar nr 3 påpekades att vid varje bedömning av om en stat har fullgjort sina minimikärnskyldigheter måste hänsyn tas till resursrestriktioner inom det aktuella landet. Artikel 2:1 gör varje stat skyldig att vidta nödvändiga åtgärder och därför till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser. För att en part skall ha möjlighet att tillskriva sitt misslyckande att uppfylla minimikärnskyldigheten bristen på tillgängliga resurser så måste den visa att varje ansträngning gjorts för att använda de tillgängliga resurserna till att tillfredsställa, som prioritet, dessa minimiskyldigheter.[108] Natur- och andra katastrofer undandrar exempelvis inte i sig staten från skyldigheten att vidta nödvändiga åtgärder för att lindra och minska hunger.[109]

I den allmänna kommentarerna om rätten till mat och hälsa har kommittén angivit att när det gäller minimikärnrättigheter angående rätten till mat och till hälsa så undgår egentligen *aldrig* en stat dessa skyldigheter. Kommittén anger att varje stat är skyldig att säkerställa för var och en under dess jurisdiktion tillgång till basmat som är tillräcklig i mängd, näringsmässighet och säkerhet för att säkerställa friheten från hunger.[110] Om denna nivå inte uppfylls är en kränkning för handen.[111] På samma sätt anges att ett stat aldrig kan rättfärdiga att kärnskyldigheterna som angivits för rätten till hälsa inte uppfylls.[112] Kommittén understryker att även under tider av allvarliga resursbrister kan, och för den delen måste, samhällets svaga medlemmar skyddas genom antagandet av relativt billiga riktade program.[113] I Maastrichtriktlinjerna anges det också vara konventionsstridigt om en stat minskar sina statliga utgifter på sådant sätt att inte "minimum substistence rights for everyone" kan säkerställas.[114]

Minimiskyddet kan alltså betraktas som så lågt satt att alla länder anses ha en reell möjlighet att tillfredsställa den nivån. Man skulle också kunna uttrycka det så att detta minimiskydd tar väldigt små resurser i anspråk för att förverkligas och att en stat enligt konventionen aldrig kan rättfärdiga att den fördelar sina resurser eller organiserar samhället på sådant sätt att innevånarna inte har en möjlighet att överleva.

[107] Maastrichtriktlinjerna, p. 9, Alston, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, s. 495–496.
[108] GC 3, nature of states parties obligations, p. 10 och GC 12, rätten till mat, p. 6, 17.
[109] GC 12, rätten till mat, p. 6, 8.
[110] GC 12, rätten till mat, p. 14.
[111] GC 12, rätten till mat, p. 17.
[112] GC 14, rätten till hälsa, p. 47.
[113] GC 14, rätten till hälsa, p. 12. CO CESCR Phillippines E/C.12/1995/18, p. 124.

Hela artikel 2:2 som anger att rättigheterna skall kunna åtnjutas utan diskriminering på någon av de grunder som däri anges anses *omedelbart* tillämplig.[115] Vid åtnjutandet av konventionens rättigheter får diskriminering inte äga rum på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Uppräkningen av diskrimineringsgrunderna anses inte vara uttömmande.[116] Även artikel 3 som särskilt anger att konventionsstaterna förpliktar sig att tillförsäkra män och kvinnor lika rätt att åtnjuta de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som inskrivits i konventionen har omedelbar tillämplighet.

Den övergripande innebörden av dessa stadganden är att rättigheterna i konventionen, oavsett den nivå som garanteras, aldrig får tillämpas på ett diskriminerande sätt.[117]

Utav praxisen framgår att all *de jure* diskriminering utgör en kränkning av konventionen. Dessutom måste åtgärder vidtas för att bekämpa *de facto* diskriminering.[118] Den allmänna praxisen ger intryck av att *ef-*

[114] Maastrichtriktlinjerna, p. 15(g).

[115] GC 3, nature of states parties obligations, p. 1 och GC 13, rätten till utbildning, p. 31.

[116] Se Alston, Manual, s. 47.

[117] Kommittén tolkar diskrimineringsförbuden utifrån, Konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering (art. 1), Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (art. 1), Barnkonventionen, ILO:s konvention nr 169 om ursprungsbefolkningar och UNESCO-konventionen mot diskriminering i undervisning, se GC 13, rätten till undervisning, p. 31. Det innebär att varje "distinction, exclusion, restriction, or preference which is based on any ground such as ... and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all of the rights set forth in the Covenant" utgör diskriminering i konventionens mening, Alston, Manual, s. 47. Antagandet av åtgärder som medför en särskiljande behandling accepteras i den mån de är ägnade att eliminera de facto diskriminering, Alston, Manual, s. 47, samt GC 13, rätten till undervisning, p. 32.

[118] Se t.ex. GC 12, rätten till mat, p. 18. Avseende *tillgången* till mat har dock kommittén angivit att all diskriminering på de i artikel 2:2 angivna grunderna som har till syfte eller effekt att begränsa eller ogiltigförklara ett lika åtnjutande av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter utgör en kränkning av konventionen, GC 13 rätten till utbildning, p. 59. Avseende tillgången till undervisning måste all lagstiftning som på något sätt är diskriminerande på de grunder som anges i artikel 2:2 upphävas och åtgärder vidtas för att bekämpa de facto diskriminering. Annars är en kränkning för handen, se Limburg principerna, p. 37 s. 127, "Upon becoming a party to the Covenant states shall eliminate de jure discrimination by abolishing without delay any discriminatory laws, regulations and practices (including acts of omission as well as commission) affecting the enjoyment of economic, social and cultutal rights." CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 16. Åtminstone att eliminera de jure diskriminering utgör en omedelbar skyldighet. Se också Limburgprinciperna, p. 38, s. 127, "de facto diskrimination occurring as a result of the unequal enjoyment of economic, social and cultural rights, on account of a lack of resources or otherwise, should be brought to an end as speedily as possible".

fektiva åtgärder för att bekämpa diskriminering faktiskt krävs. Kommittén rekommenderar eller kräver ofta att staterna skall vidta åtgärder för att komma till rätta med diskriminering som förekommer både i lag och i det praktiska livet.[119]

Även vissa materiella artiklar anses medföra ett krav på omedelbart förverkligande.[120]

Exempelvis skydd av minoriteters kulturella rättigheter som skyddas genom artikel 15 1 a anges innefatta en omedelbar skyldighet.[121] Detta är dock en artikel som inte fått så stort utrymme i praxis.

De fackliga rättigheterna som skyddas i artikel 8 anses i doktrinen i sin helhet ge upphov till omedelbara skyldigheter. Detta antagande utgår från artikelns ordalydelse. Artikeln inleds med att "Konventionsstaterna förpliktar sig att *säkerställa*". Alla andra materiella artiklar inleds med att konventionsstaterna *erkänner* rätten den och den.[122] Att förplikta sig att säkerställa någonting rymmer ett precist åtagande. Detta bekräftas också av rättspraxis. Även om någon allmän kommentar i ämnet inte tagits så har kommittén i sina sammanfattande observationer varit förhållandevis klar på denna punkt. Kommittén ställer ofta mycket specifika krav på

[119] Se också Maastrichtriktlinjerna där det anges att aktiv statlig förvägran av vissa gruppers åtnjutande av rättigheterna utgör en kränkning (p 14 (b)). Se också kommentaren till Maastrichtriktlinjerna. s. 720. Kommittén oroar sig exempelvis över att kvinnor tvingas genomgå graviditetstest inför anställningar och med jämna intervaller under anställningen och sägs upp vid positiva graviditetsbesked. Kommittén *kräver* att staten antar omedelbara åtgärder för att skydda kvinnor och särskilt förbjuda bruket av krav på medicinska intyg om att potentiella arbetstagare inte är gravida och säkerställa att de som ändå utsätts för sådan diskriminerande behandling, av arbetsgivare som inte följer lagen, kan vidta rättsliga åtgärder, CO CESCR Mexico. 08/12/99 E/C.12/1/Add.41 p. 21, 37. Kommittén rekommenderar också ofta stater att anta lagstiftning som förbjuder särskilt könsbaserad diskriminering, CO CESCR Ukraine E/C.12/1995/18 at 41 p. 272. Ibland *kräver* kommittén att staten vidtar åtgärder för att eliminera all diskriminering. Kommittén hänvisar till GC 3, the nature of states parties obligations, se t.ex. CO CESCR Uruguay. E/C.12/1994/3 p. 16. Kommittén kan också uppmana en stat att vidta mer aktiva och positiva åtgärder för att bekämpa ojämlikheten och diskrimineringen av kvinnor i landet, både sådan som förkommer i lag och i bruk, se t.ex. CO CESCR Cameroon 08/12/99.E/C.12/1/Add.40, p. 32, se också CO CESCR Argentina 08/12/99 E/C.12/1/Add.38, p. 32.

Kommittén anger också att de facto diskriminering mot kvinnor, som innebär att äktenskap arrangeras mellan barn och att änkor tvingas gifta sig med den avlidne mannens bror, är oförenlig med art. 3 i konventionen, CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 10.

[120] Schwelb menar att också art. 13:3 och 15:3 utgör omedelbart tillämpliga rättigheter, detta uppfattning delas av Alston rörande artikel 13:3, se not två nummer nedan.

[121] CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 16.

[122] Se t.ex. Schwelb, s. 103, Alston & Quinn s. 186, Alston, Manual, s. 54.

staterna då det gäller tillkortakommanden rörande säkerställandet av de fackliga rättigheterna i artikel 8.[123] Innebörden av artikel 8 återkommer jag till.[124]

3.4.2.3 Handlingsorienterade och resultatorienterade skyldigheter

I stället för att tala om progressiva och omedelbara skyldigheter har kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter delat upp skyldigheterna i "obligations of conduct" and "obligations of result".[125] Handlingsorienterade skyldigheter ställer krav på handling som rimligtvis skall leda till att rättigheten skall kunna åtnjutas. Som ett exempel på en sådan skyldighet kopplad till rätten till hälsa anges i Maastrichtriktlinjerna antagande och implementering av en handlingsplan för att minska antalet avlidna kvinnor i samband med förlossning. Resultatorienterade skyldigheter kräver att en stat uppnår vissa bestämda mål. Återigen avseende rätten till hälsa kan en sådan skyldighet vara kopplad till ett krav på att få ner mödradödligheten till ett visst antal som det internationella samfundet enats kring.[126]

3.4.3 Europarådet

När det gäller frågan om progressiv och omedelbar tillämplighet är det klart att Europadomstolen inte godtar någon progressiv tillämpning av Europakonventionens fri- och rättigheter. De resurser dessa rättigheter kräver för sitt förverkligande förutsätts vara tillgängliga hos Europakonventionens parter. När det gäller Europarådets sociala stadga återfinns fraser i vissa artiklar som pekar mot ett progressivt åtagande och andra som uttrycker direkta åtaganden.

[123] Se t.ex. CO CESCR Denmark, 14.05/99 E./C.12/1/ Add.34, p. 21, 29 (strejkrätt för lärare), CO CESCR Austria E/C.12/1994/16, p. 20, Azerbaijan, 22/12/97 E:C.12/1/Add.20, p. 32 (strejk kan bara förbjudas vid livshotande situationer), CO CESCR Belarus, 06/12/96. E/C.12/1/Add.7/Rev.1, p. 17, 22 (anges att fackliga friheter skall överensstämma med ILO-konventionerna nr 87 och nr 98 och att strejek bara får inskränkas för polis och armé), Belgien. E/C.12/1994/7 para 12 (strejkrätt skall skyddas explicit i Belgisk lag), Bolivia, 09/05/2001, E/C.12/1/Add.60 p. 18, 36 (processen för att förklara en strejk laglig är för utdragen), Republic of Korea, 11/05/2001, E/C.12/1/Add.59, p. 19–20, 39 (lärare skall ha rätt att delta i kollektiv förhandling och i strejk).

[124] Se s. 227 ff.

[125] GC 3, nature of states parties obligations, p. 1.

[126] Maastrichtriktlinjerna, p. 7, kommentaren till riktlinjerna av Dankwa, Flinterman och Leckie, s. 715.

3.4.3.1 Europakonventionen

I Europakonventionen anges i artikel 1 vilket åtagande en ratifikation medför:

> "De höga fördragsslutande parterna skola garantera envar, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter, som angivas i avdelning I av denna konvention".

De fördragsslutande parterna måste således omedelbart tillse att nationell rätt överensstämmer med konventionens bestämmelser. Detta krav förstärks av Europadomstolens behörighet att avge bindande utslag. Under vissa omständigheter som vid krig och allmän fara som hotar nationernas fortbestånd kan stater avträda vissa bestämmelser (artikel 15). I allmänhet skall dock alla inom statens jurisdiktion kunna åtnjuta rättigheterna i fråga. Om en individs fri- och rättighet kränkts skall den ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför nationella myndigheter (artikel 13).

3.4.3.2 Europarådets sociala stadga

I Europarådets sociala stadga har inte något generellt progressivt element kopplats till de skyldigheter som rättigheterna medför. Under utarbetandet av den sociala stadgan motsatte sig vissa medlemsstater att stadgans rättigheter skulle bli rättsligt bindande och medföra omedelbara skyldigheter.[127] Den lösning man till slut valde utgjorde en kompromiss. Kompromissen återfinns i artikel 20. Där anges att stadgans del I, som räknar upp stadgans alla artiklar som återfinns i del II som principer, skall av de kontraktsslutande staterna betraktas som en förklaring rörande de mål de skall söka främja med alla lämpliga medel. I stadgans del II återfinns de materiella artiklarna. Sju av dessa utgör kärnartiklar. Dessa är artikel 1 rätten till arbete, artikel 5 föreningsrätten, artikel 6 förhandlingsrätten, artikel 12 rätten till social trygghet, artikel 13 rätt till socialt och medicinskt bistånd, artikel 16 rätten till socialt, rättsligt och ekonomiskt skydd för familjen och artikel 19 rätten för migrerade arbetstagare och deras familjer till skydd och bistånd. Enligt artikel 20 skall parterna anse sig bundna av minst fem av de så kallade kärnrättigheterna. Därutöver skall staterna binda sig vid minst 10 av de övriga artiklarna eller av 45 punkter i dessa.[128]

[127] Frågan diskuterades bland annat i PW III, s. 823, COE Research Directorate, Social Division, Study of the nature, definition and legal scope of social and economic rights, CE/Soc (56) 15, 26/10 1956, se också Committee of Ministers, Explanatory Note by the Secretariat -General, Misc (56) 86, 29/11 1956, PW III, s. 877, 880.

[128] Se s. 76f.

De skyldigheter som är kopplade till artiklarna och deras punkter framgår av *varje* artikel och punkt.[129] Skyldigheterna varierar och i en artikel kan både resultatorienterade och handlingsorienterade skyldigheter återfinnas. Många bestämmelser har genom tolkning givits ett mycket handfast innehåll.

Samma skyldighetsprinciper återfinns i den reviderade sociala stadgan.

För att åskådliggöra detta skall stadgans artikel 2:1 presenteras närmare. Artikel 2 benämns *rätten till skäliga arbetsvillkor*. För att trygga den enskilde arbetstagarens rätt till skäliga arbetsvillkor förbinder sig de fördragsslutande staterna enligt punkt 1 att sörja för att det fastställs en skälig arbetstid per dag och vecka och att arbetsveckan förkortas efterhand som produktionsökning och andra omständigheter av betydelse medger det.

Enligt praxis syftar artikel 2:1 till att skydda arbetstagares hälsa och säkerhet och värna hänsynstagandet till privat- och familjeliv.[130]

En rimlig dag- och veckoarbetstid måste säkerställas genom lag, andra föreskrifter, kollektivavtal eller genom någon annan process vars resultat övervakas av en lämplig myndighet för att säkerställa att stadgans bestämmelse tillämpas på ett effektivt sätt.[131] När det gäller bedömningen av vad som är en rimlig arbetstid kan gränserna för vad som är rimligt variera från land till land och från tid till annan. Faktorer som produktivitet och arbetslöshetssituation påverkar kommitténs bedömning. Den försöker alltså göra en helhetsbedömning. I denna helhetsbedömning studeras både den dagliga och den veckobaserade arbetstiden samt möjligheterna för arbetsgivarna att ålägga arbetstagarna att arbeta övertid.[132] Några exempel på situationer som expertkommittén bedömt som oförenliga med artikel 2:1 skall nämnas. Enligt finsk lag medgavs under vissa omständigheter att dygnsvilan kunde bli så kort som 7 timmar. Lagstiftningen ansågs klart stå i strid med artikel 2:1.[133] I Island och Norge medgav lagstiftningen att den dagliga arbetstiden kunde bli upp till 16 timmar och medföra att veckoarbetstiden kunde bli orimlig. Orsaken var avsaknad av rimliga begränsningar av övertid. Situationen var inte

[129] Se också Gomien, Harris & Zwaak, s. 380–381.

[130] Se t.ex. C XIV-2, vol. 1, 1998, s. 32–34. Se också Conditions of employment guaranteed under the European Social Charter, Human Rights Social Charter monographs – no 6, Council of Europe, 1997, s. 9, p. 7–8.

[131] C 1, 1969/70, s. 169, Third report on certain provisions of the charter which have not been accepted, Council of Europe, Strasbourg, 1989, s. 12. Conditions of employment guaranteed under the European Social Charter, Human Rights Social Charter monographs – no 6, Council of Europe, 1997, s. 15.

[132] C I, 1969/70, s. 18.

[133] C XIV-2, vol. 1, 1998, s. 214–219, Finland.

förenlig med artikel 2:1.[134] Liknande problem relaterade till avsaknad av rimliga begränsningar av veckoarbetstiden kritiserades Irland och Spanien för. Veckoarbetstiden kunde med övertid uppgå till 60 timmar och däröver.[135] En veckoarbetstid överstigande 60 timmar kan under inga omständigheter vara förenlig med artikel 2:1.[136]

Artikel 2:1 innehåller ett dynamiskt eller progressivt moment. Som jag inledningsvis påpekade gör kommittén bedömningar enligt förutsättningarna i varje stat. I och med att arbetstiden i allmänhet numera är 40 timmar per vecka i Europa så minskar behovet av den kontinuerliga minskningen som artikeln föreskriver, det vill säga av ytterligare arbetstidsförkortning. Ordalydelsen i detta moment ändrades emellertid inte i den reviderade stadgan, vilket tyder på att Europarådet fortfarande utgår ifrån att ytterligare sänkningar av arbetstiden är tänkbara.[137]

Enligt artikel 33 räcker det om en stor majoritet av arbetstagarna kan åtnjuta rättigheterna i artikel 2:1. Med en stor majoritet menas minst 80 procent av arbetstagarstyrkan.[138] Expertkommittén beklagar denna paragraf eftersom den medför att EK inte kan kritisera stater där vissa grupper helt ställs utanför det skydd vissa artiklar avser att medföra.[139] Artikel 33 antogs för att tillmötesgå kraven från stater i vilka vissa frågor helt reglerades i kollektivavtal. Staterna kunde i dessa fall inte åta sig att säkerställa en hundraprocentig teckningsgrad av åtagandet.

3.4.4 ILO

ILO:s konventioner innefattar både bestämmelser som kan tillämpas omedelbart, det vill säga resultatorienterade bestämmelser och bestämmelser som kan förverkligas successivt, det vill säga handlingsorienterade bestämmelser.[140]

3.4.5 Sammanfattning

I det här avsnittet har jag velat visa att det inte är – som en del bedömare tycks anse – omöjligt att koppla omedelbara eller bindande åtaganden och skyldigheter till ekonomiska och sociala mänskliga rättigheter. Många sociala och ekonomiska rättigheter innehåller moment som kan

[134] C XIV-2, 1998, vol. 1, s. 365, Island, vol. 2, s. 579, Norge.
[135] C XIV-2, 1998, vol. 1, s. 385, Irland, vol. 2, s. 669, Spanien.
[136] Mono 6, s. 23, p. 36, C XIII-I, 1994, s. 69, Irland.
[137] Mono 6, s. 24–27.
[138] C IV, 1975, s. 15, 17, 20, Irland. Mono no 6, s. 11, p. 13.
[139] Mono no 6, s. 12, p. 14.
[140] Betten, International Labour Law, s. 385–386. Valticos & von Potobsky, s. 279–280.

göras omedelbart tillämpliga. Det är inte deras inneboende juridiska beskaffenhet som hindrar deras fulla genomförande utan i vissa fall den politiska oviljan och i andra fall den ekonomiska oförmågan.

Det har framkommit att man har kommit olika långt med olika instrument när det gäller att utforma de ekonomiska och sociala rättigheterna som juridiskt utkrävbara rättigheter. Det innebär emellertid inte att de outvecklade rättigheterna saknar rättsverkan i den internationella rätten. Jag delar härvidlag exempelvis van Hoofs uppfattning att det enligt internationell rätt räcker med att en stat medgivit att den är bunden av en regel för att den skall vara bindande för denna stat.[141]

Det finns alltså ingen anledning att ifrågasätta de ekonomiska och sociala mänskliga rättigheternas juridiska status. Däremot finns det anledning att fundera mer på innebörden av dem. Vissa moment av dessa rättigheter är som vi har sett svåra att göra juridiskt utkrävbara. Kanske tas de bättre tillvara på annat sätt, eller så utvecklas dessa rättigheter eller den omgivning de skall tillämpas i så småningom i en ny riktning. van Hoof pekar emellertid på vikten av att då man undersöker dessa rättigheters innehåll, också intresserar sig för de skyldigheter som staten åtagit sig. Han menar att när väl regler är juridiskt bindande såsom de i en traktat så kan man inte utgå ifrån att dessa regler är tomma skal. Den internationelle juristen skall i stället försöka "deduce whatever obligations may be found from the rules concerned, even if these are vaguely formulated".[142]

Även om en mänsklig rättighet inte kan göras juridiskt utkrävbar så utgör den fortfarande en juridiskt bindande regel som dock i nuläget bara ålägger staten vissa skyldigheter,[143] t.ex. skyldigheter att vidta steg för att så småningom kunna göra rätten till en dräglig levnadsstandard till en juridiskt utkrävbar rättighet. Det innebär att det leder fel att dra slutsatsen att bara för att en mänsklig rättighet inte bär de karaktärsdrag som en individuell rättighet skall bära i nationell rätt så saknar den helt juridiskt bindande verkan.

Staten har åtagit sig att agera i en viss riktning och detta är ett folkrättsligt faktum oavsett övervakningsorganets effektivitet.

För att förklara detta faktum har kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som nämnts delat upp skyldigheterna i handlingsorienterade och resultatorienterade skyldigheter.[144]

[141] van Hoof, The Legal Nature of Economic, Social and Cultural rights, s. 100–102.
[142] van Hoof, The Legal Nature of Economic, Social and Cultural rights, s. 102.
[143] van Hoof, The Legal Nature of Economic, Social and Cultural rights
[144] GC 3, nature of states parties obligations, p. 1. Maastrichtguidlines, p. 7, kommentaren till riktlinjerna av Dankwa, Flinterman och Leckie, s. 715.

I föregående avsnitt framgick att både FN:s och Europarådets sociala instrument är svagare från övervakningssynpunkt än dess medborgerliga och politiska motsvarigheter. Skyldigheterna som är kopplade till dem, är också särskilt avseende FN-konventionens rättigheter, mer svårfångade. De har i allmänhet på internationell nivå inte nått samma grad av mognad som de medborgerliga och politiska rättigheterna. Arbetet med att utveckla dessa rättigheter har dock intensifierats. Under världskonferensen om mänskliga rättigheter i Wien 1993 antogs en handlingsplan där vikten av att arbeta för att stärka skyddet av de ekonomiska och sociala rättigheterna underströks. FN:s kommissarie för mänskliga rättigheter påtalar också detta behov och FN:s kommission för mänskliga rättigheter har börjat behandla resolution 1503-klagomål angående "gross violations of economic, social and cultural human rights".[145] Som också har framkommit så har arbetet med att konkretisera dessa rättigheters innebörd under andra delen av 1990-talet avancerat. Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter har utvecklat sin granskning av efterlevnaden och antagit allmänna kommentarer rörande rättigheterna för att underlätta implementeringen av dem. Europarådet har antagit ett protokoll om ett kollektivt klagomålsförfarande.

Utvecklingen kring rättigheterna i EU:s stadga om grundläggande rättigheter är också intressant att följa i detta avseende.[146] Den är visserligen bara avsedd att binda EU:s institutioner och medlemsstaterna när de implementerar EU:s rättsakter. Trots detta har många av de sociala rättigheter som finns med givits en lika hög dignitet som de medborgerliga och politiska rättigheterna; det är lika förbjudet för EU:s institutioner att anta en rättsakt i strid med yttrandefriheten i artikel 11 som med arbetstagarnas rätt till värdiga arbetsvillkor enligt artikel 31. Stadgan är i nuläget inte juridiskt bindande och det återstår att se vilken betydelse den kommer att få i framtiden. Ett principiellt viktigt steg är dock taget.

Sammanfattningsvis har detta avsnitt klargjort att det inte går att dra några generella slutsatser av att den fackliga föreningsfriheten återfinns både i instrument som skyddar medborgerliga/politiska rättigheter och i instrument som skyddar ekonomiska/sociala rättigheter då det gäller naturen för de skyldigheter som åtagandet medför för staten. Skyldigheternas natur får i stället sökas i de enskilda artiklarnas formulering.

[145] Se s. 59. Se också underkommissionens arbete med sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter i An analysis of the Fifty-first Session of the United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, av Weissbrodt, Gomez och Thiele, s. 806.

[146] Se kap. 12.4.5.

3.5 Är mänskliga rättigheter tillämpliga i relationen mellan enskilda?

3.5.1 Inledning

Utgångspunkten i internationell rätt är att individer inte kan göras ansvariga för internationella åtaganden. Undantaget finns i den internationella straffrätten där individen kan ställas till svars för folkmord och andra liknande mycket allvarliga kränkningar av mänskligheten samt brott mot krigets lagar.[147] Det är den typen av brott som Jugoslavien- och Rwandatribunalerna hanterar och den nyinrättade permanenta internationella brottsmålsdomstolen avser att behandla. Det är då inte staten som binder individen, utan individen binds direkt av regler i den internationella rätten.[148]

När det gäller internationella överenskommelser är det staten som åtar sig den internationella förpliktelsen. Åtagandet riktar sig traditionellt sett mot andra stater. När det gäller mänskliga rättigheter är dock staten också ansvarig gentemot individer, det vill säga bärarna av rättigheterna.[149]

Frågan om mänskliga rättigheter enbart rör relationen mellan stat och individ eller om staten också kan ställas till svars för att individer och andra icke-statliga aktörer kränker andra individers mänskliga rättigheter har varit föremål för debatt.[150] Har överhuvudtaget mänskliga rättigheter någon betydelse för relationen mellan enskilda? Och om staten kan ställas till ansvar för gärningar begångna av enskilda, hur långt sträcker sig då åtagandet? Man har talat om de mänskliga rättigheternas horisontella effekt eller med tyskt språkbruk, "Drittwirkung". Med detta uttryck har olika författare menat olika saker. Det finns här anledning

[147] Brownlie, 1998, s. 565–568.

[148] Se s. 60 och se stadgorna till ad hoc trubunalerna för exJugoslavien och Rwanda som antogs av FN:s säkerhetsråd Res 827 (1993) och 955 (1994), FN konventionen om förebyggande och bestraffning av brottet folkmord 1948, se mer i Rosas & Scheinin, s. 59, se också Clapham, Human Rights in the Private Sphere, om utvecklingen av denna doktrin, s. 95–96, och om den humanitära rätten, s. 112–118. Om nödvändigheten av denna utveckling se, Buergenthal, s. 718–721. Observera dock att individer har vissa skyldigheter enligt artikel 29 i FN:s allmänna förklaring och i femte meningen i respektive FN-konventions ingress. Se mer om innebörden av dessa skyldigheter i Daes, s. 48–64.

[149] Att individer fått subjektstatus i internationell rätt anser van Bueren vara "one of the most remarkable developments in international law", van Bueren, s. 596.

[150] Se t.ex. Clapham, Human Rights in the Private Sphere. Han behandlar huvudsakligen Europakonventionen men berör också IKMPR och van Dijk & van Hoof, s. 22–26.

att påpeka att frågeställningen har olika implikationer beroende på om man talar om nationell eller internationell rätt.[151] I internationell rätt gäller frågan till stor del i vilken utsträckning *staten* har ett ansvar för relationerna mellan enskilda. I nationell rätt kan frågan också omfatta i vilken utsträckning *enskilda* kan ställas till svars för kränkningar av konstitutionella rättigheter eller av internationella mänskliga rättigheter som på ett eller annat sätt blivit del av den nationella rätten. I denna framställning kommer frågan att belysas utifrån ett internationellt perspektiv och då bara utifrån frågeställningen hur långt statsansvaret sträcker sig.

3.5.2 FN och Europarådet

I diskussionen om huruvida de medborgerliga och politiska mänskliga rättigheterna kan inbegripa en skyldighet för staten att reglera relationen mellan enskilda har frågan om dessa rättigheter medför några positiva skyldigheter hamnat i fokus. För att en rättighets horisontella effekt skall erkännas så måste i första hand en positiv skyldighet utgående från åtagandet fastställas. Både Kommittén för mänskliga rättigheter (MR-kommittén) och Europadomstolen har angivit att ett flertal av de rättigheter som de övervakar kräver att staten vidtar positiva åtgärder.[152]

Fastställandet av sådana positiva skyldigheter är en förutsättning för att rättigheten skall kunna beröra relationen mellan enskilda. Det måste nämligen klarläggas att staten bär ett ansvar för funktionen av det område som omfattas, för att det internationella åtagandet skall kunna aktualiseras i relationen mellan enskilda.[153]

Kommittén för mänskliga rättigheter och Europadomstolen har i vissa fall gått ett steg längre och angivit att staten också har ett ansvar för att skydda individer när deras mänskliga rättigheter kränks av andra individer. När exempelvis deras liv och säkerhet hotas av *andra individer*

[151] Se Clapham, The 'Drittwirkung' of the Convention, s. 164.

[152] Se s. 112 och not 154 och 155.

[153] Jfr resonemanget i den förklarande rapporten till tilläggsprotokoll 12 som innefattar ett allmän diskrimineringsförbud. Om frågan rörande protokollets verkningar för relationen mellan enskilda anges att: Positiva skyldigheter avseende relationen mellan privata personer skulle kunna i sin vidaste omfattning inbegripa relationer "in the public sphere normally regulated by law, for which the state has a certain responsibility (for example, arbitrary denial or access to work, access to restaurants, or to services which private persons may make available to the public such as medical care or utilities such as water and electricity etc". Detta skall förstås som att rent privata omständigheter inte omfattas. Tilläggsprotokoll 12, Explanatory report, p. 28.

måste staten tillse att den hotade skyddas på erforderligt vis.[154] MR-kommittén har i sina senare allmänna kommentarer om tolkningen av konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter genomgående angivit att staten skall säkerställa att rättigheterna är skyddade från såväl offentligt som privat intrång.[155]

Också Europadomstolen har avseende ytterligare ett antal bestämmelser angivit att de kan ha betydelse för relationen mellan enskilda. Det går dock inte att generellt ange att alla Europakonventionens artiklar bär på en sådan dimension. Utöver artikel 2 som rör rätten till liv som nämndes ovan så anses dock även artikel 3, förbudet mot tortyr, artikel 8, rätten till privatliv,[156] artikel 10, yttrandefriheten[157] och artikel 11 församlings- och föreningsfriheten[158] ha betydelse för relationen mellan enskilda. I den icke-bindande förklaringen till tilläggsprotokoll 12 om ett allmänt

[154] Se t.ex. RHRC 10/10 2000, No 711/1996, Dias v Angola, p. 8:3 (art 9). CCPR GC 6 (rätten till liv). Däri åläggs staten att förhindra och bestraffa berövande av liv genom kriminella handlingar, p. 3 och skydda rätten till liv genom att vidta positiva åtgärder t.ex. genom att vidta alla möjliga åtgärder för att minska spädbarnadödlighet och minska matbrist och epidemier, p. 5. CCPR GC 20 art. 7, förbud mot tortyr och annan grym behandling, 10/04/92. Kommittén ber stater ange vilka straff som ådöms *både* privatpersoner och offentliganställda som gjort sig skyldiga till bl.a. tortyr, p. 13. Europadomstolen anger att artikel 2:1 i Europakonventionen inte bara ålägger staten att avstå från avsiktliga och olagliga livsberövanden utan också att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa livet på de som vistas inom dess jurisdiktion. Artikel 2 kan alltså under vissa väldefinierade omständigheter inbegripa en positiv skyldighet för myndigheterna att vidta preventiva aktiva åtgärder för att skydda en individ vars liv hotats genom en annan individs kriminella handlingar, Osman v UK judgement 28 October 1998, p. 115. Detta fastställdes i målet L.C.B v UK, 9 juni 1998, p. 36.

[155] Se t.ex. CCPR GC 27, Freedom of movement (Art. 12), 02/11/99. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, p. 6. HRC GC 28, Equality of rights between men and women (article 3), 29/03/2000. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, p. 4. CCPR GC 25, The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25): 12/07/96. p. 11. GC 23, The right of minorities (art 27) 08/04/94 p. 6.1, GC 16, rätt till privatliv, (artikel 17) 08/04/88, p. 1, "Article 17 provides for the right of every person to be protected against arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence as well as against unlawful attacks on his honour and reputation. In the view of the Committee this right is required to be guaranteed against all such interferences and attacks whether they emanate from State authorities or from natural or legal persons. The obligations imposed by this article require the state to adopt legislative and other measures to give effect to the prohibition against such interferences and attacks as well as to the protection of this right".

[156] X och Y mot Nederländerna, 23.3.1985. Se också Westregård, s. 292–293.

[157] Fuentes Bobo mot Spanien, 29.2.2000.

[158] Ärzte für das Leben mot Österrike, 21.6.1988, Young James and Webster mot Förenade Kungariket, 13.8.1981, Sibson mot Förenade Kungariket, 20.4.1993, Gustafsson mot Sverige, 25.4.1996.

diskrimineringsförbud anges också att protokollet kan få betydelse för relationen mellan enskilda.[159] I detta sammanhang kommer inte premisserna för denna praxis att utvecklas. Det räcker med att konstatera att artikel 11 som skyddar den fackliga föreningsfriheten anses innefatta en sådan dimension. Den närmare omfattningen därav behandlas i avsnittet om artikel 11 Europakonventionen.

När det gäller FN:s ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter framkommer det i de allmänna kommentarerna om de enskilda artiklarna att skyldigheten att skydda enskildas åtnjutande av rättigheten inbegriper ett ansvar för staten att tillse att individen inte hindras av tredje man att åtnjuta sina rättigheter.[160]

KESKR har angivit att en kränkning kan äga rum genom direkt aktivitet av staten eller av *andra enheter som inte är tillräckligt reglerade av staten*. I det senare fallet kan en kränkning bestå i ett misslyckande med att reglera individers eller gruppers aktiviteter för att förhindra att de kränker andras rätt till rättigheten i fråga.[161]

I uppföljningen av Maastrichtprinciperna anges i riktlinje 16 att kränkningar av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter i allmänhet kan begås av individer, organisationer, institutioner och av andra enheter i en stat utan att staten är direkt eller aktivt inblandad. Det är emellertid statens ansvar att etablera procedurer, strukturer och andra sätt genom vilka offer för kränkningar kan få gottgörelse. I riktlinje 18 anges att statens inaktivitet i att söka kontrollera dessa individers och privata enheters beteende medför att staten blir ansvarig för begångna kränkningar av sådana aktörer.[162]

Några allmänna kommentarer om fackliga rättigheter har inte antagits av kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. I kommitténs praxis rörande de nationella rapporterna uttrycks emellertid oro över att lagstiftningen inte garanterar arbetstagarna deras fackliga

[159] Som nämnts anses artikel 2 (rätten till liv) ålägga staten en skyldighet att söka förhindra att enskilda berövar andra enskilda livet genom kriminella handlingar Osman, p. 115, se också van Dijk & van Hoof, s. 298. När det gäller artikel 3 som förbjuder tortyr, omänsklig och förnedrande behandling så kan det hända att en stat kan ställas till svars för att en individ i en annan stat utsätts för tortyr av icke-statliga grupper och detta gjorts möjligt genom den ansvarstagande statens utvisning, Altunv FRG, Applic. 10308/83, 36 D&R 209, i Clapham, Human Rights in the Private Sphere, s. 194–196. Vår exakta frågeställning har inte behandlats.

[160] GC 12, rätten till mat, p. 15. GC 13, rätten till utbildning, p. 46–48. GC 14, rätten till hälsa, p. 33 och 37.

[161] GC 12, rätten till mat, p. 19

[162] Dankwa, Flinterman & Leckie, s. 724.

rättigheter i relation till arbetsgivaren.[163] Dessa kommentarer bekräftar att staten också har ett ansvar att tillse att inte icke-statliga aktörer kränker de fackliga rättigheterna.

Kommittén för sociala rättigheter som övervakar Europarådets sociala stadga har inte antagit någon generell praxis avseende statens ansvar för individers handlingar. I dess löpande praxis framkommer emellertid att staten måste anta lagstiftning eller vidta andra åtgärder som säkerställer att individen garanteras sina rättigheter gentemot andra individer. Detta är klart fallet avseende artiklarna 5 och 6 som rör den fackliga föreningsfriheten och förhandlingsrätten.

[163] Se t.ex. Saint Vincent and the Grenadines, 02/12/97 E/C.12/1/Add.21, p. 18, Kyrgyzstan. 01/09/2000. E/C.12/1/Add.49, p. 15, 28. Kommittén kommenterar enskilda arbetsgivares agerande och att lagstiftningen inte skyddar facklig verksamhet i den omfattning den borde, staten anmodas att vidta alla rättsliga medel för att komma tillrätta med arbetsgivares intrång i den fackliga friheten.

DEL II

4 Den fackliga föreningsfriheten i internationella konventioner – inledning

I den här delen av undersökningen behandlas den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet. De instrument som studeras är FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, Internationella arbetsorganisationens konvention 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och dess konvention 98 angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, europarådets sociala stadga (ESS) och den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Jag har valt att fokusera framställningen kring några särskilda aspekter av den fackliga föreningsfriheten. De frågeställningar som ägnas särskild uppmärksamhet är:

- Vad innebär det att arbetstagaren skall vara *fri* att bilda och ansluta sig till en fackförening? Innefattas exempelvis en rätt att välja vilken fackförening man vill ansluta sig till och en rätt att välja att inte ansluta sig till någon fackförening alls?
- Vad innebär det att ha rätt att bilda och ansluta sig till en fackförening i relation till arbetsgivaren – i vilka situationer skall denna rätt kunna åberopas?
- Hur pass fri skall fackföreningen vara att organisera sin *interna* verksamhet – i vilken mån kan fackföreningen fritt välja sina medlemmar och behandla dem som de önskar?
- Vad innebär det att syftet med bildandet av en fackförening är att tillvarata sina intressen? I vilken mån innefattar denna aspekt rätten till kollektiv förhandling och rätten att vidta stridsåtgärder?

I svensk rätt och doktrin görs en distinktion mellan begreppen föreningsfrihet och föreningsrätt. *Föreningsfriheten* avser den rättsliga frihet som

statsmakten skall garantera individen att tillhöra eller inte tillhöra föreningar medan termen *föreningsrätt* betecknar motsvarande skydd för individen gentemot andra individer eller rättssubjekt, t.ex. motpart i ett avtalsförhållande.[1] När det gäller internationella konventioner fyller inte denna uppdelning samma funktion. Det är nämligen alltid staten som svarar för att en viss dimension av rättigheten skall komma behörigt subjekt tillhanda. I vissa fall utsträcker sig statens skyldighet till att reglera situationen mellan enskilda. Någon strikt uppdelning enligt denna terminologi återfinns inte generellt i de internationella instrumenten. Inom ILO görs dock en motsvarande uppdelning men där är begreppet föreningsrätt ersatt med organisationsrätt (se exempelvis ILO-konvention 98). I ESS har artikel 5 fått benämningen organisationsrätt. Artikeln innefattar dock enligt svenskt språkbruk både föreningsfriheten och föreningsrätten.

Någon strikt uppdelning enligt någon terminologi kommer jag inte att göra. Jag talar själv genomgående om den *fackliga* föreningsfriheten för att markera att jag inte avser att behandla föreningsfriheten i allmänhet. Denna fackliga föreningsfrihet innefattar i vissa instrument en privaträttslig dimension och i andra inte. Min förhoppning är det av sammanhanget kommer att framgå när den privaträttsliga relationen diskuteras och när relationen mellan stat och fackförening behandlas. Denna term kan då rymma både skyldigheter staten har att tillhandahålla enskilda friheten att sluta sig samman med andra och statens skyldigheter att tillse att denna frihet också kan utövas i relationen mellan enskilda. Omfattningen av rättigheterna och statens motsvarande skyldigheter varierar i de olika instrumenten.

Jag har valt att behandla varje instrument för sig och återger hur de ovan nämnda frågeställningarna behandlas i varje enskilt instrument. Detta innebär till synes att framställningen innefattar upprepningar. Jag har dock velat förmedla varje instruments egenart. Trots att innehållet på många punkter överensstämmer i de olika instrumenten så har de olika bärkraft. Vissa instrument har givits ett precist innehåll medan andra är vaga. Enligt min uppfattning är det viktigt att ha detta klart för sig när man skall söka utkristallisera vilket skydd en viss konvention egentligen tillhandahåller. Att uppmärksamma de olika instrumentens egenarter bidrar i sig också till viktig kunskap. Att öka förståelsen för de olika instrumentens egenarter gör att den enskilde bättre kan skapa sig en uppfattning om vad den kan förvänta sig att få ut av en stats åtagande.

[1] Tore Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, i Föreningsfrihet och Stridsåtgärder på arbetsmarknaden – Gustafsonmålet i perspektiv (red.) Anders Agell, Iustus förlag 1999 s. 37.

Det här avsnittet avslutas emellertid med en sammanfattning där jag jämför hur de enskilda frågeställningarnas huvuddrag har behandlats i de olika internationella instrumenten. Avsikten med det avsnittet är att söka efter gemensamma nämnare. Dessutom kommer de olika betoningarna på föreningsfrihetens individuella och kollektiva sida att behandlas. I sammanfattningen återkopplar jag också något till ett par frågeställningar som behandlades i kapitel två; det vill säga i vilken mån den fackliga föreningsfriheten ålägger staten att vidta positiva åtgärder och i vilken mån rättigheten skall kunna åtnjutas i relationen mellan enskilda.

5 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna

I FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (AF) återfinns den fackliga föreningsfriheten i två artiklar. Den allmänna föreningsfriheten är placerad bland åsiktsfriheterna medan den fackliga föreningsfriheten är placerad bland de ekonomiska rättigheterna.

I artikel 20 anges att:

> "1. Envar har rätt till frihet i fråga om fredliga möten och sammanslutningar
> 2. Ingen må tvingas att tillhöra en sammanslutning."

I artikel 23 återfinns ett skydd för ett antal aspekter rörande arbetslivet och i dess fjärde paragraf anges att:

> "Envar har rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar till skydd för sina intressen."

Vid utformningen av den allmänna förklaringen diskuterades inledningsvis en föreningsfrihet som räknade upp vissa godtagbara syften för förenandet. Fackliga och professionella syften återfanns bland dessa. Redan från början avsåg man emellertid att också ha med en särskild mer detaljerad artikel eller paragraf till skydd för den *fackliga* föreningsfriheten. Trots att syfteshänvisningarna i den allmänna föreningsfriheten togs bort står det klart att den allmänna föreningsfriheten avser att skydda förenande för såväl fackliga som många andra syften.

Ganska sent i AF:s tillkomsthistoria infördes den andra punkten i artikel 20 – att ingen må tvingas att tillhöra en organisation. En diskussion fördes om organisationsklausuler omfattades av denna negativa föreningsfrihet. De brittiska, australiensiska och nyzeeländska delegaterna påpekade att de *inte* ansåg att artikel 20:2 kunde tillämpas på befintliga organisationsklausuler. För de andra staterna ansågs de möjligheter att begränsa rättigheterna som angavs i artikel 29 räcka för att dessa skulle kunna bedöma att det ibland var motiverat att tvinga personer att anslu-

ta sig till organisationer.[1] I artikel 29:2 återfinns en generell bestämmelse om *när* och *hur* de rättigheter som anges i den allmänna förklaringen kan inskränkas. Artikel 29:2 är alltså tillämplig på alla rättigheter i förklaringen. Där anges att

> "Vid utövandet av sina fri- och rättigheter må envar underkastas endast sådana inskränkningar, som blivit fastställda i lag i uteslutande syfte att trygga tillbörlig hänsyn till och respekt för andras fri- och rättigheter samt för att tillgodose det demokratiska samhällets rättmätiga krav på moral, allmän ordning och allmän välfärd."

Man skulle således kunna tvingas in i en organisation enligt de premisser som anges i artikel 29.[2] Någon diskussion om vilken roll artikel 20 kunde spela i relationen mellan enskilda fördes inte alls.

Även om rätten att sluta sig samman för fackliga syften skyddas av förklaringens allmänna föreningsfrihet så är det i artikel 23 som rättigheten ges ett mer detaljerat innehåll.[3]

I artikel 23:4 påtalas både rätten att *bilda* och att *ansluta* sig till en fackförening. Det anges också att fackföreningen syftar till att tillvarata medlemmarnas intressen. Det är värt att notera att någon specifikation av de intressen som skall tillvaratas inte ges. Paragrafens position i en artikel som i allmänhet rör arbetstagare skulle dock kunna tyda på att det är arbetstagarrelaterade intressen som i första hand avses. Det är emellertid envar som enligt artikeltexten har rätt att ansluta sig till en fackförening, inte bara arbetstagare.

Om några särskilda fackliga aktiviteter skyddas av artikel 23:4 framkommer inte direkt av texten. I förarbetena framgår att den svenske delegaten herr Sundfeldt önskade ett klart ställningstagande avseende strejkrätten. Den franske delegaten menade emellertid att strejkrätten var underförstådd i den fackliga föreningsfriheten.[4] Verdoot drar från förarbetena slutsatsen att strejkrätten ingår i artikeln eftersom strejk är en normal facklig aktivitet. Strejkrätten skulle dock kunna begränsas av nationell rätt eller av konventioner och för de syften som anges i artikel 29.[5] Om Verdoots slutsats stämmer skulle det innebära att all normal facklig aktivitet skyddas genom artikel 23:4. Vad normal facklig aktivitet innefattar är dock för övrigt höljt i dunkel.

[1] Verdoot, Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'hommes, s. 194–197. Se också Scheinin, The Universal Declaration of Human Rights, s. 418–419.
[2] Se om denna typ bestämmelser s. 207, 231, 250 och 295.
[3] Verdoot, s. 198.
[4] Återgivet i Verdoot, s. 225.
[5] Verdoot, s. 229.

De nya zeeländska, indiska, australiensiska och brittiska delegaterna angav att de ansåg att artikel 23:4 medförde befogenhet att införa obligatoriskt fackligt medlemskap. Övriga delegater tog inte ställning till denna tolkning.[6] De fyra ländernas delegater förmådde dock ändra artikelns ordalydelse under förarbetena. Textförslaget angav att man *fritt* skulle kunnat ansluta sig till en förening. Efter påtryckningar från framförallt den nyzeeländska delegaten med stöd från Indien, Australien och i viss mån Storbritannien, formulerades artikeln som att man till slut fick *rätt* att ansluta sig. Ordet frihet ansågs av dessa fyra länder medföra ett explicit förbud av organisationsklausuler vilket de till varje pris ville undvika.[7]

Frågan om organisationsklausuler tycks alltså vara oreglerad i artikel 23:4.

Den allmänna förklaringen är inte rättsligt bindande. I förklaringen anges heller inte om eller vilka skyldigheter förklaringen genererar för staterna. Det har dock hävdats att den allmänna förklaringen i dag utgör sedvanerätt och därigenom skulle vara bindande för alla stater.[8] Det har också påståtts att den allmänna förklaringen är av kvasi-juridisk betydelse till skillnad från att vara källan och upprinnelsen till juridiska rättigheter och skyldigheter.[9] Oavsett hur man förhåller sig till den frågan så kan förklaringens främsta bidrag sägas vara att den skapat en grund för det fortsatta arbetet med att stärka de mänskliga rättigheternas ställning.[10] Förklaringen utgjorde utgångspunkten för FN när utvecklandet av skyddet för de mänskliga rättigheterna skulle påbörjas. I stället för att mer i detalj utforska de enskilda artiklarnas innehåll är det mer fruktbart att övergå till de relevanta FN-konventionerna för att se hur FN omvandlade de principer som kom till uttryck i den allmänna förklaring till konkreta rättigheter.

Dessförinnan skall emellertid ILO-konventionerna nr 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och nr 98 angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten behandlas. ILO-konvention nr 87 antogs samma år som FN:s allmänna förklaring. ILO-konventionens tillkomst initierades

[6] Verdoot, s. 229–230.
[7] Verdoot, s. 226–227.
[8] Humphrey, The international bill of rights: Scope and Implementation, 1956, s. 527–529. Se också att denna utgångspunkt vunnit stort genomslag i Lillich, Civil Rights, 1984, s. 116–117.
[9] Daes, p. 187.
[10] Se t.ex. Eide & Alfredsson, The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement, 1999, s. xxviii–xxxii.

av FN-organet ECOSOC. Under utarbetandet av ILO-konventionen och FN:s allmänna förklaring förekom ett tätt utbyte av synpunkter.[11] ILO-konvention nr 87 antogs först och artikel 23:4 har ansetts utgöra "a general statement of the same philosophy" som den som återfinns i konventionen.[12] Deras tillkomsthistoria är alltså tätt sammanlänkad. ILO-konventionerna har också kommit att ligga till grund för delar av utformningen av den fackliga föreningsfriheten i FN-konventionerna.[13]

[11] Dunning, 1998, s. 160–164.
[12] Swepston, Human Rights Law and Freedom of Association: Development through ILO supervision, s. 171.
[13] Jfr Ben-Israel s. 6.

6 Internationella arbetsorganisationen – ILO

6.1 Inledning – bakgrund och tolkning

I ingressen till ILO:s ursprungliga konstitution från år 1919 påtalades att ett av ILO:s syften var att reglera erkännandet av föreningsfrihetsprincipen som ett led i bekämpandet av undermåliga arbetsvillkor. Föreningsfrihetsrättsliga klagomål inkom tidigt till ILO:s styrelse. Styrelsen ansåg sig dock bara kunna pröva klagomål om den i klagomålet utpekade regeringen medgivit en prövning. Utan antagen konvention på området blev det omöjligt att omsätta föreningsfriheten i praktiken.[1] År 1921 antog ILO-konvention nr 11 om jordbrukarnas föreningsrätt. Det hade inkommit många rapporter om just jordbrukarnas situation. Konvention 11 medförde inga konkreta rättigheter för arbetstagarna utan ålade bara de ratificerande staterna att säkerställa att jordbruksarbetare skulle ha samma föreningsrätt som industriarbetare.

År 1927 påbörjades arbetet med att utforma en allmän konvention om föreningsfrihet. Den kommitté som tillsattes för att bereda frågan kunde dock inte enas om föreningsfrihetens grundläggande innehåll. Oenigheten rörde den negativa föreningsfrihetens ställning och frågan om bara fackliga aktiviteter med legitima syften skulle skyddas i konventionen.[2] Frågan sköts därför på framtiden.[3]

Under resten av 1920-talet och under 1930-talet försvagades fackföreningsrörelsen på grund av den omfattande arbetslösheten. För att föreningsfriheten skulle kunna återföras till ILO:s agenda krävdes att fack-

[1] Bartolomei de la Cruz, von Potobsky & Swepston, The International Labor Organization, s. 168.

[2] Se The Origins of the International Labor Organization, (red.) James T. Shotwell, Volume One History, Colombia University Press, New York, 1934, Final texts of the labor section, s. 449.

[3] Se Dunning, The origins of Convention No. 87 on freedom of association and the right to organize, s. 157. Se också Bartolomei de la Cruz, von Potobsky & Swepston, The International Labor Organization, s. 168.

föreningsrepresentanterna var enade och starka. Efter andra världskrigets slut återförenades den internationella fackföreningsrörelsen och Den internationella fackfederationen (WFTU) bildades. Organisationen samlade de flesta inflytelserika arbetstagarorganisationer världen över. Tiden var då inne för deras fulla deltagande i ILO:s arbete.[4]

Redan 1944 hade emellertid Internationella arbetskonferensen antagit den så kallade Philadelfiadeklarationen i vilken Internationella arbetsorganisationens syften och målsättningar uppdaterades.[5] Deklarationen inkorporerades i ILO:s konstitution. I Philadelfiadeklarationen anges bland annat att en av de grundläggande principer som organisationen vilar på är att yttrande- och föreningsfriheten är oundgängliga för en uthållig utveckling (artikel 1 b). I deklarationen anges också att den Internationella arbetskonferensen erkänner ILO:s skyldighet att bland världens stater anta program i syfte att uppnå "the effective recognition of the right to collective bargaining ..." (artikel III e).

Genom Philadelfiadeklarationen förstärktes föreningsfrihetens position väsentligt inom ILO. Trots detta kontaktade den internationella fackfederationen *FN:s generalsekreterare* för att framföra önskemål om att frågan om garantier för utövandet och utvecklandet av fackliga rättigheter skulle placeras på ECOSOC:s agenda. ECOSOC var och är FN:s underorgan med ansvar för sociala frågor. Kort därefter föreslog den amerikanska arbetsfederationen (AFL) att ECOSOC, i förenlighet med avtalet mellan FN och ILO, skulle rekommendera ILO att snarast överväga frågan om fackliga rättigheter och utarbeta ett förslag för lämpliga åtgärder. Efter en långdragen debatt beslöt ECOSOC att överlåta frågan om fackliga rättigheter till ILO. Bakom WFTU:s förslag att låta FN hantera frågan låg de socialistiska ländernas skepsis mot arbetsgivarrepresentanternas inflytande inom ILO. Dessa farhågor vann inte gehör[6] och ECOSOC uppmanade ILO att snarast inkomma med en rapport om vilka åtgärder som vidtagits i frågan. Redan vid det 30:e mötet år 1947 tog Internationella arbetskonferensen upp frågan om föreningsfrihet. Den konferenskommitté som nu förberedde ärendet kunde arbeta effektivt och den enda fråga som var föremål för oenighet var den om den negativa föreningsfriheten. Arbetsgivarrepresentanterna tyckte att rätten att förena sig såväl som rätten att *inte* förena sig skulle garanteras i den föreslagna texten. Deras förslag röstades dock ner med rösterna 41/50. Oenigheten i denna fråga hindrade emellertid inte konferen-

[4] Den stora amerikanska organisationen "American federation of Labor" anslöt sig dock inte till WFTU. Dunning s. 158.

[5] Bartolomei de la Cruz, von Potobsky & Swepston, The International Labor Organization, s. 5.

[6] Dunning, s. 159–160.

skommittén från att föreslå att föreningsfriheten skulle placeras på nästa års arbetskonferensmöte. Förslaget antogs enhälligt.

ECOSOC godkände de principer som ILO dittills tillkännagivit och uppmanade ILO att anta en eller flera konventioner. ILO:s sekretariat sammanställde en rapport om de åtgärder som nu skulle vidtas. Rapporten baserade sig på utfrågningar av alla medlemsstater. Därav framkom att en stor majoritet av medlemsländerna var för antagandet av en eller flera konventioner och sekretariatet bifogade ett utkast till hur ett sådant instrument skulle kunna se ut. Vid arbetskonferensens 31:a möte år 1948 tillsattes en ny kommitté för att behandla frågan om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten. Kommitténs arbete förflöt i allmänhet lugnt. Det var egentligen bara en fråga som gav upphov till diskussioner. Två östeuropeiska regeringsrepresentanter ifrågasatte om arbetsgivare skulle omfattas av konventionens skydd. Deras förslag att utesluta arbetsgivarna mötte dock massivt motstånd och förslaget röstades ner med siffrorna 6/101. Frågan om den negativa föreningsfriheten väcktes inte och kommittén antog i princip det förslag sekretariatet utarbetat. Kommitténs rapport som innehöll den text som skulle bli ILO-konvention 87 antogs av arbetskonferensen med överväldigande majoritet.

Därigenom hade de föreningsfrihetsprinciper som uttrycktes i ingressen till ILO:s konstitution och i Philadelfiadeklarationen blivit formulerade i en konvention och kunde därmed tillämpas i praktiken. Säkerställande av den fackliga föreningsfrihetens tillämplighet i relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare (i ILO:s språkbruk organisationsrätten) var dock inte så välutvecklad i konventionen. Konferensen satte upp frågan om organisations- och förhandlingsrätten på följande års agenda, det vill säga under det 32:a mötet år 1949.[7] Då antogs ILO-konvention 98 om organisationsrätten och förhandlingsrätten vilken också innehåller viktiga moment av den fackliga föreningsfriheten. Dessa konventioner behandlas ofta som ett oskiljbart par. Undantaget är i FN:s konventioner om de mänskliga rättigheterna där man i artiklarna om fackliga rättigheter bara hänvisar till ILO-konvention 87.

För att närmare bestämma omfattningen av bestämmelserna i ILO-konvention 87 och 98 använder jag expertkommitténs (EK) slutsatser och föreningsfrihetskommitténs beslut. Expertkommittén utger också regelbundet sammanställningar ("general surveys") över sin centrala praxis i ett visst ämne. De rapporterna finns också medtagna i genomgången. Föreningsfrihetskommittén samlar också sin praxis i s.k. "digests" som kommer ut i 10-årsintervall. Den senaste är från 1996.

[7] Dunning, s. 160–163.

Kommittéerna är ganska tydliga i sina utsagor om situationers förenlighet med konventionerna. Praxisen är också omfattande vilket avspeglas i avsnittets omfång. ILO-konventionernas innehåll har i större utsträckning än de andra MR-instrumenten kommit till uttryck i den förhållandevis nyanserade praxisen.

Som tidigare angivits anses inte kommittéernas rapporter vara bindande. Det är bara Internationella domstolen som givits denna behörighet. Expertkommittén har dock själv angivit att så länge inte deras utsagor bestritts av Internationella domstolen så skall tolkningen bedömas vara gällande och allmänt erkänd.[8] Föreningsfrihetskommittén som avgör enskilda situationer anses också klargöra omfattningen och innebörden av föreskrifterna i bland andra ILO-konventionerna 87 och 98.[9]

Expertkommittén har angivit att den utgår från konventionens texter då den bedömer om staterna lever upp till sina åtaganden. Bedömningen skall för övrigt präglas av oberoende, objektivitet och opartiskhet och är strikt juridisk. Åtagandet påverkas inte av den ekonomiska eller sociala situationen i landet.[10] Föreningsfrihetskommittén har också slagit fast att fackliga rättigheter skall respekteras oavsett vilken utvecklingsnivå landet befinner sig på.[11] Något progressivt moment avseende säkerställandet av de fackliga rättigheterna i ILO-konvention 87 och 98 tycks således inte finnas.[12]

Några andra tolkningsprinciper har inte uttolkarna påstått sig följa.

För att fastställa innebörden av olika bestämmelser utgår jag från konventionstexterna och övervakningsorganens praxis. Om doktrin finns som tillför något används denna.

[8] Samson, 1997, s. 163. EK, sess. 78, 1991, s. 8–9.
[9] Samson, 1997, s. 171.
[10] EK, sess. 73, 1987, s. 12–13.
[11] Digest, 1996, p. 17.
[12] Se också diskussion om hur progressiva eller snarare flexibla moment kan finnas i ILO-konventioner i Comparative Analysis of the International Covenants on Human Rights and International Labour Conventions and Recommendations, p. 151. I ILO-konvention 87 återfinns emellertid inte något sådant moment.

6.2 ILO-konvention 87

6.2.1 Inledning – omfattning och tillämpningsområde

Konvention 87 inleds med artikel 1 som anger att:

> "Varje medlem av Internationella arbetsorganisationen, för vilken denna konvention är gällande, förbinder sig att tillämpa följande bestämmelser."

Alla ILO:s medlemmar, för vilka konventionen är gällande, skall alltså tillämpa konventionens artiklar. Frågan är då vilka dessa medlemmar är. Att konventionen skall tillämpas av de stater som ratificerat den är självklart. Men är konventionen också gällande för andra medlemsstater? Eftersom föreningsfrihetens princip finns medtagen i Philadelfiadeklarationen som ett av ILO:s övergripande mål bör alla ILO:s medlemsstater leva upp till föreningsfrihetens *princip*. Detta krav återspeglas i föreningsfrihetskommitténs arbete. Föreningsfrihetskommittén har behörighet att pröva klagomål även avseende stater som inte ratificerat konvention 87. Föreningsfrihetskommittén utgår i sina bedömningar från de principer som kommer till uttryck i ILO:s konstitution och från relevanta konventioner, rekommendationer och resolutioner.[13] Om medlemsländerna inte ratificerat konventionerna 87 och 98 kan föreningsfrihetskommittén bara utgå från den föreningsfrihetsprincip som anges i ILO:s konstitution. Det har fastställts att konstitutionen i detta avseende ger upphov till rättsligt bindande förpliktelser. Föreningsfrihetskommittén har dock i stor utsträckning hämtat ledning från innehållet i konventionerna 87 och 98 när de tolkat konstitutionens föreningsfrihetsprincip.[14]

Den allmängiltiga tillämpningen av innehållet i konventionerna nr 87 och nr 98 har ytterligare befästs genom den deklaration som antogs 1998 om de fundamentala principerna och rättigheterna i arbetslivet. Där anges att föreningsfrihetens princip skall vara vägledande för alla ILO:s medlemmar.[15]

ILO-konvention nr 87 rör huvudsakligen relationen mellan stat och arbetstagare/arbetsgivare. Det hindrar dock inte staten från att bära ett an-

[13] Digest, 1996, s. 2.

[14] Angående frågan om föreningsfrihetskommitténs kompetens att tillämpa bestämmelserna i ILO-konventionerna 87 och 98 i fall rörande stater som inte ratificerat dessa konventioner, se särskilt Committee on Freedom of Association, Case nr 102, Union of South Africa, 15th Report och Case 2158, India, Report 328, 2002, p. 318, "by freely becoming Member State of the ILO. the Government has the responsibility to ensure full respect of freedom of association principles throughout its territory". Se också Ben-Israel, The right to strike, s. 54–57, och särskilt angående strejkrätten, s. 66–70.

[15] ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, Antagen av ILO:s arbetskonferens vid dess 86:e möte, 18 juni 1998.

svar för att föreningsfriheten också skall kunna utövas mellan enskilda. Artikel 11 anger nämligen att:

> "Medlem av Internationella arbetsorganisationen, för vilken denna konvention är gällande förbinder sig att vidtaga alla erforderliga och lämpliga åtgärder för att säkerställa, att arbetstagare och arbetsgivare må kunna fritt utöva sin organisationsrätt."

Konvention nr 87 hänför sig alltså till relationen mellan arbetare, arbetsgivare, dess organisationer och staten. Den medför dock inte bara en negativ förpliktelse för staten att inte ingripa i föreningsfrihetens utövande utan också som det framkommer i artikel 11 en positiv förpliktelse att vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa aktörerna de angivna rättigheterna. Ansvaret för att föreningsfriheten och organisationsrätten skall kunna utövas bärs av staten. Skyddet måste också omfatta handlingar av andra organ som direkt eller indirekt kränker det fria utövandet av organisationsrätten.[16]

I allmänhet benämns den del av konventionen som direkt rör relationen mellan stat och individ för föreningsfriheten medan den aspekt som rör statens ansvar att tillse att även andra aktörer skall respektera de rättigheter konventionen uppställer benämns organisationsrätten.[17]

Staten får alltså inte *direkt* hindra parterna från att utöva sin föreningsfrihet. I konventionens första 10 artiklar och åtföljande praxis från övervakningsorganen framkommer vad som utgör direkt otillbörligt intrång av staten i den fackliga föreningsfriheten. Olika situationer kan dock också *indirekt* uppställa hinder. Ett sådant exempel utgör ett överdrivet bruk av tidsbegränsade anställningar. För en tidsbegränsat anställd minskar förmågan att agera kraftfullt som fackföreningsmedlem. Ett utökat användandet av korttidskontrakt i den *privata sektorn* kritiserades därför av kommittén. EK ansåg i det fallet att de hade belägg för att det utökade användandet av korttidskontrakt syftade till att försvaga fackföreningsrörelsen. I detta fall angreps lagstiftningen och EK tycktes anse att lagstiftningen tillät användandet av korttidskontrakt i alltför stor utsträckning.[18]

Dessutom måste som ovan angivits staten tillse att föreningsfriheten verkligen kan åtnjutas mellan arbetstagare och arbetsgivare genom att exempelvis, tillse att skydd finns vid rekryteringen mot antifacklig dis-

[16] EK, sess. 40, 1957, s. 162, p. 8 (artikel 19 genomgång).

[17] Dunning menar att föreningsfriheten som rör relationen mellan stat och arbetstagare/arbetsgivare garanteras i konventionens tio första artiklar, medan organisationsrätten kommer till uttryck i artikel 11. Han påpekar dock att organisationsrätten behandlas mer utförligt i konvention 98, Dunning, s. 163.

[18] EK, sess. 79, 1992, Colombia, s. 207.

kriminering, för att artikel 2 skall vara uppfylld.[19] Staten skall dessutom genom lagstiftning eller via andra åtgärder garantera effektivt skydd mot all antifacklig diskriminering.[20] Både fackliga medlemmar och fackliga ledare skall genom lag garanteras sådant skydd.[21] Avskedas en facklig ledare på grund av fackliga aktiviteter som skyddas av konventionen skall vederbörande om han eller hon så kräver återfå sin anställning.[22] I en tidig rapport angav expertkommittén att ett allmänt skydd mot antifacklig diskriminering tillhandahålls genom artikel 11, samtidigt påpekades att mer detaljerade föreskrifter i ämnet återfinns i ILO-konvention 98.[23] Avsaknaden av föreskrifter som avser att skydda arbetstagarorganisationer mot intrång av arbetsgivarorganisationer och vice versa kritiseras av EK.[24] Kommittén hänvisar i princip numera aldrig direkt till artikel 11.[25] De principer som härrör från artikel 11 används emellertid i den löpande tillämpningen av de övriga artiklarna.

Konventionen avser att säkerställa föreningsfriheten för arbetstagare, arbetsgivare och deras organisationer. Föreningsfriheten för andra grupper lämnas således utanför konventionens tillämpningsområde. Dessutom måste organiserandet syfta till att främja och värna arbetares och arbetsgivares intressen enligt artikel 10. Organiserandet för andra syften faller utanför konventionens tillämpningsområde.[26]

En kort beskrivning skall ges av konventionens alla artiklar. Framställningens fokus ligger på ett urval av dessa. Det fyller dock en funktion att kunna se de utvalda bestämmelserna i sitt sammanhang.

Konvention 87 avser att tillvarata arbetstagares och arbetsgivares rätt att utan i förväg inhämtat medgivande *bilda* organisationer efter sitt eget fria skön och att utan andra förbehåll än de som uppställs i vederbörande organisations stadgar, *ansluta* sig till sådan organisation (artikel 2). Organisationerna i fråga skall ha till ändamål att främja och värna arbetares eller arbetsgivares intressen (artikel 10). Denna föreningsfrihet skall

[19] EK, sess. 76, 1989, Ecuador, s. 156.
[20] EK, sess. 80, 1993, Costa Rica, s. 185.
[21] EK, sess. 87, 1999, Bolivia, s. 218.
[22] EK, sess. 88, 2000, Djibouti, s. 173.
[23] EK, sess. 43, 1959, s. 110, p. 41.
[24] EK, sess. 87, 1999, Bolivia, s. 218.
[25] Kommittén hänvisar i en tidig rapport till denna paragraf och menar att skydd mot antifacklig diskriminering tillhandahålls i allmänna termer genom denna artikel. Men att olika delar av detta skydd kommer till uttryck i olika artiklar i konvention 98. EK, sess. 43, 1959, s. 110, p. 41. I ett fall anger kommittén att statligt påbjudet fackföreningsmonopol bland annat står i strid med artikel 11 och frasen "fritt utöva organisationsrätten", EK, sess. 46, 1962, Mexico, s. 95, p. 7.
[26] EK GS 1994, p. 46.

fritt kunna utövas gentemot staten (artikel 3). Det innebär att dessa organisationer har rätt att avfatta stadgar och regler samt utse representanter i full frihet. Dessutom skall de fritt kunna organisera sin förvaltning och verksamhet samt fastställa sitt handlingsprogram (artikel 3:1). De offentliga myndigheterna skall avhålla sig från varje ingripande, som begränsar denna rätt eller inverkar menligt på dess lagenliga utövande (artikel 3:2). Det offentliga skall heller inte genom någon administrativ åtgärd vare sig kunna upplösa eller förbjuda en sådan organisation att bedriva verksamhet (artikel 4).

Arbetstagar- och arbetsgivarorganisation skall också enligt ILO-konvention 87 ha rätt att bilda och ansluta sig till förbund och centralorganisationer. Sådan organisation, sådant förbund eller sådan centralorganisation skall ha rätt att vara ansluten till internationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer (artikel 5). Bestämmelserna i artiklarna 2, 3 och 4 är också tillämpliga både på förbunds- och centralorganisation av arbetstagar- och arbetsgivarorganisation (artikel 6). Organisationernas, oavsett nivå, förvärv av rättskapacitet skall inte vara underkastat villkor som inskränker tillämpningen av bestämmelserna i artiklarna 2, 3 och 4 (artikel 7).

Vid utövandet av de rättigheter som konventionen fastställer skall arbetstagare och arbetsgivare samt deras respektive organisationer, i likhet med andra enskilda personer eller organiserade sammanslutningar, följa landets lagar (artikel 8:1). Landets lagar får dock inte formuleras eller tillämpas på sätt som kan vara ägnat att begränsa de garantier konventionen fastställt (artikel 8:2).

I vad mån konventionens bestämmelser skall kunna tillämpas på krigsmakt och poliskår kan bestämmas i nationell lagstiftning (artikel 9:1). Jämlikt den i artikel 19 mom. 8 av Internationella arbetsorganisationens stadga fastslagna principen skall medlemsstats ratificering av konventionen inte ha inverkan på redan existerande lag, dom, sedvänja eller avtal, enligt vilken medlemmar av krigsmakten eller poliskåren redan åtnjuter någon av konventionens rättigheter (artikel 9:2). Stadgans bestämmelse gäller alla konventioners rättigheter. Enligt ILO:s konstitutions artikel 19:8 får konferensens antagande av en konventionen eller rekommendation eller en medlemsstats ratifikation av en konvention aldrig påverka en lag, sedvänja eller avtal som tillförsäkrar arbetstagarna mer fördelaktiga villkor än de som konventionen eller rekommendationen föreskriver.

Alla konventionens artiklar kommer inte att bli föremål för någon fördjupning. I det följande kommer jag enbart att fördjupa mig i vissa aspekter av artiklarna 2, 3, 5, 8, 10 och 11.

6.2.2 Godtagbara begränsningar

I många internationella konventioner som rör mänskliga rättigheter anges explicit vilka omständigheter som kan aktualisera godtagbara inskränkningar i de aktuella rättigheterna. Någon liknande bestämmelse finns inte för ILO-konvention 87.[27] I övervakningsorganens praxis framkommer dock vilka skäl som kan motivera inskränkningar av visst slag. Dessa omständigheter kommer att presenteras löpande under varje ämne. Det skall dock redan här erinras om att EK i vissa fall har godkänt inskränkningar av facklig verksamhet vid nödläge. Rätten för fackföreningar att mötas och att strejka kan då få inskränkas. Däremot har inget sagts om inskränkningar av själva rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar.[28]

6.2.3 Vad är en fackförening?

Vad som innefattas i begreppet organisation enligt konventionen framkommer i artikel 10. Artikel 10 lyder:

> "I denna konvention förstås med uttrycket "organisation" varje sammanslutning av arbetare eller arbetsgivare, som har till ändamål att främja och värna arbetares eller arbetsgivares intressen."

Artikel 10 klargör att konventionen riktar in sig på en viss sorts organisation som består av en viss sorts medlemmar och som syftar till att främja och värna just dessa medlemmars intressen. Det är alltså friheten att bilda och ansluta sig till sådana organisationer som konventionen avser att tillvarata. I princip spelar det alltså ingen roll vad organisationen i fråga kallar sig. Det väsentliga är att den uppfyller de kriterier som anges i artikel 10. EK anser att det inte bara är föreningar som benämns fackföreningar i nationell rätt som åsyftas i artikel 2, andra arbetstagarorganisationer omfattas också av de rättigheter som anges i artikeln.[29] Det avgörande skall enligt artikel 10 vara att organisationen har till syfte att främja och värna arbetares eller arbetsgivares intressen. Organisationen behöver inte ens ha till huvudsyfte att värna sina medlemmars intressen utan kan ha till syfte att värna och främja arbetares intressen i allmänhet.[30]

[27] Notera Grekland som hänvisar till artikel 31 i Europarådets sociala stadga och de undantag som där erkänns för bl.a. strejkrätten. Grekland försöker hävda att eftersom deras lag är förenlig med artikel 31 borde situationen vara förenlig med ILO-konvention 87. EK, sess. 87, 1999, s. 241, Greece.

[28] EK GS 1969, s. 192, p. 31.

[29] EK, sess. 76, 1989, s. 160, Ethiopia

[30] Se Bartolomei de la Cruz, von Potobsky & Swepston, The International Labor Organization, s. 204.

Artikeln kan också ses som ett komplement till artiklarna 2 och 3. Artikel 10 tillägger nämligen att organisationerna skall främja och värna medlemmarnas intressen. Det innebär att rättsordningen måste tillåta organisationerna att främja och värna. Artikeln har tagits till intäkt för att *alla* sammanslutningar av arbetstagare exempelvis skall ha rätt att främja och värna arbetares intressen, även de som inte erkänts.[31]

Expertkommittén har också påpekat att användandet av termerna arbetstagare och arbetsgivare understryker att konventionen garanterar föreningsfrihet för fackliga syften. Det är det området som direkt och tveklöst ligger inom Internationella arbetsorganisationens kompetensområde. Den allmänna föreningsfriheten faller inom andra internationella organs kompetens.[32] EK påpekar regelbundet att det är de ekonomiska, sociala och yrkesmässiga intressena som organisationerna skall främja och värna eller skall ha möjlighet att tillvarata.[33]

Så kallade solidariska organisationer som tillkommer på arbetsgivarens initiativ och vars verksamhet finansieras av arbetsgivaren omfattas däremot inte. De får inte ens tillåtas involvera sig i facklig verksamhet och konkurrera med fackliga organisationer, särskilt inte avseende förhandlingar.[34] Fackföreningar får aldrig behandlas sämre än dessa solidariska organisationer. Exempelvis skall åtminstone samma antal arbetstagare krävas för erkännande, samma möjlighet att delta i vinstgivande verksamhet tillhandahållas, samma kompensation vid orättfärdiga uppsägningar utges och samma möjlighet att förvalta "termination funds" återfinnas.[35]

6.2.4 Rätten att bilda och ansluta sig till organisation

6.2.4.1 Inledning

Rätten att bilda och ansluta sig till en organisation skyddas i artikel 2 som lyder:

> "Arbetare och arbetsgivare skola, utan någon som helst åtskillnad, äga rätt att utan därtill i förväg inhämtat medgivande bilda organisationer efter sitt fria skön ävensom att utan andra förbehåll än dem vederbörande organisationsstadgar uppställa, ansluta sig till sådana organisationer."

[31] EK, sess. 40, 1957, Denmark, s. 82. EK godtog situationen när den fick information om att icke erkända fackföreningar hade rätt att framföra krav till administrationen, EK, sess. 42, 1958, Denmark, s. 55.
[32] EK GS 1994, p. 46.
[33] Se t.ex. EK, sess. 87, 1999, Ethiopia, s. 238. EK, sess. 87, 1999, Germay, s. 240; Yemen, s. 293.
[34] EK, sess. 80, 1993, Costa Rica, s. 185.
[35] EK, sess. 80, 1993, Costa Rica, s. 185.

Artikel 2 kan indelas i skilda moment:

Del 1 – rätten att bilda och ansluta sig till organisationer tillkommer alla arbetstagare och arbetsgivare utan undantag
Del 2 – att de fritt skall kunna välja organisation
Del 3 – att de skall kunna göra det utan i förväg inhämtat tillstånd

Att alla dessa tre moment är uppfyllda anses vara avgörande för att föreningsfriheten så som den kommer till uttryck i konventionen skall anses ges ett effektivt skydd.[36] Jag kommer att behandla del 1 och 2.

6.2.4.2 Vilka arbetstagare omfattas?

Förbud mot diskriminering

Alla arbetstagare och arbetsgivare skall utan någon åtskillnad ha rätt att organisera sig enligt konvention 87. Redan i konventionens förarbeten angavs att distinktioner baserade på kön, nationalitet, ras, politisk uppfattning, färg eller ursprung var oacceptabla.[37] Denna ståndpunkt har också bekräftats i expert- och föreningsfrihetskommitténs praxis[38] och i en resolution från 1952.[39] Inte heller åldersbaserad diskriminering tillåts. Omyndiga arbetstagare skall exempelvis ha rätt att fatta beslut om fackföreningsmedlemskap utan föräldrars medgivande.[40]

Det är huvudsakligen diskriminering på grund av nationalitet och politisk uppfattning som aktualiserats i praxis. Avseende *nationalitet* är utgångspunkten att ingen diskriminering får förekomma mot personer som *lagligen* uppehåller sig i landet.[41] Det innebär i princip att utlänningar inte får behandlas annorlunda än inhemska arbetstagare. Det är således inte godtagbart att i lag begränsa möjligheten för utlänningar att

[36] EK, sess. 36, Appendix V, 1953, General Remarks Concerning Reports on Unratified Conventions and on Recommendations (article 19 of the Constitution), s. 57.
[37] ILO record of proceedings ILC 30th session, Geneva 1947, p. 570.
[38] EK, sess. 43, 1959, p. 3, "Conclusions concerning the Reports Recieved under articles 19 and 22 of the Constitution of the ILO on the effect given to Conventions and Recommendations relating to Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, Collective Bargaining and Collective Agreements, Co-operation in the undertaking, s. 105–106. EK GS 1973. EK GS 1994, p. 45. Digest 1996, p. 205.
[39] Punkt 4 i resolutionen; "A condition for such freedom and independence is that trade unions be constituted as to membership without regard to race, national origin or political affiliations and pursue their trade union objectives on the basis of the solidarity and economic and social interests of all workers." Hela resolutionen återfinns i EK GS 1994, Appendix II, s. 148–149.
[40] EK, sess. 89, 2001, Burundi, s. 238; Chad, s. 245.
[41] EK GS 1994, p. 63.

bli fackföreningsmedlemmar[42] eller att bli representerade av nationella fackföreningar.[43] Reciprocitetskrav för att låta utländska arbetstagare ansluta sig till fackföreningar godtas heller inte.[44]

ILO har antagit två särskilda konventioner och en rekommendation om migrerande arbetstagares situation och däri särskilt behandlat migrerande arbetstagares rätt till likabehandling avseende fackliga rättigheter.[45]

När det gäller diskriminering på grund av *politisk uppfattning* har EK uttryckt att varje lagstiftande eller reglerande åtgärd som en stat vidtar som medför att en individ berövas sin rätt att bli eller kvarstanna som fackföreningsmedlem på grund av att vederbörande hyser viss politisk uppfattning eller är engagerad i viss icke-våldsförespråkande politisk aktivitet utgör en kränkning av föreningsfriheten. Det innebär att även lagstiftning som indirekt får en diskriminerande effekt är oacceptabel. Lagstiftning som antas helt och hållet av politiska skäl, men som enbart rör intern nationell policy och inte har någon effekt på utövandet av fackliga rättigheter berör i princip inte åtagandena avseende konvention 87. Men om åtgärder vidtas med stöd av denna lagstiftning som medför att en individ berövas sin rätt att bli eller kvarvara som fackföreningsmedlem därför att vederbörande uttryckt viss politisk uppfattning eller har engagerat sig i viss politisk verksamhet på ett sätt som inte har något samband med deltagandet i en fackförening, står åtgärden i strid med artikel 2. Beslut av sådant slag skall inte fattas utan "due process of law and previous conviction in a fair trial".

Även om fallet prövas i domstol så kan dock inte fällande domar som rör politisk aktivitet (som inte har något att göra med facklig aktivitet)

[42] EK, sess. 54, 1971, Honduras, s. 125. EK, sess. 61, 1976, Syrian Arab Republic, s. 125. EK, sess. 89, 2001, Belarus, s. 227–228, bara medborgare får ansluta sig till fackföreningar.

[43] EK, sess. 89, 2001, Denmark, s. 254. Kritik på denna punkt har framförts sedan år 1989.

[44] EK, sess. 76, 1989, Syrian Arab Republic, s. 224. Digest 1996, p. 211.

[45] I ILO-konvention nr 97 om migrerande arbetstagare från 1949, reviderad, fastställs att likabehandling måste tillämpas avseende medlemskap i fackföreningar och avseende åtnjutande av de fördelar kollektiv förhandling medför (art 6 para 1(a)(ii)). I artikel 10 från konvention nr 143, om migrerande arbetstagare från 1975, föreskrivs att principen om "equality of opportunity and treatment" måste tillämpas på fackliga rättigheter. Dessa rättigheter ges ett mer detaljerat innehåll i Rekommendationen nr 151, om migrerande arbetstagare från år 1975, som i paragraf 2(g) hänvisar till medlemskap i fackliga föreningar, utövandet av fackliga rättigheter och valbarhet till facklig ledning och till samarbetsorgan bestående av arbetstagare och arbetsgivare, inklusive organ som representerar arbetstagare på arbetsplatser. Dessa konventioner och rekommendationer nämns i EK:s allmänna översikter, se t.ex. EK GS 1983, s. 31, p. 97 och EK GS 1994, p. 63.

utgöra grund för diskvalificering eller återtagande avseende fackligt medlemskap.[46] För att ett beslut av domstolen att skilja någon från ett fackföreningsmedlemskap eller hindra någon att bli medlem skall vara förenligt med konventionen så måste grunderna för beslutet också vara förenliga med konventionen.

Att myndigheterna heller inte får favorisera individer eller fackföreningar som delar regeringens politiska uppfattning följer av det allmänna diskrimineringsförbudet. År 1952 antog Internationella arbetskonferensen en särskild resolution som angav vissa principer såsom varande av grundläggande betydelse för att skydda fackföreningsrörelsens frihet och oberoende och dess grundläggande uppgift att främja arbetstagarnas sociala och ekonomiska välbefinnande. Denna resolution kommer att behandlas närmare i avsnittet om artikel 3.

Distinktioner av andra ovidkommande skäl som exempelvis vandel är inte heller tillåtna.[47]

Position – vem är arbetare?

Konventionen kan tillämpas på alla individer som arbetar för sitt uppehälle.[48] Ordalydelsen i konvention 87 refererar inte till arbetstagares rättsliga status och kan inte begränsas till begreppet anställd, "employee", som det förstås i nationell lagstiftning. Som en konsekvens därav omfattas alla arbetare oavsett deras anställningsförhållandes juridiska status av konvention 87.[49] Det innebär att även tidsbegränsat anställda[50] och provanställda[51] skall ha rätt att ansluta sig till den fackförening de önskar.

Det är heller inte acceptabelt att frånta personer, som utför förtroendeuppgifter eller liknande, föreningsfriheten.[52] Direktörer, chefer, administratörer i företag eller befälhavare över handelsfartyg får exempelvis inte berövas rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar.[53] Det är således inte godtagbart att arbetare som inte är löntagare inte skall kunna bilda fackföreningar.[54] Egenföretagare och utövare av de fria yrkena omfattas exempelvis.[55]

[46] EK GS 1973, s. 19–20, p. 46. EK GS 1983, p. 100–101. CFA, Case no 857, UK, 187th Report, 1978, p. 268. EK GS 1994, p. 65.
[47] EK, sess. 63, 1977, Egypt, s. 143. EK, sess. 76, 1989, Kuwait, s. 182. EK, sess. 80, 1993, Chad, s. 180.
[48] EK GS 1973, s. 13.
[49] EK, sess. 76, 1989, Ethiopia, s. 160.
[50] EK, sess. 83, 1996, Kuwait, s. 152. Digest 1996, p. 236.
[51] EK, sess. 81, 1994, Peru, s. 223. Digest 1996, p. 237.
[52] EK, sess. 42, 1958, Mexico, s. 56.
[53] EK, sess. 46, 1962, Cuba, s. 89–90. EK GS 1994, p. 66.
[54] EK, sess. 46, 1962, Hungary, s. 93, p. 8. EK, sess. 46, 1962, Cuba, s. 89–90 1.
[55] Digest 1996, p. 235.

Pensionärer skall ha rätt att ansluta sig till fackförningar i den mån den aktuella föreningens stadgar så medger.[56] Frågan om arbetslösa i allmänhet omfattas har inte explicit avgjorts. Det vore dock märkligt om så inte var fallet eftersom det är klarlagt att föreningsfrihetsskyddet också omfattar personer i arbetssökande position.[57]

Bransch

I många länder exkluderas arbetstagare i vissa branscher och på vissa typer av arbetsplatser från rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar. Detta är, i den mån arbetstagarna inte är poliser eller militärer, oförenligt med konventionen.[58] Konventionen fäster inget avseende vid om branschen är ideell eller om företaget är ett familjeföretag eller om arbetet utförs i hemmet, på sjön eller i ett jordbruk. Alla skall ha den föreningsfrihet konvention 87 föreskriver.[59] Även i frihandelszoner måste arbetstagare ha rätt till föreningsfrihet.[60] Det innebär bland annat att andra fackligt aktiva måste ha tillgång till dessa zoner för att få möjlighet att informera arbetstagarna där om tillgänglig facklig verksamhet och presentera delegater som kan representera dem.[61]

[56] EK, sess. 86, 1998, Croatia, s. 173–174.

[57] EK, sess. 76, 1989, Ecuador, s. 156.

[58] Enligt artikel 9 kan militär och polis undantas från föreningsfriheten genom nationell lagstiftning. Orsaken därtill är att dessa grupper ansvar för statens inre och yttre säkerhet, EK GS 1994, p. 55. Bara arbetstagare som erkänns såsom varande militär eller polis i nationell rätt kan omfattas av undantaget. Att Europakommissionen för mänskliga rättigheter i beslut nr 11603/85 påstås behandla aktuell yrkesgrupp som armé eller polis fästs inte någon vikt vid, EK, sess. 76, 1989, UK, s. 234. EK tar ingen hänsyn till om motsvarande arbetsuppgifter som de aktuella i andra länder faller in under exempelvis militärens ansvar och därför borde falla in under artikel 9:s undantag. EK tar hänsyn till vem som är arbetsgivare i det aktuella landet, EK, sess. 82, 1995, UK, s. 198. EK sess. 75, 1988, UK, s. 180. Det är dock inte arbetsgivaren enbart som avgör om en arbetsgivare kan sägas omfattas av undantaget i artikel 9. Fängelsepersonal och brandmän kan på grund av sina funktioner inte undandras föreningsfriheten oavsett vilken arbetsgivare de har. Funktionerna omfattar inte sådana som polis och militär normalt utför se, EK, sess. 58, 1973, Japan, s. 122 och EK GS 1983, p. 87 och EK GS 1994, p. 56. Funktionsaspekten kan också tillämpas på civila, anställda inom försvaret eller polisen. De skall fritt kunna utöva organisationsrätten. Digest 1996, p. 222–224. Eftersom artikel 9 utgör ett undantag skall i tveksamma fall arbetstagare betraktas som civila, EK GS 1994, p. 55.

[59] EK, sess. 40, 1957, Guatemala, s. 82. EK, sess. 46, 1962, Cuba, s. 89–90 1. EK GS 1983, p. 91–92. EK GS 1994. p. 58–59. Digest 1996, p. 205–270 EK, sess. 89, 2001, Benin, s. 231 (sjömän); Bolivia, s. 232–233; Canada, s. 240 (anställda inom jordbruket).

[60] EK GS 1994, p. 60. EK, sess. 89, 2001, Namibia, s. 288.

[61] EK, sess. 88, 2000, Togo, s. 200–201. EK, sess. 89, 2001, Nigeria, s. 291.

Offentlig sektor
Att även offentliganställda skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar gjordes klart redan i förarbetena till konvention 87[62] och detta har kontinuerligt bekräftats av expert- och föreningsfrihetskommittén.[63] Med offentliganställda avses alla som är engagerade i administrationen av staten på central, regional och lokal nivå eller är anställda vid myndigheter som tillhandahåller viktiga offentliga tjänster eller i statsägda företag. Alla offentliganställda tillerkänns således denna rätt oavsett vilka olika distinktioner som görs nationellt.[64]

6.2.4.3 Begränsningar genom fackföreningens stadgar

I artikel 2 anges att arbetstagare skall ha rätt att ansluta sig till den fackförening de vill förutsatt att inte organisationens stadgar uppställer några förbehåll. Det innebär alltså att fackföreningen själv har rätt att genom sina stadgar avgöra vilka medlemmar den vill ha. Frågan om fackföreningarna kan göra urval på diskriminerande grund kommer att behandlas under artikel 3 där allmänna kriterier för fackföreningarnas handlingsfrihet behandlas. Det har dock ansetts vara acceptabelt att i en fackförenings stadgar ange att pensionärer inte skall ha rätt att bli medlemmar.[65]

6.2.5 Fritt val av fackförening

6.2.5.1 I allmänhet

Att fritt få bilda och ansluta sig till en fackförening av eget val innebär att arbetstagare utan hinder från staten fritt skall kunna *välja* om den skall ansluta sig till en befintlig fackförening och i så fall fritt välja vilken eller om den skall bilda en ny fackförening. Friheten att välja fackförening medför också att en arbetstagare skall ha rätt att utträda ur en fackförening när han så önskar. Lagstiftning som begränsar denna rätt står i strid med konvention 87.[66] Dessutom bör arbetstagare som är verksamma inom flera sektorer eller yrken ha möjlighet att vara medlem i flera fackföreningar.[67]

[62] ILO record of proceedings, ILC 30th session 1947, p. 570.
[63] EK GS 1994, p. 48. Digest 1996, p. 212–218.
[64] EK GS 1994, p. 49.
[65] EK, sess. 86, 1998, Croatia, s. 173–174.
[66] EK, sess. 43, 1959, s. 110, p. 40. EK, sess. 46, 1962, Mexico, s. 95:7. EK, sess. 76, 1989, Mexico, s. 192. EK, sess. 88, 2000, Mexico, s. 184.
[67] EK, sess. 89, 2001, Romania, s. 307.

Staten får inte inskränka arbetstagares rätt att fritt välja fackförening.[68] Så kallade fackföreningsmonopol, dvs. när det i lagstiftningen direkt eller indirekt föreskrivs att bara en fackförening får förekomma för att tillvarata en kategori arbetstagares intressen, står i klar strid med föreningsfriheten.[69] Detta oavsett om arbetstagaren tvingas ansluta sig till viss organisation eller kan förbli oorganiserad. Möjligheten att välja fackförening är ju inskränkt i bägge fallen.[70]

Det spelar heller ingen roll vilken fackföreningsnivå det gäller. Om det inom en yrkeskategori[71] eller på en arbetsplats[72] redan finns en organisation får inte denna omständighet utgöra något hinder mot att bilda fler organisationer om arbetstagarna så önskar.[73] Arbetstagare som inte vill ansluta sig till existerande fackföreningar eller centralorganisationer skall ha möjlighet att bilda egna nya fackföreningar.[74]

En reglering kan även indirekt få till följd att ett fackföreningsmonopol etableras. Att exempelvis kräva att en fackförening måste ha minst 50 procent av en arbetsplats arbetstagare som medlemmar för att kunna registreras kan få det indirekta resultatet att bildandet av en ny fackförening förbjuds då en fackförening redan existerar på en arbetsplats.[75] Detta är inte godtagbart.

För offentliganställda har emellertid vissa begränsningar i de primära organisationernas *medlemskomposition* accepterats. Det har exempelvis ansetts vara förenligt med artikel 2 att offentliganställda bara kunde ansluta sig till fackföreningar som inte tillät andra typer av arbetstagare, t.ex. privatanställda, att ansluta sig. Eftersom de offentliganställdas primärorganisationer hade möjlighet att fritt ansluta sig till federationer och konfederationer så ansågs begränsningen bara vara av formell karaktär.[76] Även begränsningar rörande vissa yrkeskategorier inom offentlig sektor har accepterats. Begränsningarna får dock inte göra sektorerna för smala.[77]

[68] EK, sess. 71, 1985, UK, s. 193.
[69] EK GS 1973, s. 29, p. 68. EK GS 1994, p. 91. Digest 1996, p. 288–289, 291.
[70] EK, sess. 87, 1999, Egypt, s. 236.
[71] Digest 1996, p. 276.
[72] Digest 1996, p. 280–282. EK, sess. 89, 2001, Ethiopia, s. 266.
[73] Digest 1996, p. 295, 297. EK sess. 89, 2001, Argentina, s. 220; Bolivia, s. 232; Honduras, s. 274
[74] EK GS 1994, p. 96. EK, sess. 85, 1997, Egypt, s. 167. EK, sess. 89, 2001, Egypt, s. 262–263.
[75] EK, sess. 46, 1962, Burma 1, s. 83. EK GS 1994, p. 94. Digest 1996, p. 294.
[76] EK GS 1959, p. 15. EK, sess. 42, 1958, Cuba, s. 54. EK GS 1973, s. 21, p. 49. EK GS 1973, s. 28, p. 65. EK GS 1994, p. 86.
[77] EK GS 1994, p. 86.

Det ansågs exempelvis inte vara förenligt med konventionen att särskilda föreningar för regeringsanställda måste upprättas för varje enskild kategori, t.ex. för varje departement, som dessa regeringsanställda kunde indelas i.[78] Det var dock acceptabelt att anställda på en viss myndighet bara fick sluta sig samman med varandra.[79]

Det är godtagbart att begränsa omfattningen av medlemskompositionen ytterligare för offentliganställda som innehar *viktiga ledande funktioner eller har policyskapande ansvar.* Dessa grupper kan alltså genom lag hindras från att organisera sig med personer som utför andra uppgifter. Begräsningarna får dock bara omfatta just *dessa* kategorier.[80]

Vissa begränsningar under speciella omständigheter har också accepterats inom privat sektor. Förbud i lag för personer i arbetsledande ställning att tillhöra *viss* fackförening accepteras om bestämmelserna avser att och faktiskt skyddar fackföreningen från intrång av arbetsgivaren och från problem med konkurrerande intressen. Det anses dock vara viktigt att omfattningen av den aktuella kategorin görs snäv och bara omfattar sådana personer som verkligen kan sägas företräda arbetsgivarens intressen. Begränsningen får inte vara så vid att den i praktiken försvagar fackföreningen genom att beröva den ett avsevärt medlemsantal.[81] Givetvis anses det heller inte vara förenligt med konventionen att konstruera fiktiva tjänstebeteckningar som kategoriseras som arbetsledande och därmed begränsa organisationsrätten för dem som omfattas av beteckningarna.[82] Personerna i arbetsledande ställning skall också ha rätt att bilda egna organisationer.[83]

I många länder sluter sig fackföreningarna frivilligt samman i få stora federationer. Kommittén har understrukit den grundläggande skillnad ur ett föreningsfrihetsperspektiv som existerar, mellan en situation där fackföreningsmonopolet upprättas eller upprätthålls genom lagstiftning och den faktiska situationen som existerar i flera länder där fackföreningarna sluter sig samman frivilligt i en federation eller konfederation. Så länge samarbetet sker på helt frivillig grund och inte direkt eller indi-

[78] EK, sess. 37, 1954, Pakistan, s. 39. EK GS 1973, s. 28 p. 66, där hänvisas till Pakistan och Japan. EK GS 1983, p. 126. EK, sess. 85, 1997, Pakistan, s. 186. Digest 1996, p. 285.
[79] EK, sess. 85, 1997, UK. Det var den engelska säkerhetsorganisationen" Government Communications Headquarters in Cheltenham.
[80] EK, sess. 40, 1957, Guatemala, s. 82. EK, sess. 46, 1962, Cuba, s. 89–90 1.
EK, sess. 63, 1977, Egypt, s. 143. EK GS 1983, p. 88. EK GS 1994, p. 87.
[81] EK GS 1973, s. 28–29, p. 67. Digest 1996, p. 232.
[82] EK GS 1994, p. 66. EK, sess. 85, 1997, Pakistan, s. 187.
[83] EK GS 1994, p. 87.

rekt är ett resultat av eller bekräftas av lagstiftning är situationen förenlig med konventionens föreskrifter.[84] Det faktum att arbetstagare och arbetsgivare generellt finner att det ligger i deras intresse att undvika en ökning av antalet konkurrerande organisationer är inte tillräckligt för att rättfärdiga direkt eller indirekt intervention av staten.[85] Även om det inte är konventionens syfte att göra fackföreningsmångfald till en skyldighet så skall mångfalden vara *möjlig*.[86]

Konventionen inskränker de ratificerande staternas möjligheter att genom lag och annan reglering begränsa antalet fackföreningar. Konventionen tar däremot inte ställning till så kallade organisationsklausuler. Denna uppfattning klargjordes redan i förarbetena. När konventionens innehåll diskuterades avslog konferensens föreningsfrihetskommitté förslaget om en rätt för arbetstagare och arbetsgivare att *inte* ansluta sig till en organisation. Redan då angavs att konventionen lämnar åt medlemsstaterna att i dess praxis och reglering avgöra huruvida det är lämpligt att garantera arbetstagare och arbetsgivare rätten att inte ansluta sig till en organisation eller å andra sidan att auktorisera eller där så är erforderligt reglera användandet av organisationsklausuler eller liknande praxis.[87] Denna uppfattning har bekräftats av expert- och av föreningsfrihetskommittén.[88]

Med organisationsklausuler i konvention 87:s mening avses både sådana arrangemang där de oorganiserade tvingas betala avgifter till kollektivavtalsbärande organisation eftersom de drar nytta av kollektivavtalet[89] och sådana där visst fackligt medlemskap krävs för anställning.[90] Avseende avgifter måste hanteringen av dem regleras i kollektivavtal utan inblandning av myndigheterna.[91] Att frågan om arbetsgivares rätt att dra avgifter från arbetstagarnas löner och vidarebefordra dem till fackföreningar behandlas i lag står dock inte i strid med konventionen om det i lagen anges att arbetstagaren skriftligen måste tillåta att sådant avdrag görs och också skriftligen ange summa, syfte och förmånstagare.[92]

[84] Se t.ex. EK, 46 sess, 1962, s. 95. EK, sess. 89, 2001, Canada, s. 241.
[85] EK, 42 sess, 1958, Mexico, s. 56. EK GS 1994, p. 96. Digest 1996, p. 287.
[86] EK GS 1973, s. 31, p. 73. EK GS 1994, p. 91.
[87] ILO: Record of Proceedings, International Labour Conference, 30th Session. Geneva, 1947 (Geneva, 1948) s. 571.
[88] EK GS 1959, s. 109, p. 36. EK GS 1994, p. 100–103. Digest 1996, p. 321–324.
[89] Digest 1996, p. 325.
[90] Digest 1996, p. 330.
[91] Digest 1996, p. 325–327.
[92] EK, sess. 81, 1994, Hungary, s. 211.

6.2.5.2 De mest representativa organisationerna

Expert- och föreningsfrihetskommittén har understrukit att det är förbjudet för staten att diskriminera vissa fackföreningar i jämförelse med andra. Diskriminering utgör ett hinder i arbetstagarnas fria val av bildandet och anslutandet till fackföreningar.[93]

Genom att placera en fackförening i en mer eller mindre fördelaktig position i förhållande till andra kan en regering direkt eller indirekt influera arbetstagarnas val av organisationstillhörighet, eftersom arbetstagarna sannolikt vill tillhöra den organisation som bäst kan tjäna dem, även om deras naturliga preferens skulle ha varit att välja en annan organisation.[94] Utgångspunkten är att regeringen inte skall påverka valet och att arbetstagarna fritt skall kunna välja organisation, en favorisering genom lag sätter friheten ur spel, och utgör på så sätt en kränkning av artikel 2. Det är således inte godtagbart att vissa fackföreningar som namnges i lag skall erhålla särskilda rättigheter.[95]

Föreningskommittén har påpekat att även mer informella påtryckningar på arbetstagare avseende val av fackförening hotar arbetstagarnas rätt att fritt välja organisation. Sådana påtryckningar kan vara svåra att bevisa. Exempel är offentliga uttalanden av myndigheterna, ojämn fördelning av bidrag, orättvist tillhandahållande av möteslokaler och vägran att erkänna vissa fackliga ledare när de utför legitima aktiviteter.[96]

Att tillerkänna de mest representativa fackföreningarna vissa särskilda rättigheter anses dock skilja sig från denna förbjudna diskriminering eftersom fackföreningen i sådana fall genom egen bedrift lockat flest sympatisörer, ingen regering har influerat arbetstagarna att välja organisationstillhörighet.

I ILO:s konstitution artikel 3:5 står att ILO sanktionerar begreppet mest representativ organisation. Förekomsten av ett flertal fackföreningar inom en förhandlingsenhet kan försvaga och splittra arbetstagarna. För att undvika menliga effekter på grund av fackföreningsmångfald, står det inte i strid med principerna om föreningsfrihet att tillerkänna majoritetsorganisationer vissa särskilda rättigheter.[97] Detta förutsatt att majoritetspositionen bestäms utifrån objektiva och förutbestämda krite-

[93] Se t.ex. EK, sess. 81, 1994, Hungary, s. 211. EK GS 1994, p. 104, Digest 1996, p. 304–305.
[94] EK GS 1983, p. 146. Digest 1996, p. 303.
[95] EK, sess. 76, 1989, Argentina, s. 126. EK, sess. 78, 1991, Madagascar, s. 186.
[96] Digest 1996, p. 306.
[97] EK, sess. 48, 1964, Cuba, s. 126. EK GS 1994, p. 97.

rier.[98] Om en annan organisation kommer i majoritet skall den således kunna erövra de fördelar som den mest representativa föreningen har tillgång till.[99] Detsamma skall givetvis gälla för inval av fackföreningar till kommittéer och råd vars medlemskap är nödvändigt för att få deltaga i kollektiv förhandling.[100]

Det är väsentligt att andra fackföreningar skall ha möjlighet att erövra de rättigheter som är kopplade till den mest representativa fackföreningen om de får tillräckligt medlemsstöd. Detta ställer visa krav på urvalskriterierna. Exempel på kriterier som garanterar att den mest representativa organisationen utses på rätt sätt är föreskrifter som anger att den representativa organisationen skall utses av majoriteten av de anställda inom den aktuella enheten och att de organisationer som inte får tillräckligt många röster har rätt att begära ny omröstning efter angiven period.[101] Det anses dock inte acceptabelt att en fackförening måste visa att den har ett väsentligt högre antal avgiftsbetalande medlemmar, nämligen 10 procent fler, än den som nu har representativitetsstatus och att det varit så under de senaste 6 månaderna för att överhuvudtaget kunna få göra anspråk på att erhålla representativitetsstatus.[102]

De mest representativa fackföreningarna kan dock bara ensamma åtnjuta en begränsad andel rättigheter. De rättigheter expert- och föreningsfrihetskommittén anser att just dessa fackföreningar kan tillerkännas är att representera arbetstagarna vid kollektiv förhandling och vid konsultation av regeringen samt för nominering av delegater till internationella organ.[103] De mest representativa organisationerna måste emellertid genom lag eller praxis åläggas en skyldighet att exempelvis vid kollektiv förhandling representera alla arbetstagare inom förhandlingsenheten på lika och rättvisa villkor oavsett arbetstagarnas föreningstillhörighet.[104] Uppfyller ingen fackförening kriterierna för den mest representativa fackföreningen förordar EK att kollektiva förhandlingsrättigheter bör garanteras alla fackföreningar, så att de kan förhandla för sina medlemmar.[105]

[98] EK, sess. 43, 1959, s. 110, p. 40. EK, sess. 47, 1963, s. 90. EK, sess. 64, 1978, Ghana, s. 140. EK GS 1994, p. 97.
[99] EK, sess. 80, 1993, Belgium, s. 174.
[100] EK, sess. 65, 1979, Belgium, s. 115. EK, sess. 68, 1982, Belgium, s. 113. EK, sess. 80, år 1993, Belgium, s. 174.
[101] EK, sess. 56, 1971, Trindad and Tobago, s. 130.
[102] EK, sess. 76, 1989, Argentina, s. 125–126.
[103] EK, sess. 48, 1964, Cuba, s. 126.
[104] EK GS 1994, p. 99.
[105] EK GS 1983 p. 295. EK, sess. 79, 1992, Guyana, s. 218.

Att tillskriva de mest representativa fackföreningar vissa särskilda rättigheter får emellertid inte medföra att minoritetsorganisationerna förhindras att tillvarata sina medlemmars intressen. Alla fackföreningar måste kunna ha möjlighet att tillvarata sina medlemmars intressen inför myndigheter och arbetsgivare.[106] Minoritetsorganisationerna får inte fråntas rätten att representera sina medlemmar vid individuella krav eller vid rättskonflikter.[107] En fackförening skall alltså alltid kunna representera sina medlemmar vid individuella konflikter och för andra individuella behov.[108] Fackföreningen skall även kunna representera sina medlemmar rörande andra kollektiva intressen än kollektiv förhandling.[109] En fråga som övervakningsorganen inte tagit ställning till är om minoritetsorganisationer kan berövas rätten att initiera en strejk. I ett fall anser EK att en lag som möjliggör för staten att förbjuda en strejk som inte utlysts av en majoritetsorganisation, står i strid med konventionen.[110] Troligt är att minoritetsorganisationerna åtminstone skall ha rätt att initiera strejk när den inte är kopplad till kollektiv förhandling.

De mest representativa fackföreningarna får inte genom lagstiftning tillskrivas privilegier som medför att de egentligen är den enda organisationer som kan agera effektivt och därför på ett oskäligt sätt påverkar arbetstagarnas val av organisation.[111] Att bara de mest representativa arbetstagarorganisationen slipper skatt och får ta ut medlemsavgifter är exempelvis inte förenligt med konventionen. Inte heller att bara dessa fackföreningars representanter erhåller ett särskilt skydd.[112] En minoritetsorganisation skall kunna fungera och administrera sin organisation och sina aktiviteter i full frihet, således ta del av alla de rättigheter konvention 87 tillhandahåller fackföreningar, förutom just de som tillskrivs de mest representativa organisationerna.[113]

Det svenska systemet i vilket en rad rättigheter kopplas till kollektivavtalspart har berörts. Expertkommittén angav att systemet med att ge

[106] EK, sess. 47, 1963, s. 96. EK, sess. 51, 1967, Guatemala 5, s. 87. EK, sess. 76, 1989, Bolivia, s. 132. EK GS 1994, p. 98.

[107] Med "grievances" avses rättskonflikter rörande tolkning och tillämpning av exempelvis kollektivavtalsbestämmelser eller av andra individuella avtal eller lagbestämmelser. Se om innebörden i GS 1994, p. 255.

[108] EK GS 1973, s. 32, p. 75. EK, sess. 58, 1973, Argentina, s. 109. EK GS 1983, p. 141. EK, sess. 79, år 1992, Pakistan, s. 229.

[109] EK, sess. 83, 1996, Argentina, s. 143.

[110] EK, sess. 87, 1999, Trinidad and Tobago, s. 286.

[111] EK, sess. 87, 1999, Argentina, s. 203.

[112] EK, sess. 86, 1998, Argentina, s. 163.

[113] EK GS 1983, p. 141. EK GS 1994, p. 98. EK, sess. 83, 1996, Argentina, s. 143. EK, sess. 85, 1997, Honduras, s. 174.

allt fler rättigheter exklusivt till kollektivavtalsslutande organisationer, som exempelvis skyldighet för arbetsgivare att förhandla när viktigare beslut är för handen, kan leda till en ökad känsla av orättvisa bland andra fackföreningar vilket inte är till fördel för ett harmoniskt klimat mellan arbetsmarknadens parter.[114] Men eftersom alla fackföreningar hade rätt att förhandla och strejka för att *söka få till stånd* ett kollektivavtal oavsett vilken organisation som var mest representativ befanns situationen inte vara oförenlig med konventionen.[115]

6.2.6 Arbetstagarorganisationernas rätt att själva bestämma sin verksamhet

6.2.6.1 Inledning

I artikel 3 i ILO-konvention 87 föreskrivs att:

> "1. Arbetar- och arbetsgivarorganisationer skola äga rätt att avfatta sina stadgar och reglementen samt utse sina representanter i full frihet, organisera sin förvaltning och verksamhet samt fastställa sitt handlingsprogram.
> 2. Offentliga myndigheter skola avhålla sig från varje ingripande, som begränsar denna rätt eller inverkar menligt på dess lagenliga utövande."

Artikel 3 formulerar vilka friheter en fackförening måste besitta. Är någon av dessa aspekter inskränkta anses inte fackföreningen kunna utöva sin verksamhet i erforderlig frihet. Fackföreningen skall således ha rätt att fritt:

1) anta stadgar och andra regler,
2) utse sina representanter,
3) organisera sin förvaltning,
4) organisera sin verksamhet samt,
5) fastställa sitt handlingsprogram.

De offentliga myndigheterna får aldrig inskränka denna frihet enligt punkt 2.

I det följande skall punkterna 1 och 4 behandlas. Närmare bestämt skall gränserna för stadgarnas formulerande anges. Dessutom skall utrönas i vilken mån friheten att organisera sin verksamhet omfattar rätten till kollektiv förhandling och strejkrätt.

[114] EK, sess. 65, 1979, Sweden, s. 142. EK, sess. 67, 1981, Sweden, s. 123–124.
[115] EK, sess. 67, 1981, Sweden, s. 123–124.

I många situationer bedöms en situations förenlighet med artikel 3 också med hänsyn tagen till två andra artiklar, nämligen artiklarna 8 och 11. Artikel 8 innebär alltså att de nationella lagarna skall följas i den mån de inte kränker konventionens bestämmelser.[116] Artikel 11 talar om de enskilda staternas ansvar gentemot konventionen:

> "Medlem av Internationella arbetsorganisationen, för vilken denna konvention är gällande förbinder sig att vidtaga alla erforderliga och lämpliga åtgärder för att säkerställa, att arbetare och arbetsgivare må kunna fritt utöva sin organisationsrätt."

Artiklarna 8 och 11 kan sägas spela en växelroll. Organisationerna skall respektera den nationella rätten liksom den nationella rättsordningen skall respektera organisationernas rättigheter och också vidta aktiva åtgärder så att konventionens bestämmelser fritt kan utövas.

Dessutom spelar artikel 10 en stor roll. Där anges ju att en fackförening skall främja och värna sina medlemmars yrkesmässiga intressen. Organisationernas frihet att utöva sin verksamhet skyddas i den mån verksamheten avser att främja och värna medlemmarnas yrkesmässiga intressen.

6.2.6.2 Stadgar och annan reglering

Enligt artiklarna 3:1 och 3:2 skall fackföreningar ha rätt att avfatta sina stadgar och regler utan inblandning från staten.

Kommittén påpekar dock att då fackföreningen formulerar stadgar och annan reglering måste de respektera grundläggande mänskliga rättigheter. Det innebär att det inte är i strid med artikel 3 om en lagstiftning föreskriver att fackliga regler inte får vara diskriminerande mot medlemmar eller blivande medlemmar på köns- eller rasmässig grund.[117] Innebär detta att diskriminering inte får ske på någon grund och att kränkning av andra mänskliga rättigheter heller ej får förekomma i fackföreningars stadgar och reglering? Frågan berörs inte explicit i övervakningsorganens praxis för konvention 87. ILO:s föreningsfrihetskommitté har klargjort att interna dispyter mellan fackföreningen och dess medlemmar ligger utanför tillämpningsområdet för konventionerna 87 och 98 och utanför kommitténs kompetens.[118] Därför kan kommittén bara ta ställning till den här typen av frågor när kommittén bedömer om statliga föreskrifter utgör otillbörliga inskränkningar i den fackliga föreningsfriheten eller inte.

[116] För full artikeltext se s. 131.
[117] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 236–237.
[118] Digest 1996, p. 967, 972.

I ILO-konvention nr 111 om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning berörs dock frågeställningen. I dess artikel 3a anges att medlemsländerna förbinder sig att söka få till stånd samverkan med arbetsgivarnas och arbetstagarnas organisationer i syfte att främja godtagande och tillämpning av denna politik. Med denna politik avses främjande av jämlikhet och förhindrande av åtskiljande uteslutning eller företräde på grund av ras, hudfärg, kön, religion, politisk uppfattning, nationell härstamning eller socialt ursprung, som har till följd, att likställdhet med avseende å möjligheter eller behandling i fråga om anställning eller yrkesutövning omintetgörs eller beskäres (artikel 1.1.a). I detta samarbete innefattas att även fackföreningarna själva skall förmås att upphöra med diskriminerande handlingar, om sådana förekommer.[119]

I ILO-rekommendation nr 111 om diskriminering i anställning och yrkesutövning anges i artikel 2 f att arbetstagarnas organisationer inte bör utöva diskriminering i fråga om beviljande eller bibehållande av medlemskap i desamma eller deltagande i dessas fackliga angelägenheter. Expertkommittén kopplar denna bestämmelse till artikel 2 i ILO-konvention 87 och passusen att alla arbetstagare skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackförening av fritt val. EK påpekar också att svårigheter att åtnjuta medlemskap i en fackförening kan bero på begränsningar kopplade till ras, nationell tillhörighet, kön, åsikt och politisk tillhörighet eller politiska aktiviteter.[120] Något konkret förbud för denna typ av diskriminering genom fackföreningens stadgar tycks inte konventionerna tillhandahålla. Rekommendationen är ju inte bindande. Det tycks dock som om staten är skyldig att *söka* eliminera sådan diskriminering genom artikel 3a i konvention 111. De måste söka främja tillämpningen av likabehandling i fackföreningarna.[121]

Staten får för övrigt inte lägga sig i förutsättningarna för fackligt medlemskap. Den får exempelvis inte i lag fastställa att medlemskapet upphör för att en medlem inte betalat medlemsavgift under viss tid eller därför att vederbörande inte deltagit i medlemsmöten. Avgöranden av denna karaktär ligger helt inom fackföreningens eget exklusiva kompetensområde. Att i lag ange sådana villkor står i strid med konventionen.[122]

Fackföreningen måste dock respektera landets lag, om landets lag är förenlig med konventionen.[123] Att en fackförenings stadgar enligt lag

[119] EK GS 1996, p. 64.
[120] EK GS 1996, p. 100.
[121] EK GS 1996, p. 67.
[122] EK, sess. 87, 1999, Nicaragua s. 259.
[123] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 236–237.

skall uppfylla vissa formella krav är i princip förenligt med artikel 3.[124] De formella kraven får då förstås inte inkräkta på organisationens frihet att själv besluta om hur verksamheten skall bedrivas.[125] Inskränkningar i fackföreningarnas rätt att avfatta stadgar och regler får dock enbart göras för att skydda medlemmarnas intressen och för att garantera att organisationen drivs enligt demokratiska principer.[126] Därför är föreskrifter som fastställer att fackföreningar inte får bestraffa medlemmar som i god tro påstår att en facklig organisation bryter mot sina egna regler eller nationens lag inte i strid med konventionen. Kommittén påpekar dock att sådana lagstiftande begränsningar av den fackliga självständigheten måste vara begränsade till vad som är absolut nödvändigt för att uppfylla dessa mål, annars skulle artikel 3 berövas sin betydelse.[127]

Det är dock acceptabelt om det föreskrivs att årliga möten skall hållas, att protokoll skall föras vid mötena, att beslut eller åtminstone de viktigaste besluten skall tas genom hemlig votering, att en viss andel av medlemmarna måste vara närvarande vid vissa möten, att särskild majoritet krävs för viss typ av beslut och att räkenskaperna skall vara förenliga med vissa regler.[128] Föreskrifterna får dock inte vara utformade på sådant sätt att de allvarligt försvårar skötandet av fackföreningen i enlighet med rådande förhållanden och i princip gör det omöjligt att fatta beslut som är förenliga med dem.[129] Ett exempel visar dock att uppfattningen om vad som utgör alltför detaljerad reglering kan skilja sig åt mellan fackföreningar och EK. I Storbritannien föreskrevs genom lag att fackliga val skulle hållas som hemliga omröstningar. Föreskrifterna ansågs av fackföreningsrörelsen vara mycket detaljerade och oflexibla. Lagen föreskrev att röstpapper skulle skickas till medlemmarnas hemadresser och att fackföreningarna måste upprätta och upprätthålla register innehållande medlemmarnas namn och adresser. Enligt fackföreningarna kunde föreskrifterna ge upphov till stora administrativa svårigheter, särskilt för fackföreningar med hög medlemsomsättning eller geografisk mobilitet. Dessa regler omöjliggjorde, enligt fackföreningarna, snabba beslut och öppnade vägen för tvisteförhandling som försvagade fackföreningsrörelsen.[130] EK ansåg emellertid inte att föreskrifterna stod i strid med konventionen. EK konstaterade att krav på hemliga val inte medför någon kränkning

[124] EK GS 1983, p. 153. Digest 1996, p. 333.
[125] EK, sess. 40, 1957, s. 168, p. 38. EK GS, sess. 58, 1973, s. 35, p. 80. EK GS 1994, p. 109. Digest 1996, p. 334, 336.
[126] Digest 1996, p. 331, 339.
[127] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 236–237.
[128] EK GS 1959, s. 114, p. 63. EK GS 1994, p. 110.
[129] EK GS, 1973, s. 41, p. 99.
[130] EK, sess. 71, 1985, UK, s. 195–196.

av de föreningsfrihetsrättsliga principerna när lagstiftningen syftar till att främja de demokratiska principerna inom fackföreningarna eller garantera att valprocessen utförs på ett normalt sätt och med tillbörlig respekt för medlemmarnas rättigheter i syfte att undvika tvister avseende valets resultat.[131]

I Egypten kunde en minister besluta om processen, datumen och sättet som val inom en fackförening skulle utföras på. Det ansågs emellertid inte acceptabelt. EK anser att föreskrifter som i detalj reglerar interna valprocesser i fackföreningar är oförenliga med artikel 3. Sådana frågor skall regleras av fackföreningarna själva.[132] Skillnaden mellan de brittiska och egyptiska fallen var att regleringen i det förra fallet syftade till att säkerställa de demokratiska inslagen i valprocessen medan regleringen i det senare fallet syftade till att ge regeringen kontroll över den fackliga verksamheten.

Den statliga regleringen bör vidare inte omfatta frågor som hur fackföreningsmöten skall gå till, hur grupperna skall sammansättas, dagarna på vilka mötena skall hållas eller krav på att meddelande om möte skall utskickas till myndighet viss antal dagar före mötet[133] och särskilt inte att myndighetspersoner som inte tillhör fackföreningen skall ha rätt att delta i dessa möten.[134]

Om stadgarna måste godkännas av en myndighet får beslutet inte fattas på godtyckliga grunder. Reglerna skall vara klara och förutsägbara samt inte inkräkta på organisationens frihet.[135] Ett sådant beslut måste också kunna överklagas till ett opartiskt och oberoende juridiskt organ.[136] Detta räcker dock inte om förutsättningarna att fatta beslut på är felaktiga. I sådana fall måste domstolen ha kapacitet att revidera förutsättningarna för beslutet.[137]

6.2.6.3 Strejk

Inledning

I ILO-konvention 87 erkänns inte strejkrätten explicit.[138] Förhållandevis tidigt i konventionens historia klargjordes emellertid att strejk utgjorde ett medel för organisationerna att värna och främja medlemmarnas

[131] EK, sess. 71, 1985, UK, s. 197. EK GS 1983, p. 169.
[132] EK, sess. 63, 1977, Egypt, s. 144.
[133] EK, sess. 44, r 1960, United Arab Republic (Egypt), s. 47 (6). EK GS 1994, p. 111.
[134] EK, sess. 39, 1956, Cuba, s. 71. EK GS 1973, s. 41, p. 99.
[135] EK, sess. 40, 1957, s. 168, p. 38. EK GS 1973, s. 35, p. 80. EK GS 1994, p. 109. Digest 1996, p. 334, 336.
[136] Digest 1996, p. 331.
[137] Digest 1996, p. 337.
[138] Förarbetena ger ingen tydlig förklaring. Se Ben-Israel, s. 39–42, 45–46.

intressen. Redan år 1952 angav föreningsfrihetskommittén att strejkrätten är en oumbärlig del av fackliga rättigheter[139] och kommittén har löpande påpekat att strejkrätten utgår från konventionerna om föreningsfriheten.[140] Expertkommittén dröjde dock till 1959 innan den angav att eftersom en inskränkning av strejkrätten kunde utgöra en begränsning av de rättigheter konvention 87 garanterade så måste kompensatoriska åtgärder vidtas.[141] Några år senare angavs, med hänvisning till 1959 års allmänna genomgång, att ett allmänt förbud av strejkrätten utgjorde en påtaglig begränsning av fackföreningars möjligheter att främja och värna medlemmarnas intressen (artikel 10) och ett sådant förbud kunde därför ("may thus") stå i strid med artikel 8:2 och artikel 3.[142] Föreningsfrihetskommittén hade då enligt EK under flera tillfällen betonat att det var allmänt erkänt att rätten för arbetstagare och deras organisationer att vidta strejk utgjorde ett legitimt medel att tillvarata medlemmarnas yrkesmässiga intressen. Vissa begränsningar i den offentliga sektorn kunde dock av olika skäl accepteras men då skulle kompensatoriska möjligheter att tillvarata de yrkesmässiga intressena garanteras.[143] Att godtagbara begränsningar även kunde äga rum inom så kallade oumbärliga samhällsfunktioner ("essential services") angavs ett par år senare. Kompensatoriska åtgärder skulle då även åtfölja dessa.[144]

I dag är det allmänt vedertaget både i EK och FFK att fredlig utövning av strejkrätten utgör ett av de oumbärliga medel som måste vara tillgängliga för arbetstagare och deras organisationer för att de skall kunna främja och försvara sina yrkesmässiga, sociala och ekonomiska intressen.[145] EK menar att strejkrätten är en "intrinsic corollary of the right to organize" som skyddas av konvention 87.[146]

Strejkrätten härleds ur artiklarna 3, 8 och 10 eftersom den utgår från arbetstagarnas rätt att fritt organisera sin verksamhet och formulera sina handlingsprogram i syfte att främja och värna sina medlemmars intressen.[147] Kopplingen till artikel 3, som anger vilka rättigheter arbetstagar-

[139] CFA, 2th Report, 1952, Case no 28, Jamaica, p. 68.
[140] EK GS 1994, p. 146.
[141] EK GS 1959, p. 68.
[142] EK, sess. 53, 1969, Upper Volta, s. 94–95.
[143] EK GS 1969, p. 28.
[144] EK GS 1973, p. 107–109.
[145] EK, sess. 73, 1987, Egypt, s. 172. Digest 1996, p. 473–475. EK GS 1994 p. 141, 147, 149, 151. Se dock om arbetsgivarparternas ifrågasättande av detta förhållningssätt i slutet av 1980-talet i Lammy Betten, International Labour Law, s. 106–109 och Henrik Karl Nielsen och Lars Adam Rehof, International Arbejdsret, s. 188.
[146] EK GS 1994, p. 151.
[147] EK GS 1994, p. 147.

organisationer har ger enligt EK strejkrätten en kollektiv prägel, den utövas av en grupp arbetstagare som beslutar sig för att lägga ner arbetet för att därigenom få sina krav tillgodosedda.[148] Föreningsfrihetskommittén har dock angivit att strejkrätten utgör en grundläggande rättighet för arbetstagare och för deras organisationer.[149] Det förefaller således som om övervakningsorganens syn skiljer sig något åt på denna punkt eftersom det i FFK:s språkbruk ryms en individuell rättighet "arbetstagare". Snarare än en meningsskiljaktighet tycks det dock som om föreningsfrihetskommittén öppnar upp för att rättigheten kan ha både en individuell och en kollektiv bärare i den nationella lagstiftningen. I länder där bara fackföreningar har rätt att utlysa strejk anses situationen inte stå i strid med konvention 87. Däremot torde en omvänd lösning inte accepteras.[150] Därav kan man dra slutsatsen att det bara är den kollektiva strejkrätten som uppbär något konkret skydd genom konvention 87. Frågan kvarstår dock om det bara är fackföreningars strejkrätt som uppbär ett skydd eller om även andra grupper arbetstagare skall ha rätt att vidta stridsåtgärder. Strejkrättens koppling till artikel 3 tyder på att det bara är fackföreningarnas strejkrätt som skyddas av konventionen.

Strejkrätten betraktas inte som en absolut rättighet. Den kan både inskränkas under exceptionella omständigheter och regleras av föreskrifter som anger villkor eller begränsningar för hur denna grundläggande rättighet skall utövas.[151] EK och Föreningsfrihetskommittén har successivt flyttat fram sina positioner rörande strejkrätten. I dag krävs att den nationella lagstiftningen tillhandahåller ett genuint skydd för strejkrätten och att myndigheterna avhåller sig från obehörig inskränkning av den. Om detta skydd saknas menar kommittén att strejkrätten kan berövas sitt innehåll.[152]

Strejkbegreppet och andra stridsåtgärder

All arbetsinställelse definieras som strejk oavsett hur kort eller hur begränsad den är.[153] Även andra åtgärder som inte direkt utgör arbetsnedläggelse men som också förlamar verksamheten, som avsiktlig arbetstaktssänkning, så kallad maskning eller minutiös regelverkstillämpning,

[148] EK GS 1994, p. 149, se också not 23.
[149] Digest 1996, p. 473–475. Jane Hodges-Aeberhard & Alberto Odero de Dios, Principles of the Committee on Freedom of Association concerning strikes, s. 547, (Hodges-Aeberhard & Odero de Dios Principles).
[150] Digest 1996, p. 477.
[151] EK GS 1994, p. 151.
[152] EK, sess. 81, 1994, Switzerland, s. 225.
[153] EK GS 1983, p. 218. Ben-Israel, s. 116.

skall tillåtas. Formerna för strejkens utövande får bara begränsas i den mån aktiviteterna upphör att vara fredliga.[154] Formen bojkott kan heller inte generellt förbjudas.[155] Även när det gäller begränsningar i tillåtandet av strejkvakter och av arbetsplatsockupation anser EK att sådan verksamhet bara får begränsas om den upphör att vara fredlig, dvs. om personer hotas eller om egendom skadas.[156] Föreningsfrihetskommittén har accepterat föreskrifter som förbjuder strejkvakter att störa den allmänna ordningen och att hota arbetstagare som fortsätter att arbeta.[157, 158]

Syfte

Utgångspunkten för strejkrätten, som för den fackliga verksamheten i övrigt, är ju att främja och värna arbetstagares intressen (artikel 10). Det bakomliggande strejksyftet måste således överensstämma med denna ambition. EK anser att en stats begränsningar av de syften en strejk får ha skall vara tillräckligt rimliga så att de i praktiken inte medför ett totalt förbud eller en överdriven begränsning av strejkrätten.[159] Det är dock förenligt med konventionen att förbjuda strejker som rör så kallade *rättsliga* tvister som tolkning av lag och kollektivavtal.[160]

Strejkrätten skall kunna utövas för att utöva påtryckning på arbetsgivaren i syfte att tillgodose arbetstagarnas intressen. Syftet kan röra arbetsvillkor och andra kollektiva intressen såsom fackliga frågor.[161] Det avgörande är att syftet är kopplat till arbetstagarnas intressen. Exempelvis måste strejkrätten kunna utnyttjas för att protestera mot att en anställd avskedats på grund av deltagande i en vild strejk[162] eller för att söka förmå en arbetsgivare att betala lön under strejk.[163] Proteststrejker som riktar sig mot det faktum att arbetstagarna inte betalats sina löner under flera månader anses vara skyddade under konventionen och några

[154] EK GS 1983, p. 218. EK, sess. 76, 1989, UK, s. 237–238. EK GS 1994, p. 173. Digest 1996, p. 496–497. Ben-Israel, s. 94.
[155] EK, sess. 76, 1989, United Kingdom, s. 238. Jfr EK, sess. 89, 2001, Australia, s. 222–223 och Ben-Israel, s. 117.
[156] EK GS 1994, p. 174. Digest 1996, p. 583–584. EK, sess. 89, 2001, Senegal, s. 313.
[157] Digest 1996, p. 585–596.
[158] Om vilda strejker se Digest 1996, p. 497. FFK Case 1484, Peru, Report 265, 1989, conclusions.
[159] EK GS 1983, p. 226. EK sess. 76, 1989, UK, s. 237–238.
[160] Digest 1996, p. 485.
[161] Hodges-Aeberhard & Odero de Dios, Principles, s. 548.
[162] EK, sess. 82, 1995, UK, s. 200.
[163] EK, sess. 89, 2001, Australia, s. 222.

sanktioner får inte drabba de strejkande.[164] Strejkrätten begränsar sig således inte enbart till konflikter som kan lösas genom slutandet av kollektivavtal.[165]

Den är inte heller begränsad till konflikter som berör arbetstagarnas personliga intressen i inskränkt bemärkelse.[166] Övervakningsorganen har angivit att de intressen som får tillvaratas genom strejk inte bara kan ha att göra med att erhålla bättre arbetsvillkor och framförande av kollektiva krav av yrkesmässig karaktär, utan kan också syfta till att påverka sociala och ekonomiska politiska frågor som direkt berör arbetstagarna.[167] Proteststrejker som riktar sig mot förhållanden som rör medlemmarnas intressen inbegrips i skyddet.[168] En sådan strejk skall dock utgöra just en protest och inte syfta till att bryta arbetsfreden.[169]

EK har också nyligen angivit att de fackliga organisationerna skall ha möjlighet att uttrycka sin åsikt rörande frågor som rör medlemmarna och arbetstagarna i allmänhet.[170] En strejk som riktas mot politiska beslut måste dock röra politiska frågor som direkt berör ekonomiska och sociala förhållanden för en organisations medlemmar *och för arbetare i allmänhet* och då särskilt deras anställning, sociala skydd eller levnadsstandard.[171] Rent politiska strejker skyddas inte av konventionen.[172] Rent politiska strejker är strejker som riktar sig mot politiska beslut eller frågor som inte *direkt* berör arbetstagares sociala och ekonomiska situation som t.ex. biståndspolitiska frågor.[173] Gränsdragningar kan vara svåra att göra, men i de fall en proteststrejk innefattar både arbetstagarrelaterade krav och andra politiska krav så tycks FFK erkänna strejken som legitim så länge inte de yrkesmässiga aspekterna bara tagits med som en förevändning.[174]

Kommittén betonar att arbetstagare skall ha möjlighet att vidta stridsåtgärd avseende situationer som rör dem även om i vissa fall, den direkte, dvs. den egna arbetsgivaren inte är delaktig i konflikten. Detta kan

[164] EK sess. 87, 1999, Croatia, s. 229.
[165] Digest 1996, p. 484.
[166] EK, sess. 79, 1992, Pakistan, s. 228.
[167] EK GS 1983, p. 200. Digest 1996, p. 484.
[168] Digest 1996, p. 484.
[169] Hodges-Aeberhard & Odero de Dios, Principles, s. 549. CFA, 190th report, 1979, Case no 913, p. 450.
[170] EK, sess. 89, år 2001, Azerbaijan, s. 225.
[171] EK GS 1994, p. 165. EK, sess. 82, 1995, Peru, s. 189–190.
[172] EK GS 1983, p. 216.
[173] Hänvisa till avsnittet om politiska aktiviteter.
[174] Hodges-Aeberhard & Odero de Dios, Principles, s. 549.

exempelvis vara fallet då "the structural organization of parent, subsidiary or subcontracting companies leads to a situation where the interests of the workers cannot necessarily be resolved with their direct employer, yet the undertaking of industrial action may lead to the resolution of their legitimate claims". Arbetstagaren skall ha rätt att rikta en strejk *mot den egentlige arbetsgivaren.*[175]

Eftersom bara aktiviteter som syftar till att främja arbetstagarnas intressen skyddas uppstår frågan hur övervakningsorganen ser på *sympatistrejker* det vill säga strejk som vidtas för att stödja en annan strejk? EK har förklarat att det ökade bruket av sympatiåtgärder beror på att företagen alltmer koncentreras, ekonomin globaliseras och arbetsplatserna sprids ut.[176] Att ett allmänt förbud av sympatistrejker kan leda till missbruk klargjordes tidigt och därför accepteras inte ett allmänt förbud av sympatistrejker.[177] Sympatiåtgärder skall vara möjliga att vidta förutsatt att den initiala strejken som stöds är legitim.[178] EK har betonat att en rad distinktioner rörande sympatiåtgärder behöver göras som att ange dess exakta definition och vilka relationer som berättigar till sådana strejker. Problematiken har inte vidare berörts eller klargjorts.[179] Föreningsfrihetskommittén har dock kritiserat mer begränsade inskränkningar av sympatiåtgärder. Exempelvis får inte möjligheten att vidta sympatiåtgärder begränsas sektoriellt eller geografiskt.[180] Inte heller är det acceptabelt att begränsa omfattning av en sympatiåtgärd till 3 dagar.[181] Att sympatiåtgärder skall få vidtas när konflikten berör arbetstagarna i sekundärkonflikten härleds ur artiklarna 3 och 10.[182] Det är dock mer oklart vad som gäller för rena solidaritetssympatiåtgärder. Övervakningsorganen har pekat på förutsättningen att den primära konflikten skall vara legitim. Det finns formuleringar som tyder på att begreppet "arbetare" i artikel 3 skall ges en vid tolkning och kunna avse arbetstagare i allmänhet det vill säga även arbetstagare som inte är medlemmar i den egna fackföreningen.[183] Detta argument stärks också av EK:s resonemang kring skyddet av bojkotter. När det gäller bojkotter så anser EK att de under vissa omständig-

[175] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 238–239. EK, sess. 85, 1997, UK, s. 204.
[176] EK GS 1994, p. 168.
[177] EK GS 1983, p. 217. EK. sess. 86, 1999, Portugal, s. 194.
[178] EK GS 1983, p. 217. EK, sess. 75, 1988, Domican Republic, s. 152–153. EK, sess. 70, år 1993, UK, s. 237–238. EK, sess. 89, 2001, Australia, s. 223.
[179] EK GS 1994, p. 168.
[180] FFK, Case No 1381, Ecuador, år 1987. Bernard Gernigon, Alberto Odero, Horacio Guido, ILO principles Concerning the Right to Strike, s. 16.
[181] FFK, Case No 1617, Ecuador, p. 1008, 1992.
[182] EK, sess. 89, 2001, UK, s. 331.
[183] Hodges-Aeberhard & Odero de Dios, Principles, s. 550.

heter utgör ett legitimt utövande av strejkrätten. Bojkotten skall då direkt relatera till de sociala eller ekonomiska intressena för arbetstagarna som är involverade i antingen den primära konflikten eller i den sekundära konflikten eller i båda och där varken den primära eller den sekundära konflikten är olaglig i sig.[184]

Skyddet för värnandet av andra arbetstagares intressen tycks dock ha en nationell gräns. I ett land förbjöds stridsåtgärder som syftade till att förbättra anställningsförhållandena utomlands och till att markera ett missnöje med den sociala och rasmässiga politik som fördes i ett land som det aktuella landet hade handelsförbindelser med. Kommittén kommenterade denna situation och konstaterade att rena politiska strejker inte skyddas av konventionen men att de emellertid anser att fackföreningar skall ha möjlighet att vidta proteststrejker, särskilt sådana som inriktar sig mot en regerings sociala och ekonomiska politik. Kommittén tog inte explicit ställning till förbudet av de internationella solidaritetsaktionerna men angav ett stycke ner att fackföreningar skall ha rätt att vidta strejk för att främja *sina* ekonomiska och sociala intressen och ha frihet att organisera sin verksamhet och att arbetstagarna skall ha rätt att vidta strejk mot den egentlige arbetsgivaren och delta i annan form av legitim strejk som sympatiåtgärder och proteststrejker.[185] Om strejken syftade till att protestera mot att regeringen bedrev handel med ett land där arbetstagarnas arbetsvillkor var undermåliga och handeln fick till följd att fabriker i det egna landet var tvungna att läggas ner därför att de inte kunde konkurrera prismässigt med varorna från det andra landet, så kunde proteststrejken möjligen skyddas av konventionen. Den handelspolitiska situationen påverkar ju i så fall direkt de strejkande arbetstagarnas levnadsförhållanden. Det tycks däremot tveksamt om transnationella solidaritetsstrejker som inte initierats av en internationell fackförening skyddas av konventionen. Om däremot den transnationella stridsåtgärden initierats av en internationell facklig federation som ITF finns det praxis som tyder på att åtgärderna måste tillåtas.[186]

Reglering av strejk

Att viss reglering omgärdar strejkrätten behöver inte i sig vara oförenligt med konventionen. Det avgörande härvidlag är att regleringen är rimlig och inte medför ett totalt förbud eller en överdriven begränsning av

[184] EK, sess. 76, år 1989, United Kingdom, s. 238. Se vidare år 1991, UK, s. 220–221. Jfr EK, sess. 89, år 2001, Australia, s. 222–223.
[185] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 239.
[186] FFK Case No 1963 Australia, 2000.

utövandet av strejkrätten.[187] Att sådan rimlig reglering följs är ofta en förutsättning för att stridsåtgärderna skall betraktas som lagliga i den nationella rätten. Det är dock bara oberoende organ som har parternas förtroende som skall ha rätt att förklara en strejk olaglig.[188]

Föreskrifter som avser att i möjligaste mån förhindra att stridsåtgärden bryter ut kan vara förenliga med konventionen. Myndigheterna kan exempelvis införa så kallade avkylningsperioder när de blivit informerade om en förestående stridsåtgärd.[189] Sådana avkylningsperioder är förenliga med konventionen om de utgör ett kompletterande led i förhandlingsprocessen och avser att uppmuntra parterna att ingå i slutliga förhandlingar innan de tar till strejkvapnet, helst med hjälp av en medlare. Sådana åtgärder är ägnande att främja och uppmuntra utvecklandet av kollektiv förhandling så som artikel 4 i ILO-konvention 98 föreskriver.[190] Föreningsfrihetskommittén har accepterat avkylningsperioder som varar i 40 dagar för sektorer som faller in under begreppet oumbärlig samhällsservice.[191]

Även krav på att viss tid i förväg informera myndigheterna om planerad stridsåtgärd accepteras om mellantiden är tänkt att ägnas åt konstruktiv förhandling.[192] Föreningsfrihetskommittén har accepterat krav på information 20 dagar i förväg inom näringar som är av socialt och allmänt intresse.[193] 60 dagars framförhållning anses dock vara för begränsande.[194] En regel som medför att de fackliga ledarna skall ge en indikation på strejkens omfattning i tid när den initieras anses vara allför allmän och ospecifik för att vara förenlig med artikel 3.[195]

Att en strejk måste föregås av medling och förlikning är i sig inte i strid med konvention 87 och dessutom förenligt med andan i ILO-konvention 98 artikel 4. Frivillig förhandling skall främjas. Medlingsproceduren måste dock ha till syfte att underlätta förhandling och får inte vara så komplicerad och utdragen att den i praktiken omöjliggör strejk.[196] Medlingsprocessen får i princip inte ha några tvångsinslag och skall inbegripa adekvata, opartiska och tidseffektiva medlingsprocesser som parterna kan

[187] EK GS 1983, p. 218, 220, 226. EK, sess. 76, 1989, UK, s. 237–238. Digest 1996, p. 498.
[188] Digest 1996, p. 522, 523–525.
[189] EK GS 1983, p. 219.
[190] EK GS 1994, p. 172.
[191] Digest 1996, p. 505. Om innebörd av "oumbärlig samhällsservice" se s. 160 f.
[192] EK GS 1994, p. 172.
[193] Digest 1996, p. 504.
[194] FFK Case 1810, Turkey, Report 303, 1996, p. 62
[195] FFK Case 2091, Romania, Report 324, 2001, p. 891.
[196] EK GS 1994, p. 171.

ta del i vid varje steg.[197] Myndigheterna kan dock tvinga in parterna i ett bindande skiljedomsförfarande vid de fall det är acceptabelt att inskränka strejkrätten.[198] Att ett beslutande organ lämnas utrymme att avgöra om en skiljedom skall bli tvingande likställs med förbud att vidta strejk.[199]

Krav på att en strejk skall föregås av hemlig omröstning är dock förenlig med konventionen.[200] Omröstningarna kan vara föremål för detaljerad reglering. Det är exempelvis acceptabelt att alla medlemmarna måste ges möjlighet att delta i omröstningen, att röstpapper måste skickas till medlemmarnas hemadresser och att fackföreningarna måste upprätta och upprätthålla register över medlemmarnas namn och adresser. Expertkommittén ansåg visserligen att regleringen tycktes begränsa fackföreningarnas rätt att besluta om att stridsåtgärder skulle vidtas, men det tycktes inte enligt EK som att den beskrivna proceduren var så betungande att den *omöjliggjorde genomförandet av lagliga strejker* och därigenom skulle stå i strid med konventionen.[201] Föreskrifterna ansågs därmed förenliga med konventionen.

Föreskrifter som rör medlemsomröstningar inför stridsåtgärder *kan* dock stå i strid med konventionen. När det exempelvis gäller krav på hur stor majoritet av medlemmarna som måste godkänna en strejk så bör denna inte överstiga enkel majoritet exklusive de som inte röstar.[202] EK anser att hänsyn bara skall tas till de avgivna rösterna.[203] Det är inte acceptabelt att i lag föreskriva att för att en strejk skall vara laglig så skall sjuttiofem procent[204] eller 2/3[205] av medlemmarna i aktuell förhandlingsenhet rösta för stridsåtgärden. Det är heller inte förenligt med konventionen om lagen kräver absolut majoritet[206] för att en strejk skall vara laglig.

Krav på iakttagande av säkerhetsföreskrifter och på att förhindra olyckor accepteras också.[207] Liksom att stridsåtgärder är förbjudna för parter bundna av ett kollektivavtal som är i kraft.[208]

Reglering som inskränker andra aspekter av den fackliga friheten ac-

[197] Digest 1996, p. 500–501.
[198] Se s. 158ff.
[199] EK, sess. 76, 1989, Bolivia, s. 132.
[200] Digest 1996, p. 503, 510.
[201] EK, sess. 71, 1985, UK, s. 195, 198. EK GS 1983 p. 219.
[202] EK, sess. 76, 1989, Federal Republic of Germany, s. 165. Digest 1996, p. 507–509.
[203] EK GS 1994, p. 170.
[204] EK, sess. 68, 1982, Philippines, s. 124.
[205] EK, sess. 70, 1984, Philippines, s. 153. Digest 1996, p. 506, 511.
[206] EK, sess. 76, 1989, Greece, s. 172.
[207] Digest 1996, p. 554–555.
[208] EK GS 1973, s. 45, p. 108.

cepteras givetvis heller inte i samband med strejkrättens utövande. Det är exempelvis oacceptabelt att genom lagstiftning ange att en högre[209] eller central[210] fackförening måste godkänna att t.ex. lokal fackförening skall vidta en stridsåtgärd.

Begränsning av strejk – allmänt förbud

Ett strejkförbud innebär att fackföreningarna väsentligt begränsas i sina möjligheter att främja och försvara sina medlemmars intressen och att organisera sina aktiviteter vilket står i strid med artiklarna 3, 8 och 10.[211] I detta sammanhang skall påminnas om att artikel 8 fastställer att landets lag inte skall utformas eller tillämpas på sätt som kan vara ägnat att begränsa de garantier som föreskrivs i konventionen inklusive rätten för fackföreningar att fritt organisera sina aktiviteter.[212]

Ett allmänt strejkförbud kan därför bara anses vara förenligt med konventionen under vissa exceptionella omständigheter[213] som då det föreligger en akut nödsituation och i så fall endast under en begränsad tid[214] och i den utsträckning som krävs för att möta de aktuella behoven.[215] Den aktuella nödsituationen skall medföra en allvarlig nationell kris.[216] Godtagbara exempel är en allvarlig väpnad konflikt, uppror eller en naturkatastrof där de normala förutsättningarna för att en stat skall fungera inte föreligger.[217] Begreppet "akut nödsituation" skall ges en strikt innebörd. EK har kritiskt granskat nationella begrepp som öppnat upp för ett allför omfattande bruk av ett allmänt strejkförbud. Exempelvis anses risk för att ett land skall utsättas för umbäranden eller att de nationella intressena skadas inte vara lämpliga formuleringar av generella förbud, de anses alltför vida.[218] I vissa länder kan strejker förbjudas om myndigheterna anser att de är skadliga för den allmänna ordningen eller för det allmänna intresset eller kan påverka den ekonomiska utvecklingen. Föreskrifter som är formulerade i så vida termer inbegriper en risk att tillämpas vid en rad omständigheter och inte bara när reell nödsituation är för handen och utgör därför ett hinder i det fria organiserandet av fackliga aktiviteter.[219]

[209] EK, sess. 75, 1988, Poland, s. 175.
[210] EK, sess. 76, 1989, Tunisia, s. 228.
[211] EK, sess. 63, 1977, Paraguay, s. 159.
[212] EK GS 1973, s. 44–45, p. 107.
[213] EK, sess. 53, 1969, Upper Volta, s. 92. EK GS 1973, s. 44–45, p. 107.
[214] EK GS 1983, p. 206. Digest 1996, p. 527.
[215] EK GS 1994, p. 152.
[216] EK, sess. 73, 1987, Costa Rica, s. 165.
[217] EK GS 1994, p. 152. Digest 1996, p. 529.
[218] EK, sess. 75, 1988, Pakistan, s. 170.
[219] EK, sess. 58, 1973, s. 45 p. 110.

Begränsningar för vissa offentliganställda och anställda inom oumbärlig samhällstjänst

Strejkrätten kan dock också begränsas och till och med förvägras vissa kategorier arbetstagare såsom vissa offentliganställda och även andra arbetstagare som utför arbete inom oumbärliga samhällsfunktioner.[220]

Övervakningskommittéerna har successivt minskat utrymmet för tillåtligheten av inskränkningar i offentliganställdas strejkrätt.[221] Om ett strejkförbud inom offentlig sektor skall accepteras är det av yttersta vikt att omfattningen av beteckningen offentlig sektor inte är alltför vidsträckt. Fastän EK inte kan bortse från de särskilda karaktäristika och rättsliga och sociala traditioner som finns i varje land, så eftersträvar EK att utveckla enhetliga kriterier för att kunna utvärdera förenligheten mellan den nationella lagstiftningen och konventionen. Enligt EK kan strejkförbud inte införas för andra offentliganställa än de som utövar maktbefogenheter i statens namn ("exercise authority in the name of the State"[222] eller "acting in their capacity as agents of the public authority"[223]) eller utför oumbärliga samhällstjänster.[224] Den enskilda statens uppdelning av olika tjänstekategorier är därför ointressant ur förenlighetssynpunkt. Att en verksamhet har statlig koppling medför i och för sig ingen rätt att begränsa strejkrätten för de anställda.[225] Järnvägsarbetare, postarbetare, och lärare kan således inte inbegripas i den grupp offentliganställda som kan berövas strejkrätten oavsett vilka tjänstebeteckningar de har nationellt.[226] Personer anställda i statliga företag omfattas heller inte.[227] Däremot anses många personer anställda inom rättsväsendet och departementsvärlden utöva maktbefogenheter i statens namn, varför deras strejkrätt får begränsas.[228]

När det gäller vissa yrkesgrupper kan det vara tveksamt om de utför maktbefogenheter i statens namn eller inte. I sådana fall manar EK till försiktighet och föreslår att inom sådana sektorer skall en del av arbets-

[220] EK, sess. 64, 1978, Ireland, s. 142. EK GS 1994, p. 157, 159. Digest 1996, p. 531, 540–542. Gernigon, Odero & Guido, ILO principles concerning the right to strike, s. 17.

[221] Hodges-Aeberhard & Odero de Dios, Principles, s. 550–551.

[222] EK, sess. 82, 1995, Germany, s. 168. EK GS 1994, p. 158.

[223] EK GS 1983, p. 214.

[224] EK, sess. 58, 1973, Guatemala, s. 118. EK, sess. 59, 1974, Greece, s. 141.

[225] EK, sess. 67, 1981, Dominican Republic, s. 103. Digest 1996, p. 532, 543.

[226] EK, sess. 85, 1997, Germany, s. 169.

[227] Gernigon, Odero & Guido, ILO principles concerning the right to strike, s. 18. Ben-Israel, s. 106–107.

[228] Digest 1996, p. 537–538. Gernigon, Odero & Guido, ILO principles concerning the right to strike, s. 18.

styrkan återgå till arbetet om en total och utdragen arbetsnedläggelse kan resultera i *allvarliga* konsekvenser för allmänheten, för att upprätthålla en miniminivå på verksamheten.[229]

Strejkrätten kan också inskränkas för de offentliganställdas som är verksamma inom en oumbärlig samhällsfunktion (essential services). Det är dock inte bara offentliganställda som kan utföra sådan verksamhet. Oumbärliga samhällsfunktioner eller tjänster utförs även inom den privata sektorn.[230] Begreppet oumbärlig samhällstjänst definieras på vissa håll alltför vitt. Föreningsfrihetskommittén har uppmärksammat att det då öppnas upp för missbruk och därför skall strejkförbudet bara omfatta funktioner som är oumbärliga i strikt bemärkelse.[231] I ett land förbjöds en strejk därför att strejken påstods orsaka utbredd ekonomisk störning och på grund av att säkerhetsproblem kunde framkallas eller förvärras av en utdragen arbetsnedläggelse. Kommittén medgav att social och ekonomisk skada uppstod men att en sådan skada var oundviklig vid strejk och att bara skada som riskerar att orsaka en överhängande fara för liv, personlig säkerhet eller hälsa för hela eller delar av befolkningen rättfärdigar begränsningar i strejkrätten och kan omfattas av begreppet oumbärlig samhällsfunktion.[232]

Yrkesgrupper som godtagits såsom verksamma inom oumbärliga samhällsfunktioner är brandmän,[233] personer med uppgifter av särskild vikt för den nationella säkerheten,[234] flygplansledare,[235] läkare och sjuksköterskor anställda vid offentliga sjukhus,[236] personer verksamma inom elektricitets- och vattentillförseln samt inom telefonservicen.[237]

Kategorier som uttryckligen fallit *utanför* begreppet är de verksamma inom bankservice, flygtransport, civilflyg, passagerartransport i allmän-

[229] EK GS 1994, p. 158.
[230] EK, sess. 72, 1986, Denmark, s. 145. 300 000 privatanställda förbjöds strejka, EK prövade om verksamheten föll in under oumbärlig samhällsservice och dess privata natur tycktes inte påverka bedömningen.
[231] EK GS 1973, s. 45, p. 109. EK GS 1983, p. 214. Gernigon, Odero & Guido, ILO principles concerning the right to strike, s. 20.
[232] EK, sess. 76, 1989, Norway, s. 206–207. EK, sess. 79, 1992, Norway, s. 226. EK, sess. 67, år 1981, Dominican Republic, s. 103. EK, sess. 73, 1987, Norway, s. 216. EK GS 1994, p. 159. Digest 1996, para 540. Även innebörden av detta begrepp har begränsats sedan konventionens tillkomst. Den nuvarande omfattningen utvecklades av FFK år 1979. Se Hodges-Aeberhard & Odero de Dios, Principles, s. 551.
[233] EK, sess. 76, 1989, Japan, s. 182. EK, sess. 78, 1991, Japan, s. 183.
[234] EK, sess. 78, 1991, UK, s. 218.
[235] EK, sess. 79, 1992, Pakistan, s. 228.
[236] EK, sess. 76, 1989, Paraguay, s. 214–215.
[237] Digest 1996, p. 544.

het,[238] lastning av fartyg och service relaterad till oljeraffinaderier,[239] jordbruk under skördetid,[240] allmän transport, försäljning av bränsle och försäljning av mat i affärer,[241] post-, radio- och skolanställda,[242] statstelevision,[243] tull, immigrationsmyndigheten, fängelseanställda, extern telekommunikation[244] och oljeindustrin.[245]

Både EK och FFK har dock understrukit att någon bestämd uppdelning mellan de olika kategorierna inte går att göra. Förutsättningarna i de enskilda länderna kan variera och arbetsnedläggelse inom en viss sektor kan under vissa förutsättningar medföra *en klar och överhängande fara för liv, personlig säkerhet eller hälsa för hela eller delar av befolkningen* medan likartad arbetsnedläggelse i ett annat land inte alls får sådana konsekvenser.[246] Även en strejks längd och omfattning påverkar dess konsekvenser för tredje man. Inom sektorer där man kan förutse att utdragna och omfattande konflikter kan medföra allvarliga olägenheter för allmänheten bör parterna därför i förhand förhandla fram villkor om att en viss minimiservice skall vara tillgänglig.

Det skall dock påpekas att FFK inte tycks vara mottaglig för argument om att strejker inom sektorer den redan tidigare kategoriserat som oumbärlig samhällsfunktion, i det enskilda fallet inte skulle medföra en klar och överhängande fara för liv, personlig säkerhet eller hälsa för hela eller delar av befolkningen.[247]

Det är emellertid inte förenligt med konventionen att utvidga området för vad som kan utgöra en oumbärlig samhällsfunktion därför att staten är ett utvecklingsland.[248]

Minimiservice

En arbetsnedläggelse inom en viss sektor behöver inte i sig riskera att orsaka en överhängande fara för liv, personlig säkerhet eller hälsa men skulle under vissa betingelser kunna medföra sådana risker eller medföra

[238] EK, sess. 87, 1999, Ethiopia, s. 239.
[239] Digest 1996, p. 545.
[240] EK, sess. 71, 1985, Guatemala, s. 153.
[241] EK, sess. 75, 1988, Domincan Republic, s. 152–153.
[242] EK, sess. 76, 1989, Swaziland, s. 222.
[243] EK, sess. 87, 1999, Pakistan, s. 264.
[244] EK, sess. 87, 1999, Nigeria, s. 261–262.
[245] EK, sess. 87, 1999, Norway, s. 263.
[246] EK GS 1994, p. 160. Digest 1996, p. 541.
[247] FFK, Denmark, Case nr 2060, Report 324, 2001, p. 516–517.
[248] EK, sess. 76, 1989, Pakistan, s. 210. EK anser att de principer som kommer till uttryck i konventionerna skall tillämpas av alla länder. Se EK, sess. 73, 1987, s. 12, p. 19.

att allmänhetens tillgång till viktiga samhällsfunktioner inskränks. Det kan i sådana fall finnas anledning att säkerställa att en viss minimiservice upprätthålls inom sektorn. Om till exempel en total och utdragen arbetsnedläggelse i en stor industrisektor är möjlig att sätta liv, säkerhet eller hälsa på spel för befolkningen och orsaka en akut nationell nödsituation, kan upprätthållandet av en minimiservice, gällande vissa specifika arbetstagarkategorier, vara rättfärdigad.[249] Syftet med inrättandet av en minimiservice är att undvika skador som är oåterkalleliga eller helt oproportionerliga mot det yrkesmässiga intresse konfliktens parter eftersträvar. Detta kan gälla skadeverkningar för tredje man, alltså användare eller konsumenter som får lida ekonomiskt av de effekter konflikter medför.[250]

När begreppet först lanserades av övervakningsorganen under början av 1980-talet angavs som villkor för att en sådan åtgärd skulle vara acceptabel att minimiservicen skulle vara begränsad till aktiviteter som var strikt nödvändiga för att undvika att delar av eller hela befolkningen utsättes för livs- hälso- eller säkerhetsfara.[251] Under 1990-talet utökades det möjliga tillämpningsområdet. EK har angivit att för sektorer som inte utgör oumbärlig samhällsservice men som ändå är av grundläggande betydelse för befolkningen kan ett system som föreskriver att viss minimiservice måste upprätthållas inrättas.[252] Det är således fråga om viktiga samhällsfunktioner[253] som är strikt nödvändiga för att undvika att liv eller de normala levnadsförhållandena sätts på spel för delar eller hela befolkningen.[254] Om exempelvis en total strejk under vissa betingelser kan medföra särskilda svårigheter och olägenheter för befolkningen så kan regeringen försöka förhandla fram en minimiservice inom denna sektor.[255]

Föreningsfrihetskommittén har ringat in de betingelser under vilka minimiservice kan upprättas:

1) I en sektor som utgör en oumbärlig samhällsservice i strikt bemärkelse kan staten i stället för att totalt förbjuda strejk inom sektorn etablera en minimiservice,
2) inom sektorer som inte i sig utgör oumbärlig samhällsservice i strikt bemärkelse men där omfattningen av strejken i tid och rum kan med-

[249] EK GS 1983, p. 215.
[250] EK GS 1994, p. 160. EK, sess. 89, 2001, Belarus, s. 229.
[251] EK GS 1983, p. 215.
[252] Gernigon, Odero & Guido, ILO principles concerning the right to strike, s. 22–23.
[253] FFK, Case 2018, Ukraine, Report 318, 1999, p. 514.
[254] FFK, Case 1923, Croatia, Report 308, 1997, p. 222.
[255] EK, sess. 82, 1995, Philippines, s. 191.

föra en akut nationell kris som hotar de normala levnadsförhållandena för befolkningen,
3) och inom samhällstjänster av grundläggande betydelse.[256]

Någon strikt uppräkning av de sektorer inom vilka en minimiservice kan föreskrivas kan inte åstadkommas. Det är uppenbart att situationen varierar från land till land, vilket illustreras av situationen på Filippinerna. Nationella masstransporter anses exempelvis i allmänhet inte utgöra oumbärlig verksamhet. Strejk inom transportväsendet kan därför inte förbjudas med hänvisning till att den utgör sådan verksamhet i strikt bemärkelse. Övervakningsorganen har dock tagit hänsyn till de svårigheter och olägenheter som befolkningen på öar kan utsättas för vid avbrott i transportväsendet och ansett att regeringar i ö-baserade länder kan försöka sluta avtal om upprätthållande av minimiservice för nationella masstransporter i samråd med berörda arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer.[257]

EK har accepterat att det i lag anges inom vilka sektorer minimiservice skall vara tillgänglig.[258] Det har godtagits att det föreskrivits att viss minimiservice skall vara tillgänglig i verksamhet som hanterar el, tåg, skog, väg, post- och telekommunikation[259] och hamnverksamhet.[260] EK föreslår i allt större utsträckning att regeringar skall överväga att etablera, genom samråd med de berörda fackföreningarna, en minimiservice för att möta grundläggande behov eller för att tillse att "facilities are operated safely". Sådana förslag har lagts fram avseende den statliga televisionen[261] och oljesektorn.[262]

Det är viktigt att säkerställa att minimiservicen utgör en äkta och exklusiv minimiservice.[263] Det innebär att omfattningen av minimiservicen skall utgå ifrån vad som är nödvändigt för att möta befolkningens grundläggande behov eller för att möta minimikraven för att kunna upprätthålla den aktuella tjänsten[264] och samtidigt utformas så att strejkens effektivitet avseende "the pressure brought to bear" kan upprätthål-

[256] Digest 1996, p. 556.
[257] EK, sess. 82, 1995, Philippines, s. 191. Se också liknande omständigheter på Cap Verde, FFK, Case No 2044, Report No 320, 2000, p. 453.
[258] EK, sess. 82, 1995, Croatia, s. 162.
[259] EK, sess. 82, 1995, Croatia, s. 162.
[260] FFK, Case 1963, Australia, Report 320, 2000, p. 231.
[261] EK, sess. 87, 1999, Pakistan, s. 264.
[262] EK, sess. 79, 1992, Norway, s. 226.
[263] EK, sess. 83, 1996, Chad, s. 147.
[264] EK, sess. 83, 1996, Chad, s. 147. Se också EK GS 1994, p. 161 och EK, sess. 89, 2001, Belarus, s. 229.

las.[265] Det är därför det är så viktigt att arbetstagarorganisationerna, om de så önskar, deltar i framförhandlandet av de närmare detaljerna rörande utformandet av minimiservicen med arbetsgivare och myndigheter. Genom arbetstagarparternas deltagande undviks risken för att strejken blir ineffektiv på grund av att minimiservicen givits en alltför generös omfattning.[266]

Att regeringen söker förhandla med parterna om utformningen av minimiservicen, såsom antal och positioner, liksom om behovet av säkerställandet av minimiservice inom sektorn, är en förutsättning för att situationen skall vara förenlig med konventionen.[267] Vad händer då om förhandlingen misslyckas av det ena eller andra skälet? Är regeringen förhindrad att uppställa krav på att viss minimiservice upprätthålls i sådana fall? Övervakningsorganen har angivit att när det råder oenighet om arbetstagarnas antal och funktioner så skall det i lagstiftningen framgå att ett *oberoende* organ skall lösa sådana konflikter och inte något departement.[268] Organet bör då ta ställning till om utformningen utgår ifrån vad som är nödvändigt för att möta befolkningens grundläggande behov eller för att tillse minimikraven för att upprätthålla tjänsten[269] och samtidigt tillse att strejkens effektivitet avseende "the pressure brought to bear" kan upprätthållas.[270] FFK har också kritiserat innehållet i ett av en regering fastställt minimiservicekrav på 70 procent av arbetsstyrkan i buss- och spårvagnsgaragen. Förutom att beslutet fattades enväldigt av regeringen så riktade sig kritiken också mot omfattningen av den arbetsstyrka som skulle upprätthålla den aktuella minimiservicen. Omfattningen ansågs inte utgöra en "truly minimiservice and that the likely result of such an imposition would be to render the exercise of the right to strike ineffective in practice".[271]

Uppstår konflikter trots att ett avtal slutits föreslår expertkommittén att parterna skall komma överens om att hänskjuta konflikter rörande utformningen av minimiservicen till ett samfällt eller oberoende organ som snabbt och utan formaliteter skall kunna pröva de uppkomna problemen rörande definition och tillämpning och vara bemyndigad att anta genomförbara beslut.[272] Expertkommittén har emellertid påpekat att

[265] EK, sess. 85, 1997, Belarus, s. 153.
[266] Digest 1996, p. 560.
[267] EK GS 1983, p. 215. Digest 1996, p. 557. FFK, Case 2078, Lithuania, Report 324, år 2001, p. 617.
[268] Digest 1996, p. 561.
[269] EK, sess. 83, 1996, Chad, s. 147.
[270] EK, sess. 85, 1997, Belarus, s. 153.
[271] FFK, Case 2078, Lithuania, Report 324, 2001, p. 617.
[272] EK GS 1994, p. 161. EK, sess. 86, 1998, Guinea, s. 178.

det är önskvärt att förhandlingar om definition och omfattning av minimiservice inte äger rum under strejk eftersom parterna då kanske är förhindrade att se nyktert på problematiken.[273] Föreningsfrihetskommittén har också betonat vikten av att föreskrifter som reglerar utförandet av minimiservice skall vara klara, tillämpas strikt och meddelas de berörda i god tid.[274]

Kompensatoriska åtgärder vid godtagbar inskränkning av strejkrätten
I vissa fall kan det alltså vara acceptabelt att strejker förbjuds eller är föremål för vissa begränsningar. Både FFK och EK underströk dock tidigt att när de fackliga organisationernas möjligheter att tillvarata sina medlemmars yrkesmässiga intressen beskärs på detta sätt så måste de berörda arbetstagarna garanteras kompensatoriska åtgärder så att deras intressen till fullo säkerställs.[275] Arbetstagarna skall då kunna dra fördel av kompensatoriska procedurer som är ägnade att lösa konflikter och inom vilka de kan framställa sina krav.[276] Begränsningar i strejkrätten skall därför följas av adekvata, opartiska och snabba medlings- eller skiljeförfaranden i vilka parterna skall kunna delta i varje steg och slutprodukten/domen skall vara bindande för bägge parter.[277] Medlingsorganen skall vara opartiska och betraktas som sådana av parterna, eftersom medlingens framgång är beroende av parternas förtroende.[278] Bindande skiljedomsförfarande skall bara aktualiseras när det är helt klarlagt att medlingen och förlikningen misslyckats.[279]

Sanktion
Vad betraktas då som ett sådant hinder i utövandet av strejkrätten att det är likvärdigt med ett förbud? För att strejkrätten till fullo skall vara garanterad får arbetstagarna inte utsättas för repressalier på grund av de planerat, deltagit i eller planerat att delta i sådan strejk som enligt konventionen skall betraktas som laglig och därmed tillåtlig.[280] Det innebär att arbetstagarna inte får avskedas eller utsättas för någon annan discipli-

[273] EK GS 1994, p. 161.
[274] Digest 1996, p. 559.
[275] EK GS 1959, s. 115, p. 68. EK GS 1969, s. 192, p. 28. EK GS 1973 p. 111. EK GS 1994, p. 164.
[276] EK, sess. 78, 1991, Dominican Republic, s. 169.
[277] EK GS 1969, s. 192, p. 28. EK GS 1973, p. 111. EK, sess. 65, 1979, Jamaica, s. 129. EK, sess. 78, år 1991, Paraguay, s. 200. Digest 1996, p. 547. EK, sess. 87, 1999, Bulgaria, s. 220.
[278] EK, sess. 64, 1978, Japan, s. 143. EK GS 1994, p. 164. Digest 1996, p. 549.
[279] Digest 1996, p. 551.
[280] Digest 1996, p. 590.

när åtgärd såsom omplacering eller degradering därför att de deltagit i strejk eller i någon annan form av stridsåtgärd.[281] Om en hel arbetsstyrka förlorar sina anställningar därför att de deltagit i en laglig strejk är situationen fortfarande oförenlig med konventionen om arbetstagarna efter strejkens upphörande återanställs på diskriminerande basis.[282]

En arbetstagare som avskedats på grund av deltagande i strejk eller i annan stridsåtgärd måste kunna få beslutet prövat i domstol.[283] Ett rättsligt skydd måste införas även mot andra former av diskriminerande behandling med anledning av strejk eller annan stridsåtgärd.[284]

För att situationen skall vara förenlig med konventionen så räcker det inte med att bestraffningar av deltagare i enligt konventionen legitima strejker skall förbjudas. Arbetstagare måste åtnjuta ett verkligt och effektivt skydd mot bestraffningar.[285] Det innebär att ett effektivt sanktionssystem mot övertramp av konventionens bestämmelser måste införas.

EK anser att sanktioner och gottgörande av arbetstagaren ofta är inadekvata när strejkande bestraffats. Detta kan exempelvis vara fallet om arbetstagaren vid avsked bara erhåller skadestånd och inte återanställning. Enligt EK skall lagstiftningen tillse att ett genuint skydd mot repressalier skall kunna åtnjutas, annars kan strejkrätten berövas sitt innehåll.[286] Om någon avskedats därför att den deltagit i en strejk som är skyddad av konventionen tycks det som om arbetstagaren skall kunna kräva att avskedandet hävs och att vederbörande skall kunna återgå till anställningen.[287] Om man skall kunna kräva fullgörande i detta fall framkommer inte.

Avseende *olagliga* strejker uppställer däremot konventionen inga absoluta hinder mot att arbetstagare avskedas, omplaceras eller dylikt. Olaglighetskriteriet måste dock vara förenligt med de principer som anges i konvention 87.[288] Det är emellertid inte acceptabelt att automatiskt avskeda fackliga ledare som initierat eller deltagit i en illegal strejk.[289] En

[281] EK, sess. 79, 1992, UK, s. 248. EK GS 1994, p. 139. EK, sess. 82, 1995, UK, s. 200. Digest 1996, p. 597. Om avsked.
[282] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 240.
[283] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 240.
[284] EK, sess. 76, 1989, UK, s. 240.
[285] EK, sess. 79, 1992, UK, s. 248.
[286] EK GS 1994, p. 139. EK, sess. 82, 1995, UK, s. 200.
[287] Se Ben-Israel, s. 123. FFK, Indonesia, Case No 2116, Report 326, 2001, p. 356. FFK, Haiti, Case No 2072, Report 324, 2001, p. 587.
[288] EK, sess. 80, 1993, Colombia, s. 183.
[289] EK, sess. 76, 1989, Colombia, s. 145.

proportionalitetsbedömning måste först göras.[290] Utdömandet av skadestånd måste också vara proportionerligt.[291]

När de gäller straffpåföljder får de också bara utfärdas vid kränkning av strejkförbud som är förenliga med konventionen. Sanktionerna, som bötesstraff,[292] måste vara proportionerliga mot brottet och fängelsestraff får inte aktualiseras för fredliga strejker. EK anser nämligen inte att tillämpningen av oproportionerliga straffpåföljder främjar utvecklingen av harmoniska relationer mellan parterna på arbetsmarknaden.[293] Man får överhuvudtaget inte bli berövad sin frihet därför att man organiserat eller deltagit i en fredlig strejk. Det innebär att man varken får arresteras, häktas eller fängslas i sådana fall.[294] Att fängslas för att man orsakar sabotage och förstörelse har EK däremot ingen invändning mot eftersom sådana åtgärder helt ligger utanför konventionens ram.[295]

Att fackföreningar blir föremål för administrativa straff, såsom förlust av sin juridiska personlighet, om de deltar i en strejk är heller inte förenligt med konventionen.[296] Åtminstone inte om olaglighetskriterierna är oförenliga med konventionen.

Relation till medlingsfunktioner

Det förekommer också att parterna väljer att hänskjuta en tvist till medlingsorgan när strejk väl utbrutit.[297] I en vanlig medlingssituation måste bägge parter acceptera ett bud för att det skall bli bindande. Nås ingen överenskommelse, skall den legala strejkrätten kvarstå.[298]

Parterna kan också välja att direkt hänskjuta konflikten till bindande skiljedomsförfarande. För att en sådan möjlighet skall vara förenlig med konventionen måste krav på bägge parters godkännande föreligga.[299] Om arbetsgivarna ensidigt kan hänskjuta konflikter till bindande skiljedomsförfaranden så inskränks fackföreningarnas rätt att förfoga över medel för att främja och tillvarata sina medlemmars intressen.[300] Undantaget är dock om arbetstagarna kan hänskjuta en kollektiv konflikt

[290] EK, sess. 67, 1981, Japan, s. 111. EK GS 1994, s. 77, p. 178.
[291] EK, sess. 87, 1999, Australia, s. 206.
[292] EK, sess. 87, 1999, Australia, s. 206.
[293] EK, sess. 67, 1981, Japan, s. 111. EK GS 1983, p. 223. Digest 1996, p. 599.
[294] Digest 1996, p. 602–603.
[295] EK, sess. 76, 1989, Guatemala, s. 173.
[296] EK, sess. 77, 1990, Colombia, s. 179.
[297] EK, sess. 77, 1990, Colombia, s. 180.
[298] EK, sess. 54, 1970, United Arab Republic, s. 122:4. EK, sess. 76, 1989, Antigua and Bermudas, s. 124.
[299] Digest 1996, p. 515, 519. EK GS 1994, p. 153.
[300] EK, sess. 73, 1987, s. 172.

till ett bindande skiljedomsförfarande för att få till stånd ett första kollektivavtal.[301] Någon utomstående från det offentliga, exempelvis en arbetsmarknadsminister, får däremot inte efter eget gottfinnande förbjuda en strejk och hänvisa dispyten till skiljedomsprocess.[302] Det allmänna får bara hänskjuta en tvist till bindande skiljedomsförfarande vid akut nationell kris och för de grupper vars strejkrätt enligt övervakningsorganen kan begränsas det vill säga för de verksamma i oundgänglig samhällsservice i strikt bemärkelse och för offentliganställda som utövar makt i statens namn.[303]

6.2.6.4 Kollektiv förhandling

I presentationer av internationella arbetslivsnormer behandlas i regel inte rätten till kollektiv förhandling i det avsnitt som rör ILO-konvention 87 utan i avsnittet om ILO-konvention 98.[304] ILO-konvention 98 behandlar uttryckligen den kollektiva förhandlingsrätten. Det framkommer både i konventionens namn och i dess artikel 4. I artikel 4 anges att staten är skyldig att uppmuntra och främja kollektiv förhandling i syfte att åvägabringa en reglering av anställningsvillkoren genom kollektivavtal. ILO-konvention 87 saknar någon uttrycklig hänvisning till kollektiv förhandling. Det innebär dock inte att konvention 87 *inte* medför något skydd för kollektiv förhandling. Orsaken till att det skyddet vanligtvis inte ges någon *särskild* uppmärksamhet är att konventionerna betraktas som tätt sammanflätade och kompletterande. Denna uppfattning genomsyrar också ILO:s övervakningsorgans behandling av ämnet.[305]

Även om ILO-konvention 98 innefattar en substantiellt mer omfattande och nyanserad rätt till kollektiv förhandling och också omfattar det skydd som innefattas i konvention 87 och till och med utgör en utveckling av den princip som formuleras i artikel 3 ILO-konvention 87,[306] så anser jag att det kan vara av värde att söka fastställa omfattningen av

[301] EK GS 1994, p. 257. Observera att denna kommentar rör ILO-konvention 98. Vid granskningen avseende efterlevnaden av ILO-konvention 87 hänvisar EK till denna paragraf i EK, sess. 87, 1999, Panama, s. 268.
[302] EK, sess. 61, 1976, Mauretania, s. 124. EK, sess. 77, 1990, Colombia, s. 180.
[303] Digest 1996, p. 515, 517, 518, 521.
[304] Se t.ex. Bartolomei de la Cruz, von Potobsky & Swepston, The International Labor Organization, s. 218 ff. Jfr dock Nielsen & Rehof, International arbejdsret, 1998, s. 156–157.
[305] Se t.ex. i expertkommitténs general surveys.
[306] Se Betten, International Labour Law, s. 99 fotnot 79.

skyddet för kollektiv förhandling i konvention 87. Det är av två skäl jag gör denna bedömning. För det första omfattas inte offentliganställda av föreskrifterna i ILO-konvention 98. För det andra är det av intresse att veta vilket skydd den kollektiva förhandlingen åtnjuter implicit i den fackliga föreningsfriheten.

Det skydd för kollektiv förhandling som härleds ur ILO-konvention 87 har sitt ursprung i artikel 3:1. Där anges att arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer har rätt att fritt organisera sin verksamhet. EK anser att kollektiv förhandling utgör en ytterst viktig del av de aktiviteter en fackförening vidtar för att tillvarata medlemmarnas intressen.[307] I förarbetena till konventionen fastlades att

> "one of the main objects of the guarantee of freedom of association is to enable employers and workers to combine to form organisations independent of the public authorities and capable of determining wages and other conditions of work by means of freely concluded collective agreements".[308]

Enligt artikel 3:2 skall offentliga myndigheter avhålla sig från inblandning som begränsar den rätt som anges i artikel 3:1 eller hindrar det lagliga utövandet av den.[309] Därmed är det oförenligt med artikel 3:1 och 2 att det offentliga blandar sig i eller hindrar det lagliga utövandet av kollektiv förhandling. I praktiken innebär det att staten inte får lägga sig i de kollektiva förhandlingar som bedrivs och inte heller söka hindra att sådana förhandlingar äger rum som är förenliga med det nationella rättsliga systemet.

Vilka förhandlingar är då förenliga med det nationella rättssystemet? Kan varje stat själv bestämma vilka förhandlingar som skall vara lagliga? Den kollektiva förhandlingen anses spela en mycket framträdande roll i den fackliga verksamheten. Kollektiv förhandling anses vara det främsta medel fackföreningarna har att tillgå för att främja och skydda sina medlemmars intressen. I allmänhet kan man utgå ifrån att de lagliga förut-

[307] EK, sess. 43, 1959, general remarks, s. 101, p. 1. Vid denna tidpunkt gjordes ett undantag för de offentliganställdas möjligheter att sluta kollektivavtal. Detta var dock ett förhållningssätt som med tiden blev obsolet.

[308] I EK, sess. 63, 1977, Netherlands. Citat hämtat från ILO:s Freedom of Association and Industrial relations, report VII, International labour conference, 30th session, Geneva 1947, p. 52.

[309] Avseende ILO-konvention 98 däremot så kräver den positiva aktiviteter från myndigheternas sida avseende kollektiv förhandling eftersom den syftar till att uppmuntra och främja utvecklingen av förhandlingsmaskineriet för kollektivavtal. EK menar därför att kollektiv förhandling rör både konventionerna 87 och 98.

sättningarna för kollektiv förhandling måste följa de principer som för övrigt framträder ur konventionen. Exempelvis får staten inte ange på vilken nivå förhandlingen skall bedrivas. Rättsordningen får inte förbjuda kollektiv förhandling på andra nivåer än på företagsnivå.[310] Däremot är det förenligt med konventionen att föreskriva att bara de mest representativa fackföreningarna skall ha rätt att förhandla. System som avhänder de mest representativa fackföreningarna denna rätt är dock oförenliga med konventionen.[311]

Regleringen som omgärdar den kollektiva förhandlingen får alltså inte stå i strid med konventionens principer. Det framkommer också av artikel 8:2 som anger att lagar inte får utformas eller tillämpas på sätt som kan vara ägnat att begränsa konventionens garantier. Några konkreta krav på vad regleringen i övrigt skall innehålla framkommer inte. Det finns dock anledning att utgå ifrån att det skall vara möjligt för arbetsmarknadens parter att träffa bindande avtal. Denna slutsats bör kunna härledas ur artikel 10 som anger att de sammanslutningar av arbetstagare och arbetsgivare som konventionen tar sikte på har till ändamål att främja och värna arbetares eller arbetsgivares intressen. Om en organisation anser att den bäst främjar och värnar sina medlemmars intressen genom att söka sluta kollektiva avtal, som redan förarbetena utgick från att den skulle ha kompetens att träffa, så får åtminstone inte rättsordningen hindra den från att träffa sådana avtal för att vara förenlig med artiklarna 3 och 8:2.

Förpliktelsen tycks vara negativ till sin karaktär. Staten skall avhålla sig från att interferera och hindra.[312] Om några positiva skyldigheter att skapa rättsliga förutsättningar för kollektiv förhandling innefattas i artikel 3 är dock mer tveksamt. Kommittén har huvudsakligen behandlat statliga ingripanden under konvention 87. En viss ändring i denna attityd kan dock skönjas. EK har försiktigt antytt att det även finns utrymme att hävda att positiva skyldigheter emanerar från artikel 3 konvention 87. I ett fall hade en mängd kollektivavtal slutits under en period. Dessa reglerade huvudsakligen löner och *inte* andra arbetsvillkor. Kommittén inbjöd i detta fall regeringen att vidta åtgärder för att utveckla den kollektiva förhandlingen för att garantera att sådan förhandling inte begränsades till angivandet av lönesatser utan också täckte in andra anställningsvillkor.[313] Om denna kommentar är inledningen till en kursändring är

[310] EK, sess. 73, 1987, Ecuador, s. 169–170.
[311] EK, sess. 71, 1985, Belgium, s. 123–124. EK, sess. 90, 2002, Pakistan.
[312] Nielsen & Rehof, International Arbejdsret, s. 156, hänvisar till EK, 1977, Nederländerna.

dock svårt att sia om. Frågeställningen är dock värd att framledes bevaka. Jämförelsevis medför ju konvention 87 en skyldighet för de ratificerande staterna att i lagstiftning erkänna *strejkrätten* och tillse att sanktionsmekanismer aktualiseras vid överträdelser.

Huvudregeln som kan härledas ur artikel 3 är att staten inte får interferera i kollektiv förhandling. Vissa undantag accepteras emellertid. EK anser att begränsningar av kollektiv förhandling, särskilt genom fastställande av löneskalor inom ramen för handlingsprogram för ekonomisk stabilisering, kan vara tillåtliga i vissa situationer, exempelvis för att bekämpa hög inflation och för att möta en svår arbetsmarknadssituation.[314] Sammanfattningsvis anger EK att inskränkningar i den kollektiva förhandlingen bara kan rättfärdigas av trängande skäl för det allmänna ekonomiska intresset.[315] Sådana begränsningar får bara införas under exceptionella omständigheter och bara i den utsträckning som är nödvändig utan att överskrida rimlig tid. Begränsningarna i den fria kollektiva förhandlingen skall dessutom kopplas samman med lämpliga garantier i syfte att säkerställa arbetstagarnas levnadsstandard och köpkraft.[316]

I ett fall hade en minister rättsliga möjligheter att frysa ett kollektivavtal inom en sektor som finansierades av staten. Orsaken därtill var att kollektivavtalet kunde medföra kostnader som i sig kunde medföra att den nivå som staten ville ha på verksamheten kunde hotas eller så skulle upprätthållandet av en rimlig servicenivå orsaka staten orimliga kostnader. Dessa skäl tycktes inte uppfylla kravet på tillräckliga trängande skäl för det allmänna ekonomiska intresset. Om avtalet skulle frysas på dessa grunder skulle frysningen hamna i konflikt med de rättigheter som skyddades av artikel 3 i konvention 87.[317] Trots att de aktuella föreskrifterna aldrig tagits i bruk hade EK fått information som visade att lönegapet mellan den aktuella sektorn och andra i motsvarande privat sektor ökat påtagligt under den tid dessa bestämmelser varit i kraft. Lönegapet upplevdes som ett problem av både arbetsgivare och arbetstagare och EK ställde sig frågan om tillräckliga säkerhetsmekanismer i relation till arbetstagarnas levnadsstandard var kopplade till föreskrifterna. EK uppmanade den aktuella staten, Nederländerna, att ta bort möjligheten att

[313] EK, sess. 86, 1998, Bolivia, s. 168.
[314] EK, sess. 63, 1977, Netherlands, s. 156. EK GS 1973, p. 169, detta avsnitt rör ILO-konvention 98. EK, sess. 79, 1984, Netherlands, s. 149–150.
[315] EK, sess. 76, 1989, Netherlands, s. 200.
[316] EK, sess. 63, 1977, Netherlands, s. 156. EK GS 1973, p. 169, detta avsnitt rör ILO-konvention 98. EK, sess. 79, 1984, Netherlands, s. 149–150.
[317] EK, sess. 76, 1989, Netherlands, s. 200.

frysa kollektivavtal under dessa förutsättningar samt låta berörda sektorer förhandla helt fritt i framtiden.[318] Även om dessa bestämmelser inte hade omsatts i praktiken, inget kollektivavtal hade frusits, så hade bestämmelsen i sig haft en dämpande effekt på utfallet av förhandlingarna och därför skulle de upphävas. De uppkomna löneskillnaderna ansågs vara ett tecken på att föreskrifterna inte åtföljts av tillräckliga garantier för att säkerställa arbetstagarnas levnadsstandard. Det innebar att även om en inskränkande föreskrift inte tillämpats i praktiken så måste den ändå åtföljas av säkerhetsgarantier eftersom dess blotta existens kan ha en dämpande effekt.

EK uppvisar dock en ganska stor tolerans innan de avger kärnfull kritik. Det illustreras av expertkommitténs förhållningssätt till Nederländerna som under lång tid under 70- och 80-talen satte löneförhandlingar ur spel. Problematiken uppmärksammades redan 1977 men inte förrän 1991 då ännu ingen större förändring ägt rum blev EK kraftfull och tydlig i sin kritik.[319]

Visst deltagande av statsmakten i förhandlandet av lönevillkor är emellertid acceptabelt åtminstone i sektorer som finansieras med statliga medel. Förutsättningen för att deltagandet inte skall utgöra otillåten inblandning enligt artikel 3:2 är att parterna har det avgörande inflytandet över avtalets innehåll. Slutande av kollektivavtal kan t.ex. föregås av konsultationsrundor med en minister som därefter anger ett lönetak. Om taket överskrids kan ministern stoppa kollektivavtalets ikraftträdande under en period och genom diskussioner försöka förmå parterna att hålla sig inom de gränser ministern uppställt. Ger därefter parterna en skriftlig deklaration där de säger att de fortfarande vill att det aktuella avtalet skall bli gällande blir det också så. Under mellanperioden gäller de föregående villkoren.[320]

6.2.7 Rätten för fackföreningar att bilda förbund och ansluta sig till internationella organisationer

Artikel 5 reglerar rätten för fackföreningar att sluta sig samman i större enheter. Artikeln lyder:

> "Arbetar- och arbetsgivarorganisationer skola äga rätt att bilda och ansluta sig till förbund och centralorganisationer; sådan organisation, sådant förbund eller sådan centralorganisation skall äga rätt att vara ansluten till internationella arbetar- och arbetsgivarorganisationer."

[318] EK, sess. 76, 1989, Netherlands, s. 200–201.
[319] EK, sess. 67, 1981, Netherlands, s. 114–115. År 1989 uppmanar EK Nederländerna att ändra de aktuella föreskrifterna (s 200) år 1991 kräver EK anpassning (s 194).
[320] EK, sess. 76, 1989, Netherlands, s. 197–199.

Nationella förbund och centralorganisationer skall i princip enligt artikel 6 åtnjuta samma rättigheter som andra nationella fackföreningar. Den frågeställningen kommer jag inte behandla i det följande. I stället skall fokus läggas på rätten att vara ansluten till en internationell arbetstagarorganisation.

Övervakningsorganen har påpekat att arbetstagares och arbetsgivares internationella solidaritet kräver att deras nationella federationer och konfederationer skall kunna gå samman och verka på det internationella planet.[321] År 1978 angav FFK till och med att internationell facklig solidaritet utgör ett av fackföreningarnas grundläggande målsättningar.[322]

När det gäller friheten att ansluta sig till internationella organisationer får den inte begränsas genom att staten i förväg måste godkänna sådan anslutning. Självklart får heller inte valmöjligheterna begränsas genom att lagen anger vilka internationella organisationer som de nationella organisationerna kan ansluta sig till.[323]

Vad som däremot gäller i frågan om vilka rättigheter internationella arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer åtnjuter är mer oklart. Konventionen tar inte uttryckligen upp frågan och övervakningsorganen har egentligen inte klargjort denna punkt. Eftersom konventionen bara ålägger staten vissa skyldigheter gentemot de personer som vistas i det egna landet har övervakningsorganen egentligen inte behörighet att göra uttalanden om transnationella frågor. Vissa internationella fackliga organisationer har dock erkänts av FN och ILO genom att de erhållit observatörsstatus i ILO och FN.[324] På europeisk nivå har också europeiska fackliga organisationer tillerkänts många rättigheter inom EU.[325]

Övervakningsorganen kan dock kommentera det skydd en nationell fackförening har när den agerar till följd av sitt medlemskap i en internationell organisation. När det exempelvis gäller organiserandet av internationella fackliga möten har föreningsfrihetskommittén angivit att staten bara får inskränka rätten att ha sådana möten om den har tillräckliga skäl såsom att mötet skulle medföra reella risker kopplade till en stats internationella relationer eller till dess nationella säkerhet och allmänna ordning.[326] De nationella organisationerna skall ha möjlighet att aktivt utnyttja sitt medlemskap. Rätten att ansluta sig till en internatio-

[321] EK, sess. 86, 1998, Nigeria, s. 184. EK GS 1994, p. 196.
[322] FFK, Bahamas, Case No 796, Report 187, 1978, p. 179. Se också Digest 1996, p. 622, 624.
[323] EK, sess. 87, 1999, Nigeria, s. 263. EK, sess. 88, 2000, Cameroon, s. 169.
[324] EK GS 1994, p. 196.
[325] Se Nyström, EU och arbetsrätten s. 76ff.
[326] Digest 1996, p. 150, 648.

nell organisation innefattar en rätt att kunna upprätthålla kontakt med denna internationella organisation och att särskilt delta i av organisationen organiserade aktiviteter och dra fördel av de den service och de fördelar som medlemskapet medför.[327] Fackliga representanter skall därför ha full frihet att delta i arbete inom den internationella fackförening som den fackförening de representerar är ansluten till.[328] Att förbjuda nationella fackliga representanter att kommunicera med den Internationella fackföreningen (ITF) rörande vissa frågor såsom om vilka skepp som utnyttjar oorganiserade stuveriarbetare ansågs stå i strid med rätten att upprätthålla kontakt med den internationella fackföreningen. Att dessutom tvingas åta sig att aldrig hjälpa den internationella organisationen att implementera en internationell bojkott ansågs också vara att inskränka rätten att ansluta sig till en internationell organisation.[329] De nationella fackföreningarna skall också kunna ta emot finansiellt stöd av en internationell organisation den är medlem i.[330] Att fackliga representanter skall ha rätt att delta i internationella fackliga möten anses vara en grundläggande facklig rättighet och regeringar måste därför avhålla sig från att vidta någon åtgärd som kan begränsa den fackliga representantens möjligheter att utöva sitt mötesmandat i full frihet och oberoende.[331]

6.3 ILO-konvention 98

6.3.1 Hur förhåller sig ILO-konventionerna 87 och 98 till varandra?

Konventionerna 87 och 98 står i nära förbindelse med varandra. Särskilt artiklarna 1 och 2 i konvention 98 är nära förbundna med konvention 87. Om konvention 87 anger vad som inbegrips i föreningsfriheten så säkerställer artikel 1 i konvention 98 att ingen arbetstagare eller arbetsgivare skall diskrimineras därför att de utövar sin föreningsfrihet och artikel 2 att ingen organisation får bli föremål för otillbörlig inblandning från motparten. Båda dessa aspekter av föreningsfriheten och organisationsrätten ges också ett visst skydd enligt konvention 87 genom dess artikel 11. Genom konvention 98 har emellertid dessa aspekter givits ett

[327] FFK, Haiti, Case No 1004, Report No 211, 1981, p. 220.
[328] Digest 1996, p. 646.
[329] FFK, Australia, Case No 1963, Report No 320, 2000, p. 236, 241e.
[330] FFK, Zambia, Case No 1575, Report 284, 1992, p. 915.
[331] Digest 1996, p. 151.

mer detaljerat och omfattande skydd. I vissa fall överlappar alltså konventionerna varandra. I övervakningen märks också att liknande frågor tas upp i kommentarerna till bägge konventionerna. När konventionerna går omlott hänvisar EK ibland till sina slutsatser rörande den aktuella aspekten i avsnittet om den andra konventionen.[332] Någon helt strikt skiljelinje går i dessa fall inte att dra. Detta förefaller dock bara orsaka problem då en stat enbart ratificerat den ena konventionen och därmed inte räknat med att bindas av en viss bestämmelsen som staten antog huvudsakligen hörde hemma i den konvention den inte ratificerat.

En avgörande skillnad mellan de två konventionerna är dock att konvention 98 enligt dess artikel 6 inte äger tillämpning på tjänstemän i allmän tjänst. Denna begränsning av konvention 98:s tillämpningsområde gör det viktigt att fastställa i vilken utsträckning organisationsrätten och förhandlingsrätten också säkerställs i konvention 87. I dessa fall beskärs ju inte rättigheterna för tjänstemän i allmän tjänst. De offentliganställda som artikel 6 tar sikte på erhåller dock ett delvis jämförbart skydd genom ILO-konvention nr 151 om skydd för organisationsrätten och om förfaranden för fastställande av anställningsvillkor i offentlig tjänst (1978). Särskilt artiklarna 4 och 5 motsvarar i det närmaste artikel 1 och 2 i ILO-konvention 98.[333] ILO-konvention 151 behandlas dock inte närmare i denna undersökning. Den tillhör inte kärnkonventionerna.[334]

Till stor del vilar ILO-konvention 98 på de föreskrifter som återfinns i konvention 87. Men som svar på frågan om en stat som inte ratificerat konvention 87 skulle kunna ratificera konvention 98 anger expertkommittén att konvention 98 som behandlar den detaljerade tillämpningen av organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten utgår ifrån att den grundläggande rätten att bilda fackföreningar som säkerställs i konvention 87 garanteras i det aktuella landet men, understryker EK, de två instrumenten är oberoende och det utgör ingen logisk inkonsistens om en stat bara ratificerar konvention 98 om den är förhindrad att ratificera konvention 87 av skäl som inte berör rättigheterna i konvention 98.[335]

[332] Se t.ex. EK, sess. 54, 1970, Cuba, s. 142–143.

[333] Föreningsfrihetskommittén har dock klarlagt att ILO-konvention 151 inte inbegriper strejkrätten. FFK, Canada, Case no 893, 187th report, 1978, p. 536. Se också Ruth Ben-Israel, s. 106.

[334] Se s. 63 och dess not 73.

[335] EK, GS Basic Human Rights, 1969, p. 47.

6.3.2 Omfattning och tillämpningsområde

ILO-konvention 98 benämns konventionen angående tillämpningen av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten. Med organisationsrätt avses alltså skyddet som arbetstagare tillerkänns i anställningsförhållandet mot organisationsfientliga handlingar (artikel 1) och det skydd arbetstagares och arbetsgivares organisationer skall tillerkännas mot inblandning av varandra i fråga om bildande, verksamhet eller förvaltning (artikel 2:1). Artikel 2:2 skyddar särskilt mot bildandet av arbetsgivardominerade arbetstagarorganisationer så kallade gula fackföreningar. Staten åläggs alltså att vidta åtgärder för att reglera relationen mellan privata subjekt. Enligt artikel 3 skall organisatoriska åtgärder lämpade efter landets förhållanden, där så är erforderligt, vidtas för att säkerställa att föreningsrätten sådan den definierats i föregående artiklar respekteras.

I artikel 4 återfinns konventionens andra tyngdpunkt. Det är där den kollektiva förhandlingsrätten behandlas. Denna artikel kommer att behandlas utförligt längre fram. I artikel 5 återfinns en bestämmelse som är likalydande med artikel 9 i ILO-konvention 87. Artikel 5 föreskriver att den nationella lagstiftningen kan bestämma i vilken mån konventionens garantier skall tillämpas på krigsmakten och poliskåren och återger vad som framgår av artikel 19 mom 8 i ILO:s stadga. Artikel 6 föreskriver dock att konventionen inte avser tjänstemän i allmän tjänst men får heller inte tas till intäkt för en begränsning av dem medgivna rättigheter eller eljest rubbning i deras ställning.

Den följande framställningen kommer att koncentreras kring artiklarna 1 och 4. Innebörden av artikel 6 i relation till dessa artiklar berörs.

6.3.3 Förbud mot diskriminering på facklig grund

6.3.3.1 Inledning

I artikel 1 regleras frågan om diskriminering på grund av facklig verksamhet. Artikel 1 lyder:

> "1. Arbetare skola åtnjuta tillfredsställande skydd mot varje åtgärd med avseende å deras anställningsförhållanden som är av organisationsfientlig art.
> 2. Sådant skydd skall särskilt lämnas mot åtgärder, som ha till syfte att
> a) göra anställningen av en arbetare beroende av det villkoret, att han icke ansluter sig till fackförening eller upphör att vara fackligt organiserad;
> b) föranleda avskedande eller annat förfång för en arbetare på grund av hans medlemskap i fackförening eller deltagande i fackföreningsverksamhet utanför arbetstiden eller, med arbetsgivarens medgivande, under arbetstiden."

6.3.3.2 Vem skall skyddas?

Enligt föreningsfrihetskommittén får ingen diskrimineras på grund av fackligt medlemskap eller ledarskap.[336] EK understryker löpande att både fackliga ledare och representanter samt fackliga medlemmar skall åtnjuta skydd mot antifacklig diskriminering.[337]

Det skydd mot antifacklig diskriminering som artikel 1 i ILO-konvention 98 tillhandahåller gäller för alla arbetare som har rätt till föreningsfrihet enligt artikel 2 i ILO-konvention 87 oavsett om organisationen är erkänd som mest representativ eller inte[338] med undantag för den grupp som anges i ILO-konvention 98 artikel 6.[339] I artikel 6 föreskrivs att konventionen inte avser tjänstemän i allmän tjänst. I artikeln anges dock att artikeln inte får tas till intäkt för begränsning av dessa tjänstemäns redan medgivna rättigheter eller på annat sätt rubba deras ställning. Vilken arbetstagargrupp avses då i artikel 6? I den engelska språkversionen benämns gruppen "public servants engaged in the administration of the State". För att inte denna grupp skall bli onödigt omfattande och för att klargöra att inte alla offentliganställda omfattas oavsett hur de betecknas i de nationella rättssystemen har EK angivit att undantaget avser offentliganställda som utövar maktbefogenheter i statens namn. Den grupp som undantas från det skydd ILO-konvention 98 tillhandahåller är alltså synonym med den grupp som utövar maktbefogenheter i statens namn och vars strejkrätt kan begränsas enligt ILO-konvention 87 artikel 3. Övriga offentliganställda skall alltså kunna åtnjuta rättigheterna i ILO-konvention 98.[340] Observera dock att den svenska språkversionen inte riktigt motsvarar denna begränsade tillämpning.

Frågan om och i så fall i vilken utsträckning ILO-konvention 87 uppställer något skydd mot antifacklig diskriminering av arbetstagare som utför maktbefogenheter i statens namn har behandlats.[341] För övriga ar-

[336] Digest 1996, p. 690–693, 696.

[337] Se t.ex. EK, sess. 88, 2000, Rwanda, s. 252.

[338] Digest 1983, p. 552.

[339] Om artikel 6 se EK, sess. 63, 1977, Liberia, s. 185; EK GS 1983, p. 256; EK, sess. 81, 1994, Colombia, s. 256. Se också EK, sess. 38, 1955, Turkey, s. 76. EK, sess. 42, 1958, Turkey, s. 63. EK, sess. 86, 1998, Jordania, s. 245. EK, sess. 76, 1989, Austria, s. 261. EK, sess. 78, 1991, Bangladesh, s. 251. EK, sess. 83, 1996, Costa Rica, s. 194. EK, sess. 86, 1998, Australia, s. 222–223.

[340] EK GS 1994, p. 199–200. Se s. 159f.

[341] Se s. 129f. Notera också att det kan konstateras att staten med största sannolikhet är arbetsgivare för de arbetstagare som utövar maktbefogenheter i statens namn. År 1959 angav EK att artikel 11 i ILO-konvention 87 i allmänna termer skyddar mot antifacklig diskriminering i anställningen. EK menade att i artikel 1 i ILO-konvention 98 definierades en aspekt av detta skydd. EK påpekade att ILO-konvention 98 inte tillerkände offentliganställda något skydd och väckte frågan om det verkligen vore förenligt med

betstagargrupper är frågan om ILO-konvention 87:s skydd mindre intressant eftersom de omfattas av skyldigheterna i konvention 98 genom den ansvariga statens blotta medlemskap i ILO.[342]

6.3.3.3 Mot vem skall skyddet gälla?

Skyddet gäller enbart mot arbetsgivare och det oavsett om arbetsgivaren är medlem i en arbetsgivarorganisation eller inte.[343] Det innebär att skyddet inte gäller mot arbetstagare eller arbetstagarorganisationer som exempelvis söker förmå oorganiserade arbetstagare att ansluta sig till en fackförening.[344]

6.3.3.4 Det sakliga skyddet – vad utgör diskriminering?

I artikel 1:1 anges att arbetstagare skall åtnjuta ett tillfredsställande skydd mot varje åtgärd med avseende å deras anställning som är av organisationsfientlig art. I artikel 1:2 specificeras vissa åtgärder som föranleder ett särskilt skydd. I artikel 1:2:a anges att *särskilt skydd* skall lämnas mot åtgärd som har till syfte att göra anställningen av en arbetare bero-

---

ILO-konvention 87 att sådana offentliganställda blev föremål för facklig diskriminering avseende anställningen, EK GS, sess. 43, 1959, s. 110, p. 41. Något definitivt svar tillhandahölls inte. EK påpekade dock att staten enligt artikel 3:2 ILO-87 är förhindrad att interferera i facklig verksamhet EK GS, sess. 43, 1959, s. 118, p. 84. Staten är också förhindrad att hindra individer från att sluta sig samman, vilket följer av artikel 2. Eftersom staten är arbetsgivare för dessa grupper torde de därigenom vara förhindrade enligt ILO-konvention 87 att utsätta sina anställda för facklig diskriminering. Att staten avses både i sin egenskap av lagstiftare och arbetsgivare framgår exempelvis av EK GS 1994, p. 50. Avsaknad av skydd mot facklig diskriminering kan resultera i att arbetstagarna berövas de rättigheter som artikel 87 avser att skydda, EK GS 1994, p. 202. I allmänhet vilar inte övervakningsorganen i sina "general surveys" eller "digests of principles" sin argumentation på ILO-konvention 87 när det gäller skydd mot facklig diskriminering utan hänvisar till ILO-konvention 98 och för offentliganställdas vidkommande till den specialkonvention som antogs år 1978 för att tillerkänna offentliganställda samma skydd som andra grupper enligt ILO-konvention 98. Se t.ex. EK GS 1994, p. 203. Det är dock många stater som inte ratificerat ILO-konvention 151 och den omfattas inte av den föreningsfrihet stater automatiskt blir bundna av genom medlemskapet i ILO.

I sin löpande praxis har emellertid EK kritiserat avsaknaden av skydd mot olika typer av facklig diskriminering även i kommentarerna rörande efterlevnaden av ILO-konvention 87. När det gäller vissa typer av diskriminering som avsked på grund av strejk eller lagstiftning som öppnar upp för avsked av fackliga företroendemän åberopas olika aspekter av artikel 3 i ILO-konvention 87 för att fastsälla att en kränkning ägt rum. Se t.ex. EK GS 1994, p. 179 och EK, 2002, Central African Republic, Honduras, Pakistan, Philippines (fackliga representanter dvs. artikel 3).

[342] Se s. 63f.

[343] EK, sess. 37, 1954, Finland, s. 43. EK, sess. 87, 1999, Croatia, s. 330.

[344] EK, sess. 78, 1991, Finland, s. 263–264.

ende av det villkoret att han inte ansluter sig till fackförening eller upphör att vara fackligt organiserad. Det innebär att ett skydd mot sådan diskriminering måste finnas både vid rekryteringen och under själva anställningen. En arbetare får således inte nekas anställning på grund av fackligt medlemskap och heller inte sägas upp eller avskedas av detta skäl.[345]

Det finns dock ett undantag till förbudet mot diskriminering vid rekryteringen och under anställningen; organisationsklausuler. I organisationsklausulsbegreppet innefattas bestämmelser i kollektivavtal eller i praxis som gör *visst* fackföreningsmedlemskap obligatoriskt för att kunna åtnjuta anställning på viss arbetsplats. Även krav på bidrag till viss facklig organisation under anställningen omfattas av begreppet. Sådana klausuler är exkluderade från tillämpningsområdet för ILO-konvention 98.[346]

I artikel 1:2:b anges att *särskilt skydd* också måste lämnas mot åtgärd som har till syfte att föranleda avsked eller annat förfång för en arbetare på grund av hans medlemskap i fackförening eller deltagande i fackföreningsverksamhet utanför arbetstiden eller med arbetsgivarens medgivande under arbetstiden. Denna bestämmelse tar sikte på vanligt medlemskap och löpande fredlig facklig verksamhet inklusive kollektiv förhandling.[347]

Fackligt medlemskap eller fredlig facklig verksamhet får alltså inte föranleda att arbetstagaren avskedas eller utsätts för annat förfång. Med annat förfång menas uppsägning, omplacering, befordringsvägran, degradering, disciplinära åtgärder, eftersatt eller begränsad lön eller sociala förmåner[348] inverkan på beslut om, utförande och fördelning av arbete eller yrkesutbildning,[349] tvångspensionering,[350] samt andra menliga handlingar.

Artikel 1:2 tar sikte på att skydda fredliga aktiviteter och det fackliga medlemskapet i sig. Enligt ordalydelsen skall skyddet utgå om den fackliga verksamheten utövas efter arbetstid eller under arbetstid om arbetsgivaren så medger. Vilket skydd åtnjuter då fackliga aktiviteter som utförs under arbetstid och som arbetsgivaren inte godkänner. För att söka svar bör man återgå till artikel 1:1 och utröna vilka handlingar som kan anses vara av organisationsfientlig art. Det visar sig vid en närmare ge-

[345] EK GS 1994, p. 210.

[346] Committee on Industrial relations at the 32nd Session of ILC (ILO Record of Proceedings, International Conference, 32nd session, Geneva, 1949, p. 468). Om bakgrunden till detta beslut se Bartolomei de la Cruz m.fl. s. 213–214. EK GS 1969, s. 195–196, p. 44. EK GS 1983, p. 257. EK GS 1994, p. 205.

[347] EK, sess. 83, 1996, UK, s. 225.

[348] EK GS 1983, p. 260. EK GS 1994, p. 212. EK, sess. 83, 1996, UK, s. 225 (sänkt lön på grund av att vederbörande förhandlat kollektivt – ej ok).

[349] EK, sess. 73, 1987, Gabon, s. 271.

[350] Digest 1996, p. 716. EK. sess. 85, 1997, Morocco, s. 236.

nomgång av övervakningsorganens praxis att arbetstagare generellt skall kunna utföra fackliga aktiviteter utan att utsättas för diskriminering. Enligt expertkommitténs tycks det självklart att en fredlig proteststrejk[351] såväl som andra strejker utgör skyddsvärd facklig aktivitet.[352] EK anger vidare att arbetstagare skall åtnjuta reellt och effektivt skydd mot avsked eller annan disciplinär påföljd vidtagen på grund av vederbörandes deltagande i, aktuell eller föreslagen, legitim form av stridåtgärd "industrial action".[353] Sådana omständigheter får heller inte påverka möjligheterna att erhålla en anställning.[354] Det verkar som om den fackliga verksamhet som är legitim enligt ILO-konvention 87 skyddas av ILO-konvention 98 artikel 1:1 i så måtto att de inte får föranleda fientliga åtgärder med avseende å anställningsförhållandena. Detta innebär i så fall att alla utövare av stridsåtgärder som är legitima enligt ILO-konvention 87 skall skyddas av artikel 1 i ILO-konvention 98 och får därmed inte utsättas för organisationsfientliga handlingar. Skyddet mot diskriminering på grund av vidtagna eller planerade stridsåtgärder tycks utgå från både konvention 98 och från konvention 87.[355]

Diskriminering på grund av fackligt medlemskap eller legitim facklig verksamhet får alltså varken äga rum vid själva rekryteringen, under anställningen eller vid avslutandet av anställningen.[356]

Övervakningsorganen har uppmärksammat att antifacklig diskriminering kan äga rum under förevändning att uppsägningar sker av exempelvis ekonomiska skäl.[357] De ekonomiska skälen kan utnyttjas som ett indirekt medel för att utsätta vissa arbetstagare för facklig diskriminering.[358] I rekommendation nr 143 om arbetstagarrepresentanternas skydd i före-

[351] Se t.ex. EK, sess. 72, 1986, Burkina Faso, s. 204.
[352] Se t.ex. EK, sess. 73, 1987, Malta, s. 285–286.
[353] EK, sess. 78, 1991, UK, s. 289. EK, sess. 81, 1994, UK, s. 294. Digest 1996, p. 690, 696.
[354] Digest 1996, p. 695.
[355] Se s. 165f.
[356] EK GS 1994, p. 210.
[357] Digest 1996, p. 718.
[358] I ILO-konvention nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ från år 1982 krävs att arbetsgivaren konsulterar arbetstagarrepresentanten och meddelar kompetent myndighet när uppsägning av ekonomiska skäl äger rum. EK påpekar att konvention 158 inte avser att särskilt skydda fackliga medlemmar och förtroendemän vid uppsägning av ekonomiska skäl men hoppas att föreskrifterna skall bidra till ett sådant skydd mot bakgrund av de principer som uppställs i konvention -98. Se EK GS 1983, p. 274–276. I ILO-konvention 158 anges dock att uppsägningar ej få ske på grund av fackligt medlemskap eller fackligt förtroendemannaskap eller kandidatur därtill, artikel 5 a och b.

taget anges till och med i artikel (6 (2) (f)) att förtroendemän skall prioriteras att kvarbli i anställning vid minskning av arbetsstyrkan.[359]

EK angriper också urvalskriterier vid nedskärningar när de kan tänkas utnyttjas till att försvaga de anställdas organisationsrätt. Ett urvalskriterium som "work the least and demand the most" ansågs exempelvis kunna försvaga organisationsrätten.[360] EK påpekar att även andra uppsägningsorsaker kan missbrukas. Om arbetsgivaren hänvisar till "lack of harmony in the working relationship" vid avsked eller uppsägning och denna brist på harmoni uppstår därför att arbetstagaren utövat legitim facklig aktivitet är situationen inte förenlig med artikel 1.[361]

6.3.3.5 Det faktiska skyddet – hur skall skyddet gestalta sig?

Utgångspunkten i utformningen av det faktiska skyddet är att arbetare skall åtnjuta ett särskilt skydd mot antifacklig diskriminering i anställningen. Det formella skyddets utgångspunkt är ett uttryckligt erkännande i lag av organisationsrätten och rätten till kollektiv förhandling.[362]

När det gäller det direkta skyddet mot antifacklig diskriminering har föreningsfrihetskommittén angivit att det inte spelar någon roll vilken metod som utnyttjas, så länge arbetarna erhåller ett tillräckligt effektivt skydd mot antifacklig diskriminering. Metoden kan variera i de nationella systemen.[363] EK kräver dock nuförtiden i princip genomgående att regeringar inför föreskrifter som skyddar arbetstagare mot antifacklig diskriminering.[364]

I lag angivna förbud mot antifacklig diskriminering måste emellertid åtföljas av procedurer för att säkerställa ett effektivt skydd.[365] Eftersom föreningsfriheten utgör en grundläggande rättighet så kan inte uppsägningar på grund av facklig aktivitet behandlas på samma sätt som andra uppsägningar. Mer stränga krav måste exempelvis ställas i bevishänseende.[366]

Vad skall då ett sådant effektivt skydd bestå av? Det centrala är att skyddet är adekvat och effektivt. Ett *adekvat* skydd inbegriper rätten för

[359] EK GS 1994, p. 213.
[360] EK, sess. 78, 1991, Brazil, s. 251.
[361] EK, sess. 82, 1995, Indonesa, s. 243.
[362] EK, sess. 63, 1977, Liberia, s. 185. EK GS 1983, p. 256.
[363] Digest 1996, p. 737.
[364] EK, sess. 63, 1977, Liberia, s. 185. EK GS 1983, p. 256. EK, sess. 71, 1985, Ethiopia, s. 223. EK, sess. 86, år 1998, Libyan Arab Jamahiriya, s. 248. EK, sess. 86, 1998, Morocco, s. 250. EK, sess. 88, 2000, Liberia, s. 244; Paraguay, s. 249; Sierra Leone, s. 253; Sri Lanka, s. 254.
[365] EK GS 1994, p. 214. Digest 1996, p. 739–740, 742.
[366] EK GS 1994, p. 202.

arbetstagare att få fall av påstådd antifacklig diskriminering prövade i en arbetsdomstols sista instans eller av något annat opartiskt organ, som också betraktas som sådant av parterna, och som tillhandhåller en snabb och billig procedur för slutlig lösning av fallet.[367] Vikten av att tillhandahålla snabba, kostnadsmässigt rimliga och fullständigt opartiska rättsmedel för att söka avhjälpa orsaken till klagomål som härrör från antifackliga diskriminerande handlingar betonas. Med tanke på att extremt utdragna processer i praktiken kan leda till rättskränkning "denial of justice" så är det särskilt viktigt att sörja för en förenklad och snabb procedur.[368]

Arbetstagaren skall kompenseras till fullo både yrkesmässigt och ekonomiskt när antifacklig diskriminering är fastställd. För att adekvat kompensation skall utgå krävs att de myndigheter som ansvarar för att pröva sådana fall skall ha tillgång till alla nödvändiga medel för att snabbt, till fullo och totalt oberoende kunna fatta beslut. Exempelvis skall de helt fritt avgöra vilket som är det lämpligaste gottgörelsesättet mot bakgrund av omständigheterna i fallet.[369]

Även om ett skydd mot uppsägning på grund av facklig aktivitet finns i lag, kan det inte anses vara tillräckligt *effektivt* enligt artikel 1 när lagstiftningen möjliggör för arbetsgivarna att i praxis, under förutsättning att de betalar den kompensation som anges i lag för orättfärdiga uppsägningar, att avsluta anställningen av vilken arbetstagare som helst, även om orsaken till uppsägningen är fackligt medlemskap eller fackliga aktiviteter.[370] Om en arbetstagares förlust av arbete utgör resultatet av en konstaterad antifacklig diskriminering skall arbetstagaren om han eller hon så önskar återfå sin anställning inklusive de förvärvade rättigheter som medföljde anställningen före uppsägningen.[371] När återinställelse är omöjlig skall kompensationen för antifacklig diskriminering vara högre än vad som föreskrivs för annan form av olovlig uppsägning. Summan skall regelbundet ses över och helst avfattas så att den även vid inflation bevarar sin avrådande effekt.[372] Även vid diskriminerande omplacering krävs att regeringen tillser att arbetarna kan återgå till sina tidigare poster om de så önskar.[373]

[367] EK, sess. 64, 1978, Pakistan, s. 165. Digest 1983, p. 570. EK, sess. 83, 1996, UK, s. 225 (få sak prövad i domstol).
[368] EK GS 1973, p. 148.
[369] EK GS 1994, p. 219.
[370] EK GS 1973, s. 64, p. 144. EK GS 1983, p, 277.
[371] EK, sess. 72, 1986, Burkina Faso, s. 204. EK GS 1994, p. 219.
[372] EK GS 1994, p. 221.
[373] EK, sess. 73, 1987, Malta, s. 285–286.

Det tycks som om övervakningsorganen anser att diskriminering inte bara kan åtföljas av civilrättsliga sanktioner utan också kan medföra straffrättsliga sanktioner.[374] Straffrättslig bestraffning såsom böter och fängelsestraff har dubbla syften. För det första bestraffas de ansvariga för att de kränkt en grundläggande rättighet och för det andra har straffrättslig bestraffning en återhållande funktion.[375] Straffsanktionerna för otillåten diskriminering måste vara kännbara[376] och stränga för att få avsedd effekt[377] genom företrädesvis höga böter.[378]

Övervakningsorganen har tagit ställning till en mängd bötesintervall och bedömt huruvida de är tillräckligt kännbara. Utan att ha insikt i de särskilda nationella levnadsförhållandena och den aktuella valutans värde är det i allmänhet svårt att dra några slutsatser från dessa bedömningar.[379] Ett par exempel kan dock ge viss vägledning. Att bara tilldömas böter omfattande 10–30 dagars paraguayansk lön som inte kompletterades med annat straff ansågs ej vara tillräckligt avskräckande. Att få betala 30 dagars paraguayansk minimilön i böter för otillbörligt avsked av fackliga ledare ansågs heller ej vara tillräckligt övertygande.[380] Bötesbelopp som omfattade minimum tre och maximum 24 finska månadslöner vid antifacklig diskriminering ansågs emellertid tillfredsställande.[381]

Det skall också påpekas att det ibland krävs att en regering vidtar särskilda åtgärder för att komma till rätta med en särskild problematik. En regering ombeddes exempelvis att vidta särskilda åtgärder för att komma åt bruket med så kallade svarta listor bland företag. På listorna pekades fackligt aktiva ut i syfte att diskriminera dem vid rekryteringssituationer.[382]

[374] EK, sess. 71, 1985, Paraguay, s. 235 (anger bara krav på straff). EK, sess. 71, år 1985, Ethiopia, s. 223 (bara krav på straff). EK, sess. 76, år 1989, Iraq, s. 281. Digest 1996, p. 746. I EK:s allmänna översikt från 1994 anges att EK ser fördelar med en sådan lösning, de säger dock inte att det är ett krav, EK GS 1994, p. 222.
[375] EK GS 1994, p. 222.
[376] EK, sess. 71, 1985, Dominican Republic, s. 222.
[377] EK, sess. 71, 1985, Finland, s. 224–225.
[378] EK, sess. 77, 1990, Venezuela, s. 246.
[379] EK, sess. 71, 1985, Dominican Republic, s. 222. EK, sess. 76, 1989 Colombia, s. 267. EK, sess. 78, år 1991, Venezuela, s. 292.
[380] EK, sess. 81, 1994, Paraguay, s. 283.
[381] EK, sess. 79, 1992, Finland, s. 268.
[382] EK GS 1994, p. 211.

6.3.3.6 Särskilt starkt skydd för fackliga förtroendemän

Det är önskvärt och nödvändigt att fackliga representanter skall erhålla ett särskilt starkt anställningsskydd. För att kunna utföra sina uppgifter helt oberoende måste de vara garanterade att det fackliga förtroendemannaskapet inte får inverka menligt på anställningsförhållandena. Att de skyddas är också nödvändigt för att arbetstagarna fritt skall kunna välja sina representanter.[383]

Ett sätt är att garantera att de inte kan sägas upp eller behandlas dåligt under sin fackliga verksamhet och viss tid därefter. Vissa undantag kan få göras om den fackliga företroendemannen begår allvarliga lagöverträdelser. Det fackliga företroendemannaskapet skall dock beaktas när en bedömning görs om någon lagöverträdelse är begången.[384] I rekommendation 143 paragraf 6:2:d angående fackliga företroendemän anges som en möjlig kompensation för orättfärdigt avsked, återanställning med betalning för obetald lön och upprätthållande av intjänade rättigheter.[385] Mot bakgrund av vad som framkommit i övervakningsorganens praxis tycks detta krav knappast orimligt.

EK anser heller inte att en lag är förenlig med konventionen som ger arbetsgivaren möjlighet att vid avsked av facklig förtroendeman på grund av dennes fackliga verksamhet vägra återanställa och i stället fördubbla kompensationen för uppsägning.[386]

6.3.4 Organisatoriska åtgärder för att säkerställa förbud mot facklig diskriminering

Artikel 3 lyder:

> "Organisatoriska åtgärder lämpade efter landets förhållanden skola där så är erforderligt vidtagas för att säkerställa, att föreningsrätten sådan denna definieras i de föregående artiklarna respekteras."

Den här artikeln kompletterar artiklarna 1 och 2 i konventionen och klargör att staten är skyldig att vidta aktiva åtgärder om inte förbudet mot facklig diskriminering är utformat på ett adekvat och effektivt sätt.

Maskineriet skall enligt artikel 3 utarbetas i förenlighet med nationella förhållanden, förutsatt att de förhindrar kränkningar av artikel 1 och 2 eller tillhandahåller effektiv gottgörelse när sådan kränkning ägt rum.

[383] EK GS 1973, p. 145. EK GS 1994, p. 207–209 (se också rekommendationen nr 143 om fackliga representanter, 1971).
[384] EK GS 1973, p. 145. EK, sess. 63, 1977, Greece, s. 183. EK GS 1994, p. 207–208.
[385] EK GS 1994, p. 208.
[386] EK, sess. 71, 1985, Uruguay, s. 241.

Preventiva åtgärder kan exempelvis vara att uppsägning av fackliga förtroendemän alltid måste godkännas av ett oberoende organ. Även straffrättsliga sanktioner anses ha preventiv verkan. Dessutom skall maskineriet tillse att fackliga förtroendemän kan återinsättas på sina poster och få fortsatta bedriva fackföreningsverksamhet i förenlighet med deras uttryckta önskemål när kränkningar ägt rum.[387]

Effektiviteten av föreskrifter som reglerar sådant skydd beror till stor del på hur dessa föreskrifter tillämpas i praktiken. Ett problem med de kompensatoriska förfarandena är exempelvis bevisbördans placering. Om bevisbördan läggs på arbetstagaren kan det vara omöjligt att *bevisa* att man blivit föremål för diskriminering på grund av sin fackliga verksamhet. Föreningsfrihetskommittén menar dock att en förskjutning av bevisbördan så att arbetsgivaren tvingas bevisa att den planerade uppsägningen inte hade något att göra med arbetstagarens fackliga aktiviteter kan vara ett steg i riktning mot att göra mekanismerna effektiva och förenliga med artikel 3.[388] EK menar att det i lagstiftning eller praxis måste vidtas åtgärder för att kompensera för svårigheter som uppkommer vid en annan bevisbördeplacering.[389] I detta sammanhang hänvisar EK i sin översikt från 1983 till arbetstagarrepresentantsrekommendationen nr 143 från år 1971 enligt vilken staterna för att tillhandahålla ett effektivt skydd av arbetstagarnas representanter rekommenderas att vid påstådd diskriminering i samband med uppsägning och förändringar av arbetsvillkor av en arbetstagarrepresentant anta föreskrifter där arbetsgivaren blir skyldig att bevisa att åtgärden var rättfärdig.[390]

Det hör inte till vanligheten att övervakningsorganen tar ett helhetsgrepp och närmare förslår hur ett maskineri skall utformas för att kunna leva upp till dessa krav. Det förekommer dock stundtals. I ett fall visade det sig att de administrativa processer som var ägnade att säkerställa skyddet mot antifacklig diskriminering var alldeles för långsamma och dessutom rådde svårigheter att få genomslag för de beslut som väl fattades. Eftersom de ansträngningar som regeringen faktiskt vidtagit i detta fall för att öka handläggningstempot hos den aktuella myndigheten varit lönlösa så krävde EK att regeringen nu skulle överväga att i stället inrätta *juridiska* procedurer för att hantera antifacklig diskriminering och därigenom också säkerställa att de beslut som fattades kunde implementeras genom effektiva medel.[391]

[387] EK GS 1983, p. 264, 265–271. EK GS 1994, p. 214.
[388] EK GS 1983, p. 271. Digest 1996, p. 752. EK, sess. 78, 1991, Finland, s. 263.
[389] EK GS 1994, p. 217.
[390] EK GS 1983, p. 272.
[391] EK, sess. 87, 1999, Costa Rica, s. 326–327.

6.3.5 Kollektiv förhandling

6.3.5.1 Inledning

I artikel 4 regleras frågan om kollektiv förhandling. Artikeln lyder:

> "Åtgärder lämpade efter landets förhållanden skola, där så är erforderligt, vidtagas för att uppmuntra och främja utvecklandet och utnyttjandet i största möjliga omfattning av anordningar för frivilliga förhandlingar mellan arbetsgivare eller arbetsgivarorganisationer, å ena sidan, och arbetstagarorganisationer, å andra sidan, i syfte att åvägabringa en reglering av anställningsvillkoren genom kollektivavtal."

Enligt Philadelfiadeklarationen är Internationella arbetsorganisationen (ILO) skyldig att anta program som främjar ett effektivt erkännande av rätten till kollektiv förhandling bland jordens stater. Den kollektiva förhandlingen ansågs vara ett centralt element för att kunna uppnå mänskliga arbetsvillkor.

Artikel 4 har nära kopplingar till ILO-konvention 87. Ett av de främsta syftena med att garantera föreningsfriheten är nämligen att möjliggöra för arbetstagare och arbetsgivare att bilda oberoende organisationer med kapacitet att bestämma löner och andra arbetsvillkor genom fritt slutna kollektivavtal.[392] Den kollektiva förhandlingen anses vara ett av de främsta medel fackföreningarna besitter för att främja och värna sina medlemmars intressen.[393] Även om rätten till kollektiv förhandling huvudsakligen behandlas i samband med ILO-konvention 98 kan brister rörande tillämpningen av rätten till kollektiv förhandling kränka både konvention 98 och konvention 87.[394] Statliga intrång i fackföreningarnas möjligheter att bedriva kollektiv förhandling står i strid med artikel 3 i ILO-konvention 87.[395]

Artikel 4 innefattar två huvudsakliga moment. För det första skall staterna främja utvecklandet och utnyttjandet av kollektiv förhandling och för det andra skall den fria förhandlingen liksom förhandlingsparternas autonomi skyddas.[396]

Artikeln kan vid första anblicken tyckas vag. Övervakningsorganen har dock i sin praxis givit artikeln ett förhållandevis konkret innehåll. Inga åtgärder får exempelvis vidtas som inkräktar på parternas autono-

[392] Freedom of Association and Industrial Relations, Report VII, International Labour Conference, 30th Session, Geneva, 1947 s. 52. EK GS 1959, p. 153, conclusions. Se också Digest 1996, p. 799.
[393] EK, sess. 76, 1989, Yemen, s. 305.
[394] EK, sess. 76, 1989, Norway, s. 291.
[395] Digest 1983, p. 583.
[396] EK GS 1983, p. 291.

mi. Att staterna skall främja och uppmuntra utvecklandet av frivilliga förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter innebär att de i princip måste eliminera varje rättsligt hinder som står i vägen för en sådan utveckling. Det räcker dock sällan med att eliminera rättsliga hinder. Möjligheten att förhandla kollektivt är ofta beroende av förekomsten av en viss rättslig miljö. För att arbetsgivarna och arbetstagarna skall utnyttja kollektiv förhandling i syfte att reglera arbetsvillkoren genom kollektivavtal behöver staten ofta vidta positiva åtgärder. Övervakningsorganen har angivit vilka åtgärder som kan gynna en positiv utveckling. I länder där kollektivavtal spelar en undanskymd roll för regleringen av arbetsvillkoren men där orsaken inte direkt beror på rättsliga hinder formulerar övervakningsorganen stundtals konkreta krav rörande vilka åtgärder som bör vidtas för att underlätta kollektiv förhandling. Artikeln anger ju att åtgärder *skall* vidtas för att främja och underlätta reglering av arbetsvillkor genom kollektivavtal.

Det har antagits en rad andra ILO-konventioner och rekommendationer som rör kollektiv förhandling.[397] Dess innehåll kommer huvudsakligen inte att behandlas i detta arbete eftersom de inte ingår bland de instrument som explicit behandlar mänskliga rättigheter. Övervakningsorganen har dock utnyttjat deras mer detaljerade innehåll för att tolka ILO-konvention 98 artikel 4.[398] Stundtals görs därför referenser till dessa instrument.

6.3.5.2 Vilka arbetstagare omfattas?

Alla arbetstagare utom de som avses i artikel 6 det vill säga de som utför maktbefogenheter i statens namn skall kunna åtnjuta de rättigheter konvention 98 innefattar.[399]

Det går alltå inte att undanta arbetstagare från ett kollektivavtals tillämpningsområde därför att det företag de arbetar för kan bevisa sin oförmåga att betala löneökningarna.[400] Det går heller inte att undanta vissa fysiska områden från konventionens tillämpning. Rättigheterna som

[397] Collective Agreements Recommendation (nr 91) år 1952, Konventionen om arbetstagarrepresentanter nr 135 år 1971, Rekommendationen om frivillig förlikning och skiljedom nr 92 år 1951, Konventionen om offentligt anställda nr 151 år 1978, Rekommendation om offentliganställda nr 159 år 1978, Konventionen om kollektiv förhandling nr 154 år 1981, Rekommendationen om kollektiv förhandling nr 163 år 1981,

[398] Se t.ex. Digest 1996, p. 915–923.

[399] Om omfattningen se s. 177 f.

[400] EK, sess. 71, 1985, Brazil, s. 216.

artiklarna formulerar skall även kunna åtnjutas i frihandelszoner och liknande.[401] Inte heller får arbetstagare på danska skepp utan hemvist i Danmark undantas från danska kollektivavtal.[402]

6.3.5.3 Vem skall få förhandla?

Det är i första hand fackföreningar som tillerkänns kapaciteten att förhandla kollektivt.[403] Det är inte tillåtet att ge oorganiserade arbetstagargrupper rätt att förhandla kollektivt på bekostnad av representativa fackföreningars möjlighet att förhandla. Det anses stå i strid med främjandekravet.[404] En lag som tillät oorganiserade arbetstagare att sluta kollektivavtal när fackföreningarna inte representerade mer än en tredjedel av de anställda ansågs oacceptabel. FFK angav att direkt förhandling med oorganiserade arbetstagare och därigenom förbigå representativa fackföreningar där sådana finns kan stå i motsättning till principen om att förhandlingar med *fackföreningar* skall främjas och uppmuntras. FFK erinrade om att ILO-rekommendation 91 *betonade* fackföreningarnas roll som ena parten i förhandlingen. Regeringen uppmanades att ändra lagstiftningen så att den blev förenlig med dessa principer.[405]

Att arbetstagarparten skall kunna agera fritt och oberoende av arbetsgivaren vid kollektiv förhandling är ett oundgängligt element i föreningsfriheten. Det är fackföreningar som skyddas mot otillbörlig inblandning i sin verksamhet av arbetsgivarparten genom artikel 2 i ILO-konvention 98 och av de offentliga myndigheterna genom artikel 3 och 10 ILO-konvention 87. Det är därför som fackföreningarnas möjlighet att förhandla kollektivt gynnas. I vissa länder är dock inte fackföreningsrörelsen så välutvecklad och fackföreningar kan saknas på många arbetsplatser. I dessa fall kan andra grupper av arbetstagare förhandla med arbetsgivaren. Det tycks dock inte som om EK anser att rätten för sådana grupper att förhandla kollektivt när fackliga representanter saknas är skyddad av ILO-konventionerna 87 och 98.[406] EK har nämligen ingen synpunkt på att

[401] EK, sess. 78, 1991, Bangladesh, s. 251. EK, sess. 78, 1991, Dominican Republic, s. 258.

[402] EK, sess. 78, 1991, Denmark, s. 257.

[403] Digest 1996, p. 785–788. EK, sess. 80, 1993, Costa Rica, s. 185.

[404] FFK, Case 2107, Chile, Report 325, 2001, p. 237. EK, sess. 89, 2001, Swaziland, s. 388. Se också Bartolomei de la Cruz m.fl., s. 218–219.

[405] FFK, Case 2046, Colombia, Report 322, 2000, p. 138 och 143.

[406] Däremot så nämns sådan förhandling i rekommendation nr 91 och i Konvention nr 154 artikel 3:2. Enligt konvention 154 artikel 3:1–2 kan konventionens begrepp kollektiv förhandling omfatta förhandling med vissa andra arbetstagarrepresentanter än fackliga, dvs. sådana som definieras i ILO-konvention 135 artikel 3b, om man så bestämmer nationellt genom lagstiftning eller praxis. De fackliga föreningarnas ställning

arbetstagarrepresentanter inte ges rätt att förhandla med arbetsgivaren när fackföreningar saknas.[407]

För fackföreningarna är dock kapaciteten att förhandla kollektivt en mycket viktig del av verksamheten. EK och FFK understryker den vikt som de fäster vid principen om att arbetsgivare i kollektivt förhandlingssyfte skall erkänna organisationer som representerar de arbetstagare de har anställda.[408] Om en fackförening uppfyller kraven för att erkännas som representant för arbetstagarna i förhandlingshänseende men ändå inte erhåller detta erkännande av arbetsgivaren skall staten genom lämpliga medlingsförfaranden söka förmå arbetsgivaren att erkänna fackföreningen för förhandlingsändamål. Lyckas inte staten med sina ansträngningar anser FFK att situationen "constitutes a flagrant violation of Article 4 of Convention 98".[409] I det aktuella fallet hade fackförening sökt uppnå erkännandestatus i domstol och FFK hoppades att utgången av målen skulle vara förenliga med principerna för kollektiv förhandling. Det tycks således som om då en fackförening uppfyller kraven för att erkännas som förhandlingsrepresentant med ändå inte erkänns som sådan av arbetsgivaren så övergår ansvaret för erkännandet på staten. Antingen skall staten genom medlingsförfaranden förmå arbetsgivaren att leva upp till sina rättsliga krav eller så skall fackföreningen kunna utkräva ett erkännande i domstol.

Rätten att förhandla kollektivt skall garanteras på alla nivåer. Både federationen och konfederationer skall kunna förhandla samtidigt som också möjligheter måste finns att förhandla på lägre, arbetsplatsnivå.[410] Myndigheterna skall inte bara *avstå från inblandning* utan också avlägsna varje hinder som kan begränsa det fria slutandet av kollektivavtal *på olika nivåer*.[411] Parterna skall själva bestämma vilken nivån de vill förhandla på.[412] Det står således en part fritt att vägra förhandla på viss nivå.[413]

---

får genom utnyttjandet av förhandling med andra representanter inte undergrävas. I detta avseende finns ingen indikator som tyder på att övervakningsorganen skyddar sådan förhandling genom ILO-konventionerna 87 och 98. Däremot tillåts den om den inte undergräver fackföreningarnas ställning.

[407] EK, sess. 86, 1998, Venezuela, s. 266. Förhandling av en grupp arbetstagare som står under inflytande av arbetsgivaren kan dock aldrig skyddas av konventionerna, se Rekommendation 91 och art. 3:2 ILO-87 och art. 2 ILO-98.

[408] EK GS 1983, p. 296. Digest 1996, p. 821, 823, 824. FFK, Case 1996, Uganda, Report 316, 1999, p. 667.

[409] FFK, Case 1996, Uganda, Report 316, 1999, p. 667. Se också FFK, Case 1852, UK, Report 309, 1998, p. 337.

[410] EK GS 1983, p. 297. EK GS 1994, p. 249. Digest 1996, p. 851–853.

[411] EK, sess. 79, 1992, Nicaragua, s. 276.

[412] EK, sess. 72, 1986, Indonesia, s. 210. EK GS 1994, p. 249. EK, sess. 83, 1996, Peru, s. 215.

[413] Digest 1996, p. 852.

De samordningssvårigheter som förhandling på olika nivåer kan generera är en fråga parterna får hantera.[414]

Trots att den kollektiva förhandlingen måste betraktas som en av fackföreningens viktigaste uppgifter har övervakningsorganen accepterat undantag från huvudregeln att alla fackföreningar skall ha rätt att förhandla inom sin enhet. Den *mest representativa* fackföreningen inom en enhet kan nämligen ges en *exklusiv* förhandlingsrätt.[415] Den mest representativa fackföreningen kan då antingen förhandla för alla arbetstagare inom den aktuella enheten eller bara för sina egna medlemmar.[416] Föreningsfrihetskommittén föreslår också stundtals länder i vilka fackföreningarna har svårt att vinna erkännande för kollektiv förhandling att åtminstone majoritetsorganisationen i ett företag skall ha rätt att förhandla kollektivt.[417]

De mest representativa fackföreningarna kan ges exklusiva förhandlingsrättigheter, förutsatt att de, för att undvika varje möjlighet till partiskhet eller missbruk, utses utifrån objektiva och i förväg bestämda kriterier.[418] Kriterierna måste vara precisa och får inte lämna utrymme för godtycke.[419] FFK har accepterat kriterier kopplade till representativitet och oberoende.[420] När en bindande procedur föreskrivs för erkännandet av fackföreningar med exklusiva förhandlingsrättigheter skall utseendet göras av ett oberoende organ. Den representativa föreningen skall väljas av en majoritet av de anställda inom förhandlingsenheten. En ny omröstning skall göras efter viss period om en fackförening som inte åtnjöt majoritet vid förra omröstningen vill. En helt nybildad eller nyetablerad organisation skall få begära omröstning efter en rimlig tid.[421] Omröstningar skall alltid hållas vid tvivel om vilken fackförening arbetstagarna önskar skall representera dem.[422]

Avseende lagstiftning som begränsar erkännande av fackföreningar till sådana som har medlemmar eller stöd av fler än femtio procent inom en förhandlingsenhet (absolut majoritet), så har EK påmint om att om ingen uppfyller de erforderliga kraven på över femtio procent kan inte de fackföreningar som finns helt berövas förmågan att förhandla kollektivt. Minoritetsorganisationerna skall tillsammans kunna förhandla fram kol-

[414] Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 42–43.
[415] EK, sess. 73, 1987, Turkey, s. 298. Digest 1996, p. 834. EK GS 1994, p. 239.
[416] EK, sess. 77, 1990, Jamaica, s. 241. EK, sess. 79, 1992, Ecuador, s. 267.
[417] FFK, Case 1765, Bulgaria, Report 305, 1996, p. 99.
[418] EK, sess. 56, 1971, Greece, s. 145. EK GS 1973, p. 158. EK GS 1983, p. 295.
[419] EK, sess. 56, 1971, Greece, s. 145. EK GS 1973, p. 158.
[420] FFK, Case 1980, Luxemburg, Report 324, 2001, p. 672–74.
[421] EK GS 1973, p. 158. EK GS 1994, p. 240.
[422] EK, sess. 72, 1986, Jamaica, s. 211.

lektivavtal som blir gällande på arbetsplatsen[423] eller åtminstone få förhandla för sina egna medlemmar[424] särskilt i medelstora och stora företag.[425]

Det är emellertid inte acceptabelt att koppla en fackförenings förhandlingsförmåga till för höga krav.[426] Exempel på orimliga krav är att en fackförening skall täcka minst tio procent av arbetstagarna i en viss sektor samt fler än femtio procent vid aktuell arbetsplats för att få förhandla kollektivt.[427] Kriterierna för kollektiv förhandling måste också vara klara och kunna prövas av ett oberoende organ.[428]

I vissa länder upprättas vissa organ med partsrepresentation som har ett avgörande inflytande över kollektiv förhandling. Kollektiv förhandling måste bedrivas inom dessa eller i stor utsträckning bedrivs där. I sådana organ måste de mest representativa fackföreningarna representeras. Ibland händer det att de villkor, som anges i lagstiftningen för att få delta i sådana förhandlingsorgan, kan hindra den mest representativa fackföreningen inom viss bransch från att upptas i förhandlingsorganet. På denna punkt är EK av uppfattningen att kriterierna som fastställs i lag måste möjliggöra för den mest representativa fackföreningen att delta i den kollektiva förhandlingen.[429]

6.3.5.4 Vad innebär det att ha rätt att förhandla?

Om en fackförening har rätt att förhandla innebär det att fackföreningen kan förhandla och sluta ett avtal med en arbetsgivarrepresentant som får vissa rättsverkningar.[430] Enligt konventionen har regeringen ingen skyldighet att göra kollektiv förhandling obligatorisk.[431] En lag som tvingar alla arbetsgivare och fackföreningar verksamma på arbetsplatser med fler än 21 anställda att förhandla kollektivt anses dock vara förenlig med artikel 4 inom ramen för dess föreskrivande av uppmuntran och främjande av det fulla utvecklandet av kollektiv förhandling.[432]

[423] EK, sess. 88, 2000, Venezuela, s. 262.
[424] EK GS 1973, p. 161. EK, sess. 68, 1982, Trinidad and Tobago, s. 147. EK GS 1983, p. 295. EK GS 1994, p. 241. EK, sess. 89, 2001, Swaziland s. 388. EK, sess. 88, 2000, Lebanon, s. 243.
[425] EK, sess. 88, 2000, Colombia, s. 227.
[426] EK GS 1994, p. 238.
[427] EK, sess. 73, 1987, Turkey, s. 298. Se om liknande krav; EK, sess. 65, 1979, Indonesia, s. 165.
[428] EK, sess. 47, 1963, Ghana, s. 111.
[429] EK GS 1983, p. 300. FFK, Belgium, Case no 918, 197th report, 1979, p. 161. EK GS 1994, p. 245.
[430] Se s. 194 f.
[431] EK GS 1973, p. 156.
[432] FFK, Case 2149, Romania, Report 328, 2002, p. 581, 582.

Enligt huvudregeln kräver inte artikel 4 att arbetsgivaren skall göras skyldig att inträda i förhandlingar om fackföreningen så påkallar.[433] FFK har emellertid kommenterat situationer där offentliga parter valt att inte förhandla kollektivt med sina arbetstagare. FFK betonade att prioritet skall ges till kollektiv förhandling som medel att lösa tvister rörande avgörandet av anställningsvillkoren för offentliganställda. Det ansågs därför stå i strid med artikel 4 att en regering antog en lag som innefattade arbetsvillkor för vissa offentliganställda i stället för att förhandla kollektivt.[434] När vissa kommunala myndigheter vägrade att förhandla med fackföreningar så uppmanade FFK parterna att förhandla och göra allt som var möjligt för att nå ett avtal. Regeringen uppmanades att aktivt främja förhandling.[435]

Även inom den privata sektorn har FFK ålagt en stat att söka förmå part att förhandla. När ett företag under nästan 10 år vägrat att förhandla kollektivt med en representativ fackförening uppmanades regeringen att vidta åtgärder för att tillse att företaget skulle inleda förhandling.[436] Åberopande av kommande omstruktureringar som förklaring till oviljan att förhandla utgjorde inte en legitim orsak till att vägra förhandla med den mest representativa fackföreningen. FFK ansåg att när företaget vägrade att förhandla kollektivt med den mest representativa fackföreningen kränkte det därmed dennes fackliga rättigheter.[437]

Det tycks alltså som om arbetsgivare måste uppvisa giltiga skäl när förhandling vägrats under lång tid. Dessutom tycks det som om offentliga arbetsgivare har en skyldighet att prioritera förhandling när det gäller beslut som berör arbetsförhållandena.

När det gäller förhandlingens innehåll så anser EK att det är viktigt att både arbetsgivare och fackförening förhandlar i god tro ("in good faith") och strävar efter att nå ett avtal, särskilt inom offentlig sektor och inom oumbärliga samhällsfunktioner där arbetstagarna inte får strejka.[438] FFK har också betonat den vikt den fäster vid parternas skyldighet att förhandla i god tro.[439]

Det anses emellertid naturligt att varje kollektiv förhandling medför

[433] EK, sess. 78, 1991, UK, s. 290–291. Digest 1985, p. 614. Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 40. Jfr Betten, International Labour Law, s. 103–104.
[434] FFK, Case 2110, Cyprus, Report 325, 2001, p. 265.
[435] FFK, Case 2050, Guatemala, Report 327, 2002, p. 598.
[436] FFK, Case 2012, Russian federation, Report 324, 2001, p, 908.
[437] FFK, Case 2012, Russian federation, Report 318, 1999, p. 423, 424.
[438] EK GS 1994, p. 243.
[439] Digest 1996, p. 814. FFK. Case 1873, Barbados, Report 307, 1997, p. 98.

att parterna positionerar sig till följd av olika förhandlingsstrategier. Dessa kan stundtals leda till anklagelser om förhandling i ond tro eller om antifackliga attityder.[440] Frågan om parterna intar en medgörlig eller en kompromisslös attityd gentemot varandra är en fråga som rör förhandlingen mellan dem och kan inte prövas av FFK. Både arbetsgivare och fackförening skall dock förhandla i god tro genom att göra allt de kan för att nå ett avtal.[441] FFK anser inte att kravet på att förhandla i god tro och kraven på att göra allt man kan för att nå ett avtal är uppfyllt när förhandlingen består i att två möten hölls inom loppet av en vecka rörande en så viktig fråga som införandet av "a National Health Scheme" som skulle beröra arbetsvillkoren för 4 000 anställda inom den statliga hälsosektorn. Den lag som antogs i stället inlämnades av regeringen till parlamentet tre veckor efter det att förhandlingen inleddes med fackföreningen. Under dessa omständigheter ansåg kommittén att regeringen kränkt principen om fri och frivillig förhandling enligt artikel 4.[442] Ett företag som under 10 års tid vägrat förhandla med den mest representativa fackföreningen ansågs inte ha agerat i god tro.[443]

Föreningsfrihetskommittén understryker vikten av att förhandlingarna skall vara genuina och konstruktiva vilket är nödvändigt för att skapa förtroende. För att det skall ske måste arbetstagarna och deras organisationer kunna delta på ett meningsfullt sätt. Det är därför avgörande att de har tillgång till information som möjliggör för dem att bedöma de rådande förhållandena.[444] En regering uppmanades att tillse att nationella rättsliga medel tillämpades och att därmed fackföreningar tillhandahölls relevant information för att kunna bedriva kollektiv förhandling.[445] Information rörande förhandlingsenhetens ekonomiska sits, löner och arbetsvillkor i näraliggande enheter och den allmänna ekonomiska situationen anses underlätta effektiva förhandlingar. När lagstiftningen föreskriver om tillgång till sådan information är det nödvändigt att regeringen tillser att lagstiftningen tillämpas i praktiken.[446]

För att skapa förutsättning för att parterna skall förhandla och göra allt för att nå ett avtal är det avgörande att de kan lita på att resultatet av deras ansträngningar är bindande.

[440] FFK, Case 2091, Romania, Report 324, 2001, p. 890.
[441] Digest 1996, p. 817. FFK, Case 2091, Romania, Report 324, 2001, p. 890. FFK, Case 2127, Bahamas, Report 327, 2002, p. 195.
[442] FFK, Case 2110, Cyprus, Report 325, 2001, p. 265.
[443] FFK, Case 2012, Russian federation, Report 324, 2001, p. 908.
[444] FFK, Case 2106, Mauritsius, Report 325, år 2001, p. 485, 486, 488.
[445] FFK, Case 2012, Russian federation, Report 324, 2001, p. 908.
[446] FFK, Case 2012, Russian federation, Report 318, 1999, p. 423, 424.

Att ena parten till ett kollektivavtal tillämpar andra bestämmelser än de kollektivavtalet föreskriver, även om det är under begränsad tid, kränker rätten till kollektiv förhandling såväl som principen om förhandling i god tro. Ett kollektivavtal skall ju vara bindande för parterna. Om skäl uppstår som gör det nödvändigt att tillämpa andra villkor än de som föreskrivs i avtalet så måste arbetsgivaren samråda med fackföreningen innan sådana åtgärder vidtas.[447]

Om avtalet inte följs kan part i ett land anmäla den felande parten till ett oberoende organ för prövning. Om motparten som hämnd då kan initiera straffrättsliga processer och avskeda de personer som anmält bristerna i kollektivavtalstillämpningen motverkas förutsättningar för förhandling i god tro.[448]

Inte heller de offentliga myndigheterna har rätt att av någon orsak ogiltigförklara gällande bestämmelser i ett kollektivavtal.

Den förhandling som avses är reell kollektiv förhandling där arbetstagarparten fritt skall kunna förhandla fram arbetsvillkor med arbetsgivaren.[449] Att regeringen inkluderar en arbetsgivarpart och en arbetstagarpart i en kommission som bestämmer lönenivån kan inte likställas med kollektiv förhandling.[450] Det räcker heller inte att arbetstagarpart och arbetsgivarpart konsulteras av ett juridiskt och administrativt organ som bestämmer lön och anställningsvillkor för en viss sektor under en viss period. Detta utgör inte kollektiv förhandling.[451]

6.3.5.5 Kollektivavtalet och dess rättsverkningar

Enligt artikel 4 är ett kollektivavtal ett avtal rörande arbetsvillkor som sluts mellan arbetsgivare eller arbetsgivarorganisationer, å ena sidan, samt arbetstagarorganisationer å andra sidan.[452] Kollektivavtalet skall vara bindande för dem som undertecknat det och för dem å vilkas vägnar det är slutet.[453] Arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtalet skall inte kunna inta bestämmelser i anställningsavtalet som står i strid med det som föreskrivs i kollektivavtalet. Detta gäller inte för bestämmelser som är förmånligare för arbetstagarna än de kollektivavta-

[447] EK, sess. 81, 1994, Peru, s. 284. FFK, Case 2106, Mauritsius, Report 325, 2001, p. 485, 486, 488. FFK Case 2118, Hungary, Report 327, 2002, p. 639.
[448] FFK, Case 2122, Guatemala, Report 326, 2001, p. 316, 320.
[449] EK, sess. 73, 1987, Bangladesh, s. 262.
[450] EK, sess. 73, 1987, Bangladesh, s. 262.
[451] EK, sess. 74, 1988, Pakistan, s. 204.
[452] FFK, Case 2046, Colombia, 2000, p. 138.
[453] Digest 1996, p. 818. FFK, Case 2138, Ecuador, Report 327, 2002, p. 540.

let föreskriver. Sämre villkor skall anses ogiltiga.[454] Att en lag ger en arbetsgivare rätt att ensidigt ändra innehållet i träffade kollektivavtal eller ställa krav på att de skall omförhandlas står i strid med principerna om kollektiv förhandling.[455] Expertkommittén har påpekat att kollektivavtal som tillkommit på frivillig väg efter regelrätt förhandling omedelbart skall implementeras, och att alla nödvändiga arrangemang skall vidtas för att tillse att så sker.[456] Tillämpar inte ena parten ett kollektivavtal är det regeringens ansvar att vidta åtgärder för att undersöka saken och om så befinns vara nödvändigt säkerställa att det relevanta kollektivavtalet tillämpas.[457]

6.3.5.6 Begränsningar av det förhandlingsbara området

Olika former av statliga inskränkningar och begränsningar av parternas frihet att sluta kollektivavtal anses stå i motsättning till artikel 4:s krav på främjande.

Rätten för arbetstagarorganisationerna att fritt förhandla löner och anställningsvillkor med arbetsgivare och deras organisationer är en grundläggande aspekt av föreningsfriheten. Fackföreningar måste ha möjlighet att utöva denna rätt utan att oskäligt hindras av rättsliga begränsningar.[458]

Utifrån artikel 4 framkommer att kollektivavtal sluts mellan arbetsmarknadens parter för att reglera arbetsvillkor. Att exkludera vissa områden, som har med arbetsvillkor att göra, från det förhandlingsbara området står därför i strid med artikel 4.[459] I begreppet arbetsvillkor ingår bl.a. frågor som rör anställning, uppsägning, lön, lönetillägg, bonus och arbetstid.[460] Även frågor som är kopplade till fackföreningsmedlemskapet och relationerna mellan parterna skall kunna bli föremål för kollektiv förhandling.[461] Exempelvis skall förhandling kunna omfatta strejklön,[462] insamlande av fackföreningsavgifter[463] och tillåtligheten av sympatibojkotter.[464]

[454] Se rekommendation 91 angående kollektivavtal från år 1951, p. 3.1–3.3.
[455] EK, sess. 88, 2000, Peru, s. 250. EK, sess. 89, 2001, Peru, s. 386.
[456] EK, sess. 61, 1976, Japan, s. 144.
[457] FFK, Case 2138, Ecuador, Report 327, 2002, p. 540.
[458] EK GS 1983, p. 311. Digest 1996. p. 782.
[459] EK GS 1983, p. 311.
[460] EK, sess. 59, 1974, Malaysia, s. 165. EK, sess. 61, 1976, Singapore, s. 146. Digest 1996, p. 811.
[461] Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 39.
[462] EK, sess. 86, 1998, Australia, s. 224.
[463] Digest 1996, p. 808.
[464] Digest 1996, p. 807.

EK anser att åtgärder som ensidigt vidtas av myndigheterna för att inskränka det förhandlingsbara utrymmet ofta är oförenliga med artikel 4.[465] För att bedöma sådana inskränkningar undersöks om området var föremål för fri förhandling dessförinnan och om förhandling inom dessa områden är vanlig i andra länder.[466]

Övervakningsorganen har dock accepterat att frågor som rör ledning och drift av företaget exkluderas från förhandlingsutrymmet. När omfattningen av detta utrymme beslutas är det dock viktigt att det präglas av god tro och rimlighet.[467] Lagstiftning får exempelvis inte lämna utrymme för godtycke åt individuella myndigheter att besluta om vad som kan exkluderas från det avtalsbara området därför att det berör ledning och drift av statliga företag.[468] EK anser att de områden som har *viktiga och direkta effekter på en arbetstagares anställning*, inte skall anses ligga utanför området för kollektiv förhandling.[469] Vissa frågor som rör ledning och drift av företaget berör även arbetstagarnas arbetsvillkor. EK har därför i några fall fått markera gränserna för vad som strikt kan anses utgöra ledning och drift av företaget. Tilldelning av uppgifter, befordran och utnämningar kan undantas från det förhandlingsbara området. Däremot får inte frågor som rör omplacering, avsked och återanställning undantas.[470] Som svar på att dessa frågor skulle gälla individuella och inte kollektiva rättigheter angav kommittén att även om kollektivavtal vanligen inte rör individuella fall av omplacering, avsked och återanställning så skall det vara möjligt att i kollektivavtalet avge de allmänna kriterierna och procedurerna som omgärdar sådana händelser.[471]

Tidigare ansågs det inte vara acceptabelt att inskränka förhandlingsutrymmet rörande frågor om nedskärning i företag.[472] Övervakningsorganen har dock inte fått anledning att bekräfta om sådana beslut anses ha tillräcklig koppling till arbetstagarnas anställningsvillkor för att omfatta det område som det måste kunna förhandlas om. Om man ser till tendenserna i Europa tycks det klart att det skall kunna förhandlas om

[465] EK, sess. 88, år 2000, Japan, s. 241.
[466] EK, sess. 61, 1976, Singapore, s. 145. Förarbetena till konventionen (Report IV(2) International Labour Conference, 32nd Session, 1949, p. 30, och Record of Proceedings vid samma session p. 470–471.
[467] FFK, Case 755, Japan, Report 142, 1974, para 140–141, 153 c.
[468] EK, sess. 58, 1973, Japan, s. 146,
[469] EK, sess. 61, 1976, Singapore, s. 147.
[470] EK, sess. 58, 1973, Japan, s, 146. EK, sess. 60, 1975, Japan, s. 131. EK, sess. 86, 1998, Singapore, s. 259. Se också Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 40.
[471] EK, sess. 89, 2001, Malaysia, s. 384.
[472] EK, sess. 61, 1976, Singapore, s. 145.

nedskärningar.[473] Ser man till de områden ILO-organen ansett kan förläggas utanför förhandlingens ramar blir bilden dock mer oklar.

Inom vissa sektorer kan gränsdragningar också behöva göras i förhållande till det område som de folkvalda enväldigt kan fatta beslut om. Övervakningsorganen har fått anledning att ta ställning till i vilken omfattning förhandling skall vara möjlig inom utbildningssektorn. Ett ansvarigt departement hade antagit en lag om utbildningspolitiken. Lagen fick återverkningar på skolpersonalens arbetsvillkor. FFK angav då att den *allmänna* utbildningspolitiken kunde exkluderas från det förhandlingsbara utrymmet. Regeringen uppmanades dock att samråda med de berörda fackföreningarna i aktuella frågor. Kollektiv förhandling skulle emellertid tillåtas rörande de utbildningspolitiska beslutens konsekvenser för arbetsvillkoren.[474] Den allmänna utbildningspolitiken likställdes med "the management and operation of business".[475] Fördelningen av lärares instruktionstid anses dock ha sådana konsekvenser för lärarnas arbetsförhållanden att frågan skall vara föremål för kollektiv förhandling. Regeringen uppmanades att ändra lagstiftningen så att kollektiv förhandling kunde ske inom området.[476]

Att inskränka det förhandlingsbara utrymmet är inte alltid till nackdel för arbetstagarna. En inskränkning i det förhandlingsbara området som medför en förbättring av arbetsvillkoren accepteras. Det ansågs därför acceptabelt att i lag ange att den normala arbetstiden inte fick överstiga 40 timmar per vecka. En sådan inskränkning medförde en förbättring av arbetsvillkoren och det stod parterna fritt att avtala om kortare arbetstid.[477]

6.3.5.7 Statliga intrång av ekonomiska skäl i den kollektiva förhandlingen

Stater motiverar stundtals intrång i kollektiv förhandling med att så krävs på grund av den nationella ekonomiska situationen. Man kan dela upp sådana intrång i tre grupper.

1) statliga beslut som inverkar på redan framförhandlade kollektivavtal
2) statliga framåtverkande beslut
3) statliga framåtverkande tidsbegränsade beslut under en allvarlig ekonomisk kris

[473] Jag tänker exempelvis på EG-direktiv 98/59/EG om kollektiva uppsägningar och Europarådets reviderade sociala stadga, artiklarna 21 och 29.
[474] FFK, Case 1951, Canada, Report 316, 1999, p. 223, 228a.
[475] FFK, Case 2119, Canada, Report 327, 2002, p. 253.
[476] FFK, Case 2119, Canada, Report 327, 2002, p. 254.
[477] EK, sess. 86, 1998, Portugal, s. 256.

Principen om de kollektivt förhandlande parternas autonomi erkändes allmänt av den Internationella arbetskonferensen under de förberedande diskussionerna som ledde till att ILO-konventionen nr 154 om kollektiv förhandling antogs år 1981. Det följer av denna princip att de offentliga myndigheterna skall, som en allmän regel, avhålla sig från att intervenera för att *ändra* innehållet i fritt slutna kollektivavtal.[478] Att fatta beslut som ogiltigförklarar kollektivavtal som redan trätt i kraft är *aldrig* förenligt med ILO-konvention 98.[479] Ej heller att genom lag eller vid implementering modifiera innehållet i träffade avtal.[480] Förekomsten av lönekommissioner som kan bestämma lön och andra villkor för arbetstagare genom att *ersätta kollektivavtal* står i strid med artikel 4.[481]

Att ett träffat kollektivavtals giltighet görs beroende av en myndighets eller en regerings godkännande är i allmänhet heller inte förenligt med artikel 4.[482] Krav på ett sådant godkännande accepteras bara om det avser att säkerställa att rimliga formföreskrifter följs och att kollektivavtalen inte understiger miniminormer i lagstiftningen.[483] Det är således inte acceptabelt att göra en myndighets godkännande av kollektivavtal beroende av kriterier som regeringens ekonomiska politik[484] eller ett företags produktivitet.[485] En lag som föreskriver att kollektivavtal inte får innehålla mer fördelaktiga anställningsvillkor än de som anges i lag om inte de bättre villkoren godkänts av ministern är inte förenlig med artikel 4.[486]

Under vissa *allvarligare* ekonomiska och sociala omständigheter kan för det *allmännas bästa* myndigheterna få intervenera i den kollektiva förhandlingen.[487] Sådan inblandning får dock inte vara tvingande utan bara rådgivande. Om exempelvis riktlinjer för kollektiv förhandling antas

[478] EK GS 1983, p. 312. EK, sess. 76, 1989, Argentina, s. 260.
[479] Digest 1996, p. 876–880. FFK, Case 1760, Report 294, 1994, p. 565–570, 571. EK, sess. 86, år 1998, Argentina, s. 221. Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 45.
[480] EK, sess. 86, 1998, Croatia, s. 231.
[481] EK, sess. 63, 1977, Pakistan, s. 186.
[482] EK, sess. 70, 1984, Chad, s. 180. EK, sess. 73, 1987, Egypt, s. 268. EK sess. 78, 1991, UK, s. 290. EK GS 1994, p. 251. Digest 1996, p. 869–874.
[483] EK GS 1983, p. 31. EK, sess. 71, år 1985, Chad, s. 218. EK, sess. 76, år 1989, Portugal, s. 295. EK GS 1994, p. 251. Digest 1996, p. 868, 866.
[484] EK, sess. 61, 1976, Singapore, s. 146–147. EK, sess. 63, 1977, Tanzania, s. 189. EK GS 1983, p. 311. EK sess. 73, 1987, Nicaragua, s. 289. EK, sess. 83, 1996, Iceland, s. 201–202.
[485] EK, sess. 86, 1998, Argentina, s. 220–221.
[486] EK, sess. 58, 1973, Singapore, s. 148. EK, sess. 59, 1974, Malaysia, s. 165. EK, sess. 71, år 1985, Brazil, s. 216.
[487] EK GS 1983, p. 312. EK, sess. 76, 1989, Argentina, s. 260.

av en regering så bör dessa riktlinjer ha föregåtts av samråd med berörda arbetsmarknadsparter. När parterna skall förmås att ta vissa ekonomiska hänsyn vid den kollektiva förhandlingen skall alltid övertalning föredras framför tvång. Sista ordet skall ligga hos parterna när det gäller kollektivavtalsvillkor.[488]

EK föreslår stundtals hur regeringen kan gå till väga för att förmå parterna att frivilligt ta hänsyn till vissa ekonomiska och sociala förutsättningar för det allmänna intresset. Exempelvis har det föreslagits att definitionen på de syften som anses ligga inom det allmänna intresset diskuteras ordentligt och att diskussioner bör äga rum bland alla parter på nationell nivå i ett konsultativt organ.[489]

Ett annat förslag är att i stället för att göra ikraftträdandet av ett kollektivavtal beroende av ett godkännande från en myndighet så skulle det kunna föreskrivas att kollektivavtal skall anmälas till ett regeringsorgan och träda i kraft viss tid efter det att det registrerats. Om myndigheterna anser att kollektivavtalsvillkoren står i klar motsättning till "economic policy objectives recognized as being in the public interest" så kunde kollektivavtalet hänvisas till ett lämpligt trepartsorgan för råd och rekommendation förutsatt att det slutliga beslutet vilade hos parterna.[490]

Att hota med lagstiftning om parterna ej uppnår önskat resultat, utgör mer än övertalning även om det inte kan sägas stå i direkt strid med konventionen. I stället för att hota med lagstiftning skall parterna övertalas att ta ekonomiska och sociala hänsyn för det allmänna intresset.[491]

Om en regering inte anser att lönenivån, av *tvingande* ekonomiska skäl, fritt kan förhandlas fram av parterna kan dock begränsningar uppställas. Dessa får emellertid enbart tillämpas under *exceptionella omständigheter* och i den mån det verkligen är *nödvändigt*. En sådan begränsning får bara tillämpas under en begränsad tid och måste åtföljas av adekvata säkerhetsgarantier rörande de berördas levnadsstandard. Sådana säkerhetsgarantier skall särskilt omfatta utsatta grupper som låginkomsttagare och arbetstagare som utsätts för systematisk diskriminering.[492]

[488] EK GS 1994, p. 252–253. EK, sess. 73, 1987, Egypt, s. 268. Digest 1996, p. 872–873.

[489] EK GS 1973, p. 167–168. EK GS 1983, p. 313. EK, sess. 77, 1990, Papua New Guinea, s. 243. EK GS 1994, p. 252.

[490] EK GS 1994, p. 253. EK, sess. 79, 1992, Nicaragua, s. 276. EK, sess. 79, år 1992, Singapore, s. 284. EK sess. 79, år 1992, Tanzania, s. 285.

[491] EK, sess. 79, 1992, Sweden, s. 256–257.

[492] EK GS 1973, p. 169. EK, sess. 65, 1979, Brazil, s. 163. EK, sess. 67, 1981, s. 139. EK GS 1983, p. 315. EK GS 1994, p. 260. Digest 1996. p. 882–883.

Sådana åtgärder kan ta sig uttryck i ett tillfälligt påtvingat uppskjutande av kollektiv förhandling med anledning av en ekonomisk stabiliseringspolitik eller upphävande av vissa löneklausuler på grund av ekonomiska svårigheter. Ingreppen får dock inte överstiga en rimlig tid.[493] I ett land upphävdes en löneklausul i ett kollektivavtal på grund av ekonomiska svårigheter under 5 månader men åtföljdes av fria förhandlingar. Detta var förenligt med artikel 4.[494] Begränsningar av denna art anses alltför utdragna när de varit gällande upp till tre år.[495] Den ekonomiska situationen skall vara särskilt allvarlig för att kunna föranleda ingrepp i den fria förhandlingsrätten. Föreningsfrihetskommittén godtar inte schablonmässigt intrång på denna grund utan undersöker om den ekonomiska situationen verkligen är tillräckligt allvarlig för att föranleda intrång i föreningsfriheten.[496]

Den här typen av begränsningar skall dock också föregås av förhandlingar med arbetsmarknadens parter i syfte att söka nå deras godkännande.[497] Ett ensidigt ingrepp får verkligen bara tas till i sista hand. Då måste dock regeringen visa att den verkligen sökt få till stånd en överenskommelse med parterna.[498]

6.3.5.8 Utsträckning av kollektivavtal

EK fick anledning att ta ställning till ett system där ett kollektivavtals tillämplighet kunde utsträckas till företag som ej deltagit i förhandlingen. *Utsträckningen* kunde göras på anmodan av en part, men med alla parter deltagande i den formella processen. Detta skedde bara då exceptionella sociala och ekonomiska omständigheter uppkom eller då legitima representanter saknades vid förhandlingen. Regeringen angav att metoden var ägnad att motverka diskriminering av anställningsvillkor i likartade sektorer och att minska effekterna av osund konkurrens. Arbetsgivarna kunde också överklaga ett administrativt beslut om utsträckning. EK ansåg att situationer var förenlig med konventionen särskilt eftersom arbetsgivarna hade rätt att överklaga vid domstol.[499]

[493] EK, sess. 65, 1979, Argentina, s. 162. EK GS 1983, p. 315.
[494] EK, sess. 72, 1986, Denmark, s. 206.
[495] EK, sess. 63, 1977, Brazil, s. 181. EK, sess. 70, 1984, Brazil, s. 178–179. EK, sess. 73, 1987, Greece, s. 272. EK, sess. 81, 1994, Brazil, s. 253. EK, sess. 81, 1994, Argentina, s. 249. Digest 1996, p. 886–887.
[496] Se t.ex. EK, sess. 72, 1986, Denmark, s. 206. FFK, Case 1470, Denmark, 1989, p. 73–75. Se mer i Nielsen & Rehof, s. 167–172.
[497] Digest 1996, para 884.
[498] EK, sess. 79, 1992, Peru, s. 282. Se också Nielsen & Rehof, s. 165.
[499] EK, sess. 71, 1985, Spain, s. 238.

6.3.5.9 Främja

Enligt artikel 4 skall åtgärder vidtas för att främja och uppmuntra kollektiv förhandling. I detta krav innefattas inte enbart ett förbud mot konkreta hinder. Vissa positiva åtgärder kan innefattas. Det gäller framförallt att skapa en rättslig miljö som gör den kollektiva förhandlingen till ett alternativ för parterna. Något krav på att införa förhandlingstvång medför dock inte artikel 4.[500] Däremot måste fackföreningarna eller åtminstone den mest representativa fackföreningen inom en förhandlingsenhet tillsammans med arbetsgivarna ha *kapacitet* att fastställa arbetsvillkor genom kollektiv förhandling och träffande av kollektivavtal med viss rättsverkan.[501]

System som anger ramarna för kollektiv förhandling kan antingen etableras genom kollektivavtal eller genom lagstiftning.[502] Det yttersta ansvarat för att maskineriet fungerar tillfredsställande ligger dock hos staten.[503]

Främjandebegreppet har ingen statisk innebörd. I många fall anger expertkommittén att regeringen måste vidta åtgärder för att främja utvecklandet och utnyttjandet av frivilliga förhandlingar utan att ge exempel på vilka åtgärder som bör vidtas. Saknas exempelvis kollektivavtal i princip helt på företagsnivå så anser EK att staten inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att främja utvecklandet och utnyttjandet av frivilliga förhandlingar.[504] EK nöjer sig inte med förklaringar om att kollektiv förhandling inte äger rum därför att fackföreningarna inte kan ena sig om hur ett särskilt förhandlingsorgan skall sättas samman. För det första betonar EK att så länge det erforderliga organet saknas skall varje fackförening ha rätt att förhandla för sina medlemmar. För det andra föreslår EK att förhandlingsorganet skall bestå av de mest representativa organisationerna inom varje grupp. Och för det tredje uppmanas regeringen att snabbt lösa situationen eftersom det nuvarande tillståndet ger upphov till konflikter.[505]

Lagstiftning som främjar individbaserade relationer framför kollektiva relationer kan inte sägas främja kollektiv förhandling. EK uppmanar regeringen att informera om hur den tänker ändra de aktuella föreskrifterna för att göra situationen förenlig med konventionens krav.[506] Att bara

[500] Se dock föregående s. 191 f.
[501] Se s. 189.
[502] EK GS 1959, p. 99.
[503] EK GS 1969, p. 43. EK GS 1973, p. 149.
[504] EK, sess. 71, 1985, Singapore, s. 237–38. EK, sess. 75, 1988, Singapore, s. 210.
[505] EK, sess. 71, 1985, Malta, s. 232. EK, sess. 73, 1987, Malta, s. 286.
[506] EK, sess. 86, 1998, Australia, s. 223. EK, sess. 88, 2000, Australia, s. 223–224.

tillåta förekomsten av kollektivavtal vid sidan av andra alternativ i stället för att främja och uppmuntra utnyttjandet av kollektivavtal uppfyller inte konventionens krav.[507]

Att tillåta arbetsgivare att erbjuda arbetstagare bättre arbetsvillkor om de avstår från att låta sig representeras av en fackförening i kollektiv förhandling och i stället förhandlar individuellt med arbetsgivaren ansågs stå i strid med främjandekravet i artikel 4.[508]

Expertkommittén har också stundtals givit förslag på allmänna åtgärder som kan främja utvecklandet och utnyttjandet av frivilliga förhandlingar. I en översikt konstaterar EK att vissa regler och viss praxis kan underlätta förhandlingar och bidra till att främja kollektiv förhandling. Exempelvis antagandet av processregler ägnade att förbjuda bruket av att arbetsgivarna förbigår fackföreningarna och i stället förhandlar med andra parter. Arrangemang kan också vidtas för att underlätta för parternas, särskilt arbetstagarnas, tillgång till viss information, rörande t.ex. den ekonomiska situationen inom förhandlingsenheten, löner och arbetsvillkor i angränsande enheter, eller den allmänna ekonomiska situationen.[509] Sverige och MBL anges som exempel.

Även medlings- och förlikningsmaskinerier kan ingå i ett maskineri som är ägnat att med alla upptänkliga medel stimulera fri och frivillig kollektiv förhandling mellan parterna samtidigt som de ges största möjliga autonomi. Detta uppnås då ett rättsligt ramverk eller en administrativ struktur etableras som parterna kan anlita på frivillig basis och i ömsesidigt samförstånd, för att underlätta slutandet av ett kollektivavtal. Erfarenhet visar enligt EK att bara inblandning av en neutral, oberoende tredje part, som parterna har förtroende för ofta räcker för att bryta ett dödläge som parterna inte själva förmår bryta. EK betonar dock att medlingsförfaranden på intet sätt får användas på ett sätt som begränsar strejkrätten.[510]

Vissa föreskrifter kan direkt motverka förekomsten av frivillig förhandling. Ett exempel är krav på att en absolut majoritet av berörda arbetstagare genom hemlig omröstning måste godkänna kollektivavtal.[511]

Som synes finns återkopplingar till främjandekravet i de tidigare behandlade aspekterna. Varje statligt betingat hinder står i motsättning till främjandekravet. De mer aktiva konkreta åtagandena artikeln medför

[507] EK, sess. 88, 2000, Australia, s. 223–225.
[508] FFK, Case 1852, UK, Report 309, 1998, p. 337, 341.
[509] EK GS 1983, p. 302. Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 37.
[510] EK GS 1994, p. 247.
[511] EK, sess. 71, 1985, Uruguay, s. 241.

omfattar ett etablerande av ett rättsligt maskineri som gör det möjligt för fackföreningar att förhandla kollektivt och sluta bindande kollektivavtal. Rättssystemet skall utformas så att det blir attraktivt för parterna att inträda i förhandling. Vad detta innefattar varierar från fall till fall. Kollektivavtal skall i varje fall inte kunna sättas åt sidan av individuella avtal.

6.3.5.10 Strejk och artikel 4

Strejkrätten fyller en mycket viktig funktion för arbetstagarnas möjlighet att få gehör för sina krav i den kollektiva förhandlingen. Strejkrätten som sådan åtnjuter dock ett ytterst begränsat skydd i ILO-konvention 98 artikel 4. Strejkrätten härrör från artiklarna 3 och 10 i ILO-konvention 87. Stundtals nämns dock strejkrätten av övervakningsorganen i samband med kommentarer rörande ILO-konvention 98 artikel 4. Det rör sig då i regel om tvångshänvisning av konflikter till bindande skiljeförfarande. Sådant agerande berör både möjligheten att förhandla kollektivt och rätten att vidta stridsåtgärder. Att i vissa fall tvinga in parterna i bindande skiljeförfaranden, kan enligt EK stå strid med artikel 4 i ILO-konvention 98.[512]

6.3.5.11 Pådyvlade bindande förlikningsförfaranden

I allmänhet anser EK att det står i strid med konventionen om part i en intressekonflikt[513] kan tvingas in i ett bindande förlikningsförfarande om myndigheterna eller bara ena parten så begär. Ett sådant förfarande karaktäriseras av att parterna tvingas in i ett konfliktlösningsmaskineri vars lösning är bindande för dem.[514] Några undantag har dock accepterats av övervakningsorganen. Exempelvis då arbetstagarpart kan inleda ett sådant förfarande för att få till stånd ett första kollektivavtal. Undantaget medges eftersom erfarenhet visar att det första kollektivavtalet ofta är det svåraste steget för att få till stånd ett sund förhandlingsrelation.[515] Undantag görs också vid en akut nationell kris, för konflikt rörande offentliganställda som utför maktbefogenheter i statens namn och för

[512] EK, sess. 73, 1987, Turkey, s. 298. Se också Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles Concerning the Right to Strike, s. 28.
[513] EK GS 1994, p. 255. För lösning av rättskonflikter rörande innehållet i kollektivavtalet accepteras också bindande skiljeförfaranden om kollektivavtalet så föreskriver. Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 44.
[514] EK GS 1994, p. 256.
[515] EK GS 1994, p. 257.

arbetstagare som utför oundgängliga samhällsfunktioner.[516] Dessutom kan undantag medges i en konflikt där det är uppenbart att någon lösning inte kommer att äga rum om inte myndigheterna blandar sig i.[517] Det är dock i högsta grad tillrådligt att parterna skall ges varje möjlighet att förhandla kollektivt, under en tillräcklig period, med hjälp av oberoende hjälpaktörer (medlare, förlikningsmän) och maskineri och procedurer utformade för att underlätta kollektiv förhandling.[518] Utifrån utgångspunkten att ett förhandlat avtal, även om det är otillfredsställande, är att föredra framför en påtvingad lösning, så skall parterna alltid ha möjlighet att frivilligt återgå till förhandlingsbordet, vilket innebär att oavsett konfliktlösningsmekanismernas utseende så skall de inkludera en möjlighet att avbrytas om parterna vill återuppta förhandlingar.[519]

[516] EK, sess. 82, 1995, Sudan, s. 251. Digest 1996, p. 515, 860–861. EK, sess. 88, år 2000, Norway, s. 247. Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 44.
[517] EK GS 1994, p. 258. Gernigon, Adero & Guido, ILO-principles concerning collective bargaining, s. 44.
[518] EK GS 1994, p. 259.
[519] EK GS 1994, p. 259.

7 Den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter

7.1 Inledning och tolkning

I artikel 22 i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (IKMPR) anges att;

> "1. Envar skall äga rätt till föreningsfrihet, däri inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen.
> 2. Utövandet av denna rättighet må ej underkastas andra inskränkningar än sådana som är angivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten, den allmänna ordningen ("ordre public"), för skyddande av den allmänna hälsovåden eller sedligheten eller av andra personers fri- och rättigheter. Denna artikel förhindrar ej att för medlemmar av de väpnade styrkorna och polisen lagliga inskränkningar må göras i deras utövande av denna rättighet.
> 3. Intet i denna artikel skall tillåta stat, som biträtt Internationella arbetsorganisationens konvention år 1948 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, att stifta lag som inskränker, eller tillämpa lagen på sätt som inskränker, det genom sagda konvention tillförsäkrade skyddet."

I konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter är den fackliga föreningsfriheten insprängd i den allmänna föreningsfriheten.[1] Syftet med att uttryckligen skydda rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar i konvention om medborgerliga och politiska rättigheter trots att man var klar över att den också skulle skyddas i konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, var att man ville framhålla att den fackliga föreningsfriheten var såväl en medborgerlig som en social

[1] År 1952 antog MR-kommissionen det brittiska förslag som inkluderade rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen E/CN.4/SR.326, p.4 och 5. Se i M.J.Boussuyt "Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political rights, s. 426 (hädanefter Guide).

och ekonomisk rättighet.[2] Detta kom till uttryck genom att syftet med det fackliga förenandet fick en mycket allmän formulering, "för att skydda *sina* intressen". Denna allmänna intressebeskrivning, som ju också återfinns i FN:s allmänna förklaring, valdes medvetet i kontrast till den andra FN-konventionens där det angivna syftet var att skydda ekonomiska och sociala intressen. Därigenom ansåg man sig betona att fackföreningar också måste kämpa för medlemmarnas medborgerliga (civila) rättigheter såväl som för deras sociala och ekonomiska intressen.[3] Vad som innefattas i begreppet medborgerliga rättigheter framkommer inte av förarbetena. Man skulle kunna tänka sig att man avsåg att värna arbetstagarnas yttrandefrihet och personliga integritet, avvärjande av tvångsarbete och rätt till mötesfrihet. Det finns anledning att påpeka att det just är syftet med *sammanslutandet* i fackföreningen som måste avses med frasen "för sina intressen" och inte de medborgerliga rättigheter som naturligtvis fackliga medlemmar åtnjuter liksom alla andra människor. Sammanfattningsvis medför artikel 22 att envar skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina medborgerliga, sociala och ekonomiska intressen.[4]

Att utifrån praxis fastställa innebörden av den fackliga föreningsfriheten i artikel 22 är inte lätt. Någon allmän kommentar om föreningsfriheten har MR-kommittén inte antagit. Det är mycket få enskilda klagomål som inkommit till MR-kommittén, enligt det fakultativa protokollets ordning, som rört den fackliga föreningsfriheten. Den praxis som finns är MR-kommitténs publicerade kommentarer som härrör från granskningen av staternas nationella rapporter. Före år 1992 utgjorde dessa kommentarer snarast dialoger mellan kommittén och den rapporterande staten. Kommittén ställde frågor och staten svarade. Kommittén värderade sällan svaren. Från och med år 1992 började MR-kommittén strukturera sina kommentarer i s.k. "concluding observations" som hela kommittén antog. I dessa skulle konkreta tillkortakommanden anges. MR-kommittén har emellertid inte varit särskilt utförlig när det gällt den

[2] GAOR 10th session A/2929, kap. VI, p. 146.
[3] GAOR 10th session A/2929, kap. VI, p. 147.
[4] Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 1993, s. 385. Nowak har gjort ett försök att definiera den medborgerliga aspekten i föreningsfriheten i kontrast till dess politiska sida. Nowak anger att dess medborgerliga sida "grants protection against arbitrary interference by the State or private parties when, for whatever reason and for whatever purpose, an individual wishes to associate with others or has already done so". Den allmänna föreningsfriheten spelar både en politisk och medborgerlig roll. Dess fackliga aspekt avser dock enligt Nowak att tillvarata en medborgerlig dimension vilket innebär att friheten att sluta sig samman inte får kränkas.

fackliga föreningsfriheten. I den mån kritik förekommer använder jag den som tolkningsdata. Kommittén ger också frekvent uttryck för sin oro över vissa situationer. Det som föranleder kommitténs oro och det som diskuteras i de tidiga dialogerna ger en bild av kommitténs syn på innehållet i artikel 22. När så anses lämpligt använder jag dessa dialoger och orosuttryck som tolkningsindikatorer.[5]

7.2 Godtagbara inskränkningsgrunder

Artikel 22:2 anger på vilket sätt och av vilka skäl artikel 22:1 kan inskränkas. De godtagbara inskränkningsgrunderna i artikel 22:2 är; den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten, den allmänna ordningen ("ordre public"), skyddandet av den allmänna hälsovården eller sedligheten eller av andra personers fri- och rättigheter. För att uppfylla den nationella säkerheten kan en förening förbjudas som hotar en nations säkerhet. Det är framförallt militära och politiska hot som avses. Begreppet nationell säkerhet avses att tillämpas vid aktiviteter som utgör ett omedelbart hot mot en nations själva existens.[6] Den allmänna säkerheten tar sikte på skydd av enskildas säkerhet av både fysisk och psykisk natur. Strejker som lamslår sjukvården skulle kunna förbjudas på denna grund.[7] Den allmänna ordningen kan åberopas när grundläggande moment i ett samhälles funktion är hotat.[8] När det gäller begreppet andras fri- och rättigheter så tycks det inte som om bara mänskliga rättigheter avses utan också andra rättigheter som tillkommer enskilda. Fackliga aktiviteter kan inkräkta på exempelvis arbetsgivares och andra arbetstagares rättigheter.[9]

Det framgår vidare av ordalydelsen att alla inskränkningar skall anges i lag.[10] Därutöver måste inskränkningen vara nödvändig i ett demokra-

[5] Om dessa källor som tolkning, Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 1993, s. XXIV.

[6] Alston & Quinn, s. 212 not 238, som citerar Lockwood, Finn och Jubinsky. Deas, at 177, se också Limburgprinciperna, p. 62–63.

[7] Nowak, UN Covenant, s. 394–395, 380–383.

[8] Limburgprinciperna, p. 66, 68. Begreppet allmän ordning har dock varit föremål för intensiv debatt både i förarbetena och inom doktrinen se: UN Doc A/2929 p. 113, p. 132, om yttrandefrihet, p. 143 om församlingsfrihet, Schwelb, s. 115, se Humphrey, Political and Related Rights, s. 185. I praktiken har begreppet inte medfört några särskilda problem utan kan beskrivas som jag ovan gjort.

[9] Se Nowak, UN Covenant, s. 396

[10] Se s. 295 om Europakonventionens definition. Se också Nowak, UN Covenant, s. 394, 208–209. Alston & Quinn, s. 211.

tiskt samhälle. Detta innebär att inte varje inskränkning som vidtas i syfte att skydda exempelvis den nationella säkerheten är förenlig med artikel 22:2. Avseende nödvändighetskriteriet anger kommittén att begränsningar bara kan tillämpas för de syften som de avser att tillvarata och dessutom måste de relatera direkt till dessa syften. Begränsningen måste också vara proportionell mot detta särskilda syfte.[11] Det innebär att ingreppets omfattning måste visas vara absolut nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.[12]

Enligt artikel 22:2 anges dessutom att inskränkningen skall vara nödvändig i ett *demokratiskt samhälle*. Demokratitillägget skulle kunna hänföras till föreningsfrihetens särskilda betydelse för en demokrati. Därigenom kan man anta att staten måste iaktta ytterligare försiktighet när inskränkningar i föreningsfriheten beslutas. Nowak påpekar att trots att de minimikrav som måste upprätthållas i en demokrati är lägre ställda i ett internationellt instrument än i exempelvis Europakonventionen så bör vissa hållmärken som utvecklats av Europadomstolen också vara tillämpliga rörande artikel 22:2 IKMPR. Dessa är pluralism, tolerans och "broadmindness".[13] Begränsningar får heller inte urholka rättigheten. Inskränkningar får heller inte införas av diskriminerande skäl eller tillämpas på ett diskriminerande sätt.[14]

I artikel 22:2 sista meningen anges att artikeln inte förhindrar att lagliga inskränkningar i föreningsfriheten görs för personer verksamma inom de väpnade styrkorna och polisen. I förarbetena angavs emellertid att dessa gruppers föreningsfrihet *inte* helt kunde utgå. Frasen syftade däremot till att göra det möjligt att begränsa dessa gruppers val av fackföreningar och den omfattning i vilken de kunde engagera sig i fackliga *aktiviteter*. Ett förslag att också inkludera den statliga förvaltningen i denna mening antogs inte. De allmänna möjligheter att inskränka föreningsfriheten som artikeln tillhandhöll ansågs vara tillräckliga för att skydda de intressen som offentliganställdas föreningsfrihet skulle kunna komma i konflikt med.[15, 16]

[11] The Right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18): 30/07/93. CCPR GC 22, p. 8 Denna fras är med största sannolikhet också tillämplig på nödvändighetskriteriet i artikel 22. Under förarbetena framkom att inskränkningsgrunderna skulle ha en likartad utformning, UN Doc A/2929, p. 112.

[12] Nowak, UN Covenant, s. 379, 394.

[13] Nowak, UN Covenant, s. 378–379.

[14] The Right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18), 30/07/93. CCPR GC 22. p. 8. Se liknande men mer kortfattade resonemang i den allmänna kommentaren om yttrandefriheten, Freedom of Expression (Art. 19): 29/07/83. CCPR GC 10.

[15] UN Doc A/2929, kap. VI, p. 151, Nowak, UN Covenant, s. 398.

[16] Se också kap 7.6.

Kommittén har ifrågasatt hur vissa inskränkningsgrunder i de nationella systemen kan anses överensstämma med de godtagbara skäl som konventionen anger.[17] I ett fall har kommittén rekommenderat staten att se över de i lag angivna begränsningarna av bland annat föreningsfriheten för att säkerställa att de tillåtna begränsningarna av denna frihet överensstämmer med de begränsningar som anges i artikel 22:2 i konventionen.[18]

7.3 Vem skall skyddas?

Utgångspunkten är att *envar* skall ha rätt till facklig föreningsfrihet.

När det gäller frågan om bara yrkesverksamma personer har rätt att ansluta sig till och bilda fackföreningar eller om även arbetssökande och pensionärer omfattas är svår att svara på rörande en artikel som tillhandahåller envar den övergripande rättighet artikeln avser att tillvarata. Vilka som skall ha rätt att bilda och ansluta sig till just fackföreningar har inte ägnats särskilt mycket utrymme. När kommittén kommenterat bristfälliga situationer har de oftast rört arbetstagare utan närmare definition.[19] I ett fall har emellertid kommittén angivit att även personer som är involverade i arbetsmarknadsåtgärder (workfare) skall ha rätt att ansluta sig till fackföreningar.[20] Dessa personer är ju onekligen arbetssökande som är involverande i en arbetsliknande situation. Det är dock troligt att det är utförandet av arbetet som föranlett kommitténs påpekande och ur detta kan inget om arbetssökandes situation egentligen utläsas.

Yrkesgrupper får inte förvägras den fackliga föreningsfriheten. Kommittén har vid ett antal tillfällen fått anledning att påpeka att offentliganställda inte får förvägras den fackliga föreningsfriheten.[21] Kommittén har också fått anledning att ifrågasätta varför inte sjömän har föreningsrätt.[22] Ett totalt förbud av dessa gruppers föreningsfrihet är inte förenligt med artikel 22. Det hindrar emellertid inte att dessa gruppers fackliga föreningsfrihet kan inskränkas i förenlighet med artikel 22:2.

[17] Se t.ex. CO Germany 08/11/96. CCPR/C/79/Add.73 para 18, GAOR HRC 1982 A/37/40 Marocko, p. 149.
[18] CO Libyan Arab Jamahiriya. 23/11/94. CCPR/C/79/Add.45. p. 18.
[19] Se t.ex. CO Georgia 01/04/97. CCPR/C/79/Add.75, p. 21, 33.
[20] CO Canada 07/04/99. CCPR/C79/Add.105, p. 17.
[21] CO Republic of Korea 01/11/99 CCPR/C/79/Add.114, p. 19.
CO Lebanon 01/04/97. CCPR/C/79/Add.78 para 27, GAOR HRC 1983 A/38/40 Lebanon, p. 353, GAOR HRC 1979 A/34//49 Spain, p. 201.
[22] GAOR HRC 1991 A/46/40 Madagascar, p. 556.

Det är heller inte förenligt med artikel 22 att en stat undandrar vissa fysiska områden från artikelns tillämplighet. Arbetstagare i frihandelszoner/export processzoner måste exempelvis också garanteras sina rättigheter enligt artikel 22.[23]

7.4 Förbud mot diskriminering

Rätten att utnyttja föreningsfriheten får inte inskränkas genom diskriminering av något slag. I artikel 2:1 i konventionen anges att varje konventionsstat förpliktar sig att respektera och att tillförsäkra envar, som befinner sig inom dess område och är underkastad dess jurisdiktion, de i konventionen inskrivna rättigheterna utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, egendom, börd eller ställning i övrigt.

Det är huvudsakligen utlänningars fackliga föreningsfrihet som på vissa håll begränsats. I ett fall som gällde tillträde till fackliga förtroendeposter rekommenderade kommittén regeringen att vidta alla nödvändiga åtgärder för att tillse att utländska arbetstagare skulle tillåtas inneha sådana officiella poster.[24]

7.5 Gentemot vem skall den fackliga föreningsfriheten kunna utövas?

Skyddas den enskildes fackliga föreningsfrihet bara mot statliga angrepp eller skall den enligt artikel 22 också skyddas mot angrepp av icke-statliga aktörer? Ett förslag om att föreningsfriheten och den fackliga föreningsfriheten bara skulle skyddas mot *statliga* angrepp avvisades i förarbetena.[25] MR-kommitténs synpunkter och rekommendationer angående de nationella rapporterna rör huvudsakligen statlig inblandning. Ibland berörs dock angrepp av icke-statliga aktörer. Kommittén ansåg exempelvis i ett fall att arbetstagare i små jordbruk inte erhöll tillräckligt skydd mot repressalier när de försökte bilda fackföreningar. Kommittén betonade då att staten skall *garantera* alla individer rätten att bilda och ansluta sig

[23] CO Mauritius 04/04/96. CCPR/C/79/Add.60, p. 21, 29.
[24] CO Senegal 19/11/97. CCPR/C/79/add.81, p. 16.
[25] Se i GAOR 10th session A/2929, kap. VI, p. 148.

till fackföreningar för att skydda sina intressen. Kommittén rekommenderade att staten skulle överväga att vidta åtgärder för att se över och i behövliga fall reformera arbetsrättslagstiftningen för att säkerställa arbetstagares tillgång till snabba och effektiva rättsmedel och därmed säkerställa föreningsfriheten såsom den garanteras i artikel 22 för alla arbetstagare i Costa Rica.[26]

Det tycks alltså som om staten är skyldig att tillse att arbetstagares föreningsfrihet inte kränks av privata aktörer genom att exempelvis inrätta lagar som erkänner denna rätt och koppla rättsmedel därtill.[27]

7.6 Rätten att bilda

I rätten att bilda fackföreningar ingår ett förbud för myndigheter att *försvåra eller hindra* bildandet av fackföreningar.[28] Exempelvis anses inte administrativa rutiner som måste föregå bildandet av föreningen, och som onödigt försvårar eller omöjliggör för fackföreningar att bildas, vara förenliga med artikel 22.

Kommittén har, i fall där registreringsprocessen försvårar bildandet av fackföreningar, rekommenderat staten att se över lagar, regleringar och administrativ praxis som rör registrering och aktiviteter skall så att bildandet av icke-statliga organisationer underlättas i förenlighet med artikel 22.[29] Bildandet av föreningar får heller inte förhindras genom krav på i förväg inhämtad licens och kontroll.[30]

Inte heller skall myndigheterna ha rätt att *upplösa* en fackförening utan giltigt skäl. Vad som utgör giltiga skäl har inte klargjorts. Rimligt vore dock att anta att en upplösning bara kan ske på grund av något av de skäl som anges i artikel 22:2. Kommittén har avseende föreningar i allmänhet ifrågasatt hur det kan vara förenligt med artikel 22 att upplösa en förening därför att den har ett "illicit" syfte, när dess verksamhet

[26] CO Costa Rica 08/04/99. CCPR/C/79/add.107, p. 17. Se också CO Georgia, 01/04/97. CCPR/C/79/Add.75 p. 2, 33.

[27] Nowak anger också att staten är skyldig att skydda individers utövande av sin fackliga föreningsfrihet mot intrång både av stat och av privata subjekt, Nowak, UN Covenant, s. 387, 389. Jfr dock Källströms uppfattning att FN-dokumenten bara skyddar mot statliga ingrepp i den fackliga föreningsfriheten, Art. 23, The Universal Declaration of Human Rights, s. 365, 367.

[28] Nowak, UN Covenant, s. 387.

[29] CO Belarus, 19/22/97. CCPR/C/79/Add.86, p. 19.

[30] CO Lebanon 01/04/97. CCPR/C/79/Add.78, p. 27.

endast syftar till att förändra den statliga monarkin.[31] Kommentaren gällde inte specifikt fackföreningar. De godtagbara begränsningarna i artikel 22:2 gäller dock för alla föreningar och kommentaren ger en indikation på hur kommittén resonerar. Kommentaren tyder på att vare sig fackföreningar eller andra föreningar får upplösas därför att de förespråkar en annan politisk uppfattning än makthavarnas. Förutsatt förstås att inte den politiska åsikten på något sätt skulle kunna kränka andra personers fri- och rättigheter. Gränsdragningarna i dessa avseenden är inte självklara.[32] Kommittén ställer ofta frågor om innebörden av angivna upplösningsskäl, som exempelvis vad som menas med "terroristic subversive activity", för att försäkra sig om att termerna inte missbrukas.[33] För att undvika godtyckliga beslut måste dock en upplösning kunna överklagas. Kommittén accepterar inte att upplösning eller avregistrering sker genom administrativa åtgärder som inte kan överklagas.[34]

7.7 Rätten att välja

Rätten att fritt bilda fackföreningar innefattar också en rätt att få bilda och ansluta sig till den fackförening man vill. Staten får inte begränsa friheten att bilda eller ansluta sig till fackföreningar av fritt val. Tvärtom måste staten göra det rättsligt och faktiskt möjligt för var och en att välja mellan existerande föreningar eller om ingen av dem passar bilda en ny.[35] Kommittén noterar exempelvis i ett fall med glädje att rättsliga förutsättningar för att bli av med fackföreningsmonopolet för offentliganställda antagits.[36]

Kommittén är av uppfattningen att en mångfald av fackföreningar skall vara möjlig enligt lag, enligt artikel 22.[37] Kommitténs tidiga frågor tyder på att utgångspunkten är att mångfald skall vara möjlig såväl på arbetsplats-[38] som på företagsnivå.[39]

[31] GAOR HRC 1982 A/37/40 Marocko, p. 149.
[32] Svårigheten med den här typen av gränsdragningar har framförallt uppdagats av Europadomstolen. Se Danelius, 2002, s. 341 f.
[33] GAOR HRC 1982 A/37/40 Japan p. 71, 88.
[34] CO Senegal 19/11/97. CCPR/C/79/add.81 p. 16, GAOR HRC 1988 A/43/40 Australia, p. 450, se också GAOR HRC 1980 A/35/40 Senegal, p. 214.
[35] Nowak, UN Covenant, s. 388–389.
[36] CO Gabon 18/11/96. CCPR/C/79/Add.71, p. 6.
[37] CO Brazil 16/06/96. CCPR/C/79/Add.66, p. 334.
[38] GAOR HRC 1989 A/44/40 Bolivia, p. 426. GAOR HRC 1983 A/38/40 Mexico, p. 76.
[39] GAOR HRC 1983 A/38/40 Nicaragua, p. 236.

7.8 Rätten att avstå från att ansluta sig till en fackförening

MR-kommissionen beslöt under förarbetena att inte medta meningen "No one may be compelled to join an association" i förslaget till utformning av artikeln om föreningsfrihet. Även om aspekten ansågs vara ett viktigt inslag i föreningsfriheten så kom uppfattningen till uttryck att inkluderandet av den negativa föreningsfriheten inte alltid låg i fackföreningarnas intresse.[40] Det påpekades sedan också i Tredje kommittén att paragraf 1 i artikel 22 om "rätten till friheten att förena sig med andra" klart var utformad för att tillåta envar att ansluta sig eller *avstå* från att ansluta sig, i förenlighet med vederbörandes önskemål. Detta kom särskilt tydligt till uttryck i den franska versionen "le droit de s'associer *librement* (min kursiv) avec d'autres". Det var mot bakgrund av denna diskussion som förslaget om tillägget drogs tillbaka.[41]

I doktrinen har också senare uppfattningen kommit till uttryck att användandet av begreppet frihet i artikeltexten medför att varken stat eller privatpersoner får tvinga någon vare sig direkt eller indirekt att ansluta sig till en organisation.[42]

Att staten inte får tvinga någon att ansluta sig till den typ av föreningar som skyddas i artikeln (det vills säga icke av lag eller offentliga beslut tillkoma föreningar) tycks klarlagt. Vad som gäller för organisationsklausuler är dock mer oklart. Det var ju just värnandet av fackföreningarnas intressen som gjorde att den negativa föreningsfriheten inte uttryckligen erkändes i artikeln. Nowak antar, på grund av de två instrumentens nära kopplingar att vid en prövning skulle MR-kommittén göra liknande överväganden som Europadomstolen gjorde i målet Young, James and Webster.[43]

I MR-kommitténs tidigare historia berörde vissa enskilda medlemmar "closed-shop" systemet och angav att om det i sig var förenligt med artikel 22 så skulle det kunna medföra andra olägenheter.[44] Det sätt som denna fråga ställdes på antyder att medlemmarna i MR-kommittén inte utgick ifrån att organisationsklausuler stod i strid med artikel 22. I en något senare dialog mellan MR-kommittén och Australien ställde en medlem i MR-kommittén frågor om det "closed-shop"-system som var i

[40] Se i GAOR 10th session A/2929 Kap. VI, p. 145.
[41] Third Committee GAOR 16th session, A/5000 p. 69.
[42] Nowak, UN Covenant, s. 388, Betten, International Labour Law, s. 75.
[43] Nowak, UN Covenant, s. 390. Se om målet s. 334ff.
[44] GAOR HRC 1980 A/34/40 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, p. 237.

kraft och som ledde till obligatoriskt medlemskap i viss fackförening för arbetstagare. Det faktum att arbetstagarna inte kunde göra ett eget val ansågs vara i strid med deras rättigheter enligt denna HRC-medlem som begärde mer information om systemet och om vad som rättfärdigade det. Den australiensiske regeringsrepresentanten angav att han tagit del av kommitténs ståndpunkt avseende "closed-shop" och skulle meddela sin regering detta.[45] Även om regeringsrepresentanten tycktes uppfatta det som om hela MR-kommittén ansåg att förekomsten av organisationsklausuler stod i strid med artikel 22, så indikerar det faktum att det anges att en medlem ställer viss fråga att inte hela kommittén delar den uppfattning som ligger till grund för frågan.

Kommittén undrade vid ett senare tillfälle om den danska lagen nr 285 juni 4 1982 var förenlig med artikel 22 och med ILO-konvention 87? Lagen reglerade undantag av förbudet mot avsked på grund av facklig verksamhet. Under vissa förutsättningar godtogs enligt lagen avsked av arbetstagare som inte var medlemmar i den fackförening arbetsgivare och facklig organisation i kollektivavtal bestämt att de anställda skulle tillhöra. Lagen gällde bara privat sektor.[46] Regeringen uppgavs överväga ändringar av lagen eftersom den visat sig oförenlig med vissa MR-instrument. Frågan följdes inte upp i senare kommentarer och enligt min bedömning faller lagens tillämpningsområde antagligen utanför artikel 22.

Det tycks i varje fall inte som om "closed-shop" system i sig uppenbart står i strid med artikel 22. Det verkar som om MR-kommittén under början av 80-talet var oenig i frågan och därför lämnades bedömningen utanför artikel 22. Att frågeställningen därefter inte berörts stärker denna tes. Rent principiellt kan man visserligen hävda att om staten skall ansvara för att den fackliga föreningsfriheten skall kunna tillämpas mellan arbetsgivare och arbetstagare så borde statens ansvar även utsträcka sig till att avse individers rätt att inte av andra privata subjekt tvingas in i en organisation om nu denna frihet anses ligga implicit i föreningsfriheten som sådan. Denna koppling är dock inte självklar i de internationella instrumenten.[47]

[45] GAOR HRC 1984 A/38/40 Australia, p. 153.
[46] GAOR HRC 1988 A/43/40 Denmark, p. 188–190.
[47] Jfr ILO s. 141.

7.9 Facklig aktivitet

I artikel 22 anges att envar har rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar *för att skydda sina intressen.* Innebär det att *fackliga åtgärder* som syftar till att skydda medlemmarnas intressen skyddas av artikel 22? Förarbetena ger ingen klar ledning. Staters diametralt olika uppfattningar under utarbetandet av konventionen jämkades samman i ett så neutralt språkbruk som möjligt. Man kan dock fråga sig vilken mening frasen "för att skydda sina intressen" skulle ha om inte fackföreningens aktiviteter som vidtas i syfte att skydda medlemmarnas intressen också skyddas av artikel 22.

Mänskliga rättighetskommittén har också delvis klargjort vilket skydd fackliga aktiviteter har. Utgångspunkten är att fackföreningarna liksom andra föreningar skall ha rätt att organisera sin verksamhet som de önskar. I de flesta fall räcker det med att staten *respekterar* fackföreningens rätt att fritt planera sin verksamhet. Det vill säga att staten inte interfererar med fackföreningens rätt att organisera verksamheten. En regeringen bör exempelvis inte lägga sig i *när* ett fackligt val skall äga rum.[48] Kommittén har ifrågasatt hur krav på att fackliga ledare enligt lag måste avlägga en ed inför sitt tillträde samt hur begränsningar av möjliga valbara kandidater kan vara förenliga med konventionen.[49]

I vissa fall krävs dock mer enligt artikel 22. När det gäller rätten till kollektiv förhandling som enligt kommittén omfattas av artikel 22 så räcker det nämligen inte att staten upphäver förbud mot[50] eller respekterar rätten till kollektiv förhandling.[51] Rätten till kollektiv förhandling skall *garanteras* i rättsordningen.[52] Någon närmare information om hur rätten till kollektiv förhandling skall garanteras har inte angivits. Frågan om alla fackföreningar eller bara de mest representativa skall ha rätt att förhandla kollektivt har exempelvis inte avgjorts. Kommittén har dock ställt frågan om vad som innefattas i begreppet "recognized majority union"?[53] I många länder har nämligen bara de mest representativa fackföreningarna rätt att förhandla kollektivt. Denna ordning accepteras under vissa förutsättningar enligt andra internationella instrument.[54] MR-kommittén har inte vidare kommenterat detta bruk.

[48] CO Nigeria 24/07/96. CCPR/C79/Add.65, p. 302.
[49] GAOR HRC 1979 A/34/40 Chile, p. 88.
[50] CO Chile 30/03/99. CCPR/C/79/Add.104, p. 25.
[51] CO Costa Rica 08/04/99. CCPR/C/79/add.107, p. 17.
[52] GAOR HRC 1991 A/46/40 Canada, p. 77, CO Chile 30/03/99. CCPR/C/79/Add.104. p. 25.
[53] GAOR HRC 1988 A/43/40 Trinidad Tobago, p. 77.
[54] Se s. 190 ILO och s. 268 ESS.

I den mån staten skall *respektera* den fackliga verksamheten kan man utgå ifrån att staten bara får interferera på det sätt och för att uppnå de syften som anges i artikel 22:2. Även i den mån staten åläggs att *garantera* att individen kan åtnjuta den fackliga föreningsfriheten kan denna del av rättigheten bara inskränkas enligt artikel 22:2. Har man väl fastställt att staten har ansvar för att garantera att rätten till kollektiv förhandling skall kunna utövas, så bör inskränkningar bara godtas om de uppfyller något av syftena i artikel 22:2.

7.10 Strejk

En fråga som varit föremål för skilda uppfattningar är om strejkrätten skyddas av artikel 22. Strejkrätten skyddas inte explicit i artikeln. Frågeställningen aktualiserades i MR-kommittén genom det enskilda klagomålet no 118/1982 JB et al v Canada. Fallet gällde ett förbud i lag för "provincial public employees" att strejka. De klagande som var fackliga ledare i "Alberta Union of Provincial Employees" menade att förbudet stod i strid med Kanadas åtagande enligt artikel 22.[55]

För att avgöra om klagomålet skulle upptas till sakprövning ansåg kommittén att den i första hand skulle ta ställning till om strejkrätten *nödvändigtvis* innefattades i föreningsfriheten.[56] MR-kommittén fastslog att utifrån förarbetena kunde slutsatsen inte dras att strejkrätten var en del av artikel 22.[57] Efter en jämförelse med ordalydelsen i artikel 8 i konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter kom MR-kommittén fram till att strejkrätten *inte* var del av artikel 22. Eftersom strejkrätten explicit garanterades i artikel 8 i IKESKR drog kommittén slutsatsen att strejkrätten *inte* utgjorde en implicit komponent i rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar och därmed utgjorde den inte en del av artikel 22.[58]

Beslutet att inte uppta fallet till sakprövning var inte enhälligt. Fem ledamöter slöt sig samman i en skiljaktig mening. De menande att den

[55] Communication no 118/1982 decision of 18 july, 28th session, Decision on admissibility para 1.2, (de klagande hade tidigare klagat till ILO:s föreningsfrihetskommitté som föreslog att ett tillägg till lagen skulle göras, innebärande att förbudet bara omfattade offentliganställda i "essential services". I det fall som sedan följde angav kommittén exempel på vad som inte utgjorde oundgänglig samhällsservice och nämnde då "Alberta liquid board" där de klagande arbetade. Kanada intog sedermera ett undantag av förbudet för just denna verksamhet. Se FFK, Case no 893, Report 187 1978, p. 537 och Report 204 1980, p. 184.

[56] Communication no 118/1982, Decision on admissibility, p. 6:2.

[57] Communication no 118/1982, Decision on admissibility, p. 6.3.

[58] Communication no 118/1982, Decision on admissibility, p. 6:4.

fråga som borde ha avgjort om kommittén skulle ha tagit upp fallet till sakprövning var "whether article 22 alone or in conjunction with other provisions of the Covenant necessarily excludes, in the relevant circumstances, an entitlement to strike".[59] De skiljaktiga påpekade att angivandet av rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar utgjorde en exemplifiering av den allmänna föreningsfriheten. Frasen "för att skydda sina intressen" syftade dock bara på den fackliga föreningsfriheten. De fortsatte med att konstatera att det var uppenbart att rätten att strejka inte nämndes i artikel 22 liksom heller inte andra aktiviteter som en facklig medlem skulle kunna vidta i syfte att skydda sina intressen, som att ha möten och att förhandla kollektivt, nämndes. Detta var naturligt eftersom det var den breda föreningsfriheten artikel 22 avsåg att skydda. Utövandet av den fackliga föreningsfriheten krävde dock att "some measures of concerted activities be allowed" annars skulle den inte kunna uppfylla sitt syfte. Vilka aktiviteter som var oundgängliga för utövandet av denna rättighet kunde inte räknas upp a priori utan måste avgöras utifrån dess sociala kontext och i ljuset av andra paragrafer i denna artikel.[60]

De skiljaktiga påpekade att enligt Wienkonventionen skulle hänsyn tas till syfte och ändamål med ett traktat när det tolkades. Detta ansågs särskilt viktigt att hålla i minnet när det gällde tolkningen av traktat som syftade till att främja mänskliga rättigheter. Begränsningar i utövandet av sådana rättigheter eller av kommitténs kompetens att granska en stats förbud av utövandet av denna rättighet kunde därför inte förutsättas.[61]

Att artikel 8 i konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter explicit skyddade strejkrätten kunde inte nödvändigtvis leda till att strejkrätten under alla omständigheter exkluderats i artikel 22. Konventionerna var så olika uppbyggda.[62]

Vidare påpekades att ILO:s föreningsfrihetskommitté ansåg att ett totalförbud för offentliganställda att strejka utgjorde en kränkning av artikel 10 i ILO-konvention 87. Ett totalförbud ansågs nämligen utgöra en påtaglig begränsning av fackföreningars möjligheter att främja och skydda sina medlemmars intressen. Eftersom artikel 22 också uttryckligen avsåg att skydda medlemmarnas intressen fann de skiljaktiga ingen anledning att tolka artikel 22 annorlunda än ILO när det gällde jämför-

[59] Appendix, Individual Opinion, Submitted by Mrs Higgins and Messrs. Lallah, Mavrommatis, Opsahl and Wako concerning the admissibility of communication No. 118/1982, J.B. et al. v Canada, p. 2.
[60] Individual opinion, p. 3.
[61] Individual opinion, p. 5.
[62] Individual opinion, p. 6.

bara överväganden.[63] Varför skulle ett sätt att utöva en rättighet som enligt vissa ledande och vitt ratificerade internationella instrument har angivits vara lagliga bedömas vara oförenliga med konventionen om politiska och medborgerliga rättigheter?[64]

De skiljaktiga ansåg att fallet skulle upptagits till prövning så att man efter en bedömning av fakta i målet kunde avgöra om begränsningen i de enskildas fackföreningsfrihet kunde rättfärdigas enligt artikel 22:2.[65] Enligt de skiljaktigas uppfattning kan man inte utesluta att strejkrätten skyddas av artikel 22:1. De klagande måste emellertid visa att rätten för dem i detta fall att strejka var nödvändigt för att de skulle ha möjlighet att tillvarata sina intressen. Om de lyckats visa det kan dock en inskränkning av strejkrätten ändå anses vara befogad om inskränkningen uppfyllde något av de syften som angavs i artikel 22:2. För att ta reda på det måste en prövning äga rum utgående från de specifika omständigheterna i fallet.

De skiljaktigas uppfattning har erhållit stöd i doktrinen.[66] Min uppfattning är också att deras resonemang åtminstone rörande frågan om att uppta fallet till prövning är det vars rationalitet och logik mest tycks överensstämma med konventionens. MR-kommittén har emellertid inte behandlat något ytterligare enskilt klagomål rörande strejkrätten. Majoritetens uppfattning i detta fall bör därför ha fortsatt giltighet. MR-kommittén har emellertid i sin löpande granskning av de nationella rapporterna gjort uttalanden som pekar på att de närmat sig minoritetens uppfattning i fallet J.B. et al v Canada. Innan MR-kommittén började avge sammanfattande observationer ställde medlemmar i kommittén frågor om strejkrätten. I ett fall ställdes frågan om fackföreningar har rätt att strejka[67] och i ett annat om strejkrätten var skyddad i lag.[68] Även därefter har kommittén ställt frågor om strejkrätten i samband med sina gemensamma ståndpunkter. De har uttryckt sig försiktigt. Enligt min bedömning finns det dock ingen anledning att ställa frågor kring en före-

[63] Individual Opinion, p. 7.
[64] Individual Opinion, p. 8.
[65] Individual Opinion, p. 9–13.
[66] MacGoldrick tycks anse att beslutet att inte pröva fallet var kontroversiellt och menar att den skiljaktiga meningen var viktig, eftersom det däri angavs att kommitténs uppgift var att undersöka om artikel 22 ensam eller tillsammans med någon annan bestämmelse "necessarily excludes, in the relevant circumstances, an entitlement to strike". Enligt de skiljaktigas uppfattning var det inte fallet och därför ansåg de att fallet skulle avgöras på sina meriter, McGoldrick, The Human Rights Committee, Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights, s. 166, p. 4.60. Nowak intar samma uppfattning, UN Covenant, s. 392–393.
[67] GAOR HRC 1979 A//34/40 Romania, p. 160.
[68] GAOR HRC 1979 A/34/40 Ukranian Soviet Socialist Republic, p. 265.

teelse som överhuvudtaget inte omfattas av den reglering man avser att övervaka. Särskilt när kommittén enas kring dessa frågor tillmäter jag dem betydelse.

Utformningen av kommitténs kommentarer pekar på att kommittén inspirerats av den omfattning strejkrätten har enligt ILO-konvention 87. Kommitténs frågor och kommentarer har i allmänhet koncentrerats kring de offentliganställdas strejkrätt. Dess intresse för om begränsningarna i offentliganställdas strejkrätt enbart omfattar grupper verksamma inom oundgänglig samhällsservice och som utövar maktbefogenheter i statens namn har klara samband med ILO-konvention 87. Kommittén undrar i vilken mån "civil servants" tillerkänns strejkrätt.[69] Är strejkrätten begränsad på något sätt och finns några särskilda föreskrifter angående personer anställda inom oundgänglig samhällsservice och deras strejkrätt?[70] Kommittén oroar sig över det totala strejkförbudet för offentliganställda även om de inte utöver maktbefogeheter i statens namn eller är verksamma inom oumbärlig samhällsservice, vilket skulle kunna vara i strid med artikel 22.[71] Kommitténs ordalag är dock i allmänhet mycket försiktiga. Kommittén undrar exempelvis i ett fall om det är möjligt att ta bort undantagen från strejkrätten.[72]

Kommittén har också ställt frågor om den situation som föregår strejken. Exempelvis om hur medlingsprocessen som föregår strejk är utformad[73] och om strejk kräver i förväg inhämtat bemyndigande?[74]

Av de försiktiga ordalagen kan man dra slutsatsen att frågan om artikel 22 innefattar strejkrätten inte är helt okontroversiell inom kommittén. Det tycks dock som om uppfattningen att den är en del av artikel 22 vinner allt starkare gehör.

7.11 Skydd mot antifacklig diskriminering och repressalier

I rätten att bilda och ansluta sig till en fackförening ligger ett inbyggt skydd mot att inte diskrimineras eller på annat vis behandlas orättfärdigt på grund av utövandet av denna rätt. Kommittén har huvudsakligen uppmärksammat otillbörliga *avskedanden* och ställt frågor om vilket skydd som finns mot att fackliga medlemmar avskedas[75] och vad som förhind-

[69] GAOR HRC 1990 A/45/40 Dominican Republic, p. 377.
[70] GAOR HRC 1990 A/45/40 Saint Vincent and the Grenadines, p. 260.
[71] CO Germany 08/11/96 CCPR/C/79/Add.73, p. 18.
[72] GAOR HRC 1991 A/46/40 Panama, p. 448.
[73] GAOR HRC 1989 A/44/40 Cameroon, p. 472,
[74] GAOR HRC 1983 A/38/40 Lebanon, p. 353.
[75] GAOR HRC 1990 A/45/40 Dominican Republic, p. 377.

rar diskriminerande avsked av fackliga ledare?[76] Personer får enligt kommittén inte avskedas därför att de är aktiva i fackföreningar med annan politisk uppfattning än regeringens.[77]

Ett annat diskriminerande bruk som kommittén uppmärksammat är att den centrala arbetsmarknadskommissionen vägrar att ta del av klagomål om orättvisa arbetsvillkor om arbetstagaren bär armband som visar att han eller hon är ansluten till en fackförening. Detta anses stå i strid med artikel 22.[78]

Kommittén har inte berört andra diskriminerande effekter av fackligt medlemskap och aktivitet. Det är därför oklart i vilken omfattning andra mindre ingripande negativa återverkningar är otillåtna enligt artikel 22.

Att fackligt aktiva utsätts för kränkningar av andra rättigheter i konventionen accepteras givetvis heller inte. Ett par enskilda klagomål till MR-kommittén har gällt fall där fackligt aktiva utsatts för förföljelse, arrestering, åtal, tortyr och liknande. I endast ett av dessa fall ansågs just artikel 22 kränkt.[79] I det fallet hävdade den klagande, som var offrets hustru, att det var på grund av mannens (Sergio Rubén López Burgos) aktiva deltagande i fackliga aktiviteter, han var fackföreningsledare, som han utsatts för trakasserier (harassments).[80] Han hade varit arresterad under fyra månader utan att några anklagelser riktats mot honom. Myndigheternas trakasserier fortsatte efter frisläppandet. Han flyttade då till Argentina och UNHCR ekände hans status som politisk flykting. Enligt hustrun kidnappades han den 13 juli 1976 av säkerhetsstyrkor och hölls häktad under två veckor i Buenes Aires utan att någon meddelades därom. Han transporterades därefter till Uruguay, där han hölls hemligt fängslad under tre månader. Han utsattes under denna tid för allvarlig mental och fysisk tortyr. Därefter fick han tillbringa flera månader på ett militärsjukhus och förflyttades sedan till ett allmänt fängelse. Rättegång-

[76] GAOR HRC 1989 A/44/40 Uruguay, p. 302.
[77] GAOR HRC 1991 A/46/40 Panama, p. 452.
[78] CO Japan. 19/11/98. CCPR/C/79/Add.102, p. 28.
[79] Särskilt Communication No. R.10/44, Rosario Pietraroia v Uruguay, avgjord 27 mars 1981 p. 1 och 17 är av intresse i detta sammanhang. Artikel 22 ansågs dock inte kränkt utan bara artikel 19. Enligt min uppfattning bör dock artikel 22 anses kränkt om en person förföljs därför att vederbörande verkar som facklig ledare och förföljelserna avser att bestraffa aktiviteter som syftar till att värna medlemmarnas intressen. Om i stället bestraffningen visserligen drabbar en person med fackligt medlemskap men bestraffningen avser en aktivitet som inte i första hand avser att tillvarata medlemmarnas intressen utan i stället syftar till att föra ut information till allmänheten oavsett vilken återverkan detta har på medlemmarnas intressen tycks det inte orimligt att välja artikel 19.
[80] Communication no. R.12/52, Sergio Rubén López Burgos v Uruguay, avgjord 29 juli 1981, p. 2.1.

en startade år 1978 och han inväntade vid klagomålets inlämnande fortfarande domen. Staten påstod emellertid att der var på grund av hans "subversive activities" som han fängslats. Enligt MR-kommittén hade staten inte specificerat *vilka* de "subversive activities" var som López Burgos påstods ha varit involverad i eller *när* han var engagerad i dessa aktiviteter. Det ansågs vara statens ansvar att tillhandahålla särskild information i detta avseende om den ville motsätta sig den klagandes påstående att López Burgos förföljts på grund av sin fackliga verksamhet.[81] I beslutet angavs att artikel 22 var kränkt i kombination med artikel 19 (1) och (2) (artikel 19 skyddar yttrandefriheten) eftersom López Burgos utsatts för förföljelse på grund av sin fackliga verksamhet.[82] Därutöver hade en rad andra artiklar kränkts. I López Burgos hade nämligen torterats (artikel 7 var kränkt) blivit kidnappad och förd från ett land till ett annat vilket likställdes med godtycklig arrestering och häktning (artikel 9(1) var kränkt) han hade inte ställts inför rätta inom rimlig tid (artikel 9(3) var kränkt) han var tvungen att acceptera Överste Mario Rodriguez som sitt juridiska biträde (artikel 14(3)(d) var kränkt) och han tvingades skriva under ett uttalande som band honom vid ett brott (artikel 14(3)(g) var kränkt).

Även i kommitténs löpande granskning av de nationella rapporterna uppmärksammas när fackligt aktiva eller själva fackföreningen hindras att utöva sina rättigheter enligt konventionen och kommittén reagerar då, enligt deras mått mätt, med ovanligt kraftfulla ordalag. Kommittén uttrycker oro över att fackföreningsmedlemmar förvägras föreningsfrihet, församlingsfrihet och yttrandefrihet och utsättas för våld, och över att personer som deltar i fredliga demonstrationer utsätts för hot av polismän. Kommittén *kräver* att staten vidtar åtgärder för förhindra att polisen använder överdrivet våld mot fackföreningsmedlemmar.[83] Att fackliga ledare blir offer för dödspatruller och säkerhetsstyrkors godtyckliga avrättningar oroar kommittén djupt. Kommittén anmodar regeringen att vidta omedelbara och effektiva steg för att förhindra och bekämpa godtyckliga avrättningar, tortyr och andra illgärningar begångna av säkerhetsstyrkorna.[84]

Kommittén kräver att regeringen skall vidta alla nödvändiga åtgärder, inklusive förebyggande och skyddande åtgärder för att säkerställa att fackföreningsmedlemmar kan utföra sina uppgifter utan hot av något

[81] Communication no. R.12/52, Sergio Rubén López Burgos v Uruguay, avgjord 29 juli 1981, p. 11.5.
[82] Communication no. R.12/52, Sergio Rubén López Burgos v Uruguay, avgjord 29 juli 1981, p. 13.
[83] CO Bolivia 01/04/97. CCPR/C/79/Add. 74, p. 16, 24.
[84] CO Brazil 16/06/96. CCPR/C/79/Add.66, p. 311, 324.

slag.[85] Även disciplinära och bestraffande mekanismer skall upprättas. Särskilda skyddsåtgärder för att förhindra hot och våld mot fackföreningsmedlemmar skall inrättas för att säkerställa att rättigheterna i artikel 22 kan åtnjutas.[86]

7.12 Relationen mellan ILO-konvention 87 och artikel 22 IKMPR

När artikel 22 i konventionen om civila och politiska rättigheter utarbetades uttrycktes farhågor över att de landvinningar den fackliga föreningsfriheten erövrat genom ILO:s arbete skulle gås om intet.[87]

Artikel 22 avsågs inte inbegripa en så omfattande facklig föreningsfrihet som den som erkändes inom ILO. Man ville eliminera risken för att artikel 22 skulle kunna tas till intäkt för att de som redan anslutit sig till ILO-konventionerna skulle kunna tillämpa en mer begränsad föreningsfrihet. Detta säkerställdes genom artikel 5:2 i konventionen samt genom väletablerade principer i internationell rätt.

Artikel 5:2 lyder:

> "Inga inskränkningar eller avvikelser skall medgivas i fråga om de grundläggande mänskliga rättigheterna, som gäller i en stat på grund av lag eller annan författning, överenskommelse eller sedvänja, av den anledningen att denna konvention icke erkänner dessa rättigheter eller att den erkänner dem i mindre utsträckning."

Oron över att dessa garantier inte var tillräckliga fick ledamöterna att enas kring införandet av artikel 22:3. Inte minst tycks ILO representantens åsikt i frågan ha haft avgörande betydelse.[88] Det var nödvändigt att specificera att ingenting i konventionens artikel 22 förhindrade att de mer stränga reglerna i ILO-konvention nr 87 skulle tillämpas av dess parter.[89]

Innebörden av artikel 22:3 har varit föremål för olika tolkningar. Det har påstått att paragrafen medför och fastställer att innehållet i artikel 22 och i ILO-konvention 87 är identiskt. Enligt Lee Swepston medför artikel 22:3 att "[e]ntire legislative conformaty is guaranteed with Con-

[85] CO Guatemala 03/04/96. CCPR/C/79/Add.63, p. 30.
[86] CO Argentina 05/04/95. CCPR/C/79/Add.46, p. 161, 162.
[87] GAOR 10th session Agenda Item 28 Annexes A/2929, kap. VI, p. 152.
[88] Se t.ex. Mrs Moore Nigeria, GAOR Third committee, 16th session, 1090th meeting 1961 Agenda item 35, p. 8.
[89] Jenks, Human rights, social justice and peace – the broader significance of the I.L.O experience i International Protection of Human rights, s. 252.

vention No. 87 in this remarkable provision, which was incorporated in the other Covenant as well".[90]

Förarbetena ger ingen absolut vägledning. De som motsatte sig antagandet av paragrafen menade att de principer paragrafen gav uttryck för redan var etablerade i internationell rätt och att därför en konflikt mellan de olika instrumenten inte var möjlig. De stater som redan antagit ILO-konvention 87 skulle ändå inte enligt internationell rätt ha rätt att tolka artikel 22 på sådant sätt att konvention 87 kränktes.[91]

MR-kommittén har i samband med bedömningen av ett enskilt klagomål enligt det fakultativa protokollet hävdat att artikel 22:3 bara blir tillämplig om staten hävdar att artikel 22 ger den befogenhet att vidta lagstiftningsåtgärder eller att tolka lagen så att den kränker dess åtagande enligt ILO-konvention 87.[92]

Enligt min uppfattning tyder varken paragrafens ordalydelse eller MR-kommitténs tolkning av den på att identitet skulle föreligga mellan ILO-konvention 87 och artikel 22. Artikel 22:3 medför knappast att artikel 22 innefattar ett lika långtgående skydd för den fackliga föreningsfriheten som ILO-konvention 87. Däremot anger artikel 22:3 att artikel 22 inte på någon punkt kan anses undandra en stat det ansvar som den åtagit sig enligt konvention 87. Artikel 22 sträcker sig inte lika långt innehållsmässigt som konvention 87. Det innebär dock inte att den fackliga föreningsfriheten i alla fall skall tolkas som så begränsad som den anges i artikel 22. Är en stat ansluten till konvention 87 är det alltså den mer vidsträckta omfattningen staten är skyldig att tillämpa. Artikel 22 kan inte tas till intäkt för att inskränka skyldigheter enligt ILO-konvention 87 och av det följer att artikel 22:3 egentligen inte tillför något mer än vad som redan framgår av artikel 5:2.[93]

Artikel 22:3 kan alltså inte tas till intäkt för ett påstående om att innehållet i artikel 22 i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och innehållet i ILO-konvention 87 är identiskt. Det hindrar emellertid inte att ILO-konvention 87 på annan grund fått ett stort inflytande på tolkningen av artikel 22.

Det var ursprungligen FN-organet ECOSOC som uppmanade ILO att utarbeta en konvention om föreningsfrihet.[94] Parallellt arbetade MR-

[90] Swepston, Human Rights Law and Freedom of Association: Development through ILO supervision, s. 172.
[91] UN Doc A/2929, kap. VI, p. 152.
[92] Communication no 118/1982, Decision on admissibility, p. 6:5.
[93] Nowak, UN Covenant, s. 399.
[94] Dunning, 1998, s. 160–161.

kommissionen med att ta fram en "bill or declaration of human rights". Ett ständigt flöde av synpunkter utväxlades mellan ILO och de involverade FN-organen.[95] ILO-konvention nr 87 antogs av Internationella arbetskonferensen år 1948. Enligt Dunning formulerades då nyckelelementen till vad som skulle bli den motsvarande artikeln i den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter.[96]

Swepston menar att föreningsfriheten har utvecklats längs parallella linjer i ILO och FN sedan 1948. Även FN-konventionerna från 1966 följde enligt Swepston ILO-föreskrifterna om föreningsfrihet.[97] Men såsom Jenks påpekat, att även om konventionerna inbegriper föreskrifter rörande föreningsfrihet för fackliga syften som är relaterade till och i viss utsträckning reflekterar jämförbara ILO-konventioner, så erbjuder de ett påtagligt mindre skydd. Detta beror till stor del på att de erbjuder så stora möjligheter att begränsa den fackliga föreningsfriheten.[98] Swepston menar att trots detta så är ILO:s och FN-konventionernas texter på området "almost completely consistent one with the other" och "certainly they have not been developed by the supervisory bodies of the two organizations in a way which gives rise to difficulties".[99]

Frågan om sambandet mellan ILO:s konvention 87 och artikel 22 aktualiserades i fall J.B. et al v Canada. De klagande anförde att eftersom ILO-organ anfört att föreningsfriheten enligt ILO-konventioner implicit innefattar en strejkrätt så bör föreningsfriheten i artikel 22 också innefatta en sådan rätt. Majoriteten av MR-kommittén påpekade då att "each international treaty, including the International Covenant on Civil and Political rights, has a life of its own and must be interpreted in a fair and just manner, if so provided, by the body entrusted with the monitoring of its provisions".[100] Kommittén påstod sig sedan tolka artikel 22 utifrån de tolkningsprinciper som angavs i Wienkonventionen om traktaträtten från 1969 och kom fram till att artikel 22 inte inkluderar strejkrätten.[101] Fem skiljaktiga ledamöter kom dock till en annan slutsats. I den anförde de bl.a. att ILO:s föreningsfrihetskommitté är ett organ som är "singularly well placed to pronounce authoritatively on such matters" och de fann ingen anledning att tolka artikel 22 annorlunda än ILO "when addressing a comparable consideration".[102]

[95] Dunning, 1998, s. 164.
[96] Dunning, 1998, s. 163.
[97] Swepston, s. 171–172.
[98] Jenks, s. 252.
[99] Swepston, s. 173.
[100] Communication no 118/1982, Decision on admissibility, p. 6.2.
[101] Communication no 118/1982, Decision on admissibility, p. 6.3–6.4.
[102] Communication no 118/1982, Decision on admissibility, Appendix, Individual Opinion, p. 7–8.

MR-kommittén har egentligen inte avgjort frågeställningen i den löpande granskningen av de nationella rapporterna. Under början av 1990-talet ställde kommittén stundtals frågor om i vilka avseenden den rapporterande staten uppfyllde kraven enligt ILO-konvention 87. Den undrade exempelvis hur Sudans undantagstillstånd påverkat den fackliga friheten som garanteras i artikel 22 och i ILO instrument?[103] Och i vilken utsträckning offentliganställda givits rätt att bilda fackföreningar för att göra situationen förenlig med ILO-konventionerna 87 och 98?[104] Kommittén undrade också om inte en bestämmelse som föreskrev att bara en fackförening kunde bildas på varje företag eller institution stod i strid med ILO-konvention 87 och artikel 22?[105] Och om fackföreningar bara kunde etableras på yrkesmässig basis eller också på industri- eller företagsnivå i förenlighet med konvention 87?[106]

MR-kommittén hänvisade senare till internationella standards: "The Committee notes with concern that many labour regulations, particularly those relating to freedom of association as protected under article 22 of the Covenant, are not in conformity with international standards".[107] Genom att MR-kommittén hänvisar till internationella standards ges intrycket att den internationella lagstiftning som finns på området sammanfaller innehållsmässigt. Denna typ av hänvisning är dock alltför sällsynt för att en sådan heltäckande slutsats skall vara möjlig att dra.

Under senare år hänvisas varken till ILO-konvention 87 eller till internationella standards. Det tycks dock som om kommittén följer ILO-organens tolkning av ILO-konventionen i sin egen övervakning. När kommittén ger substantiella kommentarer överensstämmer deras innehåll till stor del med det innehåll ILO-konvention 87 har givits på området.[108] Dessa uttalandena är dock alltför vaga för att någon bestämd slutsats skall kunna dras. Kommittén har i varje fall inte tolkat artikel 22 i strid med ILO-konvention 87 även om omfattningen av artikeln antagligen inte kan antas vara lika omfattande.[109]

Mänskliga rättighetskommittén har, som Jenks förutspådde, spelat en undanskymd roll när det gäller utvecklingen av den fackliga föreningsfriheten.[110] Enskilda har i ytterst begränsad utsträckning vänt sig till

[103] GAOR 1991 A/46/40 Sudan, p. 496.
[104] GAOR 1991 A/46/49 Madagaskar, p. 556.
[105] GAOR 1987 A/42/40 Poland, p. 94.
[106] GAOR 1987 A/42/40 Tunisia, p. 140.
[107] CO Costa Rica 18/04/94 CCPR/C/79/Add.31, p. 8.
[108] Se t.ex. s. 269.
[109] Jfr Swepston, s. 173.
[110] Jenks, s. 252–253.

kommittén när de ansett att deras fackliga föreningsfrihet på något sätt kränkts (ILO:s föreningsfrihetskommitté har å andra sidan prövat ungefär 2000 fall). Inte heller i granskningen av de nationella rapporterna har kommittén varit särskilt benägen att utveckla omfattningen av artikel 22. Under åren 2000–2002 har den fackliga aspekten av artikel 22 knappt nämnts i de sammanfattande kommentarerna.[111] Kommentarerna rörande artikel 22 har fokuserats kring icke-statliga MR-organisationer och politiska partier. Allmänna kommentarer rörande innehållet i artikel 22 berör dock ofta också indirekt de fackliga organisationerna.

MR-kommitténs främsta bidrag till den fackliga föeningsfriheten har egentligen varit dess värnande om andra rättigheter som utgör förutsättningar för den fackliga föreningsfrihetens utövande. Som till exempel värnandet av yttrandefriheten och fördömandet av tortyr och godtyckliga rättegångar.

MR-kommittén tycks till stor del ha överlåtit ansvaret för den fackliga föreningsfrihetens efterlevnad till ILO.

[111] Se dock CO Dominican Republic 26/04/2001, CCPR/CO/71/Dom, para 17, där haitiska arbetares rätt att komma i åtnjutande av rättigheterna i artikel 22 betonas. Se också omnämnande av den fackliga aspekten i CO Venezuela 26/04/2001 CCPR/CO/71/VEN, p. 27, och i CO Kuwait. 27/07/2000. CCPR/CO/69/KWT, paras. 452–497, p. 40–41.

8 Den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

8.1 Inledning och tolkning

I artikel 8 i konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter anges att:

> "1. Konventionsstaterna förpliktar sig att säkerställa
> a) rätten för envar att för att främja och tillvarataga sina ekonomiska och sociala intressen bilda fackföreningar tillsammans med andra och att, om annat ej följer av vederbörande förenings stadgar, ansluta sig till en fackförening av eget val. Utövandet av denna rätt får ej underkastas andra inskränkningar än sådana, som är angivna i lag och i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen eller för skyddandet av annans fri- och rättigheter;
> b) rätten för fackföreningar att bilda nationella förbund och rätten för dessa att bilda eller ansluta sig till internationella fackföreningsorganisationer;
> c) rätten för fackföreningar att fritt utöva sin verksamhet utan andra inskränkningar än sådana, som är angivna i lag och i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen eller för skyddande av annans fri- och rättigheter;
> d) rätten att strejka under förutsättning att den utövas i enlighet med lagstiftningen i vederbörande stat.
>
> 2. Denna artikel förhindrar ej att för medlemmar av de väpnade styrkorna, polisen eller den statliga förvaltningen inskränkningar lagenligt må göras i utövandet av dessa rättigheter.
>
> 3. Intet i denna artikel skall tillåta stat, som är ansluten till Internationella arbetsorganisationens konvention år 1948 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, att stifta lag som inskränker eller tillämpa lagen på sätt som inskränker det genom sagda konvention tillförsäkrade skyddet."

Något som skiljer artikel 8 från många andra artiklar i konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter är att konventionsstaterna

förpliktar sig att *säkerställa* de rättigheter som kommer till uttryck i artikeln. I förarbetena framhåller MR-kommissionen att det progressiva momentet i konventionens artikel 2 inte bör omfatta artikel 8. Det skäl som angavs där för var att statlig icke-inblandning i facklig verksamhet ansågs räcka för att garantera rättigheten.[1] Det artikelförslag MR-kommissionen utgick ifrån var emellertid inte så innehållsrikt som den slutliga versionen blev, utan innefattade bara att:

> "The States parties to the Covenant undertake to ensure the free exercise of the right of everyone to form and join local, national and international trade unions of his choice for the protection of his economic and social interests".[2]

Mer innehållsrika förslag kritiserades bland annat därför att man ansåg att dess innehåll föll in under ILO:s kompetensområde och att dessa aspekter snarare tillkom fackföreningarna och inte individerna. Artikeln genomgick trots dessa invändningar stora förändringar under behandlingen i Tredje kommittén och att artikeln enbart skulle ålägga staten så kallade negativa förpliktelser rimmar illa med dess slutliga utformning. I praxis tydliggörs också de positiva skyldigheter som åvilar staterna i förhållande till artikel 8.[3]

Att artikel 8 ålägger konventionsstaterna vissa positiva skyldigheter är klart. Om dessa positiva skyldigheter skall vara föremål för ett progressivt förverkligande är däremot tveksamt. I doktrinen hävdas att artikel 8 är föremål för omedelbar tillämpning[4] och i den manual som FN:s forskningsavdelning utarbetat, som anger hur konventionsstaterna skall rapportera om hur de uppfyller sina konventionsåtaganden, anges att artikel 8 inte är föremål för principen om progressivt förverkligande.[5]

I en sammanfattande observation med några år på nacken angav kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR) att den var medveten om de svårigheter Island hade att implementera strejkrätten, beroende på att landets ekonomi till stor del var beroende av fisket. Enligt kommitténs uppfattning, befriade inte dessa omständigheter sta-

[1] GAOR 10th session 1955 A/2929, kap. VIII, p. 13, OR ECOSOC 18th session suppl 6.
[2] Commission on Human Rights (E/2573, annex I A) återgiven i GAOR 11th session Annexes A/3525, p. 54.
[3] Se t.ex. CO CESCR Peru 16/05/97. E/C.12/1/add.14, p. 19 och 33, CO CESCR Kyrgyzstan 01/09/2000. E/C.12/Add.49. p. 15 och 28.
[4] Alston & Quinn, s. 186, se också Vierdag som anser att art. 8, facklig frihet och strejkrätt, är omdelbart tillgängliga utan kostnad och därför inte i sig själv ogenomförbara, s. 102. Se också Ruth Ben-Israel som visar att strejkrätten i allmänhet utgör en omedelbart tillämplig mänsklig rättighet, s. 13–33 (20).
[5] Alston, Manual, s. 54.

ten från dess skyldigheter att vidta åtgärder för att progressivt till fullo förverkliga konventionens rättigheter inklusive strejkrätten.[6] Denna kommentar ger onekligen intryck av att kommittén menar att åtminstone strejkrätten är föremål för principen om progressivt förverkligande.

Kommittén har emellertid både i en allmän kommentar och i sin löpande granskning av de nationella rapporterna avvisat påståenden om att strejkrätten i sig själv är "non-self -executing". Kommittén hävdar att strejkrätten är *möjlig* att tillämpa omedelbart.[7] Kommittén har inte sedan 1993 då kommentaren rörande Island antogs tagit fasta på något progressivt moment utan klart angivit att strejkrätten skall säkerställas omedelbart.[8] Den omedelbara tillämpningen tycks också vara tillämplig på övriga moment i artikel 8.[9]

Kommittén godtar dock stundtals förklaringar om att den aktuella staten är i färd med att upprätta system för att säkerställa rättigheterna i artikel 8.[10] Säkerställandet av de fackliga rättigheterna åsamkar visserligen inte staten några kostnader. Den tidsåtgång som utvecklandet av en adekvat rättslig ram innefattar kan dock ge upphov till godtagbara dröjsmål.[11]

Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR) har fått till uppgift att granska de nationella rapporterna och avger med anledning av dessa sammanfattande kommentarer. Dessa sammanfattande kommentarer är uppbyggda på samma sätt som MR-kommitténs kommentarer avseende efterlevnaden av IKMPR och har enligt min bedömning samma tolkningsvärde. KESKR antar också allmänna kommentarer rörande enskilda artiklar. Någon allmän kommentar rörande omfattningen av artikel 8 har inte antagits. Däremot har kommittén an-

[6] CO CESCR Iceland UN E/C.12/1993/15, 4 January 1994, p. 7.

[7] G C 3, The nature of State parties obligations, (artikel 2. para.1) p. 5, CO CESCR Switzerland 07/12/98, E./C.12/1/Add.30 p. 10, CO CESCR Belgium U.N. Doc. E/C.12/1994/7 31 May 1994, p. 3.

[8] Se t.ex. CO CESCR Japan 24/9/2001 E/C.12/1/ Add.67, CO CESCR Germany 24/9/2001 E/C.12/1/Add. 68, och särskilt kommentaren CO CESCR Republic of Korea 21/05/2001 E/C.12/1/ Add. 59, p. 39.

[9] Se t.ex. CO CESCR Republic of Korea 21/05/2001 E/C.12/1/ Add. 59, p. 39.

[10] Se t.ex. CO CESCR Austria, U.N. Doc. E/C.12/1994/16 p. 14, 20. Kommittén oroar sig över att arbetstagare i småföretag inte erhåller skydd mot avsked p.g.a. av fackliga aktiviteter. Kommittén anser inte heller att representation av arbetstagare i företagsråd är tillräcklig för att säkerställa en balans av intressena. Kommittén rekommenderar staten att fortstätta med sina *strävanden* att leva upp till kraven enligt artikel 8, särskilt för arbetstagare anställda i småföretag.

[11] Se Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, 1995, s. 26.

tagit riktlinjer för hur staterna skall skriva sina rapporter. I dessa riktlinjer formuleras frågor som staten ombeds svara på avseende tillämpningen av de olika artiklarna. Frågorna indikerar i viss mån vilka frågeställningar som berörs av artiklarna och nämns därför stundtals i den följande framställningen.

8.2 Vem skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackförening?

I konventionstexten stadgas i paragraf 1(a) att konventionsstaterna skall säkerställa rätten för envar att bilda fackföreningar tillsammans med andra och att om annat ej följer av vederbörande förenings stadgar, ansluta sig till fackförening efter eget val.

Det är i första hand arbetstagare som garanteras denna rätt. Om även pensionärer och arbetssökande omfattas är oklart. I riktlinjerna om rapportering ställs bara frågor om arbetstagare.[12] I praxis har kommittén dock angivit att målgruppen inte enbart omfattar personer verksamma inom traditionella arbeten. Även personer i arbetsmarknadsåtgärder skall ha rätt att ansluta sig till fackföreningar, förhandla kollektivt och strejka. En lag som förbjuder detta står klart i strid med artikel 8 i konventionen. Och kommittén uppmanar staten att vidta åtgärder för att ändra de aktuella föreskrifterna.[13]

Att inte arbetstagare i småföretag kan ansluta sig till fackföreningar och verka fackligt är heller inte föreniligt med artikel 8.[14]

8.3 Förbud mot diskriminering

Kommittén har för övrigt slagit fast att rätten att bilda och ansluta sig till fackförening verkligen tillkommer varje arbetstagare. Den rättsliga utgångspunkten återfinns i artikel 2:2 i konventionen där det förskrivs att staterna förpliktar sig att garantera att konventionens alla rättigheter skall kunna utövas utan åtskillnad av något slag på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social här-

[12] Revised Guidlines regarding the form and content of reports to be submitted by states parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, p. 3 (f) i Committee on Economic, Social and Cultural rights, Report on the fifth session, OR ECOSOC, 1991, Supplement 3, Annex IV.

[13] CO CESCR Canada 10/12/98 E/C.12/1/Add.31, p. 31.

[14] CO CESCR Austria, U:N: Doc. E/C.12/1994/16, p. 14, 20.

komst, egendom, börd eller ställning i övrigt. Föreningsfriheten enligt artikel 8 måste således kunna åtnjutas av alla utan diskriminering av något slag av de skäl som anges i artikel 2:2.

Det är i huvudsak diskriminering mot utländska medborgare som aktualiseras i relation till den fackliga föreningsfriheten. I kommitténs riktlinjer för rapporteringen så uppmanar kommittén staterna att ange i vilken utsträckning utlänningar inte garanteras samma rättigheter som de egna medborgarna och i så fall vad som rättfärdigar en sådan ordning.[15]

8.4 Godtagbara inskränkningar

I artikel 8:1a återfinns emellertid en fras om godtagbara inskränkningar. Det anges däri att utövandet av rätten i artikel 8:1a ej får underkastas andra inskränkningar än sådana, som är angivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen eller för skyddandet av annans fri- och rättigheter.

Det innebär att vissa gruppers rätt att sluta sig samman i fackföreningar kan inskränkas för något av de angivna syftena. I instruktionerna till hur de nationella rapporterna skall utformas ber kommittén emellertid om information rörande eventuella begränsningar av arbetstagares utövande av rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar. Dessutom ber den om "a detailed account on the legal provisions prescribing such restrictions and their application in practice over time".[16] Kommittén har dock inte utvecklat inskränkningsfrasens innebörd. I doktrinen har den dock blivit föremål för tolkning. Det tycks rimligt att anta att innebörden sammanfaller med motsvarande bestämmelse i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter.[17] Det kan emellertid noteras att de godtagbara begränsningsgrunderna i artikel 8:1a och c i konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter är färre än de som kopplats till föreningsfriheten i konventionen om medborgerliga och po-

[15] Revised Guidlines regarding the form and content of reports to be submitted by states parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, p. 3 (f) i Committee on Economic, Social and cultutal rights, Report on the fifth session, OR ECOSOC 1991 Supplement 3, AnnexIV.

[16] Revised guidlines regarding the form and content of reports to be submitted by States under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights part B Article 8. p. 2(b), i CESCR Report on the fifth session, ECOSOC OR 1991 Suppl 3 Annex IV.

[17] Se s. 207ff. Se Alston & Quinn, Limburgsprinciperna och Maastrichtprinciperna.

litiska rättigheter, artikel 22, och som anges i artikel 22:2. En förklaring skulle kunna vara att artikel 22 i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter hämtat inspiration från den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter och dess artikel 11:2 vars inskränkningsgrunder är mer omfattande medan grundarna till artikel 8 huvudsakligen hämtat inspiration från ILO-konventioner. I det förslag som kommittén för mänskliga rättigheter utarbetade avseende artikel 8 nämndes, liksom i motsvarande ILO-konventioner, inga godtagbara begränsningsgrunder alls.[18] Det var Nederländerna och Förenande kungariket som i tredje kommittén föreslog att en uppräkning av godtagbara begränsningsgrunder skulle fogas till artikeln.[19] De angav som skäl därför att artikel 8 medför omedelbara skyldigheter till skillnad från de flesta andra av konventionens artiklar. Situationen var därför likvärdig med den i artikel 22 i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter enligt vilken föreningsfriheten och dess fackliga aspekt kunde bli föremål för begränsningar av vissa angivna skäl. Det anges dock inte varför inte alla begränsningsgrunder som återfinns i artikel 22 skulle medtas i förslaget.[20]

När det gäller vem som har rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar har kommittén tagit ställning till begränsningsgrunderna rörande förbud av fackföreningar på vissa typer av arbetsplatser. Det har då ansetts överdrivet att förbjuda fackföreningar inom det civila flyget och inom andra kommunikationer.[21]

I artikel 8:2 medges att inskränkningar lagenligt må göras i de rättigheter som återfinns i artikel 8:1 för medlemmar av de väpnade styrkorna, polisen eller den statliga förvaltningen. Att dessa grupper helt skulle kunna berövas rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar har tillbakavisats både av praxis, åtminstone då det gäller offentliganställda och i doktrinen[22] och framkommer också av förarbetena.[23] Kommittén har i sin praxis fastställt att ett generellt förbud för vissa offentliganställda grupper att ansluta sig till fackföreningar inte är förenligt med artikel 8:1a. Kommittén beklagar exempelvis att offentliganställda lärare och sjuksköterskor inte kan ansluta sig till fackföreningar. Dessa grupper måste

[18] GAOR Annexex 11th session 1956–1957 Agenda item 31 Doc. A/3525 Report of the Third Committee, p. 54.
[19] GAOR Annexex 11th session 1956–1957 Agenda item 31 Doc. A/3525 Report of the Third Committee, p. 58, 65.
[20] GAOR Annexex 11th session 1956–1957 Agenda item 31 Doc. A/3525 Report of the Third Committee, p. 69.
[21] CO CESCR Ukraine U.N. Doc E/C.12/1995/18 at 41 (13th sess. 1996), p. 264, 273.
[22] Alston & Quinn, s. 215.
[23] Doc A/3525, Report of the third committee, p. 71.

ha rätt att organisera sig i fackföreningar enligt artikel 8.[24] Kommittén rekommenderar i ett annat fall att regeringsanställda skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar.[25] Kommittén tillåter alltså inte att dessa grupper förbjuds att organisera sig. Det hindrar däremot inte att deras organisationsrätt kan inskränkas. Några riktlinjer för dessa inskränkningar har inte utvecklats av kommittén. Det enda som framkommit är att inskränkningarna inte får vara så omfattande att de kan likställas med ett förbud och av ordalydelsen följer att inskränkningarna skall anges i lag. Viss vägledning kan dock fås genom kommitténs kommentarer avseende vilka fackliga aktiviteter som måste vara öppna för offentliganställda. I kommitténs praxis framkommer att offentliganställda enligt IKESKR tillerkänns samma fackliga rättigheter som i andra MR-instrument.[26] När det gäller situationen för militären och polisen har kommittén medgivit begränsningar av dessa gruppers strejkrätt eftersom sådana begränsningar är "authorized" av relevanta internationella standards.[27] Några kommentarer angående en skyddad kärna av deras föreningsfrihet har dock inte behandlats. Man kan dock notera hur kommittén reagerar på information i detta ämne i de nationella rapporterna. I Australiens tredje rapport anges exempelvis att polisen och de offentliganställda har samma fackliga föreningsfrihet som alla andra arbetstagare. Militären betraktas dock inte som arbetstagare och omfattas inte av samma lagstiftning. De har dock rätt att sluta sig samma i yrkesorganisationer och inlämna förslag till det organ som bestämmer deras lön och anställningsvillkor.[28] I Belgiens andra rapport framkommer att militären varken har rätt att sluta sig samman i fackföreningar eller att strejka.[29] Kommittén ägnar inte denna information eller annan information om dessa gruppers föreningsfrihet någon som helst uppmärksamhet.[30] Det tyder åtminstone på att inte polisens och militärens fackliga föreningsfrihet prioriteras av kommittén.

[24] CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12 p.11, 19–20.CO CESCR Republic of Korea 21/05/2001. E/C.12/1/Add.59 p.19, 39.
[25] CO CESCR Lebanon 09/06/93. E/C.12/1993, p.14.
[26] CO CESCR Australia 01/09/2000 E/C.12/1/Add.50, p.17, 29, CO CESCR Germany 04/12/98. E/C.12/1/Add.29, p.19, 31. Se också CO CESCR Switzerland 07/12/98 E/C.12/1/Add.30, p.13–14, 28, 30, CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p.11, 19–20.
[27] CO CESCR Belarus 06/12/96. E/C.12/1/Add.7/Rev.1, p.17, 22.
[28] Third Periodic Report: Australia 23/07/98. E/1994/104/add.22, p.122, 124.
[29] Second Periodic Report Belgium. 05/03/98. 05/03/98 E/1990/6/Add.18, p.99.
[30] Se Third Periodic Report: Mongolia. 23/07/98. E/1994/104/Add.21 p.46, Summary Record of the 38th meeting: Finland 05/03/97. E/C.12/1996/SR.38 p.4, 6 (Det framkommer där att varken polis eller militär har strejkrätt), Third Periodic Report: Germany 17/10/96. E/1994/104/Add.14, p.163.

För att skapa större förutsägbarhet i detta avseende föreslår Craven att kriteriet laglig i artikel 8:2 skulle kunna syfta på de godtagbara inskränkningsgrunder som anges i artikel 8:1a och c. Detta för att ge kommittén viss kontroll över de möjliga inskränkningarna.[31] Om detta förslag kan finna förankring i praxis återkommer jag till.

8.5 Begränsningar i förenings stadgar

Under utarbetandet av denna artikel kom uppfattningen till uttryck att om en stat var skyldig att säkerställa envars rättighet att ansluta sig till fackförening efter eget val så skulle detta kunna inkräkta på den aktuella fackföreningens frihet att fastställa kvalifikationskrav för sina medlemmar det vill säga föreningens frihet att anta interna regler och ha kontroll över sina medlemmar.[32] Därför antogs satsen "om annat ej följer av vederbörande förenings stadgar".

Frågan om en förenings stadgar kan exkludera medlemmar på vilka grunder som helst har inte direkt behandlats av kommittén. I förarbetena påpekades att införandet av detta hänsynstagande till fackföreningens interna kvalifikationskriterier skulle kunna ge fackföreningen alltför stor frihet; fackföreningen skulle ju kunna anta regler som kränkte de rättigheter artikel 8 avsåg att tillvarata.[33] I doktrinen har framhållits att förarbetena indikerar att avsikten var att staten skulle ha viss kontroll för att kunna tillse att rättigheterna i artikel 8 inte åsidosattes genom kvalifikationskraven. Ett sådant exempel skulle medlemskrav som har diskriminerande verkan kunna vara.[34] Enligt artikel 8:1c får fackföreningens rätt att fritt utöva sin verksamhet begränsas om begränsningen anges i lag och i ett demokratiskt samhälle kan anses nödvändig för att skydda annans fri- och rättigheter. En avvägning mellan de involverade intressena måste göras i en sådan situation.

[31] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 265, 272, se också Alston, Manual, s. 55.
[32] GAOR 11th session 1956–57, agenda item 31 annexes, Report of the Third Committee, Doc. A/3525, p. 67, se också Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 253, 266.
[33] GAOR 11th session 1956–57, agenda item 31, annexes, Report of the Third Committee, Document A/3525, p. 67.
[34] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 253.

8.6 Efter eget val

Kravet att envar skall kunna bilda och ansluta sig till fackförening efter eget val innefattar ett förbud för staten att tvinga någon att ansluta sig till en särskild organisation. Att i lag föreskriva automatiskt medlemskap till viss fackförening för vissa offentliganställda ansåg kommittén exempelvis vara oförenligt med skyldigheterna enligt artikel 8.[35]

Den enskilde arbetstagaren skall också helt fritt kunna välja om han eller hon skall ansluta sig till en existerande fackförening eller tillsammans med andra bilda en ny som bättre motsvarar deras önskemål. Fackföreningspluralism skall alltså vara möjlig och det även på arbetsplatsnivå.[36] Kommittén har uttryckt oro över frånvaron av en oberoende och pluralistisk fackföreningsrörelse.[37] I många länder sammanfaller bristen på oberoende med bristen på fackföreningspluralism. I dessa länder är den enda godkända fackföreningen eller konfederationen ofta nära sammanbunden med den aktuella regeringen.

I kravet på att facklig pluralism skall vara möjlig ligger ett krav på staten att skapa reella förutsättningar för fackföreningsmångfald. Rörande exempelvis Ryssland påpekar Kommittén att många praktiska problem återstår att lösa för att de nybildade fackföreningarna skall kunna fungera effektivt. Exempelvis hade inte tillräckliga åtgärder vidtagits för att komma till rätta med vissa arbetsgivares vägran att erkänna de nya fackföreningarna och av dess motarbetande och avsked av fackliga aktivister. Kommittén rekommenderade staten att vidta åtgärder för att snabba på utvecklingen av fackföreningsmångfalden genom *inter alia* att undanröja praktiska hinder för föreningsfriheten och generellt möjliggöra för fackföreningar att fungera mer effektivt.[38] Konkret skall alltså staten tillse att arbetsgivare måste erkänna fackföreningar och behandla dem så som lagen föreskriver. Ett sätt att uppnå detta resultat är att införa effektiva rättsmedel.

[35] CO CESCR Zaire, UN Doc. E/1992/23, UN ESCR Suppl no 3, at 78 p. 328 (1992). Jfr Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 269.
[36] CO CESCR Honduras 21/05/2001 E/C.12/Add.57, p. 35.
[37] CO CESCR Viet Nam U.N. Doc E/C.12/1993/8, p. 9
[38] CO CESCR Russian Federation 20/05/97. E/C.12/1/Add.13. p. 8, 18(h), 33.
[39] CO CESCR Algeria 30/11/2001. E/C.12/1/Add.71, p. 16, 32, CO CESCR Senegal

8.7 Otillåtna inskränkningar i rätten att bilda fackföreningar

Staten får inte uppställa hinder för fackföreningarna att bildas. Att nybildade fackföreningar måste godkännas av arbetsministeriet uppfattas som mycket allvarligt och kommittén anmodar "urges" staten att eliminera alla hinder för nya och oberoende fackföreningar att bildas.[39] De rättsliga kriterierna för att en fackförening skall kunna bildas får inte vara alltför omfattande. Det är också viktigt att inte minimiantalet arbetstagare för att få bilda en fackförening är alltför högt. Kommittén rekommenderar starkt staten att se över de rättsliga kriterierna för att göra de förenliga med ILO-konventioner och artikel 8.[40] Att nya fackföreningar tvingas registrera sig hos en allmän fackföreningsfederation med nära kopplingar till regeringen är heller inte acceptabelt. Kommittén "strongly urges" staten att säkerställa rätten att bilda fria och oberoende fackföreningar.[41]

Inrikesministeriet kan heller inte ha rätt att upplösa fackföreningar.[42]

8.8 Rätten att bilda och ansluta sig till nationella förbund och internationella fackföreningar

I artikel 8:1b anges att fackföreningar har rätt att bilda nationella förbund och att dessa har rätt att bilda eller ansluta sig till internationella fackföreningsorganisationer. Denna rättighet är av kollektiv karaktär, den riktar sig inte till individer utan till fackföreningar. I förarbetena till artikeln anfördes mot intagandet av denna föreskrift i artikeln att konventionen då skulle komma att också omfatta kollektiva rättigheter. Det argumentet besvarades med att det inte fanns någonting som pekade på att konventionen bara var ämnad att skydda individuella rättigheter.[43]

I riktlinjerna för den nationella rapporteringen efterfrågas hur staten säkerställer denna rätt och vilka rättsliga och praktiska begränsningar som utövandet av denna rätt är föremål för.[44] Några godtagbara inskränkningsgrunder återfinns inte i artikel 8:1b. Kommittén anser att ett förbud att bilda konfederationer bestående av representanter från *olika* industrier är

24/09/2001 E/C.12/1/Add. 62 p. 22, 44, CO CESCR Panama 24/09/2001 E/C.12/1/Add.64, p. 15, 29.

[40] CO CESCR Croatia 30/11/2001 E/C.12/1/Add.73, p. 16, 30.

[41] CO CESCR Syrian Arab Republic, 24/09/2001 E/C.12/1/Add.63, p. 20, 38.

[42] CO CESCR Senegal 24/09/2001 E/C.12/1/Add. 62, p. 22, 44.

[43] UN Doc. A/3525, Report of the Third committee, p. 66.

[44] Revised guidlines, artikel 8.

oförenligt med konventionen och kommittén rekommenderar därför att förbudet upphävs.[45] Begränsningar hänförliga till anslutning till *internationella* fackliga organisationer är också oförenliga med konventionen. Kommittén rekommenderar att regeringen vidtar åtgärder för att häva begränsningarna.[46]

Om federationer, konfederationer och internationella fackföreningar har samma rättigheter som andra fackföreningar är dock tveksamt. Craven menar dock att det är lämpligt om åtminstone nationella federationer åtnjuter samma rättigheter och hämtar då inspiration från ILO-konvention 87.[47] I praxis berörs inte denna fråga och heller inte i riktlinjerna för den nationella rapporteringen.[48] Den frågan tycks därmed inte vara helt klarlagd.

8.9 Rätten för fackföreningar att fritt utöva sin verksamhet

Utgångspunkten i artikel 8:1c är att fackföreningar skall ha rätt att fritt utöva sin verksamhet utan andra inskränkningar än sådana, som är angivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen eller för skyddande av annans fri- och rättigheter.

Denna paragraf innefattar både frihet att organisera fackföreningens *interna* verksamhet och dess *externa*. Mer specifikt föreskrivs i artikel 8:1c att fackföreningarna skall kunna sköta sin verksamhet utan inblandning av stat och arbetsgivare.[49] Att staten inte skall söka uppnå något inflytande över fackföreningarna illustreras av kommitténs uppfattning att regeringspartiets dominans av den centrala fackföreningen i Kenya, tycks stå i strid med konventionens anda[50] och att en lag som ger ett lands regering kontroll over dess icke-statliga organisationers handhavande av sina aktiviteter, bland annat av ansökan om extern finansiering, inte är förenligt med artikel 8. Kommittén uppmanar staten att upphäva eller ändra den aktuella lagen.[51] I ett land initierade staten en folkomröstning om

[45] CO CESCR Hong Kong 06/12/96. E/C.12/1/Add.10, p. 22, 37–38.
[46] CO CESCR Hong Kong 06/12/96. E/C.12/1/Add.10, p. 22, 37–38.
[47] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 272.
[48] Revised Guidlines, artikel 8.
[49] Jfr CO CESCR Russian Federation 20/05/97. E/C.12/1/Add.13, p. 8, 18(h), 33.
[50] CO CESCR Kenya E/C.12/1993/6 3 juni 1993, p. 13, Kenya var vid denna tidpunkt en enpartistat som styrdes av partiet KANU. KANU dominerade också den centrala fackföreningsrörelsen.
[51] CO CESCR Egypt 23/05/2000. E/C.12/1/add.44, p. 18–19, 34.

facklig omorganisering. Folkomröstningen föranledde att landets fackliga ledare i federationen och konfederationer avsattes av regeringen fastän bara fackföreningsmedlemmar hade rätt att utse och avsätta sina ledare. Kommittén uppmanade staten att följa ILO:s krav på att resultatet av folkomröstningen upphävs.[52]

Principen om att staten inte får intervenera i föreningens verksamhet liksom principen om icke-diskriminering i artikel 2:2 medför att utländska medborgare inte får förhindras att beträda fackliga förtroendeposter. Kommittén rekommenderar att en stat överväger att ändra sin lagstiftning för att tillåta utländska arbetstagare att beträda fackliga företroendeposter.[53]

För att kunna ringa in omfattningen av den *externa* aspekten av rätten att fritt utöva sin verksamhet som skyddas av artikel 8:1c måste man läsa den parallellt med artikel 8:1a. I artikel 8:1a framkommer att anslutning till fackförening får ske för att *främja* och *tillvarata* sina ekonomiska och sociala intressen. Att fackföreningar skall agera för att *främja* och *tillvarata* sina medlemmars intressen är värt att hålla i minnet. I förarbetena betonas också denna aspekt. Syftet med individers bildande och anslutande till fackföreningar ansågs inte bara inbegripa ett passivt moment dvs. att upprätthålla eller skydda de ekonomiska och sociala intressena. Det var lika viktigt att säkerställa deras rätt att *främja* dessa intressen.[54] I fackföreningens rätt att fungera fritt ligger också en rätt att välja metod för hur de ekonomiska och sociala intressena skall främjas. Det är dock de *ekonomiska och sociala intressen* som skall främjas och tillvaratas. Innebär det att den verksamhet fackföreningarna fritt skall ha rätt att utöva *bara* får syfta till att främja och tillvarata medlemmarnas ekonomiska och sociala intressen och hur urskiljs i så fall detta område?

I ett fall uttrycker kommittén oro över att det saknas en klar definition av de politiska aktiviteter som fackföreningar är förbjudna att vidta i det aktuella landet. Kommittén kräver att få information om innebörden av begreppet politiska aktiviteter.[55] Detta uttalande kan tyda på att konventionen inte entydigt *skyddar* rätten för fackföreningar att *utöva* politiska aktiviteter. Politiska aktiviteter som avser att skydda och främja arbetstagarnas ekonomiska och sociala intressen skulle kunna vara skyd-

[52] CO CESCR Venezuela 21/05/2001 E/C.12/1/Add.56, p. 15, 25.
[53] CO CESCR Senegal U.N Doc. E/C.12/1993/18 (1994) p. 12, CO CESCR Senegal 24/09/2001 E/C.12/1/Add. 62, p. 22, 44.
[54] GAOR Annexex 11th session 1956–1957 Agenda item 31 Doc. A/3525 Report of the Third Committee, p. 66.
[55] CO CESCR Azerbaijan 22/12/97 E/C.12/1/Add.20, p. 20, 32

dade. Förarbetena tycks leda i en sådan riktning.[56] Om fackföreningar skall förbjudas att vidta andra politiska aktiviteter tycks det som Kommittén kräver att dessa politiska aktiviteter skall vara klart och tydligt formulerade.

Ett av de främsta medel fackföreningarna kan tillgå för att främja sina intressen är den kollektiva förhandlingen. I vilken utsträckning skyddas då denna rätt enligt artikel 8:1c. Craven menar att förarbetena klart anger att rätten till kollektiv förhandling skyddas av artikel 8.[57] I instruktionerna till de nationella rapporterna uppmanas staterna ange i vilken utsträckning åtgärder vidtagits för att *främja* kollektiv förhandling.[58] Utifrån ordalydelsen i artikel 8:1c bör man kunna dra slutsatsen att staten inte får hindra fackföreningar att förhandla kollektivt förutsatt att hindrandet inte syftar till att tillvarata någon av de begränsningar som anges i paragrafen. Problemet är dock att fackföreningar sällan kan förhandla kollektivt om det inte föreligger ett regelverk som skapar förutsättningar därför. De senaste årens praxis klarlägger också att artikel 8 föreskriver att det enlig lag skall vara möjligt för fackföreningarna att bedriva kollektiv förhandling.[59] Det ses som en naturlig del i en fackförenings verksamhet. I ett fall rekommenderar kommittén att en grundlig genomgång av den lagstiftning som omgärdar den kollektiva förhandlingsrätten skall *prioriteras* för att göras förenlig med artikel 8.[60] I diskussionerna inför antagandet av denna sammanfattande kommentar påpekade en kommitteledamot att rättsordningen "did not provide for the right to bargain collectively".[61] En annan ledamot påpekade att regeringen inte hade klargjort vilken typ av maskineri som införts för att underlätta för förhandlingar mellan arbetstagare och arbetsgivare. Fanns det exempelvis föreskrifter om skiljeförfarande när förhandlingarna gick i stå? Och var resultatet av skiljeförfarandet bindande för bägge parter?[62] Utifrån dessa

[56] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 253–254.
[57] Craven menar att detta klart framkommer av förarbetena, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 275.
[58] Reporting guidlines at 94. Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 275.
[59] CO CESCR Republic of Korea 21/05/2001 E/C.12/1/Add.59, p. 19, se också CO CESCR Portugal (Macau) 06/12/96 E/C.12/1/Add.9, p. 20.
[60] CO CESCR Iraq 12/12/97. E/C.12/1/Add.17, p. 32.
[61] Summary Record of the 34th meeting: Iraq. 22/01/98. E/C.12/1997/SR.34, p. 41, Mr Texier supported by Mr Thapalia.
[62] Summary Record of the 34th meeting: Iraq. 22/01/98. E/C.12/1997/SR.34, p. 42, Mr Adekuoye.

frågor skulle man kunna anta att en regering måste tillse att rätten till kollektiv förhandling säkerställs i rättsordningen och att ett maskineri införs som motiverar parterna att så långt som möjligt nå ett resultat. Resultatet av den kollektiva förhandlingen, kollektivavtalet, borde också ges rättslig verkan.[63] Kommittén klargör att:

> "the provisions of article 8 guarantee for all persons ... the right to engage in collective bargaining through trade unions for the promotion and protection of their economic and social interests ... The Committee recommends that the right of teachers and other civil servants ..., to engage in collective bargaining should be guaranteed in law and in practice. Detailed information on this is requested in the third periodic report."[64]

I vissa fall är rätten till kollektiv förhandling erkänd i rättsordningen. I praktiken fungerar det emellertid inte. Då uppmanas staten att eliminera glappet mellan lag och praktik.[65]

Kommittén har på senare tid angripit reglering som bara tillerkänner de mest representativa fackföreningarna rätten att bedriva kollektiv förhandling. Kommittén har uttryckt oro över representativitetskriterier som berättigar fackföreningar att bedriva kollektiv förhandling. Kriterierna ansågs nämligen kunna exkludera små och nya fackföreningar till förmån för stora och mer etablerade fackföreningar och därigenom hota rätten för alla fackföreningar att fungera fritt enligt artikel 8:1c. Kommittén rekommenderade staten att säkerställa att kriterierna för deltagande i kollektiv förhandling och särskilt representativitetskriterierna inte inskränker fackföreningarnas rätt att delta i kollektiv förhandling oavsett deras storlek i enlighet med artikel 8:1c.[66]

Det tycks således klarlagt att artikel 8 föreskriver att fackföreningar skall kunna bedriva kollektiv förhandling. Rättssystemet skall erkänna denna rätt och om de i praktiken inte tillåts att bedriva kollektiv förhandling ansvarar staten för att tillse att dessa hinder elimineras.

I riktlinjerna för den nationella rapporteringen efterfrågas vad staterna gör för att främja kollektiv förhandling. Om det innebär att staterna även har en skyldighet att progressivt skapa incitament för att exempelvis arbetsvillkoren regleras genom kollektiv förhandling är oklart. Kommen-

[63] Summary Record of the 32nd meeting (Macau): Portugal. 05/03/97. E/C.12/1996/SR.32, p. 33–36, Mr Costa Oliviera (Portugal) och Mr Grissa.

[64] Summary Record of the 32nd meeting (Macau): Portugal. 05/03/97. E/C.12/1996/SR.32, p. 39, CO CESCR Irland 17/05/2002 E/C.12/1/Add.77, p. 18, 29.

[65] CO CESCR Libyan Arab Jamahiriya 16/05/97. E/C.12/1/Add.15, p. 15, 21.

[66] CO CESCR France 30/11/2001 E/C.12/1/Add. 72. Se också om överdrivna krav på förhandlingslicens CO CESCR Ireland. 14/05/99. E/C.12/1/Add.35, p. 19, CO CESCR Ireland 17/05/2002 E/C.12/1/Add.77, p. 18, 29.

taren ovan rörande efterfrågan av bindande skiljeförfaranden skulle kunna tyda på det.[67]

I vissa fall har staten minskat de rättsliga incitamenten för att bedriva kollektiv förhandling. Kommittén har då uttryckt oro över att lagstiftning antagits som gör valet fritt mellan individuell och kollektiv förhandling när det gäller förhandling av innehållet i anställningskontrakt. Kommittén rekommenderade staten att se över den nya lagens inflytande över de föreskrifter som återfinns i konventionens artiklar 6, 7 och 8 och eliminera varje konflikt som uppdagas.[68] De uttryckta farhågorna i denna kommentar tycks vila på en uppfattning att staten inte bör vidta åtgärder som *minskar* parternas benägenhet att sluta kollektivavtal.

Denna uppfattning tycks också ligga bakom en nyligen antagen kommentar angående Australien. Kommittén uttryckte oro över att en ny lag rörande relationerna på arbetsplatsen "workplace relations Act 1996" favoriserar individuella förhandlingar med arbetsgivare framför kollektiva förhandlingar.[69] Någon rekommendation i ämnet togs dock inte.[70] Att minska förutsättningarna för att kollektiva förhandlingar skall komma till stånd verkar vara *tveksamt* från förenlighetssynpunkt. Det tycks dock vara alltför djärvt att påstå att en sådan åtgärd står i uppenbar konflikt med artikel 8. Kommittén har i varje fall inte klargjort att så är fallet.

Att staten inte alls skapar förutsättningar för kollektiv förhandling utan i stället själv reglerar anställningsvillkor bekymrar också kommittén. Kommittén uttrycker oro över att genuin kollektiv förhandling inte praktiseras i staten i fråga. Lön och förmåner bestäms i princip av regeringen.[71] Någon rekommendation framförs inte. Även i detta fall gällde situationen en förändring av tidigare gynnsamma rättsliga möjligheter för fackföreningsrörelsen att utvecklas. Den gällande lagstiftning hade kraftigt beskurit fackföreningarnas handlingsutrymme. Och nu var en ännu mer begränsande lag på förslag.[72]

Enligt min uppfattning är det svårt att dra några säkra slutsatser om vilka skyldigheter staten har att skapa förutsättningar så att kollektiv förhandling blir en särskilt tilltalande lösning för de berörda parterna. Det har i doktrinen påstått att artikel 8 går lika långt som ILO-konventionerna 87 och 98 när det gäller omfattningen av rätten till kollektiv för-

[67] Summary Record of the 34th meeting: Iraq. 22/01/98. E/C.12/1997/SR.34, p. 42, Mr Adekuoye.
[68] CO CESCR New Zealand E/C.12/1993/13, p. 13, 19.
[69] CO CESCR Australia 01/09/2000. E/C.12/1/add.50, p. 17
[70] Se List of Issuses Australia 23/05/2000 E/C.12/Q/Australia 1, p. 15.
[71] CO CESCR Mauritsius U.N. Doc. E/C.12/1994/8 (1994), 31 May 1994, p. 10.
[72] Summary Record of the 22nd meeting: Mauritsius. 24/05/94 E/C.12/1994/SR.22, p. 55–56, Mr Simma.

handling. En kommentar av kommittén skulle kunna tyda på att dessa röster har rätt. I det fallet uppmärksammar kommittén staten på behov av att uppdatera lagstiftningen angående friheten att utöva fackliga aktiviteter. Sådan lagstiftning skulle vara förenlig med föreskrifterna i artikel 8 och i ILO-konventionerna nr 87 och nr 98.[73]

8.10 Rätten att strejka

Enligt artikel 8:1d skall strejkrätten säkerställas förutsatt att den utövas i förenlighet med den enskilda statens lagar. Paragrafens ordalydelse väckte farhågor om att strejkrätten skulle bli illusorisk. Förutsättningarna för dess utövande ansågs helt lämnas åt staternas godtycke.[74] Det påpekades emellertid också att även om staterna skulle kunna reglera och begränsa strejkrätten så medförde paragrafen att de inte helt skulle kunna förbjuda strejker.[75]

Kommittén har i viss mån klargjort innebörden av artikel 8:1d. Farhågorna över paragrafens substanslöshet har inte besannats. I stället har paragrafens innehåll utvecklats och en reell strejkrätt har etablerats. Kommittén har angivit att ett misslyckande med att införa strejkrätten i nationell rätt utgör en kränkning av artikel 8. Det räcker inte att bara att erkänna *friheten* att strejka.[76] De regler som omgärdar strejkrätten skall vara klara och specifika[77] och får inte medföra att strejkrätten i realiteten knappt kan utövas. Kommittén har uttryckt särskild oro över att strejkrätten inte kan utövas i praktiken eftersom en 21 dagars lång avkylningsperiod föreskrivs och en minister är bemyndigad att hänvisa vilken arbetsmarknadskonflikt som helst till tvångsskiljedom. Detta medför att strejkrätten beskärs på ett alltför omfattande sätt.[78] Kommittén rekommenderar i allmänhet stater att ändra sin lagstiftning om myndigheternas möjligheter att hänvisa en arbetsmarknadskonflikt till tvingande skiljeförfarande är alltför omfattande.[79] Kommittén uppmanar en stat att begränsa de sektorer i vilka arbetstagare inte har strejkrätt till sådana som

[73] CO CESCR Belarus 06/12/96. E/C.12/1/Add.7/Rev.1, p. 17, 22.
[74] Se t.ex. Valicos & von Potobsky. International Labour Law, s. 105.
[75] Schwelb, Some aspects of the International Covenants on Human Rights, s. 109.
[76] CO CESCR UK 04/12/97 E:/C.12/1/Add.19, p. 11, 23, CO CESCR Sri Lanka 16/06/98 E/C.12/1/Add.24, p. 17, CO CESCR UK 15/05/2002, E/C.12/1/Add.79, p. 16, 34.
[77] CO CESCR Viet Nam U.N. Doc E/C.12/1993/8, p. 9.
[78] CO CESCR Mauritsius U.N. Doc. E/C.12/1994/8 (1994), 31 May 1994, p. 10.
[79] CO CESCR Senegal U.N Doc. E/C.12/1993/18 (1994), p. 12, CO CESCR Norway U.N. Doc. E/C.12/1995/13 20 dec. 1995, p. 22, 25.

är accepterade av relevanta internationella standards såsom militären och polisen etc. En rätt att hänvisa en konflikt till ett tvingande skiljeförfarande kan likställas med ett förbud att strejka.[80] För övrigt rekommenderar kommittén att strejkrätten bara får förbjudas för grupper som utför oundgängliga samhällsuppgifter och för offentliga tjänstemän som utövar maktbefogenheter i statens namn.[81] Den delar uttryckligen därvidlag ILO:s expertkommittés förhoppningar att parter bara skall kunna tvingas in i ett skiljeförfarande om den aktuella arbetsnedläggelsen kan hota liv, personlig säkerhet eller hälsa för hela eller delar av befolkningen.[82] När det gäller begränsningar i andra gruppers strejkrätt tycks det som om kommittén anser att staten har en omedelbar skyldighet att säkerställa strejkrätten för de grupper som inte utför oundgänglig samhällsservice eller maktbefogenheter i statens namn.[83] Att kriminalisera vissa former av strejker som "wildcat strikes" anses utgöra en överdriven begränsning av strejkrätten som ombedes tas bort.[84]

Ett annat exempel på reglering av strejkrätten som inte är förenlig med artikel 8 är krav på att ett strejkbeslut måste fattas av två tredjedelar av fackföreningens medlemmar.[85]

8.11 Skydd mot facklig diskriminering

Utgångspunkten i kommitténs kommentarer är att arbetstagarnas rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar och att strejka skall erkännas i lag. Detta bl.a. för att undvika att implementeringen av artikel 8 lämnas åt arbetsgivarnas godtycke.[86] Detta gäller som angivits även för rätten till kollektiv förhandling. Det räcker dock inte med att dessa rättigheter erkänns i lag. I de fall där det framkommit att arbetsgivarna, trots erkännande i lag, hindrar och avskräcker arbetstagare att ansluta sig fackligt

[80] CO CESCR Belarus 06/12/96. E/C.12/1/Add.7/Rev.1, p. 17, 22. CO CESCR Australia 01/09/2000 E/C.12/1/Add.50, p. 17, 29.

[81] CO CESCR Denmark 14/05/99. E/C;12/1/Add.34, p. 21, 29. CO CESCR Australia 01/09/2000 E/C.12/1/Add.50, p. 17, 29.

[82] CO CESCR Mauritsius U.N. Doc. E/C.12/1994/8 (1994), 31 May 1994, p. 10.

[83] CO CESCR Bulgaria 08/12/99. E/C.12/1/Add.37, p. 16, 25, CO CESCR Denmark 14/05/99. E/C;12/1/Add.34, p. 21, 29, CO CESCR Japan 24/09/2001 E/C.12/1/Add.67, p. 21, 48, CO CESCR Germany 24/09/2002 E/C.12/1/Add.68, p. 22, 40, CO CESCR Republic of Korea 21/05/2001 E/C.12/1/Add.59, p. 19.

[84] CO CESCR Morocco 01/12/2000 E/C.12/1/Add.55, p. 22, 46, SR CESCR Morocco 28/11/2000 E/C.12/2000/SR69 Mr Belmahi, p. 37–39.

[85] CO CESCR Egypten 23/05/2000. E/C.12/1/add.44, p. 18, 19, 34, se också CO CESCR Bulgaria 08/12/99. E/C.12/1/Add.37, p. 16, 25.

[86] CO CESCR Saint Vincent and the Grenadines 02/12/97. E/C.12/Add.21, p. 18.

och bedriva facklig verksamhet påtalar kommittén behovet av att staten vidtar *alla* rättsliga medel för att hindra arbetsgivarnas motarbetande.[87] Kommittén rekommenderar bl.a. att då det saknas ett effektivt skydd för arbetstagare vid antifacklig diskriminering skall staten säkerställa att ett effektivt sanktionssystem inrättas och implementeras för att bestraffa intrång i fackliga rättigheter.[88] När arbetstagare avskedats därför att de organiserat facklig verksamhet som skulle vara tillåten enligt artikel 8 så undrade kommittén vilka åtgärder som vidtagits för att återinsätta eller kompensera dessa arbetstagare.[89] Denna fråga indikerar vilka sanktioner som är lämpliga.

I andra fall kanske diskriminering förekommer trots att rättssystemet i sig inte uppvisar några konkreta brister. Då rekommenderar kommittén att "urgent measures" skall antas inter alia för att öka medvetenheten bland arbetsgivare, arbetsrättsdomare och polis i syfte att garantera implementeringen av rätten att engagera sig i fackliga aktiviteter och i strejkrätten.[90] I ett fall angavs att staten skulle möjliggöra för fackföreningarna att fungera effektivt.[91] Rättsmedel skulle exempelvis göras tillgängliga vid olagliga avskedanden. Det framkom dock vid kommitténs utfrågning av de aktuella regeringsrepresentanterna att det största problemet inte var lagstiftningen i sig utan individernas okunskap om sina rättigheter och skyldigheter. Regeringen skyllde reglernas bristande genomslag i praktiken på landets ekonomiska, strukturella och finansiella problem. Kommittén lät sig emellertid inte nöja med denna förklaring.[92]

Kommittén har uppmärksammat en rad fall av diskriminering på grund av facklig verksamhet. Avsked har nämnts.[93] Att deltagande i strejk utgör ett grundläggande kontraktsbrott som medför att arbetstagaren skiljs från sin anställning är inte förenligt med artikel 8. En sådan ordning kan heller inte kompenseras genom att arbetstagarna kan väcka talan i domstol för osaklig uppsägning. Kommittén menar att arbetstagare som deltar i en laglig strejk inte ipso facto skall anses ha begått ett kontraktsbrott.[94] Kommittén har också kritiserat att det nationella rättssys-

[87] CO CESCR Kyrgyzstan 01/09/2000 E/C.12/1/Add.49, p. 15, 28. CO CESCR Russian Federation 20/05/97. E/C.12/1/Add.13, p. 8, 18(h), 33.
[88] CO CESCR Morocko E./C.12/1994/5 30 May 1994, p. 15, 21–22.
[89] CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 11, 19–20.
[90] CO CESCR Paraguay 28/05/96. E/C.12/1/Add.1, p. 12–13, 25. CO CESCR Peru 16/05/97 E.C.12/1/Add.14, p. 19, 33.
[91] CO CESCR Russian Federation 20/05/97. E/C.12/1/Add.13, p. 8, 18(h), 33.
[92] CO CESCR Russian Federation 20/05/97. E/C.12/1/Add.13, p. 8, 18(h), 33. Se också CESCR 12th meeting 11/06/97 E/C.12/1997/SR.12, p. 31, 40.
[93] CO CESCR Austria, U:N: Doc. E/C.12/1994/16, p. 14, 20.
[94] CO CESCR UK 04/12/97 E:/C.12/1/Add.19, p. 11, 23.

temet accepterat särskilda lönetillägg för oorganiserade arbetstagare. Sådan praxis är oförenlig med artikel 8. Kommittén rekommenderar att rätten för arbetsgivare att "grant financial incentives" till arbetstagare som inte ansluter sig till fackföreningar skall upphävas.[95] Det är heller aldrig förenligt med artikel 8 att kriminalisera handlingar förenade med facklig verksamhet inte ens deltagande i en "wildcat" strejk.[96]

Många fackligt aktiva runt om i världen riskerar dock värre öden än de ovan nämnda. På många håll kränks individers medborgerliga rättigheter enbart därför att dessa personer varit fackliga medlemmar eller aktiva. Kommittén har uttryckt sig mycket skarpt mot länder där sådana brott förekommer. När fackligt aktiva fängslats utan att några godtagbara anklagelser riktats mot dem uppmanar kommittén staten att omedelbart frige dessa personer.[97] I Colombia hade mellan åren 1991 till 2001 fler än 1 500 fackföreningsmedlemmar dödats ofta bara beroende på att de tillhörde en fackförening. Andra hotades eller fördrevs. Kommittén "urged" därför staten att vidta effektiva åtgärder för att kunna tillgodose fackföreningsrepresentanters säkerhet, åtala och bestraffa de som var ansvariga för mördandet av fackföreningsmedlemmar och tillhandahålla lämplig kompensation till offrens familjer.[98]

8.12 Relationen mellan ILO-konvention 87 och artikel 8

Artikel 8:3 innehåller en identisk hänvisning till ILO-konvention nr 87 som den som återfinns i artikel 22:3 i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter. Egentligen finns det ingen anledning att tolka artikel 8:3 annorlunda än motsvarande artikel i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter. Jag kommer ändå att presentera några ståndpunkter som tar sikte just på artikel 8:3. Craven hävdar exempelvis att artikel 8:3 medför att för de parter som också är parter till ILO-konvention 87 måste omfattningen av artiklarna 8:1 och 2 "be read subject to the provisions of that Convention". Om man tillämpar Cravens uppfattning skulle det innebära att för en stat som är part till båda instrumenten och som inför en inskränkning i strejkrätten som inte är förenlig med ILO-konvention 87 skulle automatiskt också artikel 8 anses

[95] CO CESCR UK 04/12/97 E:/C.12/1/Add.19, p. 11, 23.
[96] CO CESCR Egypt 23/05/2000. E/C.12/1/add.44, p. 18–19, 34. CO CESCR Morocco 01/12/2000 E/C.12/1/Add.55, p. 22, 46.
[97] CO CESCR Nigeria 13/05/98 E/C.12/1/Add.23, p. 17, 37.
[98] CO CESCR Colombia 30/11/2001 E/C.12/1/Add.74, p. 17, 38.

kränkt.[99] I förenlighet med det resonemang jag förde angående innebörden av artikel 22:3 i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter kan jag inte dela Cravens uppfattning.[100] Artikel 8:3 syftar enbart till att säkerställa att konventionen inte tas till intäkt för att inte tillämpa ILO-konventionens vidare omfattning av den fackliga föreningsfriheten om man ratificerat denna.[101] I förenlighet med Cravens resonemang skulle innebörden av artikel 8 variera beroende på om staten i fråga är bunden av ILO-konvention 87 eller inte. Det tycks inte rimligt.

Jag övergår nu till frågan om den allmänna relationen mellan ILO och konventionen. Efter genomgång av den praxis kommittén utvecklat kan jag inte annat än instämma i Swepstons påpekande att kommittén inte utvecklat artikel 8 på ett sätt som skulle kunna vara oförenligt med konvention 87. Relationen mellan ILO och konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter är också tänkt att vara sammanlänkad. I konventionens artikel 18 anges att ECOSOC kan komma överens med "the special agencies" att de skall rapportera till ECOSOC om de framsteg som gjorts avseende konventionens bestämmelser inom de områden som faller inom deras verksamhet. FN:s specialorgan har givits en mer framskjuten position i denna konvention vilket återspeglas i konventionens artiklar 18–22 och detta gäller även ILO. Jenks drar därav slutsatsen att "the specialised agencies, and in particular the ILO" blir "the executing agencies of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights with a major share of the responsibility for its effective implementation".[102]

Oavsett hur man förhåller sig till detta uttalande så är det uppenbart att kommittén anser att ratifikation av ILO-konventionerna 87, 98 och 151 gagnar uppfyllandet av artikel 8. Staterna uppmanas nämligen ofta att ratificera dessa ILO-konventioner.[103] I vissa fall uppmanas också staterna att därefter harmonisera sina arbetsrättsliga lagar med dessa ILO-konventioner så snart som möjligt.[104]

[99] Craven, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 263.
[100] Se också Valicos & von Potobsky. International labour law, s. 105 och Comparative analysis of the International Covenenats on Human rights and International Labour Conventions and Recommendations, 52 ILO O. Bull. 181 (1969), p. 52–55.
[101] Se även Alston & Quinn, s. 215–216.
[102] Jenks, s. 250.
[103] CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 11, 19–20. CO E/C.12/1993/13 p. 20, Craven tar detta för intäkt till att ILO-konvention 98 och artikel 8 1 c antagligen överensstämmer i detta avseende
[104] CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 11, 19–20.

Att ratifikation av dessa konventioner bidrar till uppfyllandet av artikel 8 innebär dock inte att deras innehåll är identiskt. Instruktionerna för regeringsrapporterna stärker detta antagande.[105] I allmänhet är det lämpligast att inte söka utfylla innehållet i artikel 8. En stat som ratificerat konventionen för ekonomiska, sociala och kulturella bör inte automatiskt bindas av de mer detaljerade föreskrifter som följer av ILO-konventionerna. ILO konstaterar själva i den komparativa analys, som gjordes vid FN-konventionernas antagande, av deras relation till relevanta ILO-konventioner och rekommendationer att omfattningen av skyddet i artikel 8 skilde sig från ILO-konvention 87.[106]

KESKR tolkar dock ofta IKESKR i samklang med ILO-konventionerna. Detta även då konventionstexterna tycks skilja sig år. Kommittén har vid upprepade tillfällen klargjort att trots ordalydelsen i artikel 8 1 d så kan inte strejkrätten bli föremål för vilka begränsningar som helst. Strejkrätten kan bara begränsas i den omfattning som ILO-konvention 87 medger.[107] I ett fall rekommenderar exempelvis kommittén att en lag antas som reglerar strejkrätten för att garantera att den till fullo är förenlig med ILO-konvention 87.[108] Ibland hänvisas avseende strejkrätten också till ILO-konvention 98.[109] När det gäller strejkrättens omfattning tycks inte de bägge instrumenten skilja sig åt.

Avseende de offentliganställda har kommittén i princip också klargjort att deras fackliga föreningsfrihet inte kan bli föremål för obegränsade inskränkningar som ordalydelsen i artikel 8:2 kan ge intryck av. Kommittén har angivit att offentliganställda skall tillåtas att organisera sig fackligt, förhandla kollektivt och strejka.[110] Att förvägra offentliganställda strejkrätt står i strid med artikel 8:2.[111] Regeringsanställda skall ha rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar.[112] Kommittén oroar sig över begränsningarna för vissa offentliganställda att delta i fackliga aktivite-

[105] I den mån det finns relevanta uppgifter till rapporterna till ILO rörande konventionerna 87 och 98 kan hänvisning göras till dessa. Alla uppgifter behöver således inte vara relevanta och kompletteringar skall göras i den mån så krävs, se HRI/GEN/2/Rev.1, 9 May 2001 p. 21.

[106] Comparative analysis of the International Covenenats on Human rights and International Labour Conventions and Recommendations, 52 ILO O. Bull. 181 (1969), p. 52–55.

[107] CO CESCR Cyprus 04/12/98 E/C.12/1/Add.28, p. 26(d), CO CESCR Belarus 06/12/96. E/C.12/1/Add.7/Rev.1 p. 17, 22. CO CESCR Australia 01/09/2000 E/C.12/1/Add.50, p. 17, 29.

[108] CO CESCR Cyprus 04/12/98 E/C.12/1/Add.28, p. 26(d).

[109] CO CESCR Belarus 06/12/96. E/C.12/1/Add.7/Rev.1 p. 17, 22.

[110] CO CESCR Zimbabwe 20/05/97. E/C.12/1/Add.12, p. 20.

[111] Se t.ex. CO CESCR Germany. 04/12/98 E/C.12/1/Add.29, p. 19, 31.

[112] CO CESCR Lebanon 09/06/93. E/C.12/1993/10, p. 14.

ter.[113] När det gäller omfattningen av de offentliganställdas fackliga föreningsfrihet hänvisar kommittén inte explicit till ILO-konventionerna men har utformat praxisen så att den utgår från samma distinktioner som ILO:s övervakningsorgan använder. Dessa exempel visar att i de fall utformningen av den fackliga föreningsfriheten i artikel 8 uppenbart skiljt sig från framförallt ILO-konvention 87 så har kommittén strävat efter att genom praxis undanröja denna skillnad.[114]

[113] CO CESCR Jordan 01/09/2000. E/C.12/1/Add.46, p. 21.
[114] Se Swepston, s. 173, jfr dock Valicos & von Potobsky. International Labour Law, s. 105.

9 Europarådets sociala stadga

9.1 Inledning

I Europarådets sociala stadga skyddas den fackliga föreningsfriheten i artikel 5. Ett explicit skydd av förhandlingsrätten och strejkrätten återfinns i artikel 6.

Del II i stadgan som jag avser att behandla innefattar de substantiella rättigheterna. De artiklar från del II som en stat medtagit i sin ratifikation utgör ett rättsligt åtagande.

Åtagandena i stadgan är inte föremål för något generellt successivt moment. Vissa artiklar innefattar dock explicit ett sådant moment.[1] De artiklar jag skall behandla är dock omedelbart tillämpliga.

Som inspiration för sin tolkning hämtar den Europeiska kommittén för sociala rättigheter (tidigare benämnd den oberoende expertkommittén) ibland stöd från ILO- och från EU-källor. När det gäller den fackliga föreningsfriheten är det framförallt ILO-konventioner som aktualiseras. Det är dock värt att notera att på flera enskilda punkter har kommittén gått sin egen väg.

Det är den Europeiska kommittén för sociala rättigheters konklusioner som till största delen ligger till grund för avsnittet nedan. Det är kommittén som gör den rättsliga bedömningen av om en stat lever upp till sitt åtagande eller inte.[2] Regeringskommittén gör sedan en bedömning utifrån sociala och politiska överväganden om den skall rekommendera Ministerkommittén att anta en enskild rekommendation riktad till en enskild stat som enligt Europeiska kommittén för sociala rättigheter inte lever upp till sitt åtagande. Dessa rekommendationer antas ytterst sparsmakat och det går inte att basera tolkningen av stadgans bestämmelser på dessa. När sådana rekommendationer antagits nämner jag givetvis det.

I den mån doktrinen kan sägas tillföra något återfinns också den i framställningen.

[1] Harris, 2001, s. 26–27.
[2] Evju, s. 22–23.

9.2 Föreningsfrihet

9.2.1 Inledning

I artikel 5 skyddas den fackliga föreningsfriheten. Artikeln lyder:

> "För att säkerställa eller främja arbetstagarnas och arbetsgivarnas frihet att bilda och tillhöra lokala, riksomfattande nationella och internationella sammanslutningar för att tillvarata sina ekonomiska och sociala intressen förbinda sig de fördragsslutande parterna att varken utforma eller tillämpa den nationella lagstiftningen på sådant sätt, att denna frihet kränkes. I vad mån i denna artikel stadgade garantier skola äga tillämpning på personer som tillhöra polisväsendet eller krigsmakten skall bestämmas i nationell lagstiftning."

Artikeln innefattar både en positiv och en negativ sida. Den negativa sidan innefattar ett krav på frånvaro i det nationella rättssystemet av reglering eller praxis som på något vis kränker arbetstagares och arbetsgivares rätt att bilda och ansluta sig till en förening. Den positiva sidan inbegriper ett krav på staten att anta adekvata rättsliga medel i syfte att garantera utövandet av organisationsrätten och skydda arbetstagarorganisationerna från någon störning eller något ingripande från arbetsgivarsidan.[3]

9.2.2 Godtagbara inskränkningar

Under utarbetandet av Europarådets sociala stadga diskuterades godtagbara begränsningar av rättigheterna och på vilket sätt dessa godtagbara begränsningar skulle knytas till rättigheterna. I tidiga förslag kopplades de godtagbara inskränkningsgrunderna till blivande artikel 5 efter förebild från Europakonventionen.[4] År 1957 väcktes idén om en allmän inskränkningsbestämmelse, applicerbar på stadgans alla artiklar.[5] Denna idé utmynnade i stadgans artikel 31 som lyder:

> "Ett effektivt förverkligande av de i första delen angivna rättigheterna och principerna samt ett effektivt, utnyttjande av desamma i enlighet med föreskrifterna i andra delen förutsätter, att ifrågavarande rättigheter och principer icke göras till föremål för andra inskränkningar eller begränsningar än de i nämnda delar av stadgan angivna, dock med undantag för sådana som äro i lag föreskrivna och som äro nödvändiga i ett demokratiskt samhälle

[3] C I, 1969/70, allmän introduktion till artikel 5, s. 31. Se också Otto Kahn-Freund, Labour Relations and International standards, s. 136–137.

[4] Kommittén för sociala frågor, doc 488, AS/EC (7) 21, PW III s. 103, och AS/AG (8) 11 C (PW III, s. 139) förslag från kommittén för allmänna frågor, doc 536, Draft recommendation, Charter, (PW III, s. 539)

[5] Av generalsekretariatets rättsavdelning, se PW IV, s. 179, CE/Soc WP II (57) 2.

såsom garanti för annans fri- och rättigheter eller såsom skydd för samhällets intresse, nationell säkerhet, allmän hälsa eller moral."

För att en inskränkning av någon av stadgans rättigheter skall vara förenlig med artikel 31 måste den anges i lag och vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle för att garantera annans fri- och rättigheter eller för att skydda samhällets intresse, nationell säkerhet och allmän hälsa eller moral. Att åtgärden måste vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle innebär att ingreppet i rättigheten måste vara proportionellt mot det intresse det vill skydda.[6] Vid följande genomgång är det viktigt att hålla artikel 31 i minnet. Det är också viktigt att notera att artikel 31 anger under vilka omständigheter en rättighet kan inskränkas inte elimineras. Inskränkningar i organisationsrätten får således bara ske i förenlighet med artikel 31.[7]

9.2.3 Vad är en fackförening?

Någon exakt definition av vad som innefattas i begreppet fackförening enligt artikel 5 har inte angivits. Det framgår dock ur artikeln som sådan att organisationer vars främsta syfte är att skydda och främja medlemmarnas, det vill säga arbetstagarnas eller arbetsgivarnas, ekonomiska och sociala intressen avses.[8]

9.2.4 Vilka arbetstagare omfattas?

Alla kategorier arbetstagare, förutom poliser och militärer, tillerkänns i princip facklig föreningsfrihet. Polisens fackliga föreningsfrihet kan begränsas men inte helt utgå[9] vilket den dock kan för militären.[10]

[6] Se mer om inskränkningsgrunder s. 207, 231 och 295.

[7] C XV-1, 2000, vol. 1, Iceland, s. 326.

[8] Human rights Social Charter Monographs -No. 5, The Rights to organise and to bargain collectively, 2001, s. 13. Det isländska advokatsamfundet ansågs inte utgöra en fackförening i artikel 5:s mening se C XVI-1, 2002, vol. 1, Iceland, s. 317.

[9] I en allmän kommentar till artikel 5 anger kommittén att nationella föreskrifter som förbjuder poliser att bilda egna fackföreningar eller att ansluta sig till fritt valda fackföreningar och föreskrifter som tvingar poliser att ansluta sig till viss fackförening står i strid med stadgan eftersom sådana föreskrifter helt undertrycker polisens föreningsfrihet, C III, 1973, allmän kommentar, s. 30. Däremot är det okey om poliser bara får sluta sig samman med varandra och bara får ansluta sig till polisbaserade organisationer och dessa vidare bara får ansluta sig till internationella polisföreningar, Samuels, s. 135. Polisen måste emellertid kunna utöva vissa "trade union prerogatives", de måste få förhandla om "their conditions of service and remuneration and the right of assembly", C X-2, 1988, Cyprus, s. 67 och C XIV-1, 1998, vol. 1, Belgium, s. 108. Se också Harris, The European Social Charter, i An Introduction, Åbo 1997, s. 246.

[10] C I, 1969/79, allmän introduktion till artikel 5, s. 31. C V, 1977, Italy, s. 38.

För övriga arbetstagargrupper kan organisationsrätten bara inskränkas i den mån artikel 31 medger. Ett exempel skall anges. En stor andel arbetstagare inom den Brittiska regeringens kommunikationscenter i Cheltenham (Government Communication Centre) var berövade den fackliga föreningsfriheten. Kommunikationscentret sysslade bland annat med militär underrättelseverksamhet.[11] Kommittén ansåg inte att dessa arbetstagare omfattades av militärbegreppet i artikel 5. Inskränkningen fick därför bedömas utifrån artikel 31. Kommittén konstaterade att begränsningen var angiven i lag och att den syftade till att skydda den nationella säkerheten. Kommittén undrade emellertid i vilken omfattning den fackliga föreningsfriheten var begränsad. Artikel 31 tillhandahåller ju inte någon total inskränkningsmöjlighet.[12] Omfattningen av begränsningen skulle påverka bedömningen av om ingreppet kunde anses vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Kommittén meddelades att arbetstagarna hade möjlighet att ansluta sig till en personalorganisation och under den följande rapporteringscykeln framkom att personalorganisationen registrerats som fackförening samt givits rätt att förhandla för sina medlemmar. Medlemskapet i denna organisation var frivilligt och medlemmarna bestod av vitt skilda yrkesgrupper inom myndigheten. Utifrån denna information drog kommittén slutsatsen att begränsningarna som denna grupp var föremål för inte överskred gränserna i artikel 31.[13]

Om en grupp arbetstagare inte har den fackliga föreningsfrihet som artikel 5 föreskriver vill kommittén få förklarat för sig *varför* gruppen inte åtnjuter dessa rättigheter. Dessutom vill kommittén veta vilka *andra möjligheter* gruppen har att sluta sig samman för att skydda sina ekonomiska och sociala intressen. Andra arbetstagargrupper än militären får ju inte helt berövas föreningsfriheten. Kommittén gör därefter en prövning enligt artikel 31. Det ansågs enligt en sådan prövning acceptabelt att domare och andra personer som var direkt involverade i "the administration of justice" inte hade möjlighet att bilda och ansluta sig till fackföreningar. De kunde dock sluta sig samman i yrkesorganisationer och genom dessa söka tillvarata sina yrkesmässiga intressen.[14]

[11] Human rights Social Charter momographs -No. 5, The Rights to organise and to bargain collectively (2nd edition), 2001, s. 38.
[12] C X-1, 1987, UK, s. 68–69.
[13] C XI-I, 1989, UK, s. 80. Se också C 2002, Revised Charter, Romania, s. 129, som rörde offentligt anställda som påstods utöva maktbefogenheter i statens namn. En bedömning enligt artikel 31 gjordes och kriterierna för artikel 31 ansågs ej uppfyllda.
[14] C 2002, Revised Charter, Romania, s. 129–130, för andra avvägningar se C XVI-1, 2002, vol. 1, Czech Republic, s. 136; vol. 2, Poland, s. 534–535.

9.2.5 Förbud mot diskriminering

Utgångspunkten när det gäller stadgans alla artiklar är att åtnjutandet av rättigheterna skall säkerställas utan någon diskriminering på grund av ras, färg, kön, religion, politisk uppfattning, nationell börd eller socialt ursprung. Detta framgår av stadgans ingress och av ett appendix[15] och för utländska arbetstagare också av artikel 19:4 b.

När det gäller dessa otillåtna diskrimineringsgrunder har kommittén egentligen bara konfronterats med diskriminering av utländska arbetstagare och deras möjligheter att bli fackliga representanter och ledare. Utgångspunkten är att utländska arbetare som härrör från något av Europarådets länder skall erhålla samma rätt att organisera sig som alla andra. Detta bekräftas i stadgans artikel 19:4 b. Allmänna förbud för utländska medborgare (som är medborgare i annat europarådsland) att bli invalda i företagsråd accepteras därför inte av kommittén.[16] Kommittén accepterar heller inte regler som uppställer krav på 5 års vistelse i landet för att kunna bli förtroendeman eller krav på att andelen utländska fackliga ledare ej får överstiga en tredjedel. När det gällde 5-årskravet förklarade Frankrike att viss anpassning till språk och traditioner krävdes. Kommittén menade dock att eftersom inte motsvarande krav ställdes på EG- och EES-medlemmar så tycktes argumentet inte ha någon reell bärighet. Det absoluta maximiantalet för utländska förtroendemän eller ledare ansågs i vissa branscher kunna resultera i att ledningen inte speglade arbetsstyrkan. Ingen av inskränkningarna ansågs därför vara förenlig med stadgan.[17]

Det är däremot acceptabelt att begränsa möjligheterna för utländska ombudsmän att väljas in som partsrepresentanter i arbetsdomstolar eftersom uppgifter inom rättsväsendet, som är en suverän statlig funktion och "a prerogative of national sovereignty", är förbehållna inhemska medborgare. Kommittén ansåg att detta undantag till den i stadgans ingress *angivna allmänna principen om icke-diskriminering*, var baserad på en objektiv och rimlig grund och därför var förenlig med stadgan.[18]

Några andra diskrimineringsgrunder har kommittén inte fått anledning att behandla. Det finns dock ingenting som tyder på att någon annan diskrimineringsgrund skulle behandlas på annat sätt.

[15] Se Samuels, s. 106.

[16] C XV-1, 2000, vol. 1, Austria, s. 40–42, Committee of Minister Recommendation No. ChS (99) 1

[17] C VI, 1979, France, s. 30. Se också C XV-1, 2000, vol. 1, Finland, s. 198–199.

[18] C XV-1, 2000, vol. 1, France, s. 249.

9.2.6 Friheten att välja fackförening

Utgångspunkten är att arbetstagare och fackliga organisationer *fritt* skall kunna välja vilken fackförening de vill tillhöra.[19] Detta hindrar dock inte att fackföreningarna själva kan uppställa vissa begränsningar i sina stadgar.[20] Regeln siktar in sig på statlig begränsning av denna frihet.

Under vissa omständigheter medges dock undantag från denna regel. Om arbetaren bara enligt lag får ansluta sig till en fackförening som är kopplad till hans eller hennes yrke eller arbetsuppgifter anses situationen vara förenlig med stadgan om en arbetstagare kan välja att antingen *ansluta* sig till en fackförening inom sin bransch eller yrkesgrupp eller att bilda en ny organisation.[21]

9.2.7 Negativ föreningsfrihet

Enligt artikel 5 skall arbetstagare också ha rätt att välja att *inte* ansluta sig till en fackförening.

Att varje form av obligatoriskt fackföreningsmedlemskap som föreskrivs i lag är oförenligt med de skyldigheter som stadgans artiklar för med sig konstaterades av kommittén redan i dess första konklusion.[22] När det gällde frågan om artikel 5 också skyddade arbetstagare mot avtalsbaserat organisationstvång komplicerades frågan av ett appendix som kopplats till stadgans artikel 1:2. I detta påpekas att artikel 1:2 inte skall tolkas såsom innebärande vare sig förbud mot eller godkännande av organisationsklausuler.[23] Enligt artikel 1:2 åtar sig de fördragsslutande staterna att effektivt skydda arbetstagares rätt att förtjäna sitt uppehälle i ett fritt valt arbete.[24]

När kommittén, med anledning av utgången i ett mål i Europadomstolen,[25] såg sig föranledd att utveckla stadgans negativa föreningsfrihet tog kommittén uttryckligen inte ställning till om appendixet till artikel 1:2 var applicerbart på artikel 5. Kommittén menade dock att om så var fallet skulle det ändock inte följa att den negativa aspekten av friheten att organisera sig helt skulle falla utanför omfattningen av artikel 5 eller

[19] Samuels, s. 107–108.
[20] Se s. 259.
[21] C XII-2, 1993, Cyprus, s. 97.
[22] C I, 1969/70, s. 31. C III, 1973, allmän kommentar, s. 30.
[23] Europarådets Sociala stadga, Bilagan, Del II, avseende artikel 1 p. 2 "Denna bestämmelse skall icke tolkas såsom innebärande vare sig förbud mot eller godkännande av organisationsklausuler", "This provision shall not be interpreted as prohibiting or authorising any union security clause or practice". European Social Charter, Collected Texts, 3u, s. 27.
[24] C I, 1969/79, s. 31. C III, 1973, allmän kommentar, s. 30.
[25] Fallet var Young, James and Webster v UK, se s. 334ff.

att ett tvång att ansluta sig till en fackförening alltid skulle anses vara förenligt med bestämmelsens anda. Kommittén hänvisade till Europadomstolens uttalande i Young, James and Webster; "permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee". Kommittén menade att detta uttalande också var tillämpligt på den sociala stadgans artikel 5.[26]

Appendixet[27] kunde heller inte, enligt kommittén, föra med sig att fördragsslutande part skulle kunna underlåta att tillhandahålla rättsmedel eller sanktioner avseende ageranden som otillbörligt lade hinder i vägen för friheten att bilda och ansluta sig till fackföreningar. Omfattningen av den nämnda appendixbestämmelsen skulle annars vidgas omåttligt och situationer som skulle vara oförenliga med den grundläggande frihet som säkerställs genom artikel 5 skulle bedömas vara lagliga.[28] Förekomsten av organisationsklausuler kan ju kränka både den positiva och den negativa föreningsfriheten. Rätten att ansluta sig till en annan fackförening än den organisationsklausulen föreskriver inskränks ju liksom rätten att vara helt oorganiserad.

Vad som utgjorde ett otillbörligt hinder i vägen för friheten att bilda och ansluta sig till fackföreningar var dock vid denna tidpunkt oklart. Det kan ändock konstateras att kommittén såg sig föranledd att tillkännage sin principiella ståndpunkt i denna fråga. Antagandet av bestämmelser som syftade till att begränsa och kontrollera bruket av organisationsklausuler genom att införa sanktionsmekanismer ansågs dock ligga i linje med kommitténs önskemål. Kommittén ville dock försäkra sig om att dessa föreskrifter också fått genomslag i praktiken innan en slutgiltig ståndpunkt kunde antas.[29]

Kraven rörande omfattningen av det rättsliga skyddet av den negativa föreningsfriheten har successivt stärkts i kommitténs praxis. Tidigare räckte det med att i lag ange förutsättningar som i sig förde med sig att organisationsklausuler i princip upphörde att existera.[30] Det krävdes inget

[26] C VII, 1981, UK, s. 32–33.

[27] Det påpekas i en fotnot att professor Fabricius tillkännagivit en annan uppfattning avseende bedömningen av Storbritanniens tillämpning av artikel 5. Hans uppfattning hade stöd av Mr Loizou. C VII, 1981, UK, s. 233.

[28] C VIII, 1984, allmän kommentar, s. 77.

[29] C VIII, 1984, UK, s. 82–83.

[30] Som att krav på att 80–85 procent av en arbetsstyrka genom hemlig omröstning måste godta en organisationsklausul och att möjligheten att avskeda på grund av avsaknad av fackföreningstillhörighet genom rättsliga skyddsanordningar kraftigt beskurits, C IX-1, 1985, UK, s. 48–49. UK har därefter skärpt reglerna se t.ex. C XI-1, 1989, UK, s. 79.

uttryckligt skydd av den negativa föreningsfriheten i rättsordningen. Inte heller ställdes krav på förbud mot diskriminering på denna grund. I dag krävs det dock att lagstiftningen tar avstånd från organisationsklausuler. Ett rättssystem som *tillåter* organisationsklausuler i kollektivavtal anses stå i motsättning till "the vey substance of the freedom to organise protected by article 5 of the Charter and cannot be held to ensure the effective application of the principle enshrined in Article 5".[31] Sverige ansågs exempelvis inte uppfylla kraven enligt artikel 5 på grund av förekomsten av *en* organisationsklausul. Problemet i den svenska rättsordningen var att varken lag eller praxis hindrade förekomsten av sådana klausuler.[32] Kommittén konstaterade att även om arbetstagare var skyddade mot uppsägning under anställningen så fanns inget skydd för tillämpningen av organisationsklausuler vid själva rekryteringen. Och sådana hade visats existera.[33]

Den negativa föreningsfriheten måste också ges ett *adekvat* skydd genom lag[34] eller bindande domstolspraxis.[35] Vad som karaktäriserar ett adekvat skydd har delvis förklarats. Förutom att rättsordningen inte får tillåta förekomsten av organisationsklausuler så måste den också tillse att om arbetsgivare ändå tillämpar en organisationsklausul och gör en anställning beroende av viss fackföreningstillhörighet så skall rättsordningen tillhandahålla sanktioner mot arbetsgivaren och arbetstagaren skall därmed kunna få saken prövad av ett kompetent administrativt eller juridiskt organ om han eller hon blir utsatt för sådan behandling.[36]

Det räcker dock inte med åtgärder mot avtalsbaserade organisationsklausuler. Staten måste också tillse att inte kränkningar av den negativa föreningsfriheten äger rum på andra grunder. I Frankrike fick exempelvis hamnarbetare bara arbeta om de erhöll ett yrkeskort från ett organ bestående av arbetsgivare och en särskild fackförening. Konsekvensen blev att bara hamnarbetare tillhörande den aktuella fackföreningen kunde få arbeta i hamnarna. Ett fackföreningsmonopol rådde de facto. För sådana fall fanns inga effektiva rättsmedel att tillgå och situationen var därför inte förenlig med stadgan.[37]

[31] C XI-1, 1989, Iceland, s. 79. C XIV- 1, 1998, vol. 1, Iceland, s. 380–381.
[32] C XIV –1, 1998, vol. 2, Sweden, s. 732. C 2002, Revised Charter, Sweden, s. 232. Se också C-XV-1, Addendum, 2000, Netherlands och C XIV-1, 1998, vol. 2, Norway, s. 610–612.
[33] C XIV-1, 1998, vol. 2, Sweden, s. 731.
[34] C XIII-1, 1994, Ireland, s. 133.
[35] XV-1, 2000, vol. 1, Iceland, s. 326.
[36] C VIII, 1984, allmän kommentar s. 77.
[37] C XIII-3, 1996, France, s. 97–98. C XIV-1, 1998, vol. 1, France, s. 252–253. C 2002, Revised Charter, France, s. 31, kritik mot de facto krav på viss organisationstillhörighet inom boksektorn för att få anställning.

Staten har alltså i dag, enligt stadgan, ett långtgående ansvar att skydda arbetstagares negativa föreningsfrihet också i relation mellan enskilda aktörer. Ett krav på att tillhöra viss fackförening får varken utgå från lag, avtal eller tillämpas på annat sätt. Staten har vidare ett ansvar att införa reglering som tillser att sådana klausuler eller sådant bruk inte tillämpas. Lagstiftningen måste således vara effektiv. Om diskriminering av arbetstagare förekommer därför att de inte är medlemmar i viss fackförening anses lagstiftningen inte vara tillräckligt effektiv och staten uppfyller därmed inte sitt åtagande.

Vad har då ansetts utgöra sådan diskriminering? Att medlemmar i viss fackförening ges företräde vid *rekrytering* godtas inte.[38] Alla former av *avsked* som beror på avsaknad av visst fackföreningsmedlemskap är vidare otillåtna. Undantag för personer som kände till kravet på facklig anslutning vid rekryteringen eller fick reda på det efter anställningen och vederbörande då redan innehade det aktuella medlemskapet accepteras inte.[39] Ingen diskriminering under anställningen på denna grund kan accepteras. Därför får inte diskriminering äga rum vid befordran, utbildning, eller för valbarhet till företagsråd och säkerhetsråd.[40]

En lag med innebörden att bara fackföreningsmedlemmar tillhandahåller arbetslöshetsunderstöd anses också utgöra ett otillbörligt medel att utöva påtryckning på arbetstagaren att bli eller kvarstå som fackföreningsmedlem. Denna bestämmelse ansågs stå i konflikt med artikel 5.[41] Detta gällde ett arbetslöshetsförsäkringssystem som finansieras genom allmänna pengar och "payroll taxes".[42]

Kommittén anser också att situationer där arbetstagare som inte är medlemmar i en fackförening är tvungna att betala en avgift till den kollektivavtalsslutande fackföreningen utgör sådant organisationsklausulsbruk som är oförenligt med artikel 5. Avgiften i det aktuella fallet utgjorde minst 0,3 procent av lönen och kunde som mest vara likvärdig med fackföreningsavgifterna. Det aktuella kollektivavtalet tillämpades även på de oorganiserade.[43] Kommittén har också informerats om ett svenskt domstolsmål rörande granskningsarvoden. I målet tvingades oorganiserade arbetstagare betala en avgift till kollektivavtalsslutande fackförening. Avgiften avsåg att ersätta fackföreningen för viss granskningsverksamhet

[38] C XI-1, 1989, Iceland, s. 78–79. C XIV-1, 1998, vol. 1, Iceland, s. 380–381. Att alla som arbetsgivaren vill anställa kan få inträda i en fackförening påverkar inte denna bedömning, C XII-1, 1993, Iceland, s. 113.
[39] C IX-I, 1985, Denmark, s. 47.
[40] C XV-1, 2000, vol. 1, Denmark, s. 143–144.
[41] C XI-1, 1989, Iceland, s. 78.
[42] C XIII-1, 1994, Iceland, s. 132–133.
[43] C-2002 Rev. Charter, Romania, s. 126. C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 425.

rörande lönesättningen. Den svenska domstolen ansåg inte att den negativa föreningsfriheten var kränkt. Kommittén ställde några kompletterande frågor. Frågorna rörde vem som initierade löneöversikterna, arbetstagarna eller fackföreningen, och om det var fackföreningen, samrådde den då med arbetstagarna? Hur ofta lönegranskningen ägde rum och om en arbetstagare kunde motsätta sig avdraget och om avdraget 0,3 procent av lönen gjordes per vecka, månad eller år.[44]

Kan det anses vara klarlagt att den negativa föreningsfriheten inkluderas i artikel 5 i Sociala stadgan? Sociala kommittén har intagit en klar ståndpunkt. Helt nyligen har också Ministerkommittén avgivit sin första rekommendation som rör den negativa föreningsfriheten.[45] Rekommendationen riktar sig till Irland till vilken den oberoende expertkommittén konstaterade att adekvat skydd för den negativa föreningsfriheten saknas. Det förekommer organisationsklausuler som är tillämpliga vid rekrytering i vissa branscher och domstolarna hade inte tagit någon definitiv ställning till organisationsklausuler som tillämpas på nyrekryterade.[46] Kommittén hade i konklusionen bedömt det som att Irland varken i praxis eller i lag levde upp till stadgans krav i detta avseende.

I den reviderade stadgan är emellertid inte den negativa föreningsriheten explicit garanterad. Detta kan tolkas som att det redan är ett accepterat faktum att föreningsfriheten både har en negativ och en positiv aspekt i detta avseende även om den negativa aspekten inte har ett uttryckligt stöd i texten. Denna del kan i så fall vara inneboende i föreningsfriheten som sådan.[47] Eftersom ministerkommittén nu enat sig om en rekommendation i denna fråga tycks en sådan tolkning orimlig.

9.2.8 Frihet att bilda fackförening

För att säkerställa eller främja arbetstagarnas frihet att bilda och ansluta sig till lokala, nationella och internationella organisationer för att skydda sina ekonomiska och sociala intressen, åtar sig de kontraktsslutande staterna enligt artikel 5 att tillse att nationell rätt inte inkräktar på denna frihet.

[44] C-2002 Rev. Charter, Sweden, s. 232–233. Förekomsten av avtal om bestämmelser om oorganiserades skyldighet att avge granskningsarvoden till kollektivavtalsslutande organisation är föremål för en "collective complaint" till EK, se Collective complaint nr 12. Klagomålet har antagits för upptagning till prövning den 19 juni 2002. Det är Svenskt Näringsliv som anmält Sverige.

[45] Committe of Ministers, Recommendation No. R ChS (99) 2.

[46] C XIV-1, 1998, vol. 1, Ireland, s. 413.

[47] Se t.ex. Lammy Bettens påpekande i International Labour Law, s. 75 ff.

De moment kommittén tar hänsyn till vid bedömningen av om friheten att *bilda* fackföreningar är tillfredsställande är omfattningen av; registreringskrav, avgifter, minimimedlemstal, rätten för fackföreningar att välja sina egna medlemmar och representanter, rätten för fackföreningen att fritt organisera sin administration och sina aktiviteter och rätten för fackföreningar att ansluta sig till nationella och internationella organisationer.[48] Nedan behandlas punkterna 4 och 5.

9.2.9 Rätten för fackföreningar att fritt organisera sin interna verksamhet

För att rätten att fritt få bilda de organisationer man vill skall vara reell skall dessa organisationer helt fritt kunna organisera sin verksamhet utan inblandning från staten.[49]

Staten får exempelvis inte uppställa krav på organisationens stadgar som på något vis interfererar med denna rätt. Rent formella krav accepteras dock. Att stadgarna skall ange organisationens namn, vilket som är dess registrerade kontor, dess syfte, antalet styrelsemedlemmar och förutsättningarna för dess tillsättning, medlemmarnas ansvar för organisationens handlingar, regler rörande årsredovisning och organisationens upplösning anses inte inkräkta på denna frihet.[50] Exempel på rimliga stadgekrav är också att de skall innefatta organisationens namn och syfte samt dess interna beslutsprocess, och att det skall finns en styrelse som kan representera organisationen.[51]

Fackföreningar måste helt fritt få välja sina medlemmar och därför är regler som begränsar friheten att utesluta medlemmar oförenliga med stadgan.[52] Däremot anses det följa av stadgans ingress att de kontraktslutande parterna genom lagstiftning måste tillse att individer inte exkluderas på de diskriminerande grunder som där anges. Det innebär att fackföreningarna inte får utesluta medlemmar på grund av deras ras, färg, kön, religion, politisk uppfattning, nationellt eller socialt ursprung.[53] Kommittén har också betonat att medlemmar är skyddade mot orättfärdig eller diskriminerande uteslutning av fackföreningen.[54]

[48] C XIV-1, 1998, vol. 1, allmän kommentar Cyprus, s. 151.
[49] C II, 1971, Sweden, s. 23.
[50] C XV-1, 2000, vol. 1, Denmark, s. 142, som rör krav på stadgar som skall inlämnas till lokala skattekontoret.
[51] C XV-1 2000, vol. 1, Sweden, s. 558.
[52] C XV-1, 2000, vol. 2, UK, s. 629.
[53] Human rights Social Charter monographs -No. 5, The Rights to organise and to bargain collectively, 2001, s. 15. Härleder sin slutsats från C-III, 1973, s. 93; C-IV, 1975, s. 122–123 och C-V, 1977, s. 132, UK.
[54] C XV-1, 2000, vol. 2, Sweden, s. 558. Se också Kahn-Freund, 1972, s. 139–140.

Fackföreningen skall helt fritt få organisera sin interna verksamhet. Med det avses också relationerna mellan fackföreningen och dess medlemmar. Kommittén ansåg därför att en lagstiftning som begränsade rätten för fackföreningar att vidta disciplinåtgärder som beslutats i demokratisk ordning av organisationens medlemmar, mot medlemmar som vägrade delta i lagliga strejker, interfererade med fackföreningarnas rätt att organisera sin verksamhet. I den utsträckning lagstiftning begränsar utövandet av legitim facklig verksamhet så kan den utgöra ett inkräktande av fackföreningens stadgar och interna reglering och således *prima facie* utgöra ett intrång i friheten att bilda en organisation av eget fritt val. Detta anses inte vara förenligt med stadgans artikel 5.[55] Kommittén betonade att bestämmelser som berövar fackföreningarna möjlighet att uttrycka sitt missnöje med medlemmar som vägrar att efterleva eller motverkar andra medlemmars demokratiskt fattade beslut att vidta en laglig stridsåtgärd utgör ett intrång i facklig verksamhet som ej är förenlig med artikel 5.[56] Även förbud för fackföreningarna att gottgöra en medlem som bestraffats för "an offence or for contempt of court" ansågs kunna hota fackföreningarnas självbestämmande och inkräkta på deras inre angelägenheter. Gottgörelsen kunde aktualiseras om medlemmen bestraffats därför han eller hon vägrat följa ett domstolsföreläggande att avbryta en strejk. Kommittén konstaterade emellertid att intrång kan godtas om det syftar till att hindra fackföreningen att gottgöra individer som företagit olagliga handlingar.[57] Med olagliga handlingar måste kommittén avse sådana olagliga handlingar som stadgan inte skyddar.

Däremot har kommittén accepterat att staten genom lag uppställt krav på att fackföreningen skall hålla hemliga medlemsval när det gäller val av styrelse, vid beslut om vidtagande av stridsåtgärd och om antagande av politiska fonder i budgeten.[58] Anledningen till att dessa krav accepteras kan vara att de kan anses gynna organisationens demokratiska profil. Det är dock inte förenligt med stadgan om staten har möjlighet att dra in en förhandlingslicens om fackföreningen inte efterlever denna typ av demokratikrav.[59] Vilka konsekvenser ett sådant brott skall kunna medföra anges inte. Man skulle dock kunna tänka sig att det vore förenligt

[55] C XII-1, 1992, UK, s. 115.
[56] C XIII-1, 1994, UK, s. 137.
[57] XIII-1 1994, UK, s. 137–138. Eftersom denna lagstiftning inte tagits i bruk såtillvida att någon fackförening inte bestraffats för sådan gottgörelse begär kommittén bara om att hållas informerad om utvecklingen. Någon direkt kritik framförs inte.
[58] C X-1, 1987, UK, s. 68.
[59] C XIII-1, 1994, Ireland, s. 133.

med stadgan om fackföreningen fick betala böter vid oriktigt fattade beslut eller att beslutets giltighet påverkas.

Krav på att fackföreningen skall meddela arbetsgivaren vilka medlemmar som antagligen kommer att delta i omröstningen om huruvida en stridsåtgärd skall vidtas eller inte ansågs emellertid inte förenlig med artikel 5. Föreskriften ansågs hota medlemmarnas konfidentialitet.[60] Kraven ändrades och föreskrev att arbetsgivaren bara skulle meddelas om att en medlemsomröstning om strejk skulle vidtas. Kravet ansågs fortfarande överdrivet och stod i strid med stadgan eftersom fackföreningen också ålades att varsla arbetsgivaren när beslut om stridsåtgärd fattats.[61]

9.2.10 Frihet att utöva fackliga aktiviteter

Rätten för fackföreningarna att fritt organisera sig och utföra sina aktiviteter effektivt skyddas också. Detta anses oundgängligt för att fackföreningen skall kunna skydda medlemmarnas ekonomiska och sociala intressen.[62] Den aspekt kommittén tar hänsyn till avseende friheten att *utöva* fackliga aktiviteter som skall behandlas här är möjligheten att bedriva kollektiv förhandling. Några ord kommer också att sägas om rätten att vidta stridsåtgärder. Andra moment som innefattas i artikel 5 som fackliga representanters tillgång till arbetsplatsen och mötesrätten lämnas utanför denna framställning.[63]

Tidigt i kommitténs övervakningshistoria klargjordes att organisationsrätten enligt artikel 5 utgick ifrån att huvudsyftet med att arbetstagare och arbetsgivare slöt sig samman var att de skulle kunna bedriva kollektiv förhandling för att därigenom tillvarata sina intressen. Nationell reglering som begränsar denna möjlighet genom att uppställa krav på ett visst minimiantal medlemmar för att en fackförening skall få förhandlingslicens är inte förenlig med principen om organisationsfrihet. Detsamma gäller om denna licens görs beroende av en deposition av en överdrivet stor summa pengar.[64] Om kostnaderna för licensen bara avser att täcka administrativa omkostnader anses dock situationen vara förenlig med

[60] C-XV-1, 2000, vol. 2, UK, s. 631.
[61] C-XVI-1, 2002, vol. 2, UK, s. 684.
[62] C-XII-2, 1993, Germany, s. 98.
[63] Om dessa aspekter se exempelvis, C XIV-1, 1998, vol. 1, s. 151, 178. Dessutom anser kommittén att skydd mot repressalier p.g.a. av fackliga aktiviteter är en del i detta skydd. Jag behandlar dock den aspekten under rubriken diskriminering.
[64] C III, 1973, Ireland, s. 30–31.

stadgan. [65] Krav avseende erhållande av förhandlingslicens behandlas på samma sätt som registreringskrav. Detta beror på att rätten att bedriva kollektiv förhandling anses vara en del av föreningsfrihetens natur och om fackföreningar berövas denna möjlighet på orimliga grunder berövas de i själva verket möjligheten att verka.[66]

Fackföreningar skall för att kraven i artikel 5 skall vara uppfyllda ha förmåga att förhandla kollektivt och ha kapacitet att sluta kollektivavtal.[67] Förhandlingskapaciteten skall omfatta alla fackföreningens medlemmar. I Danmark hade en lag antagits som instiftade ett danskt Internationellt fartygsregister (DIS). En bestämmelse i denna lag föreskrev att kollektivavtal avseende löner och arbetsvillkor för anställda på fartyg som fanns medtagna i registret och som slutits av en dansk fackförening bara kunde omfatta personer som var att anse som bosatta i Danmark eller som enligt internationella normer skulle betraktas som likställda med danska medborgare.[68] Kommittén ansåg att en begränsning av detta slag avseende tillämpningen av ett av en dansk fackförening slutet kollektivavtal rörande så grundläggande frågor som lön och arbetsförhållanden utgjorde en allvarlig kränkning av organisationsrätten i så måtto att begränsningen beskar möjligheterna för sådana fackföreningar att tillvarata och försvara de medlemmarnas intressen för vilka kollektivavtalet inte kunde tillämpas.[69]

Kommittén påpekade att den aktuella skeppsregisterslagen utgjorde en inskränkning av ett effektivt utnyttjande av förhandlingsrätten. Den danska regleringen berörde förvisso inte rätten att bilda en fackförening, men en inskränkning av en sådan fundamental fackföreningsförmån (Prerogative) som här var för handen kränkte fackföreningsfrihetens själva natur och kunde inte anses förenlig med artikel 5 i stadgan.

Den kollektiva förhandlingen skall präglas av frihet. Därför skall inte den *ena* parten kunna *tvinga* fram en lösning av en konflikt genom att ha möjlighet att hänskjuta tvisten till ett bindande skiljedomsförfarande.[70]

Fackföreningar skall också, för att situationen skall vara förenlig med artikel 5, ha kapacitet att initiera stridsåtgärder och att agera inför domstol.[71]

[65] Se också C IV, 1975, s. 39.
[66] Se t.ex. XIII-1, 1994, Ireland, s. 133.
[67] Se t.ex. XV-1, 2000, vol. 2, Italy, s. 358.
[68] C XII-1, 1992, Denmark, s. 110–111.
[69] C XII-1, 1992, Denmark, s. 111.
[70] C XV-1, 2000, vol. 2, Malta, s. 402.
[71] Se t.ex. C XV-1, 2000, vol. 2, Italy, s. 359.

Det förefaller också som om arbetstagare enligt artikel 5 skall åtnjuta civilrättslig immunitet om de vidtar stridsåtgärder som skyddas av stadgan.[72] Det tycks heller inte som om artikel 5 medger att staten blandar sig i utförandet och organiserandet av en strejk. Åtminstone ifrågasattes mot denna bakgrund det riktiga i att ersätta strejkande arbetare med offentliganställda arbetare när de bägge grupperna tillhörde samma fackförening.[73] Krav på att fackföreningen när den meddelar arbetstagaren att de skall vidta en strejk samtidigt måste upprätta en lista över de arbetstagare som antagligen kommer att delta i strejken står i strid med stadgan eftersom det hotar fackföreningsmedlemmarnas konfidentialitet.[74]

Några ytterligare exempel på vilka statliga åtgärder som hotar friheten att organisera strejk har inte behandlats under artikel 5. Strejkrättens omfattning har behandlats under artikel 6:4 som explicit skyddar densamma. Det är ändock värt att notera att enligt den fackliga föreningsfriheten skall en fackförening ha kapacitet att initiera en strejk och fritt kunna organisera den.

9.2.11 Representativitet

I vissa länder åtnjuter de mest representativa fackföreningarna vissa fördelar. Detta är förenligt med artikel 5 under vissa förutsättningar. Kriterierna för att utse de mest representativa fackföreningarna särskilt avseende deras förmåga att förhandla kollektivt skall vara bestämda i förväg och vara tydliga, rimliga och objektiva.[75] Det tycks som om ett viktigt kriterium är att fackföreningen representerar en majoritet av arbetstagarna inom aktuell kategori.[76] Det är dock acceptabelt om kriterierna innehåller både kvalitativa och kvantitativa moment.[77] Beslut om representativitet skall fattas av ett oberoende organ och skall kunna överklagas. Besluten skall kontinuerligt omprövas.[78]

De icke-representativa fackföreningarna skall ha vissa rättigheter. De skall kunna representera sina medlemmar i domstol,[79] assistera individuella arbetstagare vid konflikter, kontakta arbetsgivaren i den individuella

[72] C- XVI-1, 2002, vol. 1, Ireland, s. 347.
[73] Se t.ex. C XII-2, 1993, Germany, s. 99 och XIII-2, 1995, Germany, s. 269.
[74] C XV-1, 2000, vol. 2, UK, s. 631, 633.
[75] C XV-1, 2000, vol. 1, Belgium, s. 79; France, s. 247.
[76] C XV-1, 2000, vol. 1, Denmark, s. 144.
[77] C XV-1, 2000, vol. 1, France, s. 249.
[78] Se t.ex. de aspekter kommittén tar fasta på i XV-1, 2000, vol. 1, Belgium, s. 79.
[79] C XV-1, 2000, vol. 1, France, s. 248.

arbetstagarens intresse såväl som i deras medlemmars kollektiva intresse. De behöver dock inte ges rätt att ha möten i arbetsplatsens lokaler, närvara vid rekryterings- och befordringsprocesser, eller ha rätt att samla in medlemsavgifter i kontorslokalerna under arbetstid. De behöver heller inte kunna delta i de förhandlings- och sambandskommittéer som bara de mest representativa fackföreningarna har tillgång till.[80]

9.2.12 Förbud mot diskriminering på facklig grund

Artikel 5 anses innefatta krav på skydd som garanterar att ingen diskriminering vid anställning, befordran eller i allmänhet accepteras p.g.a. av fackföreningsmedlemskap eller facklig verksamhet.[81] Det står således i strid med stadgan att arbetsgivarna i förenlighet med den nationella lagstiftningen kan erbjuda arbetstagare, som avstår från att utnyttja fackföreningen som sin representant, mer fördelaktiga anställningsvillkor än de som föreskrevs i det gällande kollektivavtalet.[82]

Enligt artikel 5 skall medlemsstaterna säkerställa att den nationella rättsordningen skyddar alla arbetstagare oavsett anställningsform eller anställningslängd mot avsked på grund av fackligt medlemskap eller aktivitet. Avsaknad av ett sådan skydd utgör en klar kränkning av föreningsfriheten.[83] Både fackföreningens medlemmar och representanter skall skyddas.[84] Lagstiftning som tillåter att arbetsgivare vägrar anställa arbetstagare som vidtagit fackliga åtgärder står i strid med stadgan.[85] Dessa krav gäller oavsett företagens storlek. Exempelvis kan kommittén inte godta att företag med färre än 5 anställda får avskeda arbetstagare på grund av deras fackliga verksamhet.[86]

9.2.13 Relation till Europakonventionen

Kommittén använder argumentation från Europadomstolen i den mån den sammanfaller med kommitténs egen ståndpunkt. Europadomstolens argumentation tillåts dock inte begränsa kommitténs mandat. Kommit-

[80] C XV-1, 2000, vol. 1, Belgium, s. 75–79.
[81] C I, 1969/79, Italy, s. 32, C XV-1, 2000, Denmark, s. 143–144, Samuel 2u, s. 119.
[82] C XV-1, 2000, vol. 2, UK, s. 631. Regleringen är ändrad och numera förenlig med stadgan se, C XVI-1, 2002, vol. 2, UK, s. 683.
[83] C XVI-1, 2002, vol. 1, Ireland, s. 347.
[84] C XVI-1, 2002, vol. 1, Ireland, s. 347.
[85] C XV-1, 2000, vol. 2, UK, s. 631.
[86] C XII-2, 1993, Austria, s. 96.

tén menar att detta följer av "the difference in the content of the relevant provisions of these two instruments as well as its own case-law on article 5".[87] Kommittén påpekar också att Europakonventionen och den Sociala stadgan är två separata instrument och att inkorporeringen av Europakonventionen inte utgör någon garanti för att förutsättningarna i stadgans artikel 5 är uppfyllda.[88]

Om Europadomstolens argumentation överensstämmer med kommitténs praxis kan den användas som förstärkande argument i den mån den är allmän till sin karaktär. [89, 90, 91]

9.3 Förhandlingsrätten

9.3.1 Inledning

Förhandlingsrätten formuleras i artikel 6 i Europarådets sociala stadga. Artikeln lyder:

> "Förhandlingsrätt
>
> För att säkerställa arbetstagares och arbetsgivares rätt att förhandla kollektivt förbinda sig de fördragsslutande parterna:
>
> 1. att främja gemensamma överläggningar mellan arbetstagare och arbetsgivare;
> 2. att, där så är lämpligt och erforderligt, främja ett förfarande för frivilliga förhandlingar mellan å ena sidan arbetsgivarna eller deras organisationer och å andra sidan arbetstagarnas organisationer i syfte att, uppnå en reglering av arbetsvillkoren genom kollektivavtal;
> 3. att främja införandet och utnyttjandet av ett lämpligt förfarande för förlikning och frivillig skiljedom i arbetstvister; samt erkänna
> 4. arbetstagarnas och arbetsgivarnas rätt att tillgripa kollektiva åtgärder i händelse av intressekonflikter, däri inbegripet strejk, om icke annat följer av förpliktelser enligt gällande kollektivavtal."

I det följande skall paragraferna 2 och 4 behandlas utförligare. Europarådets sociala stadga var det första internationella instrument som explicit erkände strejkrätten. Särskild uppmärksamhet kommer också att ägnas

[87] C X-1, 1987, Denmark, s. 67 och 68.
[88] C XIV-1, 1998, vol. 2, Sweden, s. 731–732.
[89] C XI-1, 1989, s. 77.
[90] C XI-1, 1989, s. 78.
[91] C VII, 1981, UK, s. 32–33.

artikel 6:3. Stundtals hänvisas till paragraf 6:1. Alla fyra paragraferna utgör dock det knippe som tillsammans skapar en reell förhandlingsrätt enligt sociala stadgan.

9.3.2 Främja frivilliga förhandlingar

9.3.2.1 Innebörd av främja

Har en stat antagit denna bestämmelse så innebär det att staten, genom exempelvis lagstiftning, måste säkerställa att arbetsgivare och arbetstagare fritt skall *kunna* reglera sina relationer genom kollektivavtal. De skall alltså ha den rättsliga förmågan att träffa bindande kollektivavtal.[92] Något tvång för parterna att förhandla och ingå kollektivavtal medför bestämmelsen inte. Däremot måste staten aktivt *främja* att sådana avtal träffas om dess spontana utveckling inte är tillfredsställande och särskilt säkerställa att varje sida är beredd att förhandla kollektivt med den andra. När ett lämpligt förhandlingsmaskineri uppstått spontant är regeringen i fråga dock inte tvungen att ingripa på det sätt som anges i paragrafen.[93] Ett lämpligt förhandlingsmaskineri karaktäriseras av att kollektivavtal träffas. Lämplighetskriteriet är uppfyllt om maskineriet visat sig vara funktionellt.

I de nationella rapporterna är regeringarna skyldiga att ange hur förhandlingsmaskineriet är utformat och i vilken utsträckning kollektivavtal sluts. Information om både antalet kollektivavtal och hur många arbetstagare som omfattas skall ingå. Dessutom vill kommittén veta vilka och hur många organisationer som är parter till de existerande avtalen.[94] Den oberoende expertkommittén kommenterar sällan de nationella förhandlingsordningarna. I konklusionerna har kommittén nöjt sig med att återge hur systemen ser ut och lämnat dem utan kommentar.

Vissa enskilda företeelser kan dock stå i strid med främjandekravet. Att inskränka rätten till kollektiv förhandling för grupper som tidigare kunnat bedriva kollektiv förhandling står exempelvis i strid med främjande kravet i artikel 6:2.[95]

[92] Se exempelvis Kahn-Freund, 1972, s. 145, 147.
[93] C I 1969/70, allmän kommentar, s. 35. Gomien, Harris & Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, s. 392.
[94] Form for reports, antaget av ministerkommittén november 1999 och ändrad i januari 2001, artikel 6:2.
[95] C XII-1, 1992, UK, s. 126.

Rättsordningar som, utom i undantagsfall, tillåter arbetsgivaren att söka förmå arbetstagarna att avstå från facklig representation och kollektiv förhandling står i klar motsättning till främjandebegreppet och är oförenliga med artikel 6:2.[96] Arbetsgivarna kunde, i det kritiserade fallet, erbjuda arbetstagare som avstod från att representeras av en fackförening och från att delta i kollektiv förhandling bättre arbetsvillkor.[97] Ministerkommittén har även antagit en rekommendation riktad till regeringen i detta ärende.[98]

I vissa länder kan regeringen utsträcka tillämpningen av exempelvis sektoriella kollektivavtal till att gälla för alla inom sektorn oavsett om de är parter till kollektivavtalet. Man talar om kollektivavtal med erga omnes effekt. Om under sådana förhållanden en arbetsgivare som förhandlar på arbetsplatsnivå genom en ensidig avsiktsförklaring kan undgå att omfattas av det sektoriella kollektivavtalet står situationen i strid med stadgan. Kommittén anser nämligen att ett sådant bruk riskerar att underminera effekten av kollektiv förhandling.[99] Två av kommitténs delegater reserverade sig emellertid från denna slutsats. Evju och Birk betonade att det aktuella företaget omfattades av kollektivavtalets tillämpningsområde på grund av ett regeringsbeslut och inte på grund av egen kollektiv förhandling. Även om sådan utsträckning av kollektivavtalets tillämpningsområde inte anses stå i strid med artikel 6:2 så avser faktiskt artikeln att främja *frivillig* kollektiv förhandling. När ett kollektivavtal frivilligt slutits mellan två parter kan det därför inte stå i strid med stadgan att ge ett sådant kollektivavtal företräde framför ett utsträckt kollektivavtal som blivit tillämpligt på parterna till följd av ett myndighetsbeslut.[100]

9.3.2.2 Vad krävs för att en förhandling skall vara för handen?

Enligt artikel 6:2 är det nödvändigt att förhandlingen utövas fritt av arbetsgivare eller deras organisationer och arbetstagarorganisationer. När arbetsvillkor och lön regleras inom en arbetskommittés ramar som etableras och utses av arbetsdomstolen är inte kollektiv förhandling enligt artikel 6:2 för handen.[101] Arbetsdomstolens interventionsförmåga i ar-

[96] C XIII-3, 1996, UK, s. 127.
[97] C XV-1, 2000, vol. 2, UK, s. 635.
[98] Committee of Ministers, Rec ChS (97) 3.
[99] C XVI-1, 2002, vol. 2, Netherlands, s. 443–444.
[100] C-XVI-1, 2002, vol. 2, Netherlands, dissenting opinion of Mr Evju joined by Mr Birk, s. 476.
[101] C V, 1977, Ireland, s. 45.

betskommittéerna var alltför vidlyftig för att vara förenlig med artikel 6:2. Arbetsdomstolen kunde ibland till och med i detta fall ta parternas plats och fatta bindande beslut i deras ställe.[102]

9.3.2.3 Vem skall kunna förhandla kollektivt?

Krav på förhandlingspartners

Kommittén konstaterade att som villkor för fackföreningar att få delta i kollektiv förhandling uppställs att de skall vara förmögna att "impose themselves as effective bargaining partners in the dialogue with employers" är förenligt med stadgans krav. Även det faktum att dispyter mellan fackföreningar avseende denna fråga hänvisas till motsvarande arbetsdomstol är godtagbart.[103]

Representativitetsaspekten

Att bara de mest representativa fackföreningarna har rätt att förhandla kollektivt accepteras. Förutsättningarna därför behandlades i samband med artikel 5.

Undantag för offentliganställda

Kommittén har accepterat att offentliganställdas anställningsvillkor kan regleras i någon form av lag i stället för i avtal.[104] Därav behöver de inte tillerkännas en fullständig rätt till kollektiv förhandling enligt stadgan.[105] Helt utan inflytande över regleringen av arbetsvillkor får de dock inte vara. Kommittén har tydligt klarlagt att artikel 6:2 är tillämplig inom offentlig sektor.[106] Staten är därför skyldig att tillse att de offentliganställdas representanter på något sätt deltar i utformandet av regleringen rörande arbetsvillkoren.[107]

Vad deltagandet egentligen skall bestå i har inte klargjorts. De skall dock ha rätt att genom sina representanter delta i fastställandet av löner och arbetsvillkor.[108] I Tjeckien kunde inte statliga arbetsgivare vara part

[102] C IV, 1975, Ireland, s. 36.
[103] C IX, 1985, Denmark, s. 52.
[104] Harris & Darcy, s. 102.
[105] C III, 1973, Federal Republic of Germany, s. 34. CXI-1, 1989, UK, s. 85.
[106] C XVI-1, vol. 1, Czech Republic, s. 138.
[107] C III, 1973, Federal Republic of Germany, s. 34. C IV, 1975, Austria, s. 45. C IV, 1975, Federal Republic of germany, s. 46. C XII-1, 1992, Iceland, s. 121. C XII-1, 1992, UK, s. 125–126. C XIV-1, 1998, vol. 1, Germany, s. 299. C XV-1, 2000, add, Polen. C XVI-1, 2002, vol. 1, Czech Republic, s. 138.
[108] C XVI-1, 2002, vol. 2, Poland, s. 538.

till kollektivavtal. Kommittén undrade då om staten inrättat ett särskilt maskineri för att tillse att de offentliganställdas representanter kunde delta i utformningen av lönerna och arbetsvillkoren.[109] Om det i ett organ bestående av statliga representanter och de statligt anställdas fackföreningar görs upp om arbetsvillkor och lön är situationen förenlig med stadgan.[110]

Det förefaller dock som om det är erforderligt att representanterna bereds möjlighet att framföra sina åsikter till lagstiftaren som får överväga dessa.[111] Om sedan den beslutande myndigheten måste ta hänsyn till deras uppfattning är oklart.

Det skall dock framhållas att om de offentliganställda åtnjuter förhandlingsrätt i ett land så måste resultatet av förhandlingen det vill säga kollektivavtalet behandlas med samma respekt som kollektivavtal inom privat sektor. Inskränkningar i kollektivavtalet får bara äga rum i den mån artikel 31 medger.[112]

Vilka är offentliganställda?

Kommittén tycks acceptera att arbetstagare innefattas i gruppen offentliganställda så länge de har staten som arbetsgivare. Kollektiv förhandling får exempelvis inte inskränkas för arbetstagare som fått beteckningen "trendföljare med statlig koppling" därför att deras lön tas från statsbudgeten. Staten var nämligen *inte* deras arbetsgivare.[113]

En stor del av den statliga sektorn har privatiserats i Europa. Om därmed de anställda i de privatiserade enheterna skall åtnjuta en fullständig förhandlingsfrihet är lite oklart. Kommittén har börjat ställa frågor om hur det förhåller sig med den saken. I Tyskland kunde personer som anställdes före privatiseringen välja mellan att behålla sin offentligrättsliga status eller ingå i ett civilrättsligt anställningsförhållande med arbetsgivaren. Alla nyanställda kom automatiskt att ingå ett civilrättsligt anställningsförhållande. Kommittén tycktes till en början acceptera att de som valde att behålla sin offentligrättsliga status behandlades som andra offentliganställda och i och för sig hade möjlighet att delta i utformningen av arbetsvillkoren även om någon rätt till kollektiv förhandling inte förelåg.[114] I den följande konklusionen intog kommittén en annan hållning

[109] C XVI-1, 2002, vol. 1, Czech republic, s. 138.
[110] C VIII, 1984, France, s. 89.
[111] C XII-1, 1992, UK, s. 125, där anges att staten givits rätt att bestämma lön och arbetsvillkor utan att "consider the views of the teaching unions".
[112] C XV-1, 2000, vol. 2, s. 517–518, Spain.
[113] C X, 1985, Netherlands, s. 54. C XII-1, 1992, Netherlands, s. 123.
[114] C XV-1, 2000, add, Germany, art. 6:2.

och angav att statstjänstemän i privatiserade företag inte kunde förvägras rätten till kollektiv förhandling bara därför att de behållit sin status som statstjänsteman.[115]

9.3.2.4 Vem skall kollektivavtalet kunna tillämpas på?

Fackföreningen skall kunna tillgodose alla sina medlemmars intressen. Att alla lagligt arbetande personer med medborgarskap i något av de kontraktsslutande staterna till fullo skall kunna komma i åtnjutande av de förmåner kollektiv förhandling medför utgör därför en av stadgans fundamentala principer.[116]

En lag som angav att kollektivavtal inte kunde tillämpas på alla arbetstagare som fackföreningen representerade utan bara på de som ansågs vara bosatta i Danmark eller enligt internationella normer skulle likställas med danska medborgare kunde inte rättfärdigas under artikel 31 i stadgan och var inte förenligt med artikel 6:2.[117] Ministerkommittén antog sedermera en rekommendation i ärendet.[118]

9.3.2.5 Samband mellan artikel 5 och artikel 6:2

En förutsättning för att kraven i artikel 6:2 skall kunna bli tillgodosedda har påstått vara att kraven i artikel 5 är uppfyllda och att således en total föreningsfrihet är för handen.[119] I vissa fall där kopplingen påtalas gäller sambandet aspekter av den kollektiva förhandlingen som skyddas i bägge paragraferna. Ett exempel utgör de irländska kraven på förhandlingslicens som anses stå i strid med både artikel 5 med artikel 6:2.[120] Även den reglering som omöjliggjorde att kollektivavtal kunde slutas för utländska medborgare utan hemvist i Danmark stod i strid med både artikel 5 och artikel 6:2.[121] När fackföreningarnas fackliga förhandlingsfrihet är beskuren på detta sätt anses föreningsfriheten i sig kränkt eftersom förhandlingsrätten utgör ett oundgängligt moment i föreningsfriheten.[122]

[115] C XVI-1, 2002, vol. 1, Germany, s. 247.
[116] C XII-1, 1992, Denmark, s. 119.
[117] C XII-1, 1992, Denmark, s. 119.
[118] Committee of Ministers Rec ChS (95) 2, C XIII-3, 1996, Denmark, s. 118.
[119] C VI, 1979, Ireland, s. 36. C XII-1, 1989, UK, s. 124.
[120] C III, 1973, Ireland, s. 35. C XIII-1, 1994, Ireland, s. 145. C XVI-1, 2002, vol. 1, Ireland, 348, 350. C XIII-2, 1995, Malta, s. 277, om inskränkningar i polisens förhandlingsrätt.
[121] C XV-1, vol. 1, Denmark, s. 147.
[122] C-XII-1, 1992, Denmark, s. 112. Se också inskränkningarna i polisens organisationsrätt på Malta som kränkte bägge paragraferna. C-XII-2 1993 Malta, s. 107.

Kommittén har dock stundtals påpekat att alla moment i artikel 5 måste vara uppfyllda för att artikel 6:2 skall kunna uppfyllas. Förekomsten av organisationsklausuler påstod därför kunna stå i strid med både artikel 5 och artikel 6:2.[123] Det tycks emellertid som om kommittén numera nöjer sig med att åberopa artikel 5 när det gäller bedömningen av förekomsten av organisationsklausuler och dess förenlighet med stadgan.[124] Tillämpningen av artikel 6:2 förefaller då det gäller organisationsklausuler något svårgreppbar. Kopplingen mellan artiklarna 5 och 6:2 gör sig naturligen i huvudsak gällande då det gäller förutsättningarna för den kollektiva förhandlingens utövande.[125] Ett förbud av en organisationsklausul utgör ju ett ingrepp i friheten att sluta kollektivavtal och torde snarare kunna hamna i motsättning till kravet på att främja kollektiv förhandling.

9.3.2.6 När kan den kollektiva förhandlingsrätten inskränkas och i vilken omfattning?

Intrång

Utgångspunkten för rätten till kollektiv förhandling är att parterna skall vara fria att sluta de avtal de önskar. Staten skall inte ha möjlighet att göra intrång i parternas autonomi.

Konflikter på arbetsmarknaden är emellertid ofta kostsamma och både part och stat kan ha ett intresse av att anställningsförhållandena klargörs så snabbt som möjligt. Statliga intrång i den kollektiva förhandlingen får dock bara ske i den mån artikel 31 medger. Om *inte* förutsättningarna enligt artikel 31 är uppfyllda får staten exempelvis inte medverka till att en konflikt hänvisas till ett bindande skiljeförfarande, oavsett om staten själv eller *ena* parten tagit initiativ till ett sådant förfarande.[126] Om båda parterna i konflikten godtar att konflikten hänvisas till bindande skiljeförfarande är dock inte något intrång i artikel 6:2 för handen.

Parternas autonomi i förhandlingsprocessen måste värnas. Ingrepp får därför inte göras i redan träffade kollektivavtal.[127] Staten har vidare ingen rätt att lägga sig i vilka av fackföreningsparts medlemmar, som agerar i förenlighet med lag och som härrör från någon av de kontraktsslutande

[123] C XIII-3, 1996, France, s. 120. C-XIV-1, 1998, France, s. 257.
[124] C 2002, Revised charter, France, s. 33 och 34; Romania, s. 131 och 133.
[125] Human Rights Social Charter Monographs – No 5, The right to organise and to bargain collectively (2nd ed.) 2001, s. 57. Harris & Darcy, The European Social charter, 2001, s. 102.
[126] C XII-2, 1993, Malta, s. 108. C XV-1, 2000, Malta, s. 405–406. C XIII-1, 1994, Norway, s. 147.
[127] C XII-1, 1992, Denmark, s. 119. C XIV-1, 1998, vol. 1, Iceland, s. 385.

staterna, som skall omfattas av den kollektiva förhandlingen genom att exempelvis kollektivavtal skall tillämpas på dem. Alla lagligt arbetande personer från de kontraktsslutande staterna skall till fullo kunna komma i åtnjutande av de fördelar kollektiv förhandling medför.[128] Annars hindras vissa arbetstagare från att representeras av sin fackförening och fackföreningen från att förhandla kollektivt för sina medlemmar.[129]

Allvarlig ekonomisk kris

Inskränkningar i rätten till kollektiv förhandling får dock som nämnts göras om de uppfyller kriterierna i artikel 31. Staten har därmed möjlighet att intervenera i den fria kollektiva förhandlingen för att råda bot på en särskilt allvarlig ekonomisk situation. En regering får under sådana omständigheter sätta vissa gränser för den kollektiva förhandlingen, särskilt rörande lönehöjningar. Sådana begränsningar får dock bara vidtas efter vidlyftigt samråd med alla berörda parter, särskilt med fackförenings- och arbetsgivarrepresentanter.[130] Ingreppen skall också vara exceptionella och begränsade i tid. De får heller inte vidtas förrän det visats att inga andra möjligheter med liknande effekter står till buds.[131]

En regering intervenerade i löneförhandlingar på grund av ett allvarligt ekonomiskt läge. Åtgärden var förenlig med stadgan eftersom nya avtal fritt kunde förhandlas fram fem månader senare. Inskränkningen var alltså begränsad i tiden. Två år senare utbröt strejk som enligt regeringen kunde ha fört med sig allvarliga störningar av landets ekonomi. Parlamentet antog då en lag som stoppade strejken, förlängde kollektivavtalen med två år och begränsade lönehöjningarna. Kommittén betonade att en sådan begränsning av den kollektiva förhandlingsrätten utgjorde en mycket allvarlig åtgärd som bara kunde rättfärdigas om den var förenlig med de villkor som anges i artikel 31. En sådan åtgärd fick dessutom bara vidtas under den tid det tog att återgå till en normal situation. Regeringen skulle därför visat på vilket sätt åtgärden fått denna begränsning och alltså skulle upphöra så fort den kommit i strid med förutsättningarna i artikel 31. Det vill säga då den ekonomiska situationen förbättrats eller då åtgärden inte längre kunde bedömas vara proportionell.[132]

Förutsättningar var uppfyllda när en åtgärd som vidtogs på grund av ett överhängande hot mot den nationella ekonomin bara kunde vara gällande under sex månader med möjlighet att förlängas maximalt ytter-

[128] C XII-1, 1992, Denmark, s. 119.
[129] C XVI-1, 2002, vol. 1, Denmark, s. 175.
[130] C IX, 1985, Netherlands, s. 53. C X-1, 1987, Netherlands, s. 73.
[131] C IX, 1985, Netherlands, s. 53.
[132] C X-1, 1987, Denmark, s. 72.

ligare sex månader. Samråd med parterna innan åtgärderna vidtogs erfordrades i regleringen liksom vidtagande av andra arrangemang för att säkerställa de berörda arbetstagarnas levnadsstandard. Regleringen uppfyllde kriterierna för godtagbara inskränkningar i kollektiv förhandling.[133]

Däremot ansågs inte ett totalt förbud av kollektiv förhandling med hänvisning till statens ekonomiska välbefinnande som inte föregåtts av samråd med parterna vara förenligt med artikel 6:2. Kommittén påpekar att ett sådant totalförbud av kollektiv förhandling inte kan rättfärdigas utifrån artikel 31.[134]

Staten kan också intervenera på mindre ingripande sätt. I stället för att tvinga parterna att anpassa sig efter statliga ramar kan parterna söka förmås att själva ta ett sådant ansvar. Att exempelvis införa obligatoriska samrådsperioder kopplade till den kollektiva förhandlingen är förenligt med artikel 6:2. I det aktuella fallet resulterade samrådet i ett allmänt samförstånd mellan arbetsmarknadens parter att sluta ett avtal som reglerar löneökningar under en bestämd period för att underlätta den nationella ekonomins återhämtning.[135]

9.3.3 Förlikning och frivillig skiljedom i arbetstvister

Som inledningsvis angavs skall inte artikel 6:3 behandlas närmare. Jag har dock funnit det angeläget att konstatera att ett krav på att inrätta ett medlingssystem innefattas i den övergripande förhandlingsrätt som artikel 6 värnar. Eftersom dessa krav utgår från en egen paragraf och inte behandlas i paragraf 2 skulle man annars kunna vilseledas och tro att konfliktlösningsmaskineriet fyller en annan funktion i den sociala stadgans regelverk än i andra liknande sammanhang, vilket inte är fallet.

Ett maskineri för lösning av konflikter i arbetslivet kan etableras genom lag, kollektivavtal eller arbetsmarknadspraxis. Har ett tillräckligt effektivt medlingsförfarande etablerats genom kollektivavtal behöver regeringen inte etablera skiljedomsprocedurer eller främja dess utnyttjande. Varje regering måste dock visa att medlingsmaskineriet fungerar tillfredställande.[136] Enligt artikel 6:3 skall inte bara ett maskineri för medling och frivilligt skiljeförfarande etableras utan också *utnyttjas*.[137]

I en allmän kommentar klargjorde kommittén att bestämmelsen avser konflikter som uppstår vid förhandling eller slutande av kollektivavtal.[138]

[133] C XI-1, 1989, Netherlands, s. 83. C XII-1, 1992, Netherlands, s. 122–123.
[134] C XII-1, 1992, Iceland, s. 121.
[135] C XIII-1, 1994, Iceland, s. 145. Praxisen senast hänvisad till i C XII-1, s. 120ff.
[136] C I, 1969/70, allmän kommentar samt Italy, s. 37.
[137] C XII-2, 1993, Malta, s. 109.
[138] C V, 1977, allmän kommentar, s. 45.

Numera tycks det som om alla intressekonflikter omfattas.[139] Däremot omfattas inte tvister rörande tolkningen av individuella eller kollektiva avtal.[140] Trots att intressetvister i allmänhet avses[141] har kommittén klart angivit att bestämmelsen inte är tillämplig på arbetsplatser som saknar fackföreningar.[142] Det innebär att artikel 6:3 inte kan tillämpas på alla de konflikter där parterna enligt artikel 6:4 har rätt att vidta stridsåtgärder. Relationen mellan artikel 6:3 och 6:4 förefaller således oklar.

Som bestämmelser anger tar den sikte på medling och frivilligt skiljeförfarande. Det innebär att hänvisning av konflikter till bindande skiljeförfaranden utan bägge parters medgivande där resultatet blir bindande och oåterkalleligt för alla parter bara kan godtas om kriterierna i artikel 31 är uppfyllda. Om myndigheterna eller en enskild part helt fritt utan begränsningar kan besluta att en konflikt skall lösas genom bindande skiljeförfarande anses situationen inte vara förenlig med stadgan.[143] Däremot är det acceptabelt att ena parten när medling misslyckas kan hänskjuta konflikten till en skiljekommitté för avgörande. I det aktuella fallet krävdes att bägge parter måste acceptera kommitténs beslut för att det skulle bli gällande.[144] Ett obligatoriskt medlingsförfarande som tillgrips då förhandlingar brutit samman och som medför strejkförbud tills medlingsförfarandet är avslutat är godtagbart i den mån medlaren inte kan tvinga parterna att sluta avtal eller gå med på en uppgörelse.[145]

Utgången av skiljedom och medling skall vara öppen och inte förutbestämd av lagbundna kriterier.[146]

9.3.4 Rätten att tillgripa kollektiva åtgärder i händelse av intressekonflikter, däri inbegripet strejk

9.3.4.1 När skall stridsåtgärd kunna vidtas?

Innebörd av intressekonflikt

Artikel 6:4 behandlar rätten att vidta stridsåtgärder i händelse av intressekonflikt. Rätten att vidta stridsåtgärder kan således inte, med stöd av artikel 6:4, utkrävas vid rättighetskonflikter. Särskilt inte vid konflikter

[139] Monographs no 5, s. 59, p. 171. Harris & Darcy, s. 104.
[140] C V, 1977, Italy, s. 47.
[141] Se nedan om strejkrätten.
[142] C XIII-5, 1997, Portugal, s. 178. C XIV-1, 1998, vol. 2, Portugal, s. 661.
[143] C XIII-1, 1994, Norway, s. 152. C XIII-5, 1997, Portugal, s. 178.
[144] C XIII-3, 1996, add, Luxemburg, s. 38–39.
[145] C XIV-1, 1998, vol. 2, Norway, s. 616–617.
[146] C XIV-1, vol. 1, 1998, Iceland, s. 387–388.

rörande spörsmål om existensen, giltigheten och tolkningen av kollektivavtal. Inte heller avseende fråga om en eventuell kränkning av kollektivavtalet. Detta gäller oavsett om ett kollektivavtal innehåller föreskrifter som tillåter sådana stridsåtgärder.[147] Sådana stridsåtgärder skyddas således inte av stadgan. Däremot skyddas rätten att vidta stridsåtgärder angående frågor som förhandlats men ej inkluderades i det träffade kollektivavtalet. Frågan antar då karaktär av intressekonflikt.[148] Detta innebär dock inte att det är förenligt med stadgan att bara tillåta strejk vid konflikt som syftar till slutande av kollektivavtal. Föreskrifter som begränsar strejkrättens utövande till strejker som syftar till slutande av kollektivavtal är inte förenliga med stadgan.[149] Det är många omständigheter som vid sidan av kollektivavtal kan föranleda kollektiv förhandling. Kommittén menar exempelvis att en strejk som syftar till att förmå en arbetsgivare att följa vissa säkerhetsföreskrifter som angivits i lag skyddas av artikel 6:4.[150] Rätten att vidta strejk som syftar till att förmå en arbetsgivare att erkänna en fackförening som förhandlingspartner skyddas också av artikel 6:4. Stridsåtgärden utgör ett medel för fackföreningar att tillförsäkra sig deltagande i kollektiv förhandling.[151] Stridsåtgärder skall även kunna vidtas när uppsägningar har annonserats eller övervägs av en arbetsgivare och en grupp arbetstagare vill försöka förhindra uppsägningarna. *All förhandling mellan en eller flera arbetsgivare och en grupp arbetstagare (oavsett de facto och de jure) som syftar till att lösa ett problem av gemensamt intresse oavsett frågans karaktär skall betraktas som kollektiv förhandling i artikel 6 mening. I den omfattning en stats lagstiftning inte tillåter strejkåtgärd vid alla tillfällen då sådan kollektiv förhandling är för handen är den i strid med stadgans föreskrifter.*[152]

Fredsplikt

Omfattningen av rätten att vidta stridsåtgärder för parter som är bundna av kollektivavtal har på senare tid uppmärksammats av kommittén. På många håll medför ett kollektivavtal fredsplikt för parterna. Kommittén har under 2000-talet klart angivit att fredsplikt, rörande andra frågor än de som kollektivavtalet reglerar, bara kan inträda om det så föreskrivs i kollektivavtalet. En fredsplikt som omfattar andra frågor än de kollektiv-

[147] C I, 1969/70, allmän kommentar, s. 38.
[148] C XIII-2, 1995, Malta, s. 283.
[149] C II, 1971, allmän kommentar, s. 28. C XVI-1, 2002, vol. 1, Finland, s. 209.
[150] C II, 1971, Federal Republic of Germany, s. 28.
[151] C XVI-1, 2002, vol. 2 Malta, s. 416–417.
[152] C IV, 1975, Federal Republic of Germany, s. 50. C XIII-4, 1996, Germany, s. 361.

avtalet behandlar får enligt stadgan *inte* utgå från rättspraxis eller lagregler. Undantaget är om förutsättningar i artikel 31 är uppfyllda.[153]

De konklusioner som fastställde denna tolkning togs inte enhälligt. Evju formulerade en avvikande uppfattning som Birk och Grillberger anslöt sig till. Evju menade att den här tolkningen av artikel 6:4 var helt ny och saknade stöd i artikelns text, historia och anslutande rättspraxis. Inställningen var alltför bred och höll sig inte till uppdelningen av intressekonflikter och rättighetskonflikter som artikeln föreskrev. Han menade vidare att kommittén missförstått den funktion fredplikten har i flera rättsordningar. Kommitténs uppfattning var därför enligt Evju oacceptabel och alltför vidsträckt. Ingen hänsyn togs till den roll och den natur kollektivavtalet som rättsligt instrument har i många länder, vilket tydligt erkänns i artikel 6:4. Dessutom togs ingen hänsyn till förutsättningarna i artikel 31. Analys saknades av tidigare praxis samt av innebörden av reglering av kollektiv åtgärd som tillåts enligt artikel 6:4 i samband med artikel 31 och som upprätthållits i rättspraxis.[154]

Kommittéledamöterna utses som nämnts som experter och inte som representanter för sin regeringen. Det är dock inte så förvånande att två av de kommittéledamöter som reserverat sig härrör från stater som utsatts för kritik på denna punkt det vill säga från Norge och Tyskland. I de länderna har principen om att kollektivavtal medför en total fredsplikt för parterna alltså även rörande frågor som inte regleras i kollektivavtalet etablerats i rättspraxis.[155] Det finns dock anledning att fundera över reservanternas kritik. Att tre ledamöter reserverar sig försvagar enligt min uppfattning kommitténs konklusioner något. En analys av deras argument kan bidra till att bedöma försvagningens omfattning.

Reservanterna påstår att kommittén ändrat sin position i förhållande till den som intagits i tidigare praxis. Något ståndpunkt som står i motsättning till kommitténs slutsatser i frågan kan emellertid *jag* inte finna. Tvärtom har kommittén redan i övervakningscyklerna C XIII-5 sid 61 Finland och C XIV-1 vol. 1 Finland sid 219 berört frågan och tycktes då utgå ifrån att strejk skall vara möjlig för arbetstagare som omfattas av ett kollektivavtal för att få till stånd lösningar inom områden som kollektivavtalet inte behandlar. Som kommittén uttrycker sig i dessa konklusioner för man intrycket av att de just fått upp ögonen för betydelsen av fredspliktens omfattning. Det är dock fullt möjligt att en diskussion förts som inte återfinns i konklusionerna.

[153] C XVI-1, 2002, vol. 1 Denmark, s. 177; Germany, s. 248, vol. 2; Malta, s. 416, Norway, s. 496.

[154] C XVI-1, 2002, vol. 1, Germany, s. 267–269, dissenting opinion of Mr Evju, joined by Mr Grillberger and Mr Birk.

[155] Den tredje reservanten härrör från Österrike. Österrike har inte antagit artikel 6:4.

När det gäller reservanternas påpekanden om gränsdragningen mellan intressekonflikter och rättighetskonflikter är det klart att enbart intressekonflikter skyddas av artikeln. Det innebär att praxis eller lag som infört fredsplikt för rättighetsfrågor inte berörs av stadgan. Det är således bara begränsning av stridsåtgärder för intressekonflikter som skyddas. Vilket problem rörande denna gränsdragning kommitténs inställning medför står därför inte klart för mig.

Avseende kopplingen till artikel 31 så står det klart att rätten att vidta stridsåtgärder alltid kan inskränkas i den mån artikel 31 medger. Frågan är dock vilket av de godtagbara syftena i artikel 31 som den utvidgade fredsplikten skall tillgodose.

När det gäller kollektivavtalets funktion i rättsordningen så är det troligt att i de rättsordningar som kritiserats så har ett kollektivavtals fredsfrämjande verkan haft betydelse för arbetsgivares vilja att sluta kollektivavtal. Det utgör således ett fundament i regleringen av arbetsmarknadsrelationerna i dessa länder. I artikel 6:4 anges dock att arbetstagarna har rätt att vidta stridsåtgärder vid intressekonflikter såvitt inte annat anges i kollektivavtal. Att genom lag eller rättspraxis införa ett förbud för arbetstagarna att vidta stridsåtgärder vid intressekonflikter tycks utgöra en klar inskränkning av rättigheten i artikel 6:4. När gränserna för mänskliga rättigheter utformas är det tydligt att hänsyn till nationella system tas. Det kan dock erinras om att i Finland måste den fredspliktsgrundande bestämmelsen återfinnas i själva kollektivavtalet. Finland har också ett välfungerande kollektivavtalssystem liksom Norge och Tyskland. Den på praxis eller lag grundade fredsplikten tycks således inte vara oundgänglig för ett fungerande kollektivavtalssystem. Rätten att vidta stridsåtgärder anses dock vara ett oundgängligt medel för arbetstagarna för att tillgodose sina intressen. Kommitténs slutsatser i detta avseende kan därför inte sägas vara orimliga. Reservanternas argument tycks inte underminera konklusionen.

Mot den egentlige arbetsgivaren

Stridsåtgärder måste för att situationen skall vara förenlig med stadgan kunna vidtas mot den egentlige arbetsgivaren. Det vill säga mot den arbetsgivare som beslutar om arbetsvillkor oavsett om denne formellt anses vara arbetsgivare. Dessutom tycks det som om stridsåtgärder skall kunna vidtas mot en framtida arbetsgivare rörande framtida arbetsvillkor vid en företagsöverlåtelse.[156]

[156] C XIII-I, 1994,UK, s. 160. C XIV-1, 1998, vol. 2, UK, s. 805. C XVI-1, 2002, vol. 2, UK, s. 688–689.

Sympatiåtgärder

Ingenstans har kommittén direkt angivit att arbetstagare skall ha rätt att vidta sympatiåtgärder till förmån för andra arbetstagare. Däremot ansågs det faktum att någon individuell immunitet inte gavs till personer som deltagit i "secondary industrial action other than inducement in the course of peaceful picketing" utgöra ett av skälen till att den nationella omfattningen av begreppet illegal strejk inte var förenligt med kraven i artikel 6:4 och artikel 31.[157] Under senare år har emellertid kommittén börjat uppmärksamma förutsättningarna för att vidta sympatiåtgärder i de enskilda staterna. Kommittén konstaterar i allmänhet att den noterat vilka regler som gäller och ber stundtals om att hållas underrättad om utvecklingen och tillämpningen av regleringen i praxis.[158] Exempelvis har kommittén bett om att hållas underrättad om utvecklingen i Finland där arbetsgivarna inkommit med önskemål om att rätten till sympatiåtgärder för arbetstagarorganisationer skall inskränkas. Arbetstagarsidan har dock varnat för sådana inskränkningar.[159] När det gällde Spanien föreskrevs i lagstiftningen att sympatiåtgärder bara var lagliga om de strejkande arbetstagarnas intressen direkt berördes av konflikten. Denna regel bedömdes av författningsdomstolen år 1981 vara i strid med konstitutionen. Enligt domen räckte det med att ett indirekt intresse kunde härledas till de sympatistrejkande arbetstagarna. Kommittén undrade vad som infattades i begreppet indirekt intresse. I den följande regeringsrapporten framgick att det räckte om arbetstagares allmänna intressen berördes eller om vissa segment av arbetstagarnas intressen berördes för att en sympatiåtgärd skulle vara laglig enligt spansk rätt. Någon koppling till de i sympatiåtgärden aktiva arbetstagarna krävdes inte. Kommittén återgav bara svaret på denna förfrågan utan att kommentera det.[160]

Kommittén har även noterat att sympatiåtgärder av internationell karaktär under särskilda förutsättningar var tillåtna i Sverige. Situationen kommenterades heller inte.[161]

Politiska strejker

Kommittén har konstaterat att politiska strejker inte omfattas av artikel 6:4. Ställningstagandet motiverades med att stadgans bestämmelse avsåg att tillvarata förhandlingsrätten och att politiska strejker klart föll utan-

[157] C XIII-I, 1994, UK, s. 160.

[158] Se exempelvis C XVI-1, 2002, vol. 2, Portugal, s. 577; Spain, s. 612–613. C XV-2, 2000, add 1, Slovakia art. 6:4. C XV-1, 2000, vol. 1, Finland, s. 202; vol. 2, Norway, s. 431–432; Portugal s, 477; Spain, s. 521; Sweden, s. 565.

[159] C XVI-1, 2002, vol. 1, Finland, s. 209.

[160] C XV-1, 2000, vol. 2, Spain, s. 521. C XVI-1, 2002, vol. 2, Spain, s. 612–613.

[161] C X-1, 1987, Sweden, s. 76

för området för kollektiv förhandling.[162] I en nyligen antagen konklusion uppmanar dock kommittén den finska regeringen att observera en fackförenings påpekanden om att begränsningarna i rätten att vidta stridsåtgärder för offentliganställda som bara utför tekniska funktioner på ett effektivt sätt förhindrar dem att vidta protestaktioner mot regeringens ekonomiska och sociala politik.[163]

Kommittén har genomgående börjat undersöka tillåtligheten av politiska strejker i medlemsländerna.[164] Detta är lite märkligt eftersom området faller utanför tillämpningsområdet för artikel 6:4. Möjligen kan detta utgöra en indikation på att kommittén överväger att ändra sin inställning till politiska proteststrejker. Hittills har ingen kritik framförts som explicit tar sikte på avsaknaden av skydd för eller tillåtelse av politiska stridsåtgärder.[165]

9.3.4.2 Vem har rätt att vidta stridsåtgärd?

Artikel 6:4 föreskriver att *arbetstagare* har rätt att vidta stridsåtgärder.[166] Att alla fackföreningar faller in under detta begrepp står klart. Kommittén har emellertid inte berört frågan om fackföreningar på alla nivåer skall ha rätt att strejka. Den frågan ställs heller inte i frågeformuläret. Det är dock troligt att staten saknar rätt att inskränka stridsrätten för fackföreningar på viss nivå. En annan hållning tycks stå i motsättning till den breda stridsrätt som faktiskt tillkommer arbetstagare i allmänhet. Enligt artikel 5 skall dessutom arbetstagare ha rätt att ansluta sig på såväl lokal som nationell nivå. Enligt artikel 5 skall fackföreningar ha kapacitet att initiera stridsåtgärder.[167] Det bör innebära att fackföreningar, oavsett nivå, skall ha rätt att initiera stridsåtgärd.

Det har heller aldrig framkommit att strejkrätten skulle kunna begränsas på grund av representativitetskriterier eller liknande.[168] Att bara fackföreningar som erhållit förhandlingslicens kunde initiera en strejk som

[162] C II, 1971, allmän kommentar, s. 27.
[163] C XVI-1, 2002, vol. 1, Finland, s. 209.
[164] Se t.ex. C XV-1, 2000, Denmark, s. 152–153; Finland, s. 202; vol. 2, Spain, s. 520. C XVI-I, Portugal, s. 577.
[165] C XVI-I, 2002, vol. 2, UK, s. 689.
[166] Att utestänga arbetstagare som arbetar i *icke-vinstdrivande* verksamhet från möjligheten att vidta stridsåtgärder anses ej vara förenligt med stadgan, C II, 1971, Ireland, s. 29. Inskränkningar kan bara göras i de fall som anges i artikel 31. Stridsrätten för polis och militär kan exempelvis därför helt inskränkas.
[167] Se t.ex. C XV-1, 2000, vol. 2, Italy, s. 359.
[168] C II, 1971, Ireland, s. 29. C V, 1977, Ireland, s. 51, För innebörd av begreppet *erkända* se art. 5, s. 261 ff.

medförde civilrättslig immunitet för de strejkande ansågs stå i strid med stadgan.[169]

En fråga som väckt visst huvudbry är om artikeln också tillerkänner andra arbetstagargrupper än fackföreningar en rätt att initiera och genomföra en strejk. Kommittén slog tidigt fast att arbetstagare utan koppling till fackföreningar också måste ha rätt att vidta stridsåtgärder[170] Det fanns, enligt kommittén, ingenting i stadgan som förbehöll fackföreningar rätten till kollektiv förhandling. I paragraf 6 i del I av stadgan läggs principen fast att alla arbetstagare och arbetsgivare har rätt till kollektiv förhandling. Eftersom en vanlig grupp arbetstagare utan särskild rättslig status kan involvera sig i sådan förhandling, så kan och skall en sådan grupp också ges rätt att strejka enligt artikel 6:4 så att gruppen effektivt kan utöva sin förhandlingsrätt.[171] Stadgan gör nämligen en uppdelning mellan kollektiv förhandling som skall leda till kollektivavtal och annan kollektiv förhandling. Det är bara den kollektivavtalsrelaterade förhandlingen som kan förbehållas fackföreningar.

Det västtyska systemet ansågs stå i strid med stadgan eftersom bara fackföreningar tillerkändes rätten att vidta stridsåtgärder. Västtyskland sökte förklara bakgrunden till denna regel. Det angavs att regeln baserades på doktrinen om att varje intressekonflikt (till skillnad mot rättskonflikter eller juridiska konflikter) måste kunna lösas genom kollektivavtal även om det inte behöver slutas något. Bara fackföreningar hade på arbetstagarsidan kapacitet att förhandla och sluta kollektivavtal. Därav följde att bara strejk som vidtogs vid intressekonflikt med stöd av fackförening var godtagbar. Gränsdragningen mellan intressekonflikter och rättsliga konflikter, som rörde tolkning och tillämpning av kollektivavtal, kunde i sista hand lösas av domstolar och avseende denna fråga var strejker illegala. Regeringen påpekade också att begreppet intressekonflikter nu utvidgats till att omfatta inte bara arbetsvillkor utan också frågor rörande t.ex. arbetsorganisation och skydd av äldre arbetstagare mot uppsägning. Dessa frågor kunde således motivera en strejk om den initierades av fackförening. Kommittén menade dock att strejk måste kunna initieras av andra än fackföreningar och att förarbeten såväl som kommitténs praxis talade därför.[172] Kommittén godtog således inte den tyska regeringens försvar

[169] C XVI-1, 2002, Ireland, s. 351.
[170] C II, 1971, Federal Republic of Germany, s. 28. C XVI-1, 2002, vol. 1, Cyprus, s. 104; Iceland, s. 319–320.
[171] C IV, 1975, Federal Republic of Germany, s. 50.
[172] C VI, 1979, Federal Republic of Germany, s. 39–40.

och förklaring av sitt rådande system. Ministerkommittén antog också en rekommendation riktad till Tyskland i denna fråga.[173]

Frågan om andra grupper arbetstagare än fackföreningar skall ha rätt att vidta stridsåtgärder har emellertid under de senaste åren omgärdats av viss turbulens. Turbulensen har rört bedömningen av de finska, svenska och isländska reglerna. I Finland (inom offentlig sektor), Island och Sverige har bara fackföreningar rätt att vidta stridsåtgärder. Under övervakningscykel XV-1 upprepade kommittén vad som tidigare klargjorts att alla arbetstagare, inklusive en vanlig grupp arbetstagare utan rättslig status skulle ha rätt att vidta stridsåtgärder enligt artikel 6:4. Men eftersom det i Finland, Island och Sverige var möjligt att bilda fackföreningar utan försvårande formaliteter eller krav, inklusive för finskt vidkommande i syfte att vidta en strejk, så bedömdes de nationella systemen på denna punkt vara förenliga med stadgan.[174] I övervakningscykel XVI-1 ändrade sig emellertid kommittén och lämnade det funktionella förhållningssättet till förmån för det formalistiska.[175] Kommittén tog inte längre någon notis om förutsättningarna för att bilda fackföreningar i dessa länder utan konstaterade bara att andra grupper arbetstagare än fackföreningar saknade rätt att vidta stridsåtgärder. Och eftersom alla arbetstagare, inklusive en vanlig grupp arbetstagare utan rättslig status skulle ha rätt att vidta stridsåtgärder enligt artikel 6:4 stod situationen i strid med stadgan. Kommittén var inte enhällig. Evju gav återigen uttryck för en avvikande uppfattning som Birk och Grillberger anslöt sig till.[176] De vände sig mot att kommittén ändrat inställning. Dessutom ansåg de att ett funktionellt förhållningssätt var tillräckligt.[177]

Att kommittén ändrade ståndpunkt förefaller något märkligt och om ändringar blir en vana kan det förstås skada tilltron till kommitténs arbete. Stundtals utvecklas dock praxisen rörande mänskliga rättigheter. Omfattningen av mänskliga rättigheter är inte statisk utan dynamisk.

[173] Committee of Ministers, Rec. ChS (98) 2.

[174] C XV-1, 2000, vol. 1, Finland, s. 204; Iceland, s. 334–335; vol. 2, Sweden, s. 566. Se också, XV-2, 2001, add 1, rörande Slovakien där kommittén frågar om andra arbetstagargrupper än fackföreningar har rätt att initiera en strejk och om så inte är fallet sådana arbetstagare, lätt utan förseningar eller komplicerade formaliteter, kan bilda en fackförening i syfte att vidta en strejk.

[175] C 2002, revised Charter, Sweden, s. 236. C XVI-1, 2002, vol. 1, Finland, 209–210; Iceland, s. 319–320.

[176] De uttalade sig i samband med bedömningen av svenska förhållanden.

[177] Dissenting Opinions rörande C 2002, revised charter, art. 6:4, Sweden, s. 264–265; Island, s. 332,

Utvecklingen brukar påverkas av utvecklingen av den omgivning rättigheten verkar i. Tyvärr angav inte kommittén någon orsak till att den ändrat uppfattning. Det förefaller emellertid som om kommittén bestämt sig för att frågan är principiellt viktig och att därför måste principen som sådan upprätthållas. Principen naggas i kanten om kommittén börjar analysera de regler som omgärdar tillkomsten av en fackförening i de olika nationella systemen.

Om det nu är så att kommittén bestämt sig för att upprätthålla principen om alla arbetstagares tillgång till strejkvapnet så förefaller emellertid kommitténs kommentarer rörande Portugal i samma konklusioner något förbryllande. Kommittén påpekade nämligen att arbetstagare kunde bilda en fackförening i syfte att vidta en strejk. En fackförenings stadgar måste dock publiceras i den "officiella gazetten" vilket kunde dröja upp till 30 dagar. Det var denna utdragna tidsfrist kommittén hänvisade till när oförenligheten med stadgan fastställdes[178] och inte kravet på fackförening i sig. Att ett funktionalistiskt förhållningssätt skulle accepteras för Portugal men inte för de nordiska länderna förefaller mycket märkligt. Det tycks som om kommittén ytterligare måste klargöra sin ståndpunkt.

I vissa stater ges arbetstagargrupper utan fackföreningsanknytning viss strejkrätt eller strejkrätt under vissa förutsättningar. Om strejkrätten förbehålls fackföreningar på arbetsplatser där majoriteten av arbetstagarna är fackligt anslutna står situationen i strid med stadgan. Detsamma gäller om arbetstagargrupper bara får initiera strejk om majoriteten av arbetstagarna vid omröstning röstar och majoriteten av dem röstar för genomförande av strejk.[179]

9.3.4.3 Reglering av stridsåtgärder

I ett appendix till stadgan angavs att:

> "Varje part får för sitt eget vidkommande i lag reglera utövandet av strejkrätten förutsatt att varje ytterligare inskränkning i denna rätt kan motiveras i enlighet med bestämmelserna i artikel 31."

Någon vattentät skiljelinje mellan vad som utgör en inskränkning av rätten att vidta stridsåtgärder som skall bedömas enligt artikel 31 och vad

[178] C XVI-1, 2002, vol. 2, Portugal, s. 577–578.
[179] C XIII-5, 1997, Portugal, s. 179–180.

som utgör reglering av strejkrätten som i sig själv är godtagbar går inte att uppställa. Gränsen mellan reglering och inskränkning anges gå där själva existensen av den erkända rättigheten berörs.[180]

Nedan skall föreskrifter rörande strejkrättens utövande som accepterats presenteras. Dessa har således inte berört rättighetens själva existens.

Att parterna genom lagstiftning hindras att vidta stridsåtgärder under så kallade avkylningsperioder under förhandlings-, medlings- och förlikningsprocesser är godtagbart enligt stadgan. Sådana föreskrifter utgör enligt kommittén inte någon egentlig inskränkning av rätten att vidta stridsåtgärder. I stället bör sådan föreskrifter betraktas som en form av reglering av stridsrätten.[181] Även en regeringen tillåts påbjuda avkylningsperioder. Dessa perioder kan dock inte vara hur omfattande som helst. En 90-dagarsperiod måste exempelvis kunna motiveras utifrån de förutsättningar som anges i artikel 31. Avkylningsperioder omfattande 30 dagar ansågs dock falla in under regleringskriteriet.[182]

Kommittén har godtagit förbud att vidta stridsåtgärder mot enmansföretagare och familjeföretag.[183] Detta förbud tycks innefattas i begreppet reglering.

Krav på att fackförening måste varsla om att en stridsåtgärd skall vidtas viss tid innan anses också utgöra reglering av stridsåtgärder. Kommittén har accepterat krav på att varsel måste ges 10 dagar i förväg.[184]

Även om reglering av stridsåtgärder är förenliga med stadgan så får brott mot regleringen inte medföra oproportionella sanktioner. Om varselbrott kan ge upphov till sanktioner motsvarande 3 000–10 000 euros och brott mot avkylningsperioden upp till 33 000–100 000 euros är sanktionerna oproportionerliga och står därmed i strid med stadgan.[185]

[180] C VIII, 1984, allmän kommentar, s. 95.
[181] C I, 1969/70, allmän kommentar, s. 38. C XIII-5, 1997, Finland, s. 61, hänvisning till C I, s. 38.
[182] C XIV-1, 1998, vol. 2, Netherlands Antilles and Aruba, s. 595.
[183] C 2002, revised charter, Sweden, s. 236–237.
[184] C 2002, revised charter, Slovenia, s. 187, Sweden, s. 237, sju arbetsdagar notice, medlingsorganet kan uppskjuta strejken högst 14 dagar.
[185] C 2002, revised charter, Sweden, s. 237.

9.3.4.4 Gränserna för godtagbara begränsningar av strejkrätten

Inskränkning genom kollektivavtal

Enligt ordalydelsen i artikel 6:4 kan parterna själva i kollektivavtal komma överens om inskränkningar i stridsrätten.[186] Enligt min uppfattning är artikel 31 *inte* relevant för kollektivavtalsbaserade inskränkningar.[187] Parterna skall alltså fritt kunna disponera över sin rätt att vidta stridsåtgärder. Ett kommittéuttalande pekar dock i en annan riktning.

> "The committee took the view that in so far as restrictions on collective action are imposed by mutual consent of the parties concerned for the purpose of limiting recourse to such action in the interests of the community or of the users of essential services they are not incompatible with the article of the Charter under consideration"

Kommittén syftade på en svensk bestämmelse i MBL 4:3 som tillät parter att i kollektivavtal föreskriva längre gående fredsplikt än den som föreskrevs i 41 och 44 §§ MBL.[188] Jag menar dock att den sista frasen i artikel 6:4 skulle vara överflödig om parternas möjlighet att genom kollektivavtal inskränka stridsrätten skulle vara underställd artikel 31. Denna tolkning får också stöd av senare praxis rörande fredsplikt som etablerats genom kollektivavtal. Artikel 31 berörs överhuvudtaget inte i de resonemangen.[189] Däremot är det så att de begränsningar som kollektivavtalet uppställer bara får avse de personer som är parter till kollektivavtalet och de personer som parterna representerar.[190]

David Harris påstår också att dessa begränsningar bara får avse de ämnen som behandlas i kollektivavtalet.[191] Jag delar emellertid inte denna uppfattning. I konklusion I angav kommittén att inskränkningar i rätten att vidta stridsåtgärder vid intressekonflikter bara är förenliga med stadgan om det så föreskrivs i ett kollektivavtal.[192] I resonemangen kring

[186] C I, 1969/70, allmän kommentar, s. 38.

[187] Det finns ingenting i förarbetena som tyder på att parterna skulle vara hänvisade till de grunder som angavs i artikel 31 för att i kollektivavtal inskränka strejkrätten, se t.ex. bilagan till den trepartskonferens som ILO ordnade på uppdrag av Europarådet den 1–12 december 1958, Report of the Committee of substantive clauses, p. 90–99 i PW V s. 550–551.

[188] C VIII, 1984, Sweden, s. 98. Lenia Samuel återger bara detta uttalande avseende denna frågan i sin sammanställning av kommitténs praxis. Fundamental Social Rights, Case Law of the European Social Charter, s. 172, även i 2 u, 2002, s. 159. Hon tycks dock själv anse att artikel 31 bara är tillämplig på statligt initierade inskränkningar, s. 159.

[189] Se s. 275.

[190] C XIV-1, 1998, vol. 2, Norway, s. 618. C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 431–432. C XVI-1, 2002, vol. 2 Norway, s. 496–497.

[191] Harris, s. 106.

[192] C I, 1969/70, allmän kommentar, s. 38.

fredsplikten anger kommittén att fredsplikt som omfattar andra frågor än de kollektivavtalet behandlar också bara kan aktualiseras om det så föreskrivs i kollektivavtalet. Reservanterna till dessa konklusioner opponerar sig heller inte mot denna utgångspunkt.[193] Det tycks därför som om parterna enligt stadgan kan förhandla fram bestämmelser i kollektivavtal om begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder som går utöver de frågor som behandlats i kollektivavtalet.[194]

Allmänna förutsättningar för inskränkningar enligt artikel 31

Appendixet som återgavs i avsnittet om reglering av strejkrätten antogs för att klart markera att inskränkningar av strejkrätten, utanför den kollektivavtalsreglering som omnämns i artikel 6:4, bara kan vara godtagbara om de uppfyller kriterierna i artikel 31.[195] Under vilka förutsättningar kan då en sådan inskränkning äga rum?

En inskränkning eller förutsättningarna för inskränkning skall enligt artikel 31 anges i lag.[196] Om en regering eller myndighet inskränker stridsrätten skall fackföreningen ha möjlighet att överklaga beslutet i en juridisk instans.[197] Strejkrätten kan bara inskränkas för att tillgodose vissa samhällsbehov. Kommittén prövar om det angivna skyddsintresset verkligen faller in under något av de i artikel 31 angivna skälen. Om så bedöms vara fallet prövar kommittén om ingreppet kan anses vara proportionellt mot det intresse det vill tillvarata. I artikeln anges ju att ingreppet måste vara *nödvändigt i ett demokratisk samhälle* som garanti för andras fri- och rättigheter eller som skydd för samhällsintresset, den nationella säkerheten eller allmän hälsa och moral. I Nederländerna tillämpas sociala stadgan direkt. Kommittén granskade därför hur domstolarna tillämpat strejkrätten. Kommittén fick kännedom om att en allmän proportionalitetsprincip tillämpades i bedömningen av stridsåtgärders lovlighet och dessutom gjordes en bedömning av om strejken verkligen utgjorde en sista utväg, som var kravet, i den aktuella konflikten. I annat fall var den inte laglig. Möjligheten för domstolarna att ogiltigförklara stridsåtgärder på dessa grunder ansågs stå i strid med artikel 31. Stadgan medger bara inskränkningar i den mån förutsättningarna i artikel 31 är uppfyllda. Först måste ett tillåtligt syfte med inskränkningen vara för handen och

[193] C XVI-1, 2002, vol. 2, Malta, s. 416; Norway, s. 496–497.

[194] Harris ståndpunkt tycks basera sig på en felåtergiven beskrivning av C I i C XIV-1, vol. 2, s. 618, Norge.

[195] Samuel, 2u, 2002, s. 150, fotnot 2.

[196] Harris antar att lag begreppet skall ges samma innebörd som i Europakonventionen, s. 380–381 Det tycks vara ett rimligt antagande.

[197] C VIII, 1984, Spain, s. 98. En genom kunglig föreskrift antagen ogiltigförklaring av strejk eller snarare hänskjutande till tvångsmedling måste juridiskt kunna överklagas.

sedan får proportionalitetsprincipen tillämpas. Tillämpligheten av en *allmän proportionalitetsbedömning* rörande stridsåtgärderna är *inte förenligt* med detta.[198]

Att totalförbjuda strejkrätten under en period av elva månader på grund av ekonomiska faktorer ansågs i ett annat fall heller ej förenligt med stadgan. Ett totalförbud kan inte motiveras utifrån artikel 31.[199]

Jag kommer nedan att presentera några andra fall som kommittén konfronterats med. De illustrerar vilka faktorer som måste vara för handen för att skyddsintresset skall vara tillräckligt omfattande:

1) En strejk bland sjuksköterskor förbjöds. På grund av strejken fick vissa operationer skjutas upp. Akuta operationer behövde dock inte ställas in. Förutsättningarna i artikel 31 ansågs inte vara uppfyllda. Kommittén ansåg dessutom att strejken avbrutits i ett allför tidigt skede då dess konsekvenser inte kunde utläsas. Förbudet stod således i strid med stadgan.[200] En rekommendation antogs också i detta ärende av ministerkommittén.[201]

2) En annan strejk inom hälsosektorn avbröts genom att en lag om skiljedom antogs. Det var 196 sjuksköterskor verksamma på det nationella sjukhuset som strejkade. Strejken inverkade menligt på möjligheten att vaccinera barn och personer på väg utomlands. I bedömningen tog kommittén hänsyn till att den nationella hälsonämnden inte ansåg att liv och hälsa satts på spel av strejken. Trots att intrånget kunde motiveras av det legitima syftet att skydda hälsan så ansåg inte kommittén att förutsättningarna var sådana att de uppfyllde kraven i artikel 31.[202]

3) Ett ytterligare strejk förbjöds inom telekommunikationssektorn. Strejken berörde det nationella telebolagets möjligheter att rätta till fel rörande medicinska akutnummer. Ingreppet ansågs uppfylla kriterierna i artikel 31. Ingreppet var nödvändigt i ett demokratisk samhälle för skyddet av andras fri- och rättigheter liksom för skyddet av allmänintresset och den allmänna hälsan.[203]

[198] C XIII-I, 1994, Netherlands, s. 158. C XIII-3, 1996, Netherlands Antilles, s. 140. C XVI-1, 2002, vol. 2, Netherlands, s. 446; vol. 1, Belgium, s. 71.
[199] C XII-1, 1992, Iceland, s. 128.
[200] C XII-1, 1992, Norway, s. 130.
[201] Committee of Ministers, Recommendation No. R Chs (93) 2.
[202] C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 435.
[203] C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 435.

Av dessa tre fall kan man utläsa att om skyddsvärdet för allmän hälsa skall vara för handen bör människors liv stå på spel. Människor kan få finna sig i att få operationer som inte är av livsavgörande karaktär uppskjutna och att avstå från utlandsresan för att ingen vaccination kan fås. Om däremot en strejk medför att människor inte kan få hjälp i livshotande situationer anser kommittén att ett ingrepp kan motiveras på grund av skyddet för den allmänna hälsan. Dessutom anses inskränkningar, rörande de personer vars insatser är avgörande för att livshotande situationer skall kunna avvärjas, ofta nödvändiga i ett demokratiskt samhälle.

Vissa stridsåtgärder som normalt inte föranleder att liv sätts på spel eller att samhällsintresset hotas kan under exceptionella förhållanden få sådana konsekvenser och därför motivera statliga ingrepp. En strejk för trafikkontrollanter avbröts exempelvis genom en ad hoc förordning som hänvisade parterna till ett bindande skiljeförfarande. Förbudet för trafikkontrollanterna att strejka var enligt kommittén förenligt med stadgan på grund av den naturkatastrofsituation som då rådde i delar av landet. Förbudet avsåg också arkitekter, lärare, jurister, bibliotekarier, präster och statsvetare. För dessa grupper var dock inte kriterierna i artikel 31 uppfyllda.[204]

I ett annat fall strejkade bland andra lärare och ingenjörer. Strejken avbröts genom att en lag om skiljedom antogs. Strejken angavs ha fått allvarliga återverkningar på skol- transport- och kommunikationssektorerna. När det gällde lärarna motiverade regeringen ingreppet med att problem med att genomföra examination, särskilt för elever som behövde resultat för att ansöka till högre utbildning, uppstått. Några muntliga examinationer hade ställts in på universiteten och ansökningstiderna för ansökan till högre utbildning hade fått ändras. Kommittén ansåg inte att förutsättningarna för inskränkning på grund av samhällsintresset var uppfyllda.[205] Rörande transportsektorn så fick alla flygningar i södra Norge ställas in, liksom internationella flygningar från den delen av landet. Undantag gjordes dock för nödvändiga ambulans- och militärturer liksom för efterspanings- och räddningsaktioner. Dessutom hade utbildningen av flygledare inte kunnat fortsätta vilket var nödvändigt för öppnandet av den nya flygplatsen. Förseningar på upp till 2–5 dagar drabbade också postgången. Kommittén ansåg heller inte i detta fall att intrånget kunde motiveras av hänsyn till samhällsintresset.[206]

[204] C XIV-1, 1998, vol. 2, Norway, s. 624–625. C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 436.
[205] C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 434.
[206] C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 435.

En strejk och åtföljande lockout inom oljesektorn förbjöds. Enligt regeringen skulle strejken kunnat få förödande konsekvenser för oljeutvinningen i Nordsjön och skulle kunnat medföra allvarliga inkomstbortfall för den norska staten. Även Norges trovärdighet som tillförlitlig oljedistributör kunde ha skadats. Utgångsläget för konflikten syntes också vara hopplöst vilket innebar att konflikten antagligen skulle bli långvarig. Kommittén noterade att förordningen antogs mindre än 24 timmar efter det att arbetsinställelsen inletts. Kommittén accepterade att implikationerna för statsinkomsterna skulle kunnat bli allvarliga. Förlusterna var dock inte av den omfattningen att ett skyddsintresse enligt artikel 31 aktualiserades, dvs. att inskränkningen skall vara nödvändig för skyddandet av samhällsintresset. Inkomstbortfallet skulle inte nödvändigtvis ha varit av permanent natur. Inskränkningen av strejkrätten ansågs således i detta fall *inte* förenlig med stadgans bestämmelser.[207]

I ett senare fall rörande oljesektorn motiverade staten återigen ett ingrepp i strejkrätten med att det tillgodosåg samhällsintresset. Kommittén insåg att strejken visserligen orsakade produktionsstörningar. Strejken hade pågått i sex veckor. De strejkande utgjorde dock en minoritet av arbetstagarna på oljerinkarna. Det var 25 procent av oljearbetarna som tillhörde den strejkande fackföreningen och utförandet av en minimisäkerhetstjänst var säkerställd. Av 456 strejkande en viss dag utförde 100 säkerhetstjänst. Därutöver ansåg inte kommittén att det visats att de ekonomiska eller andra förlusterna var av permanent karaktär. Kommittén ansåg *inte* att ett hot mot samhällsintresset var för handen. Således var inte intrånget i strejkrätten förenligt med stadgans artikel 31.[208]

En annan strejk bland sjömän stoppades genom en lag. Strejken utbröt den 3 februari 1998. Det aktuella kollektivavtalet hade då varit öppet för omförhandling i 13 månader. Konflikten mellan sjömännen och båtägarna rörde fiskekvoter och fångsten. Fiskeriministeriet sökte medla informellt. Man visste att en strejk skulle få förödande konsekvenser för landets ekonomi eftersom 70–75 procent av exportvarorna kom från havet och 50–55 procent av exportinkomsterna. Utdragna medlingsförsök misslyckades. Fiskeriministeriet la då fram ett förslag till parlamentet om en lag för att stoppa strejken. Strejken upphävdes för viss tid under förhandlingar mellan den 11 februari och 15 mars men återupptogs då det stod klart att arbetsgivarna inte tänkte godta det sista medlingsförslaget. Regeringen gjorde bedömningen att strejken skulle kunnat pågå mycket länge med förödande konsekvenser för landets ekonomi. Regeringen föreslog då parlamentet att anta det sista medlingsförslaget som lag. Lagen

[207] C XIV-1, 1998, vol. 2, Norway, s. 622–623.
[208] C XV-1, 2000, vol. 2, Norway, s. 432–433.

antogs och utsträckte också de gällande kollektivavtalen till den 15 februari 2000. Kommittén angav att den aktuella lagen antogs efter det att kollektivavtalet varit öppet för omförhandling i 13 månader och att strejk pågått i två månader. Intensiva förhandlingar hade ägt rum mellan parterna under medverkan av det statliga medlingsorganet. Situationen var tydligt blockerad eftersom arbetsgivaren inte antog medlingsförslaget. Allt tydde på att strejken skulle bli långvarig med allvarliga konsekvenser för landets ekonomi och för arbetstillfällena inom fiskeindustrin. Intrånget var därför, enligt kommittén, förenligt med artikel 6:4 och artikel 31. Förlängningen av kollektivavtalet var acceptabelt med tanke på hur lång tid det hade varit öppet för omförhandling.[209]

Som synes ställer kommittén ganska höga krav för att samhällsintresset skall anses vara berört när liv inte står på spel. Olägenheter av mindre omfattande karaktär får man stå ut med. Däremot behöver samhället inte stå ut med att landets hela ekonomi verkligen kan rubbas av stridsåtgärderna. Kan stridsåtgärderna komma att medföra så svåra konsekvenser anses ett ingrepp befogat.

Offentliganställda

Enligt Europarådets sociala stadga omfattar begreppet arbetstagare även offentligt anställda. Privatanställda och offentliganställda ges samma rättigheter i så måtto att inskränkningar av deras strejkrätt måste motiveras av något av de skäl som anges i artikel 31. Eftersom vissa offentliganställda är verksamma på utsatta positioner kan deras strejkrätt inskränkas i lagstiftningen.[210] En fullständig begränsning av strejkrätten för alla offentliganställda är emellertid inte förenlig med stadgan.[211]

De arbetstagargrupper som helt kan berövas strejkrätten med stöd av artikel 31 är så kallade "senior officials and those (civil servants) attached to the main departments".[212] Att utesluta strejkrätt för polis och domstolsväsendet är acceptabelt med hänvisning till artikel 31 *under förutsättning att man bara tar hänsyn till arbetsuppgifterna (min kursiv).*[213] Ambassadörer,[214] brandmän och fängelsevakter[215] kan också undantas från strejkrätten. Likaså arbetstagare verksamma inom oumbärliga samhällsfunk-

[209] C XV-1, 2000, vol. 1, Iceland, s. 335–337.
[210] C III, 1973, Federal Republic of Germany, s. 36.
[211] C I, 1969/70, allmän kommentar, s. 38–39.
[212] C V, 1977, Denmark, s. 47.
[213] C V, 1977, France, s. 48.
[214] C IX-1, 1985, Iceland, s. 56.
[215] C XIII-2, 1995, Malta, s. 282–284.

tioner.[216] Bedömningen av om en sådan begränsning i ett givet fall är förenlig med stadgan utgår ifrån i vilken omfattning "the life of the community" är beroende av de berörda tjänsterna/yrkeskategorierna.[217]

Minimiservice

Krav på att en viss minimiverksamhet skall upprätthållas under strejk inom vissa sektorer accepteras av kommittén i den mån förutsättningarna i artikel 31 är uppfyllda. Sådana krav utgör onekligen ett ingrepp i strejkrätten. Ingreppet måste därför avse att uppfylla något av de skyddsintressen som anges i artikel 31. Om förordningar om att en minimiverksamhet skall vara i funktion bara kan antas inom oundgänglig samhällsservice i strikt bemärkelse, det vill säga för verksamheter som är oundgängliga för att garantera andras rättigheter och friheter, för skyddandet av samhällsintresset, nationell säkerhet, allmän hälsa och moral är situationen förenlig med stadgan.[218] Verksamhet som accepterats motsvara oundgänglig samhällsservice är försvar, polis, brottmålsåklagarväsendet, akutsjukvården, flygnavigation, tull och järnvägstransporter.[219]

Att en viss minimiverksamhet skall fungera under en strejk utgör dock en mindre ingripande inskränkning av strejkrätten än ett totalförbud. Kommittén har dock inte uttalat några klara riktlinjer för när krav på upprätthållande av minimiverksamhet är att föredra framför ett totalförbud av strejk. Kommittén har dock frågat Norge varför inte staten väljer att ställa krav på upprätthållande av minimiverksamhet i stället för att helt förbjuda strejker.[220] I Norge förbjuds strejker förhållandevis ofta av staten och många inskränkningar har ansetts stå i strid med stadgan. I situationer där visserligen ett godtagbart skyddsintresse är för handen men där ett totalförbud av en strejk utgör ett oproportionerligt ingrepp kan ju krav på upprätthållande av viss minimiservice utgöra ett mindre ingripande alternativ.

Kommittén har egentligen inte uppställt några särskilt konkreta krav rörande utformandet av minimiverksamheten. Vissa frågor har ställts om minimiverksamhetens utformning såsom om kravet på upprätthållande av en minimiverksamhet föregåtts av samråd med de berörda arbetstagarna.[221] Kommittén har också bedömt att vissa rutiner rörande utform-

[216] C V, 1977, Ireland, s. 51.
[217] C I, 1969/70, allmän kommentar, s. 38–39. C XV-1, 2000, vol. 2, Italy, s. 368.
[218] C 2002, Revised Charter, Italy, s. 81–82.
[219] C 2002, Revised Charter, Slovenia, s. 187.
[220] C XVI-1, vol. 2, Norway, s. 499.
[221] C-XVI-1, vol. 2, Portugal, s. 579. Se också C 2002, Revised Charter, Romania, s. 136.

ningen av minimiverksamheten är förenliga med stadgan. I exempelvis ett land kunde krav på upprätthållande av minimiverksamhet inom oundgänglig samhälls- eller ekonomisk verksamhet uppställas efter samråd med en strejkkommitté. Beslutet var möjligt att pröva i administrativ, juridisk och konstitutionell instans. Den konstitutionella domstolen hade uppställt vissa krav rörande utformningen av minimiverksamheten. Styrkan som utsågs för att upprätthålla den erforderliga verksamheten fick inte vara för omfattande. Proportion skulle råda mellan syfte och ingrepp. I ett fall godtogs dock att en exceptionellt stor arbetsstyrka togs ut inom järnvägen eftersom det var lokalval denna dag. En juridisk överprövning och förhandlingar mellan regering och de två parterna för att besluta om vilka arbetstagare som skulle tas ut ansågs vara grundläggande säkerhetsgarantier. Kommittén bedömde att situationen var förenlig med stadgan.[222] Ännu har ingen utformning av minimiverksamhet ansetts stå i strid med stadgan.

9.3.4.5 Godtagbar konsekvens av stridsåtgärd för arbetstagarna

Arbetstagare som vidtar stridsåtgärder som anses legala enligt stadgan skall hållas civilrättsligt och straffrättsligt immuna med anledning av konflikten. Kommittén anger dock att någon kränkning av stadgan inte är för handen då stater tillämpar föreskrifter eller principer som ställer enskilda fackföreningsmedlemmar straffrättsligt eller civilrättsligt ansvariga då deras organisationer vidtar *illegala* stridsåtgärder. En förutsättning därför är att kriteriet för illegalitet är förenligt med stadgan.[223] Ansvarigheten skulle således kunna utkrävas vid rättighetskonflikter eller då en konflikt fortskrider efter det att den ogiltigförklarats på någon av de grunder som anges i artikel 31. En strejk som betraktas som illegal utan att uppfylla något av dessa kriterier kan heller inte medföra ett ansvarsutkrävande av enskilda medlemmar.[224]

I brittisk rätt är huvudregeln att strejk medför civilrättsligt ansvar för fackföreningar, deras företrädare och medlemmar. Undantaget från detta ansvar anses inte vara tillräckligt omfattande. Det är nämligen bara sådana stridsåtgärder som undantas som vidtas av arbetstagare mot sin egen

[222] C XVI-1, 2002, vol. 2, Spain, s. 613–614.

[223] CI, 1969/70, allmän kommentar, s. 39.

[224] C IX-2, 1986, Ireland, s. 48. Om t.ex. lagstiftning inte ger medlemmar i en fackförening som inte erhållit förhandlingslicens *rättsligt skydd* vid strejk anses förhållandena vara i strid med stadgan. En strejk får ju inte ogiltigförklaras på den grunden att den fackliga organisation som initierat strejken saknar förhandlingslicens. Alla arbetstagargrupperingar skall ha rätt att vidta stridsåtgärder så länge inte någon förutsättning enligt artikel 31 är för handen.

arbetsgivare. Regleringen förhindrar fackföreningen att vidta åtgärder mot den egentlige arbetsgivaren i de fall det inte är den närmaste arbetsgivaren. Domstolarna har tolkat bestämmelsen som att stridsåtgärder inte är lovliga om de med anledning av en företagsöverlåtelse vidtas mot en framtida arbetsgivare. Sympatiåtgärder blir med dessa regler heller inte tillåtna. Möjligheterna för arbetstagare att försvara sina intressen genom lagliga stridsåtgärder var enligt kommittén "excessively circumscribed".[225]

Att arbetstagare som deltar i stridsåtgärder skall vara straffrättsligt immuna kan betraktas som en av grundförutsättningarna för den fria strejkrätten. Att så också är fallet enligt Europarådets sociala stadga visar den kritik som framfördes avseende en ålderdomlig lag som föreskrev att handelssjömän inte var friade från straffrättsligt åtal i samband med vidtagna stridsåtgärder. Kommittén fastslog att den omständighet att lagen aldrig tillämpades inte hindrade den från att vara oförenlig med stadgans krav enligt artikel 6:4 och de föreskrifter som angavs i artikel 31.[226] Ministerkommittén antog sedermera en rekommendation i denna fråga.[227]

En regel som anger att deltagande i strejk för med sig att anställningsavtalet upphör är i princip inte förenlig med stadgan. Bedömningen av en sådan regel i det konkreta fallet görs emellertid utifrån dess faktiska konsekvenser. Om efter en strejks upphörande strejkutövarna till fullo återanställs och om de tidigare förtjänade rättigheterna/förmånerna som pension, semester och senioritet i allmänhet inte försämras utgör regeln ingen kränkning av stadgan.[228] Uppsägningstider och avgångsvederlag får heller inte försämras.[229]

Om lagstiftning saknas som anger att anställda som deltagit i strejk skall återanställas vid strejkens upphörande kräver kommittén belägg för att alla avtal som sluts i och med strejks upphörande innefattar en klausul där de strejkande garanteras återanställning inbegripet alla de rättigheter som arbetstagarna tillgodogjort sig före strejken.[230]

[225] C XIII-I, 1994, UK, s. 160. C XIV-1, 1998, vol. 2, UK, s. 805. C XVI-1, 2002, vol. 2, UK, s. 689. På Irland erhåller inte fackföreningar och deras medlemmar immunitet om fackföreningen inte har en förhandlingslicens. Detta förhållande står också i strid mot stadgan C- XIII-3, Ireland, 1996, s. 136. C XIV-1, 1998, vol. 1, Ireland, s. 422. C XV-1, add, Ireland, s. 18.

[226] C XIII-1, 1994, Ireland, s. 156.

[227] Committee of Ministers, Recommendation No. Rec.ChS (95)6.

[228] C I, 1969/70, allmän kommentar, s. 39.

[229] C I, 1969/70, UK, s. 39.

[230] C V, 1977, Denmark, s. 47.

Att en arbetsgivare kunde säga upp alla strejkande arbetstagare och återanställa dem på *selektiv* basis tre månader senare ansågs stå i strid med stadgan.[231] Ministerkommittén har också antagit två rekommendationer i denna fråga.[232]

För att återanställningsrätten skall vara tillräckligt säkrad enligt artikel 6:4 krävs det t.ex. att när ett avtal sluts av parter inom industrisektorn med innebörden att efter strejks uppgörande en arbetstagare skall återanställas så skall fullgörelsetalan skall kunna väckas med anledning av avtalet.[233] En stat måste inge juridiska dokument/bevisning som visar att en fackförening kan väcka talan om en strejkdeltagare inte återanställs under samma förutsättningar som rådde före konflikten.[234]

Avdrag på lönen vid strejk är godtagbart i den mån avdraget motsvarar den tid arbetstagaren inte varit i tjänst. En regel som föreskriver en lönesänkning på minst 1/30-del för varje stridsåtgärd vidtagen av offentliganställda oavsett stridsåtgärdens omfattning och som således kan vara proportionellt större en stridsåtgärden utgör däremot i själva verket en sanktion som inte enligt kommittén är förenlig med det fria utövandet av strejkrätten.[235]

[231] C XIII-3, 1996, UK, s. 144.
[232] Committee of Ministers Recommendation No. Rec.ChS (93) 3 och No. Rec.ChS (97) 3.
[233] C IV, 1975, Denmark, s. 47–48.
[234] C V, 1977, Ireland, s. 51.
[235] C XIII-I, 1994, France, s. 154.

10 Europakonventionen

10.1 Facklig föreningsfrihet

10.1.1 Inledning

I den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna återfinns ett uttryckligt skydd för den fackliga föreningsfriheten i den sista satsen i dess artikel 11:1. Artikeln skyddar därutöver den allmänna föreningsfriheten och mötesrätten.[1] I artikel 11:2 anges under vilka förutsättningar artikel 11:1 kan inskränkas.

Europakonventionens artikel 11 lyder i sin helhet:

> "1. Envar skall äga rätt till frihet att deltaga i fredliga sammankomster samt till föreningsfrihet, däri inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen.
> 2. Utövandet av dessa rättigheter må icke underkastas andra inskränkningar än sådana som äro angivna i lag och i ett demokratiskt samhälle äro nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, förebyggandet av oordning eller brott, hälsovården, skyddandet av sedligheten eller av annans fri- och rättigheter. Denna artikel förhindrar icke, att för medlemmar av de väpnade styrkorna, polisen eller den statliga förvaltningen lagliga inskränkningar må göras i de nämnda rättigheternas utövande."

Europadomstolen och tidigare kommissionen har genom sin praxis tolkat artikel 11 och därigenom konkretiserat artikelns innebörd. Kommissionens rapporter och beslut var inte i sig rättsligt bindande men visar ändå på hur Europakonventionen kan tolkas, särskilt i de fall när målet inte gått vidare till domstolen.[2] Domstolen hänvisar till gamla kommissionsbeslut när den nu själv i kammare fattar beslut om att anta eller av-

[1] Om mötesrätten och den allmänna föreningsfriheten se, Gomien, Harris & Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter Strasbourg, 1996, s. 301–306, van Dijk & van Hoof m.fl., Theory and Practice of the European convention on Human Rights, s. 586–592, 600–601, Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 2002, s. 335–346, Harris, O'Boyle & Warbrick, s. 417 ff.
[2] van Dijk & van Hoof, s. 166.

visa klagomål. Kommissionens beslut och rapporter återkommer därför stundtals i framställningen.[3]

Det huvudsakliga intresset för detta avsnitt är att utröna omfattningen av rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen i artikel 11 Europakonventionen. Rättsfall, domstolsbeslut, kommissionsbeslut, kommissionsrapporter och doktrin som direkt och indirekt berör denna fråga kommer att behandlas.

10.1.2 Godtagbara inskränkningsgrunder

Vissa av rättigheterna i Europakonventionen är absoluta. Det innebär att de aldrig kan bli föremål för inskränkningar. Förbuden mot tortyr och slaveri i artiklarna 2 och 3 är av sådan karaktär. I andra rättigheter kan intrång under vissa förutsättningar godtas. Intrång i de rättigheter artikel 11:1 avser att skydda godtas om de uppfyller kriterierna i artikel 11:2. Det innebär att för att ett intrång i föreningsfriheten skall vara godtagbart skall det anges i lag. För att lagkravet skall vara uppfyllt skall det röra sig om statligt sanktionerad reglering som är tillgänglig, förutsägbar, inte ger utrymme för godtycke och som har tillkommit i förenlighet med nationella principer. Lagar, rättspraxis, förordningar och andra föreskrifter accepteras.[4]

Intrånget måste också syfta till att uppfylla något av de intressen som anges i artikeln det vill säga statens säkerhet, den allmänna säkerheten, förebyggandet av oordning eller brott, hälsovården, skyddandet av sedligheten eller av annans fri- och rättigheter. Inskränkningsgrunden annans fri- och rättigheter aktualiseras rätt ofta då det gäller intrång i den fackliga föreningsfriheten. Om viss facklig aktivitet förbjuds kan det då anges vara arbetsgivarens eller andra arbetstagares rättigheter som tillvaratas. Dessa rättigheter behöver dock inte, men kan,[5] ha någonting med konventionens rättigheter att göra. En arbetsgivares intresse av att säkra avtal med andra organ har exempelvis godtagits.[6]

[3] Kommissionens beslut om att anta klagomålet hade stöd i f.d. artikel 29 i konventionen och bedömningen av sakomständigheterna i f.d. artikel 28.

[4] Se Cameron, Introduction, 4 u, 92–93. Danelius, 2002, s. 263–264. van Dijk & van Hoof, s. 766–771. Europadomstolens domar, Sunday Times v UK, 26 April 1979, p. 47, 49 och Silver Case, 25 mars 1983, p. 33–34. Om förutsägbarhet se Europadomstolens domar: Ahmed and Others v UK 2 sep. 1998, p. 43–48 och N.F mot Italien, 2.8 2001, p. 29–32.

[5] Se i målen rörande den negativa föreningsfriheten, där den positiva och den negativa fackliga föreningsfriheten ställs mot varandra, s. 339 f och 358.

[6] Appl. 53574/99, Unison against the United Kingdom, 10 January 200, s. 11.

Innebörden av inskränkningsgrunderna är sällan föremål för konflikt. Domstolen ifrågasätter sällan om den åberopade grunden verkligen har fog för sig. I stället koncentrerar domstolen sig på frågan om intrånget är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Denna analys innefattar en proportionalitetsbedömning. Står skyddandet av det aktuella intresset i proportion till det intrång i den aktuella rättigheten som är för handen? I proportionalitetsbedömningen avgörs om inskränkningen avser att tillvarata ett angeläget samhällsintresse "a pressing social need". Vidare undersöks om intrånget var proportionellt mot det godtagbara syfte det avsåg att tillvarata och om de orsaker som enligt myndigheterna motiverade ingreppet var relevanta och tillräckliga.

Myndigheterna besitter ett visst handlingsutrymme när det gäller denna avvägning. Omfattningen av handlingsutrymmet varierar dock beroende på vilken fråga som är för handen. När det gäller relationerna på arbetsmarknaden och vad som krävs för att skydda facklig frihet så har de nationella myndigheterna ett *stort*, men inte obegränsat, handlingsutrymme.[7] Relationerna på arbetsmarknaden anses nämligen innefatta svåra, nationellt specifika, överväganden av social och ekonomisk karaktär. Dessutom skiljer sig de nationella modellerna kraftigt åt i detta avseende.[8] När det gäller inskränkningar i politiska partiers verksamhet, så har myndigheterna ett *litet* handlingsutrymme. Detta hänger, enligt Europadomstolen, samman med att demokratin är själva grundvalen för skyddet av de mänskliga rättigheterna och utan politiska partier kan inte demokratin fungera.[9]

I artikel 11:2 anges också att artikeln inte förhindrar att lagliga inskränkningar i de nämnda rättigheternas utövande görs för medlemmar av de väpnade styrkorna, polisen eller den statliga förvaltningen. Det klarläggs inte i artikeltexten i vilken utsträckning dessa gruppers föreningsfrihet helt kan inskränkas om den anges i lag eller om inskränkningen för dessa

[7] Appl. 38190/97, Federation of Offshore Workers' trade unions and others against Norway, 27 June 2002, s. 16, Europadomstolen dom Gustafsson v Sweden, 25 april 1996, p. 45.

[8] Appl. 38190/97, Federation of Offshore Workers' trade unions and others agaianst Norway, 27 June 2002, s. 16. Europadomstolens domar: United Communist party of Turkey and Others v Turkey, 30 januari 1998, p. 47; Wilson & Palmer v UK, 2 July 2002, p. 44.

[9] United Communist Party of Turkey and Others v Turkey, 30 Januari 1998, p. 46. Se också van Dijk & van Hoof, s. 587.

[10] Appl. 11603/85, Anställda vid GCHQ mot UK, The Law b. Se också Gomien, Harris & Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Charter, 1996 s. 309–310.

grupper också skall prövas enligt paragrafens övergripande test eller om åtminstone något kärnelement i rättigheten måste kunna åtnjutas. Kommissionen prövade vid ett par tillfällen enbart om inskränkningar för dessa grupper var förenliga med nationell rätt och inte var godtyckliga.[10] Europadomstolen har emellertid därefter klargjort att inskränkningar i dessa gruppers föreningsfrihet också skall prövas enligt de kriterier som anges i artikel 11:2 första meningen.[11]

10.1.3 Staten som arbetsgivare

Europadomstolen har vid ett flertal tillfällen angivit att artikel 11:as främsta syfte är att skydda individer mot statliga myndigheters godtyckliga inskränkningar i individernas föreningsfrihet.[12] I det här avseendet har domstolen klargjort att konventionen ingenstans gjort någon uttrycklig distinktion mellan de funktioner som staten utför i egenskap av "holder of public power" och det ansvar som staten har som arbetsgivare.[13] Artikel 11 anses inte utgöra något undantag. Artikel 11 binder staten som arbetsgivare oavsett om det är offentligrättsliga eller privaträttsliga föreskrifter som reglerar relationen med arbetstagarna.[14]

Med staten avses alla offentliga myndigheter och även privata grupper eller organisationer som delegerats vissa offentligrättsliga funktioner.[15] En stor del av den tidigare offentliga sektorn har privatiseras och bolagiseras i Europa. Staten har dock ofta fortfarande ett finansiellt eller funktionellt stort inflytande i verksamheten. Gränsen mellan statliga och privata arbetsgivare kan då vara svår att dra. Domstolen har tyvärr inte givit några hållpunkter för hur avvägningen skall göras.[16] Frågan har heller

[11] Europadomstolens dom, Vogt v Germany, 2 September 1995, p. 65–68. Detta framgår också av rättsfallen Rekvényi mot Ungern, dom 25.5 1999, som gällde polis, ingreppet bedömdes ändock enligt 11.2 och från Gran Oriente d'Italia di Palazzo v Italy, dom 2.8. 2001 om personer anställda i statlig förvaltning. Se också van Dijk & van Hoof, s. 600. Jfr också Danelius, 2002, s. 336–337, som argumenterar för att en proportionalitetsbedömning skall göras vid intrång i dessa gruppers föreningsfrihet samt att begreppet "administration of the state" bara skall avse de som har kvalificerade exekutiva, dömande eller förvaltande uppgifter.

[12] Bl.a. Europadomstolens domar: Wilson & Palmer v UK, 2 July 2002, p. 41 och Gustafsson v Sweden, 25.4.1996, p. 45.

[13] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6.2.1976, p. 32.

[14] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6.2.1976, p. 33. Se också identisk argumentation i Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6.2.1976, p. 36–37.

[15] Cameron, Introduction, 4 u, 2002, s. 39.

[16] Se t.ex. Ds 2001:9 Yttrandefrihet för privatanställda, Justitiedepartementet, Sören Öman, s. 22–25 och Annamaria J. Westregård, Integritetsfrågor i arbetslivet, s. 301–306.

inte direkt aktualiserats i förhållande till artikel 11. Däremot har frågan om i vilken utsträckning staten ansvarar för relationerna mellan enskilda rättssubjekt aktualiserats.

10.1.4 Krav på positiv statlig aktivitet för att reglera relationen mellan enskilda

Huvudsyftet med artikel 11 är att skydda individens mötes- och föreningsfrihet från intrång av staten. Staten kan dock enligt artikel 11 åläggas att tillse att individer inte kränker andra individers rätt att mötas och att sluta sig samman.[17]

Ett fall som kom att få betydelse för utvecklingen av denna fråga var "Ärzte Für das Leben".[18] I fallet klargjordes att för att uppnå ett effektivt åtnjutande av artikel 11 så ålades staten i vissa fall att vidta positiva åtgärder för att säkerställa utnyttjandet av rättigheten. Den aspekt av artikel 11 som var för handen var mötes- och demonstrationsfriheten. Domstolen konstaterade att

> "Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of article 11. Like article 8, article 11 sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals if need be."[19]

Konkret så ålades staten att vidta "reasonable and appropriate measures" för att möjliggöra för lagliga demonstrationer att fortlöpa utan angrepp. Att absolut kunna garantera denna rätt var dock omöjligt och ett vitt mått av handlingsutrymme stod staterna till buds vid val av metod. För detta vidkommande kan artikel 11 sägas innefatta ett krav på staterna snarare *att* vidta åtgärder än att *uppnå* ett visst resultat.[20] Domstolen gjorde sedan i det aktuella fallet en bedömning av om de åtgärder polisen vidtagit för att skydda de aktuella demonstrationerna kunde anses rimliga.[21]

Redan tidigare hade emellertid domstolen i målet Young, James and Webster med stöd av artikel 1 i konventionen ålagt staten att inte härbärgera lagstiftning som inte säkerställde var och en de fri- och rättigheter

[17] Se t.ex. Europadomstolens dom, Ärzte für das Leben v Austria, 21 June 1988, Europadomstolens dom i Young, James and Webster v UK, 13.8.1981, p. 49, staten ansvarar för att lagstiftningen inte får tillåta individer att bete sig på visst sätt mot andra individer.
[18] Ärzte für das Leben, 21 June 1988.
[19] Ärzte für das Leben, 21 June 1988, p. 32.
[20] Ärzte für das Leben, 21 June 1988, p. 34.
[21] Ärzte für das Leben, 21 June 1988, p. 37.

som definieras i konventionen.[22] I artikel 1 föreskrivs att konventionsstaterna skall säkerställa var och en under deras jurisdiktion de fri- och rättigheter som garanteras i konventionen. Så om en kränkning av en av dessa fri- och rättigheter är en konsekvens av "non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation" så blir staten ansvarig för kränkningen. Även om den omedelbara orsaken till de händelser som gav upphov till detta fall var 1975 års avtal mellan British Rail och järnvägsfackföreningarna, så var det den nationella lagstiftningen i kraft vid det relevanta tillfället som gjorde den situation som var föremål för klagomålet laglig.[23] Ansvar för den svarande staten aktualiserades därför vid eventuellt konventionsbrott. Därför menade domstolen inte att det fanns någon anledning att också undersöka huruvida statens ansvar aktualiserades därför att staten skulle betraktas som arbetsgivare eller att British Rail var under dess kontroll.[24]

I målet Sibson mot Storbritannien konstaterade domstolen att målet inte rörde något direkt intrång av staten. Om de omständigheter som Sibson klagade över utgjorde ett intrång i hans rättigheter enligt artikel 11, så skulle Storbritanniens ansvar ändå kunna aktualiseras om intrånget var en konsekvens av statens misslyckande med att säkerställa hans rättigheter i nationell rätt (domstolen hänvisar till p. 49 i Young, James and Webster).[25]

I målet Gustafsson mot Sverige angav domstolen att även om föremålet för klagomålet inte utgjorde en direkt intervention av staten så kunde den ansvariga staten ändå beröras om dessa händelser utgjorde ett resultat av statens misslyckande med att säkerställa de rättigheter som följer av artikel 11 (hänvisning till Sibson p. 27). Även om det huvudsakliga syftet med artikel 11 är att skydda individen mot godtycklig inblandning i utövandet av sina skyddade rättigheter från allmänna myndigheter kan det därutöver, anger domstolen, finnas positiva skyldigheter att säkerställa det effektiva åtnjutandet av dessa rättigheter.[26]

I målet Palmer & Wilson mot Storbritannien upprepade sig domstolen och angav att även om det huvudsakliga syftet med artikel 11 är att skydda individen mot godtyckliga intrång i förenings- och mötesfriheten av de offentliga myndigheterna så kan det därutöver utgå positiva skyldigheter att säkerställa det effektiva åtnjutandet av dessa rättigheter. Det

[22] Young, James and Webster v UK p. 49.

[23] Om möjligheten överhuvudtaget att genom avtal avstå från Europakonventionens rättigheter se Gillian S. Morris, Fundamental Rights: Exclusion by Agreement? 2001, s. 49–71.

[24] Young, James and Webster, 13.8. 1981, p. 49.

[25] Sibson v UK, 1993, p. 27.

[26] Gustafsson v Sweden, 1996, p. 45.

aktuella fallet rörde inte direkt statligt ingrepp. Statens ansvar skulle dock kunna aktualiseras om de aktuella omständigheterna var resultatet av statens misslyckande med att säkerställa de klagande deras rättigheter enligt artikel 11 i EKMR nationell rätt.[27]

Enligt van Dijk och van Hoof räcker det inte med att utgå ifrån artikel 1 för att tillskriva staterna ett ansvar att säkerställa konventionens fri- och rättigheter i relationen mellan enskilda.[28] Om man utgår från den ovannämnda praxisen kan man dock konstatera att artikel 11 inbegriper en skyldighet för staten att under vissa omständigheter vidta positiva åtgärder för att säkerställa att vissa enskilda inte hindrar andra enskilda från att åtnjuta den fackliga föreningsfriheten.

De fall som prövats av domstolen har rört både den negativa och den positiva fackliga föreningsfriheten. Från andra mål som avvisats redan av kommissionen framgår att en fackförening också rent teoretiskt kan kränka en individs positiva föreningsfrihet. Staten bär där ett ansvar för att fackföreningen inte utnyttjar en dominerande position. Exempelvis om fackföreningen utesluter en medlem i strid med sina stadgar eller om stadgarna var orimliga eller om uteslutningen på annat sätt orsakade "exceptional hardship".[29] Även andra former av beslut där fackföreningen utnyttjar sin dominerande ställning gentemot en fackföreningsmedlem skulle kunna aktualisera statens ansvar. Att ansluta medlemmarna till vissa försäkringar utgjorde dock inte ett sådant beslut.[30] Att staten också bär ett ansvar för att arbetsgivare kan kränka en individs positiva fackliga föreningsfrihet framkom redan 1971 när kommissionen konstaterade att staten var ansvarig att tillse att rättsmedel fanns att tillgå när en arbetsgivare hotat avskeda en facklig förtroendeman på grund av hans fackliga aktiviteter.[31]

Det tycks som om den fackliga föreningsfriheten i stor utsträckning skall kunna tillämpas mellan enskilda och att staten bär ett ansvar för att detta skall kunna ske.[32] De mål som åberopats ovan har gällt både skydd av den negativa och den positiva fackliga föreningsfriheten liksom skydd mot arbetsgivares intrång i fackföreningars och individers fackliga föreningsfrihet samt fackföreningars intrång i individers fackliga föreningsfrihet. Danelius uttrycket det som att då det gäller relationerna på arbetsmarkanden kan staten "anses ha ett yttersta ansvar för att förhindra att

[27] Wilson & Palmer v UK, 2002, p. 41.
[28] van Dijk & van Hoof, s. 24–25.
[29] Se s. 301 f.
[30] Se t.ex. appl. 13537/88 Jerry Johansson v Sweden, beslut den 7 maj 1990, s. 3.
[31] Applic 4125/69, X. against Ireland, beslut 1 februari 1971.
[32] Danelius, 2002 s. 336 se också s. 340, van Dijk & van Hoof, s. 599–600.

den ena parten missbrukar sin maktställning på sådant sätt att motpartens grundläggande rättigheter kränks".[33]

När det gäller situationer som berör styrkeförhållandena på arbetsmarknaden mellan parterna tycks det dock som om staterna åtnjuter ett förhållandevis omfattande handlingsutrymme. Staten bär då bara ett ansvar för att tillse att föreningsfrihetens kärna inte kränks.[34]

10.1.5 Vilka omfattas?

Envar omfattas. Övervakningsorganen har inte berört frågan om vem som skall ha rätt att ansluta sig till en fackförening.

10.1.6 Rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar som individuell rättighet

Enligt artikel 11:1 har var och en rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen. Det innebär att staten inte får hindra arbetstagare att bilda och ansluta sig till fackföreningar.[35] Rätten att bilda en förening innefattar också ett förbud för myndigheterna att upplösa den.[36]

Fackföreningarna har dock själva rätt att avgöra, enligt sina stadgar, frågor om antagning och uteslutning av medlemmar.[37] Det innebär att rätten att ansluta sig till en fackförening enligt Europakonventionen artikel 11 är avhängig den aktuella fackföreningens stadgar. Fackföreningarna är dock inte helt fria att fatta beslut om en arbetstagares medlemskap. I det enskilda fallet görs en avvägning mellan den individuella rätten att ansluta sig till och kvarvara i fritt vald fackförening och den kollektiva fackliga rättigheten att anta sina egna stadgar, regler och beslut. Staten bär nämligen enligt artikel 11 ett ansvar att skydda individen mot en fackförenings missbruk av sin dominerande ställning.[38] Sådant missbruk kan enligt kommissionen vara för handen när uteslutning inte är förenlig med de fackliga reglerna, eller när reglerna är fullständigt orimliga eller godtyckliga eller om uteslutningen medför exceptionella svårigheter

[33] Danelius, 2002, s. 336.
[34] Se Europadomstolens dom i Gustafsson v Sweden, 1996, p. 52.
[35] Appl. 10550/83, Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom.
[36] Europadomstolens dom i United Communist Party of Turkey and others v Turkey, 30 januari 1998, p. 33 Europadomstolens dom i Freedom and Democracy parti (Özdep) v Turket, 8 december 1999, p. 27.
[37] Appl. 10550/83, Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom.
[38] Kommissionen hänvisar här till domen i Young, James and Webster, 1981, p. 63.

såsom förlust av arbete vid förekomsten av organisationsklausuler.[39] En central fråga härvidlag är vilka stadgar som kan anses vara orimliga. Att stadgar som inbegriper diskriminerande inslag av den karaktär som anges i artikel 14 Europakonventionen och i tilläggsprotokoll 12 tycks rimligt. Det skulle i så fall innebära att fackföreningar åtminstone inte får göra åtskillnad rörande medlemskapet på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.

Staten bär också ett ansvar att tillse att inte privata arbetsgivare hindrar arbetstagare från att ansluta sig till fackföreningar för att tillvarata sina yrkesmässiga intresse.[40] Om arbetstagarna hindras att utnyttja själva syftet med medlemskapet det vill säga att låta fackföreningen representera sig i relationerna med arbetsgivaren anses också rätten att ansluta sig till en fackförening kränkt.[41]

Arbetstagaren skall vara fri att välja vilken fackförening han eller hon skall ansluta sig till. Domstolen har angivit att en individ inte innehar en rätt till föreningsfrihet om de valmöjligheter som står till buds antingen inte existerar eller är så begränsade att de inte är av något praktiskt värde.[42]

Som påpekats avser artikeln huvudsakligen att skydda mot statligt intrång. Vid ett par fall, Belgian Police mot Belgien och Lokmannaförbundet mot Sverige, har hävdats att statens mindre fördelaktiga behandling av en viss fackförening medfört att medlemskap i den fackföreningen blivit mindre attraktivt och att därigenom staten berövat dess medlemmar rätten att fritt välja fackförening. Argumentationen har utgått ifrån att det fria valet inskränks om staten påverkar fackföreningars möjligheter att tillvarata sina medlemmars intressen genom att tillförsäkra vissa fackföreningar vissa fördelar när det gäller möjligheten att skydda medlemmarnas intressen. Fördelarna rörde rätten till samråd och rätten att träffa kollektivavtal. Staten hade valt att samråda och sluta kollektivavtal med de mest representativa fackföreningarna. Domstolen påpekade dock att var och en fortfarande fritt kunde utnyttja friheten att ansluta sig till eller kvarvara som medlem fackföreningarna. Medlemsantalen hade visserligen minskat vilket åtminstone delvis kunde förklaras med att fackföreningen behandlats mer ofördelaktigt än andra. Det praktiska värde en medlem kunde få ut av medlemskap hade i viss mån minskat. Syftet med detta

[39] Appl.10550/83, Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom.
[40] Europadomstolens dom i Wilson & Palmer v UK, 2 juli 2002, p. 46, 47.
[41] Europadomstolens dom i Wilson & Palmer v UK, 2 juli 2002, p. 46, 47.
[42] Europadomstolens dom i Young, James and Webster v UK, 13 augusti 1981, p. 56.

tilltag från regeringens sida var dock att i enlighet med en allmän policy minska antalet konsulterade fackföreningar och minska antalet fackföreningar man inträtt i kollektivavtalsförbindelse med. Denna policy kunde inte i sig sägas vara oförenlig med den fackliga föreningsfriheten. De åtgärder regeringen vidtagit för att genomföra denna policy ansågs undgå domstolens bedömning.[43]

Det centrala i dessa mål var alltså att syftet med åtgärderna var att minska antalet fackföreningar som man konsulterade eller slöt kollektivavtal med. Detta var ett syfte som enligt domstolen inte stod i strid med föreningsfriheten. Om syftet exempelvis varit att söka förmå medlemmarna i en fackförening att lämna sin fackföreningen eller hindra dem från att ansluta sig till den så hade syftet kunnat stå i strid med föreningsfriheten. Syftet i detta fall rörde bara frågan om hur relationerna på arbetsmarkanden skall fås att fungera så smidigt som möjligt. Det området ligger som mer tydligt kommer att framgå framöver till stora delar inom staternas handlingsutrymme.

Sammanfattningsvis kan konstateras att friheten att ansluta sig till en fackförening *kan* vara kränkt om staten tillåter en fackförening att missbruka sin dominerande ställning genom att utesluta en medlem i strid med sina egna regler, eller att utesluta en medlem enligt regler som är orimliga eller godtyckliga, eller om uteslutningen kan medföra orimliga umbäranden för arbetstagaren såsom förlust av arbete vid förekomst av organisationsklausuler. Om staten tillåter arbetsgivare att hindra fackliga medlemmar från att utnyttja sin rätt att representeras av fackföreningen kan också rätten att ansluta sig till en fackförening vara kränkt eftersom rätten att representeras av sin fackförening är helt central i det fackliga medlemskapet. Staten kan också själv kränka friheten att ansluta sig till en fackföreningen genom att behandla fackföreningen på ett sätt som bevisligen gör det mindre attraktivt att vara medlem i föreningen och syftet med åtgärden är oförenlig med föreningsfriheten, det vill säga syftet är att begränsa den enskildes frihet att ansluta sig till fackföreningen. Det tycks rimligt att anta att ett syfte inte får vara att eliminera antalet fackföreningar, däremot att eliminera antalet samarbetspartners.

[43] Se Europadomstolens domar National Union of Belgian Police v Belgium, 1 oktober 1975, p. 41 och Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 42. Se också Europadomstolens dom i Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 9, 35. Kommissionen fann att regeringens policy avseende utdelning av retroaktiva löneförmåner under rådande omständigheter inte kunde anses utgöra en kränkning av art. 11:1 och rätten att bilda och ansluta sig till fackförening. Den olikartade behandlingen kunde motiveras av industrial relations policy och det hade därför heller inte förelegat någon kränkning av artikel 14 tolkad i förening med art. 11:1, se p. 27, 28 i domen.

10.1.7 Rätten för fackföreningar att fritt organisera sin interna verksamhet

Utgångspunkten i föreningsfriheten är att den skall vara tillämplig och effektiv.[44] Anledningen till att man sluter sig samman med andra är ofta att man vill uppnå något särskilt tillsammans. Föreningsfriheten innefattar också en frihet för föreningen att fungera och verka för sitt syfte.[45] När det gäller den fackliga föreningsfriheten anges specifikt i artikel 11 att sammanslutandet syftar till att tillvarata sina intressen.[46] Det måste således stå fackföreningen fritt att organisera sig som den önskar i strävan att uppnå det eftersträvade syftet. Myndigheterna får bara inskränka denna rätt i den mån artikel 11:2 medger.

Kommissionen hämtade inspiration från ILO-konvention 87 för att mer konkret kunna ange vad detta innebar och angav att fackföreningarna skulle ha rätt att välja sina representanter i full frihet liksom att organisera sin förvaltning enligt artikel 11.[47] I det aktuella fallet hade arbetsgivaren hotat att avskeda den klagande om han inte avträdde sin fackliga förtroendepost. Kommissionen fann att hot om avsked och andra handlingar som syftade till att förmå en facklig företroendeman att avträda sin fackliga förtroendepost utgjorde ett intrång som under vissa omständigheter, allvarligt kunde begränsa eller inskränka det lagliga åtnjutandet av den fackliga föreningsfrihet som artikel 11 syftade till att säkerställa. För att ett tillräckligt skydd mot avsked på grund av vägran att avträda en facklig företroendepost skulle anses föreligga skulle, enligt kommissionen, ett rättsmedel stå den utsatte till buds. Det fann kommissionen att det gjorde i det aktuella fallet.

I ett senare kommissionsbeslut sökte kommissionen återigen inspiration från ILO-konvention 87 och angav i enlighet därmed att fackföreningar också skall ha rätt *att anta sina egna regler och stadgor, att administrera*

[44] United Communist Party of Turkey and Others v Turkey, 30 January 1998, p. 33.

[45] Appl. 19392/92 Parti communiste unifié de Turquie, Nihat Sargin et Nabi Yagci contre la Turquie, 3 september 1996, p. 58. Där säger kommissionen att när väl ett politisk parti är bildat så har det enligt föreningsfriheten en frihet att utöva politiska aktiviteter. Enligt min uppfattning är denna utgångspunkt tillämpbar på alla föreningar. Se också kommissionsbesluten Appl. 18874/91, X v Switzerland, 12 jan. 1994, kommissionen konstaterar att det inte visats att föreningen inte kan utöva sina funktioner som förening, och appl. 26712/95, Timo Juhani Larmela v Finland där det ansågs oklart om händelsen som var föremål för klagan överhuvudtaget förhindrat föreningen att främja sina syften vilket tycktes vara oundgängligt för att ett intrång i föreningsfriheten skulle anses vara för handen. Se också van Dijk & van Hoof, s. 599.

[46] Appl. 15573/89 Torgy Gustafsson v Sweden, Report of the Commission, p. 77.

[47] Appl. 4125/69, X v Ireland-the law.

sina angelägenheter och att bilda och ansluta sig till federationer.[48] Frågan var om det var förenligt med artikel 11 att uteslutas ur sin fackförening därför att man inte följt den aktuella fackliga federationens regler rörande förutsättningarna för medlemskapet. Kommissionen konstaterade att friheten att fatta fackliga beslut bara får inskränkas av staten i den mån artikel 11:2 tillåter.[49] Staten kan som en naturlig följd inte ställas till ansvar för beslut fackföreningen fattar. Inte desto mindre måste staten skydda individen mot att fackföreningen missbrukar en dominerande ställning. Sådant missbruk kan exempelvis vara för handen när beslut om uteslutning av en medlem inte är förenlig med de fackliga reglerna, eller när reglerna är fullständigt orimliga eller godtyckliga eller då uteslutningen kan medföra exceptionella svårigheter för individen som förlust av arbete vilket kan ske då organisationsklausuler är tillämpliga på arbetsplatsen. Kommissionen ansåg *inte* att de fackliga regler som låg bakom den aktuella uteslutningen var *orimliga.* Den aktuella regeln innebar att en arbetstagares byte av fackförening inom samma federation skulle godkännas av den fackförening arbetstagaren utträdde ur. Detta hade inte skett i förevarande fall och därför krävde den fackliga federationens tvistelösningsorgan att den fackförening som arbetstagaren bytt till skulle utesluta arbetstagaren enligt gällande regler. Regeln hade antagits av federationen *för att undvika dispyter rörande medlemskapsrättigheter mellan fackföreningarna inom federationen.* Kommissionen noterade att uteslutningen inte medförde att arbetstagaren förlorade arbetet på grund av förekomsten av någon organisationsklausul. Statens ansvar aktiverades inte och fallet avvisades därför av kommissionen.[50] Reglerna var således inte i sig orimliga och medförde heller inte exceptionella svårigheter för arbetstagaren eftersom han inte förlorade sitt arbete på grund av dem.

Kommissionen påpekade också att i utövandet av sina rättigheter enligt artikel 11 måste fackföreningen ha rätt, att i förenlighet med sina stadgar, anta och utesluta medlemmar. Kommissionen angav i sin slutsats

[48] Appl. 10550/83 Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom.

[49] Se också Applic 21386/93, National and Local Government Officers Association (NALGO) v UK, Decision 1 september 1993. Kommissionen anger att "Inherent in that right (den fackliga föreningsfriheten) is the right, within the law, to administer such unions autonomously. Any restrictions of union autonomy, such as those imposed by sections [...] must therefore be considered in the context of article 11:2 of the convention." s. 3. Kommissionen hänvisar till Cheall. Intrånget i detta fall rörde bestämmelser om i vilken utsträckning fackföreningarna genom lag kunde begränsas att utesluta medlemmar enligt eget omdöme. Mot bakgrund av statens handlingsutrymme inom detta område ansågs de inskränkande lagreglerna nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för att skydda andra fri- och rättigheter, se s. 3.

[50] Appl. 10550/83 Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom.

att uteslutningen måste ses som en privat aktörs utövande av sina rättigheter enligt artikel 11.[51]

I detta fall blandar kommissionen principer som etablerats av ILO med sådana som etablerats av Europadomstolen. För det första återgår kommissionen till ILO för att hämta stöd för de grundläggande principerna och anger att rätten att bilda fackföreningar inkluderar, *rätten att avfatta sina egna stadgar och regler, att organisera sin förvaltning samt att bilda och ansluta sig till federationer.* Kommissionen går dock vidare och anger att huvudregeln är att rätten för fackföreningar att fatta beslut i princip inte får kränkas av staten enligt artikel 11 Europakonventionen. Intrång får bara ske i den mån artikel 11:2 tillåter. I princip kan staten därför inte ställas till ansvar för sådana beslut. Det finns dock ett undantag och det är när fackföreningen missbrukar en dominerande ställning. Här börjar kommissionen delvis vila sin argumentation på principer utarbetade av Europadomstolen i fallet Young, James and Webster. Anledningen till att staten är skyldig att ingripa i vissa sådana fall, vilket inte kommissionen nämner, är att besluten då kan kränka en individs rättigheter enligt Europakonventionen. Fackföreningens rättigheter enligt artikel 11 ställs då exempelvis mot individens rättigheter enligt artikel 11.

Sammanfattningsvis kan man genom kommissionens beslut utgå ifrån att fackföreningarna enligt artikel 11 åtminstone fritt skall kunna anta sina stadgar och regler, välja sina representanter, administrera sin förvaltning, det vill säga exempelvis att fatta beslut om grunderna för uteslutning av medlemmar så länge inte medlemmarnas konventionsrättigheter kränks, och bilda och ansluta sig till federationer.

10.1.8 Frihet att utöva fackliga aktiviteter

10.1.8.1 Inledning

Kommissionen har angivit att artikel 11 ställer krav på att fackföreningar skall åtnjuta en vidsträckt frihet att främja sina och sina medlemmars intressen.[52] I det följande skall utredas i vilken mån det finns någon bäring i detta uttalande. Det skall särskilt undersökas om rätten till kollektiv förhandling och strejkrätten inbegrips i fackföreningens frihet tillvara sina medlemmars intressen.

Grunderna för bedömningen av vilken facklig aktivitet som artikel 11 skyddar formulerades i målet National Union of Belgian Police mot Bel-

[51] Appl. 10550/83 Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom, s. 185–186.
[52] Application no 15573/89 Gustafsson v Sweden, Report of the Commission, p. 77.

gien.[53] Målet rörde rätten till samråd. Domstolen konstaterade i målet att i artikel 11 erkänns den fackliga föreningsfriheten som en aspekt av föreningsfriheten. Artikeln garanterar dock inte en fackförening eller dess medlemmar att behandlas på något särskilt sätt av staten, som t.ex. att bli konsulterad av den. Konsultationsrätten uttrycks inte i artikeln och det kan heller inte sägas att de fördragsslutande staterna i allmänhet infört en sådan bestämmelse i de nationella rättsordningarna genom lag eller praxis. Inte heller är en sådan rätt nödvändig för ett effektivt utnyttjande av fackföreningsfriheten. Konsultationsrätten kunde därför inte anses utgöra ett moment som nödvändigtvis låg inneboende i en rättighet som skyddas av konventionen.[54]

Domstolen tog därutöver också upp Europarådets sociala stadga och konstaterade att stadgan inte tillhandahöll en faktisk rätt till samråd. Vidare påpekades att en fördragsslutande stat kunde undanta den artikel som rör samråd, artikel 6:1, från ratifikationen av stadgan. Domstolens slutsats blev att en rätt till konsultation inte kunde sägas härledas från konventionens artikel 11:1 eftersom ett sådant ställningstagande skulle likställas med att artikel 6:1 i den sociala stadgan skulle utgöra "a retrograde step in this domain".[55]

Domstolen fortsatte med att klarlägga vad den sista satsen i artikel 11:1 "för att skydda sina intressen" innebar. Frasen visade enligt domstolen att konventionen skyddar friheten att skydda fackföreningsmedlemmarnas yrkesrelaterade intressen genom facklig verksamhet. Konventionsstaterna måste därmed både tillåta och göra det möjligt för fackföreningarna att utöva och utveckla sådan verksamhet. Fackföreningsmedlemmarna skall, för att tillvarata sina intressen, åtnjuta rättigheten att dess fackförening skall få göra sin stämma hörd och åhöras "should be heard". De fördragsslutande staterna får emellertid fritt välja vilken metod de begagnar sig av för att uppfylla detta krav. Samråd är ett bland många möjliga sätt. Det konventionen kräver är att fackföreningarna enligt nationell rätt skall ha möjlighet under förutsättningar som inte står i motsättning till artikel 11 att "strive for the protection of their members' interests".[56]

Domstolen påpekade att ingen i detta fall hade ifrågasatt det faktum att den klagande fackföreningen kunde bedriva olika slags verksamhet visavi regeringen. Det var exempelvis öppet för den att framföra krav och göra framställningar i syfte att skydda sina medlemmars intressen.

[53] National Union of Belgian Police v Belgium, 1 oktober 1975.

[54] National Union of Belgian Police v Belgium, 1 oktober 1975, p. 38. Jfr Golder v UK, 21 februari 1975, p. 36, avseende moment som ligger immanent i konventionens rättigheter.

[55] National Union of Belgian Police v Belgium, 1 oktober 1975, p. 38.

[56] National Union of Belgian Police v Belgium, 1 oktober 1975, p. 39.

Domstolen pekade vidare på att den klagande fackföreningen på intet sätt hävdat att de åtgärder den vidtagit *ignorerats* av regeringen. Under dessa omständigheter menade domstolen att det faktum att inrikesministeriet enligt den särskilda förordningen inte konsulterade den klagande fackföreningen inte ensamt kunde utgöra en kränkning av artikel 11:1.[57]

Av detta rättsfall kan man dra slutsatsen att den rätt att skydda sina medlemmars intressen som fackföreningar åtnjuter enligt artikel 11 innefattar rätten för fackföreningen att göra sina stämma hörd och åhöras. Fackföreningen skall alltså ha rätt att framföra sina synpunkter till regeringen i frågor som rör medlemmarnas yrkesmässiga intressen och kräva att regeringen inte ignorerar dessa synpunkter. Regeringen bär alltså själv inget ansvar för att rådgöra med fackföreningen. Däremot måste den på ett eller annat vis åhöra fackföreningens synpunkter rörande medlemmarnas yrkesmässiga intressen när fackföreningen på eget initiativ framför dem till regeringen. Vilken plikt att beakta dessa synpunkter som följer av förbudet att ignorera dem är dock oklart. Eftersom de inte får ignoreras kan det tyckas rimligt att anta att synpunkterna skall övervägas.

I detta fall hade staten ansvar för att reglera vissa anställningsvillkor för de aktuella fackföreningsmedlemmarna. Regeringen gick i denna egenskap under benämningen "supervisory authority".[58] Det finns dock anledning att utgå ifrån att rätten att bli hörd måste kunna utövas i relation till den part som ansvarar för utformningen av de villkor och beslut som rör fackföreningens medlemmars intressen. Att rätten skall kunna utövas i förhållande till både offentliga och privata arbetsgivare framgår av de kommande rättsfallen i ämnet.[59]

10.1.8.2 Kollektiv förhandling

När det gäller rätten till kollektiv förhandling kan man åtminstone utskilja fyra komponenter i denna rätt som kan uppfyllas var för sig eller tillsammans. Den första är en fackförenings kapacitet att sluta ett kollektivavtal och kollektivavtalets ställning. De andra är parternas autonomi. Den tredje är en fackförenings rätt att inträda i förhandling med arbetsgivaren och den fjärde är rätten för fackföreningen att sluta ett kollektivavtal med arbetsgivaren.

[57] National Union of Belgian Police v Belgium, 1 oktober 1975, p. 40.
[58] National Union of Belgian Police v Belgium, 1 oktober 1975, p. 19–22.
[59] Schmidt and Dahlström v Sweden, 1976 samt Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 1976. Appl. 38190/97, Federation of Offshore Workers' trade unions and others against Norway, 27 June 2002.

Det är i huvudsak den sista av dessa aspekter som prövades i målet Lokmannaförbundet mot Sverige. Det var det första mål i Europadomstolen som rörde en aspekt av kollektiv förhandling. Omständigheterna var de följande: Statens avtalsverk hade inte under de senaste fem åren slutit kollektivavtal med den klagande fackföreningen, Lokmannaförbundet. Statens avtalsverk hade i stället slutit kollektivavtal med federationer det klagande fackförbundet inte tillhörde och ibland med andra oberoende fackföreningar.[60] Lokmannaförbundet hävdade att Statens avtalsverks vägran att teckna kollektivavtal med förbundet hade fört med sig och medförde en rad nackdelar. Exempelvis avseende rätten att tillsätta officiella fackföreningsrepresentanter, skyddsombud och representanter i skilda kommittéer. Före juli 1974 påverkades också fackföreningens rätt att väcka talan i Arbetsdomstolen.[61] Europadomstolen prövade om Statens avtalsverk kunde anses vara skyldig att träffa ett kollektivavtal med Lokmannaförbundet. Därvid upprepades de i Belgian Police-målet angivna principerna om omfattningen av skyddet för facklig verksamhet i artikel 11.[62]

Kommissionen hade i sin prövning av målet funnit att fackföreningar enligt artikel 11 skulle ha rätt att delta i kollektiv förhandling och ha rättslig kapacitet att träffa kollektivavtal. Domstolen menade emellertid att dessa frågor inte aktualiserades i fallet. Fackföreningen ansågs varken ha påstått sig vara förvägrad rättigheten att delta i kollektiv förhandling eller förvägrad den rättsliga kapaciteten att träffa kollektivavtal.[63] Det som däremot skulle prövas var om det kunde krävas att staten som arbetsgivare skulle vara skyldig att sluta "any given collective agreement with a trade union representing certain of its employees whenever the parties are in accord on the substantive issues negotiated upon".[64] Enligt domstolen ställdes det inte i artikeln krav på att staten skulle behandla fackföreningen och dess medlemmar på något särskilt vis som att träffa ett särskilt kollektivavtal. Något sådant krav nämndes inte i artikel 11 och det kunde heller inte sägas att majoriteten av medlemsstaterna tillämpade en sådan princip i sin nationella rättsordning eller att det skulle vara en förutsättning för ett effektivt utnyttjande av fackföreningsfriheten. Därför utgjorde inte rätten att sluta ett visst kollektivavtal ett nödvändigt element som var inneboende i någon rättighet som garanterades av kon-

[60] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 8–9, 32.
[61] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 32. Kommissionen ansåg inte att någon kränkning ägt rum men hänvisade fallet vidare till domstolen eftersom så viktiga frågor aktualiserades, p. 37.
[62] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 37.
[63] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 38.
[64] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 39.

ventionen. Vidare påpekades att inte ens Europarådets sociala stadga tillhandahöll en sådan rättighet. I stadgans artikel 6:2 föreskrivs att de fördragsslutande staterna förbinda sig att där så är erforderligt och lämpligt, främja ett förfarande för frivilliga förhandlingar mellan å ena sidan arbetsgivarna eller deras organisationer och å andra sidan arbetstagarnas organisationer i syfte att, uppnå en reglering av arbetsvillkoren genom kollektivavtal. Enligt domstolen bejakade artikel 6:2 frivilligheten i kollektiv förhandling och slutande av kollektivavtal. Försiktigheten i artikelns ordalag påvisade att stadgan inte tillhandahöll en rättighet att sluta ett visst kollektivavtal även om parterna i förhandlingarna inte uppvisade någon oenighet rörande de frågor som skulle lösas.[65]

Domstolen upprepade vad som uttalats i tidigare praxis och angav att frasen "för att skydda sina intressen" innebar att konventionen säkerställer friheten för fackföreningsmedlemmar att skydda sina yrkesmässiga intressen genom fackliga aktiviteter, vars utförandet och utvecklande konventionsstaterna måste både tillåta och möjliggöra. Enligt domstolens uppfattning följde det därav att en fackföreningsmedlem för att kunna skydda sina intressen har rätt att dess fackförening skall få sin stämma hörd. Artikel 11:1 lämnar dock varje konventionsstat frihet att välja vilka medel som skall utnyttjas för att uppfylla detta krav. Slutandet av kollektivavtal kan vara ett möjligt medel, men det finns andra. Det som konventionen kräver är att fackföreningarna enligt nationell rätt skall ha möjlighet, under förutsättningar som inte står i strid med artikel 11, att sträva efter att skydda sina medlemmars intressen.[66]

Enligt domstolen hade inte det faktum ifrågasatts, i målet, att fackföreningen kunde engagera sig i olika slags aktiviteter gentemot regeringen. Den kunde exempelvis framställa krav, göra framställningar för att skydda sina medlemmars intressen och förhandla med statens avtalsverk. Den klagande hade heller inte påstått att de steg som vidtagits ignorerats av regeringen. Under dessa omständigheter och i ljuset av vad som tidigare anförts kunde det enskilda faktum att statens avtalsverk i princip vägrat att sluta kollektivavtal med den klagande fackföreningen under de senaste åren inte utgöra en kränkning av artikel 11:1.[67]

I detta rättsfall vilket bekräftats i senare praxis[68] framkom att slutandet av kollektivavtal är ett sätt för fackföreningarna, som uppfyller kraven i artikel 11, att tillgodose sina medlemmars intressen. Sluter inte arbetsgi-

[65] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 39.
[66] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 40.
[67] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6 februari 1976, p. 41.
[68] Se Gustafsson v Sweden, 1996, p. 45. Applic. 29529/95 Francesco Schettini and others v Italy, beslut 9 nov. 2000.

varen kollektivavtal med fackföreningen så uppfylls emellertid redan kraven om en fackförening får framställa krav, göra framställningar för att skydda sina medlemmars intressen eller för vissa av dem och förhandla med arbetsgivaren. Däremot framkommer det inte i domen om domstolens anser att fackföreningarna skall ha kapacitet att sluta kollektivavtal eller ha rätt att förhandla kollektivt med arbetsgivaren.

van Dijk & van Hoof anser dock att då det gäller rättigheter kopplade till kollektiv förhandling enligt Europakonventionen så inbegriper *inte* artikel 11 någon rätt för fackföreningarna att sluta ett kollektivavtal som myndigheterna sedan måste vara skyldiga att upprätthålla. Däremot innefattas *friheten* att sluta kollektivavtal vilket myndigheterna måste bidra till att möjliggöra.[69]

Det finns anledning att fråga sig, mot bakgrund av det test domstolen gjorde i de refererade rättsfallen, om man kan finna stöd för att anta att domstolen i dagsläget skulle kunna antas inbegripa några konkreta kollektiva rättigheter i artikel 11. Domstolen konstaterade ju att de aktiviteter som var föremål för klagomål varken nämndes i artikel 11 eller tillämpades av alla konventionsstater eller var oundgängliga för utövandet av det effektiva åtnjutandet av den fackliga föreningsfriheten.[70] Möjligen skulle man exempelvis kunna fråga sig om inte rätten för åtminstone majoritetsföreningar att delta i kollektiva förhandlingar och ha kapacitet att sluta kollektivavtal i dag kan sägas åtnjuta ett sådant allmänt erkännande att den skulle kunna antas utgöra en inneboende del av den fackliga föreningsfriheten och anses vara oumbärligt för utövandet av det effektiva åtnjutandet av den fackliga föreningsfriheten.

Det finns emellertid inga tydliga tecken på att domstolen eller den tidigvarande kommissionen tillerkänt fackföreningarna några mer konkreta rättigheter kopplade till kollektiv förhandling. Både kommissionen och domstolen har i ett antal beslut om huruvida klagomålet skulle upptas till prövning fått anledning att ta ställning till frågan om den fackliga förhandlingsrätten på något sätt skulle skyddas av artikel 11.[71] Efter Lokmannafallet har kommissionen envist hållit fast vid den formula som

[69] van Dijk & van Hoof, s. 598. van Dijk & van Hoof hänvisar till Applic. 9792/82 A. Union v the Federal Republic of Germany, beslut 14 juli 1983, för att befästa denna ståndpunkt. Hänvisningen måste dock avse det föregående ledet i resonemanget. Stöd för att tala om någon frihet att sluta kollektivtal ger beslutet enligt min mening inte.

[70] Swedish Engine Drivers' Union Case, p. 39 och Belgian Police p. 38.

[71] Se exempelvis Application no 7361/76, Trade Union X. v Belgium och Application no 9792/82 A. Union v the Federal Republic of Germany och Application No 22726/93, Syndicat Sosyal-is et Ayfer kodas contre la Turquie och Application no 32980/96, Dev Madsen sen contre Turquie. Det sista beslutet togs av domstolen enligt den nya processordningen se s. 73 f.

då etablerades av domstolen. Redan år 1978 angav kommissionen att liksom konsultation och slutande av kollektivavtal så utgjorde kollektiv förhandling *ett* av de medel som kan utnyttjas av staten för att möjliggöra för fackföreningarna att bli hörda. Av det följer att artikel 11 inte tillhandahåller någon särskild rätt att delta i kollektiv förhandling. I detta fall hade fackföreningen i stället möjlighet att framställa fackliga krav, att begära att få audience hos ministern, och "generally speaking make representations for the protection of the interests of its members".[72] Senare har också avseende fästs vid om fackföreningen haft möjlighet att göra reklam för sin verksamhet och rekrytera nya medlemmar.[73]

År 2002 avgjorde dock Europadomstolen för första gången sedan Lokmannafallet ett mål som berörde rätten till kollektiv förhandling, Wilson & Palmer mot Förenade Kungariket.[74] Omständigheterna var de följande: Fackföreningar var enligt engelsk lag beroende av arbetsgivarens erkännande för att kunna förhandla kollektivt.[75] Ett antal arbetsgivare hade dragit tillbaka sina erkännanden av vissa fackföreningar och vägrade att förnya de kollektivavtal som löpt ut.[76] Två av de berörda fackföreningarna och vissa enskilda fackföreningsmedlemmar klagade inför Europadomstolen. De hävdade att artikel 11 kränkts eftersom de berövats rätten att representeras av sina fackföreningar i förhandlingar med arbetsgivaren.[77] Domstolen upprepade fraserna från sin tidigare praxis och påtalade att artikel 11 inte säkerställer någon särskild behandling av fackföreningar eller deras medlemmar och lämnar varje stat frihet att välja vilka medel fackföreningarna skall tillerkännas för att bli hörda.[78] Domstolen noterade att under den tid de händelser som var föremål för klagan ägt rum så var kollektiv förhandling en helt frivillig process i England. Arbetsgivaren hade ingen som helst skyldighet att erkänna någon fackförening för syftet att förhandla kollektivt. Domstolen påpekade då att den konsekvent har angivit *att trots att kollektiv förhandling kan vara ett sätt för fackföreningarna att tillvarata sina medlemmars intressen så är den inte*

[72] Application no 7361/76, Trade Union X. v Belgium.
[73] Application no 9792/82 A. Union v the Federal Republic of Germany och Application No 22726/93 Syndicat Sosyal-is et Ayfer kodas contre la Turquie
[74] Wilson & The National Union of Journalists, Palmer, Wyeth & The National Union of Rail, Maritime & Transport Workers, Doolan & Others v The United Kingdom, 2 juli 2002 (hädanefter Wilson & Palmer).
[75] Wilson & Palmer, p. 26.
[76] Wilson & Palmer, p. 12, 16, 19.
[77] Wilson & Palmer, p. 40.
[78] Wilson & Palmer, p. 42.

oumbärlig för det effektiva åtnjutandet av fackföreningsfriheten. Påtvingad kollektiv förhandling skulle ålägga arbetsgivarna en skyldighet att bedriva förhandlingar med fackföreningen. Domstolen är ännu inte redo att utsträcka fackföreningens frihet att göra sin stämma hörd till att påföra en arbetsgivare en skyldighet att erkänna fackföreningen. Fackföreningen och dess medlemmar måste dock vara fria, att på ett eller annat sätt, söka övertala arbetsgivaren att lyssna på vad den har att säga för sina medlemmars vidkommande. Därefter upprepade domstolen tidigare resonemang rörande det vida handlingsutrymme som står parterna till buds inom detta område.[79] Domstolen observerade också att det stod andra medel till buds för fackföreningen genom vilka de kunde söka tillvarata sina medlemmars intressen. Särskilt beaktades det faktum att den nationella rättsordningen skyddade fackföreningar som initierade strejk "in contemplation or furtherhance of a trade dispute". Säkerställandet av strejkrätten, även om den kunde bli föremål för reglering, ansågs utgöra ett av de viktigaste medel genom vilket en stat kunde säkerställa en fackförenings möjligheter att skydda sina medlemmars intressen. Mot denna bakgrund ansåg domstolen inte att avsaknaden i engelsk rätt av en skyldighet för arbetsgivarna att inträda i kollektiv förhandling i sig själv gav upphov till en kränkning av artikel 11.[80]

Inte heller i detta rättsfall finns något stöd för att med säkerhet hävda att Europadomstolen tillerkänner fackföreningar någon av de aspekter i den kollektiva förhandlingen som jag inledningsvis räknade upp. Det var huvudsakligen den tredje aspekten som behandlades, det vill säga kravet att ha rätt att initiera en förhandling. Just denna rättighet tillerkänns fackföreningarna egentligen inte i något MR-instrument. Så utgången var inte helt oförutsägbar. Det man kanske hade hoppats på var dock några klargöranden om andra aspekter av den kollektiva förhandlingen. Respekten för de nationella systemen gör att domstolen är mycket försiktig inom området.[81]

Med den doktrin som domstolen utarbetat och håller fast vid om att fackföreningarna bara skall ha rätt att få sin stämma hörd blir det lätt att avfärda klagomål där fackföreningar inte givits möjligheten att överhuvudtaget förhandla kollektivt eller saknar kapacitet att vara part till kollektivavtal.

[79] Wilson & Palmer, p. 43.44. I punkten hänvisas till Gustafsson v Sweden, p. 45.
[80] Wilson & Palmer, p. 45. I punkten hänvisas till Schmidt & Dahlström v Sweden, p. 36. Se också Appl. 53574/99, Unison against the United Kingdom, 10 januari 2002.
[81] Se t.ex. Wilson & Palmer, p. 44.

Det finns dock en passus i Wilson och Palmer som vittnar om att Europadomstolen kan ha uppgraderat den roll den kollektiva förhandlingen spelar för fackföreningens förmåga att tillvarata sina medlemmars intressen:

> Domstolen angav att ett grunddrag i ett frivilligt förhandlingssystem är att det måste vara möjligt för en fackförening som inte är erkänd av en arbetsgivare att vidta steg, inklusive om nödvändigt organisera stridsåtgärder, i syfte att övertala arbetsgivaren att inleda kollektiv förhandling med fackföreningen rörande sådana frågor som fackföreningen anser är viktiga för dess medlemmars intresse.[82]

Uttalandet rör dock bara rättssystem som tillhandahåller ett frivilligt förhandlingssystem. Ett sådant tycks dock implicera att fackföreningen tillerkänns förmåga att påverka arbetsgivaren.

Detta öppnar också upp för en diskussion om kollektivavtalets status. Hur skulle Europadomstolen förhålla sig till om ett kollektivavtal som träffats mellan parter i kollektiv förhandling ogiltigförklaras? Europadomstolen skulle antagligen fråga sig vilken typ av inskränkningar i denna rätt som godtas enligt andra MR-instrument. Skulle den bedöma att en inskränkning av artikel 11 var för handen skulle sedan bedömas i vilken mån inskränkningen skulle uppfylla kriterierna i artikel 11:2.

Till sist vill jag dock återkomma till van Dijk & van Hoofs påstående om att fackföreningarna skall ha frihet att sluta kollektivavtal. Finns det något stöd i Europadomstolens praxis för ett sådant påstående? Om man med denna frihet menar att staten skall vara förhindrad att lägga sig i förhandlingen eller förhandlingsresultatet och måste säkerställa kollektivavtalets bindande verkan så är svaret, jag vet inte. Denna frihet implicerar ju faktiskt ett maskineri som möjliggör kollektiv förhandling. Ett sådant maskineri förutsätter att staten valt att tillhandahålla fackföreningen en sådan rätt. Det är tveksamt om Europadomstolen skulle ålägga en stat att göra ett sådant val.

Det kan dock under alla omständigheter konstateras att rätten till kollektiv förhandling utgör en av de godtagbara metoder som staterna kan välja för att uppfylla artikelns krav på att fackföreningarna skall kunna tillgodose sina medlemmars intressen.

[82] Wilson & Palmer, p. 46.

10.1.8.3 Stridsåtgärder

Det första rättsfall som berörde frågan om vilket skydd artikel 11 tillerkände rätten att vidta stridsåtgärder var Schmidt och Dahlström mot Sverige. Frågan var om en föreningsrättskränkning var för handen då medlemmar i en fackförening som vidtagit stridsåtgärd inte tillerkänts de retroaktiva löneförmåner som medlemmar i fackföreningar som inte vidtagit stridsåtgärder samt oorganiserade arbetstagare erhöll vid det nya kollektivavtalets ikraftträdande.[83] Omständigheterna var de följande: Ett kollektivavtal för statsanställda hade löpt ut den 31 december 1970. Vid denna tidpunkt var förhandlingarna mellan parterna om ett nytt avtal inte avslutande. En medlingskommission tillsattes men förhandlingarna bröt samman. Stridsåtgärder vidtogs av SACO och SR i form av strejk den 5 februari. Den 19 februari svarade arbetsgivaren, Statens avtalsverk, med att ta ut ett stort antal medlemmar från de strejkande organisationerna i lockout. Den 12 mars förlängde regeringen genom förordning det utgångna kollektivavtalet sex veckor med start den 13 mars. Åtgärden motiverades med att stridsåtgärderna utgjorde ett hot mot vitala allmänna intressen.[84]

Ett nytt kollektivavtal slöts slutligen i juni 1971. Löneförhöjningarna blev i allmänhet retroaktivt gällande från och med 1 januari 1971. Ett undantag formulerades, enligt en vedertagen princip, för tjänstemän som var medlemmar i organisationer som under tiden 1 januari 1971 till 12 mars 1971 vidtagit stridsåtgärder och för andra som vidtagit stridsåtgärder under denna period. Dessa skulle inte tillerkännas de retroaktiva löneförmånerna.[85] SACO och SR vägrade att skriva under kollektivavtalet. Det blev ändock gällande i enlighet med den specialdesignade förordningen och de arbetstagare som omfattades av undantaget förvägrades därmed de retroaktiva löneökningarna.[86]

De klagande omfattades av undantaget. De hade själva inte varit uttagna i strejk men var medlemmar i strejkande organisation. Under den period undantaget var applicerbart på Schmidt och Dahlström hade de allstå utfört arbete för en lägre ersättning än kollegor med samma befattning men tillhörande en annan organisation. Förlusterna omfattade 300 respektive 1 000 svenska kronor.[87] Schmidt och Dahlström hävdade i denna fråga att den klausul som berövade dem den retroaktiva lönehöj-

[83] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 9.
[84] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 21, 15.
[85] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 22.
[86] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 23–24.
[87] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 24.

ningen avskräckte dem från att utöva strejkrätten som de fann var en rättighet som inkluderades i Europakonventionens artikel 11.

Domstolen konstaterade emellertid att artikel 11 visserligen skyddar en facklig föreningsfrihet men att denna rätt inte inbegriper en rätt för fackföreningsmedlemmar att behandlas på något särskilt vis av staten såsom en rätt att erhålla "retroactivity of benefits, for instance salary increases, resulting from a new collective agreement". Någon sådan rätt var inte formulerad i artikel 11:1 i EKMR och skyddades inte ens i Europarådets sociala stadga och var heller inte oundgänglig för det effektiva åtnjutandet av facklig föreningsfrihet och utgjorde på intet sätt "an element necessarily inherent in a right guaranteed by the Convention".[88] Domstolen erinrade om att konventionen skyddar friheten att skydda fackföreningsmedlemmars yrkesmässiga intressen genom fackliga aktivitet, vilket utövande och utvecklande de fördragsslutande staterna måste både tillåta och möjliggöra. Domstolen påpekade återigen att artikel 11:1 ger staten möjlighet att fritt välja vilken metod de vill för att uppnå detta syfte. Beviljandet av strejkrätten representerar utan tvivel ett av de viktigaste av dessa medel men det finns andra. En sådan rättighet, vilken inte uttryckligen är innesluten i artikel 11, kan enligt nationell lagstiftning regleras på ett sådant sätt att den i vissa delar begränsas. Sociala stadgan garanterar bara strejkrätten "subject to such regulation". Dessutom kan rättigheterna i Sociala stadgan inskränkas i den mån inskränkningarna är förenliga med stadgans artikel 31 (domstolen hänvisar till artikel 6:4 samt Appendixet). För Europakonventionens vidkommande krävs att fackföreningsmedlemmar enligt nationell rätt skall ha möjlighet, under förhållanden som inte står i strid med artikel 11, att genom sina organisationer sträva efter att skydda sina yrkesrelaterade intressen. Efter genomgång av detta fall fanns ingenting som avslöjade att de sökande hade berövats denna kapacitet.[89] Någon kränkning av artikel 11 var således ej för handen.

I Schmidt och Dahlström hade alltså den aktuella konventionsstaten valt att tillhandahålla fackföreningsmedlemmarna strejkrätten. Domstolen hade ingenting att erinra mot detta val utan konstaterade tvärtom att strejkrätten utgjorde ett av de viktigaste medel en fackförening kunde tillgå för att skydda sina medlemmars intressen. Domstolen utgick dock ifrån att det var acceptabelt att konventionsstaten gjorde den i detta fallet tillhandahållna metoden, strejkrätten, föremål för reglering som under

[88] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 34.
[89] Schmidt and Dahlström v Sweden, 6 februari 1976, p. 36.

vissa omständigheter kunde inskränka utövandet av densamma. Detta, påpekade domstolen, tillåts också enligt Europarådets sociala stadga. Det avgörande för domstolen tycks dock ändå ha varit att den konsekvens som drabbat de klagande, inte kunde anses ha berövat dem möjligheten att skydda sina intressen genom organisationerna.

Ett liknande resonemang om reglering av strejkrätten fördes av kommissionen i ett beslut om huruvida ett klagomål skulle upptas till prövning. Föremål för klagomålet var ett krav på att lämna ut listor på fackföreningsmedlemmar till arbetsgivaren inför medlemsomröstningen om en strejk skulle vidtas.[90] Kommissionen ansåg att regleringen begränsade det praktiska utövandet av strejkrätten eftersom den lade ytterligare ett processuellt hinder i vägen för en fackförening som önskade vidta en strejk. Frågan var emellertid om detta hinder var förenligt med en fackförenings rätt enligt artikel 11 att skydda sina medlemmars yrkesmässiga intressen. En sådan reglering ansågs i det aktuella fallet *inte* utgöra ett oproportionerligt intrång i den klagande fackföreningens rättigheter enligt artikel 11. Klagomålet avvisades därför.

Att strejkrätten utgör ett av de viktigaste medel en fackförening kan tillgå för att skydda sina medlemmars intressen har klarlagts. Det har också klarlagts att i de fall strejkrätten har tillerkänts fackföreningarna så kan strejkrätten ändock bli föremål för reglering som till viss del utgör ett hinder i utövandet av strejkrätten. Hindren i de aktuella fallen var dock ej oöverstigliga. Fackföreningarna hade fortfarande möjlighet att tillvarata sina medlemmars intressen.

I Schmidt och Dahlström angav dock domstolen att även om strejkrätten är ett av de viktigaste medel en fackförening kan tillgå för att tillgodose sina medlemmars intressen så finns det andra. Innebär det att om fackföreningen faktiskt är berövad en strejkrätt så är situationen ändock förenlig med artikel 11 om fackföreningen ges andra medel att tillvarata sina medlemmars intressen?

I Wilson & Palmer angav domstolen i obiter dictum en kommentar som skulle kunna tyda på att strejkrätten fyller en särskilt viktig roll när det gäller fackföreningens möjlighet att göra sina stämma hörd.

> Domstolen angav att ett grunddrag i ett frivilligt förhandlingssystem är att det måste vara möjligt för en fackförening som inte är erkänd av en arbetsgivare att vidta steg, inklusive om nödvändigt organisera stridsåtgärder, i

[90] Applic. No. 28910/95 by the NATIONAL association of teachers in further and higher education aganist the United Kingdom. Beslut den 16 april 1998.

> syfte att övertala arbetsgivaren att inleda kollektiv förhandling med fackföreningen rörande sådana frågor som fackföreningen anser är viktiga för dess medlemmars intresse.[91]

I system där arbetsgivaren kan välja om den vill inträda i förhandling med fackföreningen eller inte bör fackföreningen om nödvändigt ha tillgång till stridsåtgärder för att förmå arbetsgivaren att förhandla med den. I Wilson & Palmer anger ju domstolen att i ett system som bygger på frivillig kollektiv förhandling så måste fackföreningarna ha möjlighet att vidta åtgärder för att övertala arbetsgivaren att inträda i kollektiv förhandling rörande frågor som berör medlemmarnas intressen. I denna rätt skall, om det bedöms nödvändigt, rätten till stridsåtgärder garanteras.[92] Vad nödvändighetskriteriet innefattar är svårt att säga. Det man dock kan konstatera är att denna tjänande stridsrätt som nämns i Wilson & Palmer enbart tar sikte på att förmå eller övertala arbetsgivaren att inträda i förhandling med fackföreningen. På ett annat ställe i domen anger dock domstolen att:

> "The union and its members must however be free, in one way or another, to seek to persuade the employer to listen to what it has to say on behalf of its members"[93]

Lägger man samman dess två refererade fraser finns det faktiskt anledning att fråga sig om inte domstolen närmar sig en ståndpunkt där fackföreningar faktiskt skall ha rätt att vidta stridsåtgärder i de fall fackföreningarna inte på annat sätt tillerkänns en rätt att bli hörda av arbetsgivarna. Något tydligt klargörande på denna punkt kan emellertid inte domstolen ansetts ha gjort.

Denna aktuella aspekt av strejkrätten syftar dock enbart till att få arbetsgivarens öra. Ingenting sägs i Wilson & Palmer om rätten att utöva stridsåtgärder som påtryckningsåtgärd för att uppnå ett visst resultat i förhandlingen. Denna fråga har emellertid behandlats lite närmare av domstolen i två beslut från år 2002 om huruvida klagomålen skulle antas eller avvisas.

I det första fallet hade en brittisk fackförening, UNISON, inlämnat klagomål till domstolen.[94] Omständigheterna var de följande: UNISON hade medlemmar anställda vid ett statligt universitetssjukhus (UCLH).

[91] Wilson & Palmer, p. 46.
[92] Wilson & Palmer, p. 46.
[93] Wilson & Palmer, p. 44.
[94] Applic. no. 53574/99 by UNISON against the United Kingdom, beslut den 10 jan. 2002.

Dessa anställdas anställningsvillkor hade förhandlats fram av UNISON. UCLH förhandlade med privata aktörer om att överlåta delar av verksamheten till dem. UNISON ville skydda sina medlemmars arbetsvillkor och förhandlingsrättigheter. I detta syfte sökte de säkra ett kollektivavtal med UCLH enligt vilket UCLH skulle kräva att det nya företaget skulle garantera att villkoren och förhandlingsmöjligheterna för de som övergick till privat verksamhet under 30 år skulle förbli desamma eller jämförbara med de som de kvarvarande arbetstagarna skulle komma att åtnjuta. UCLH vägrade att göra ett sådant åtagande. UNISON varslade då om att vidta stridsåtgärder. UCLH begärde att domstolarna skulle anta ett förbudsföreläggande rörande strejken. Detta önskemål tillmötesgick domstolarna eftersom strejken inte ansågs åtnjuta skydd i lagstiftningen. UNISON tog tillbaka sitt varsel då den misslyckats med att få beslutet ändrat av högre domstol.

UNISON inlämnade klagomål till Europadomstolen och anförde att dess strejkrätt hade blivit föremål för orättfärdig inskränkning i strid med artikel 11 Europakonventionen.[95] Europadomstolen inledde sin behandling av klagomålet med att konstatera att artikel 11 inte säkerställer att staten skall behandla fackföreningar på något särskilt sätt. Någon uttrycklig strejkrätt eller skyldighet för arbetsgivare att förhandla kollektivt framgår inte av artikel 11. Som mest anses artikel 11 säkerställa friheten för fackföreningar att skydda sina medlemmars yrkesmässiga intressen. Även om förmågan att strejka utgör ett av de viktigaste medel en fackförening kan tillgå för att uppfylla denna funktion så finns det andra. För övrigt är de fördragsslutande staterna *till viss del* fria att välja hur fackföreningars frihet bör säkerställas.

ED ansåg att den föreslagna strejken rörde UNISON:s medlemmars yrkesmässiga intressen på ett sådant sätt att artikel 11 aktualiserades. Domstolen ansåg vidare att strejkförbudet måste betraktas som en begränsning av UNISON:s möjlighet att skydda medlemmarnas yrkesmässiga intressen och utgjorde därför en begränsning av föreningsfriheten enligt artikel 11:1. Domstolen övergick till att pröva om intrånget uppfyllde kriterierna i artikel 11:2. Ett legitimt syfte ansågs vara för handen då inskränkningen avsåg att skydda andras rättigheter det vill säga UCLH:s möjlighet att ingå kontrakt med andra enheter.

Frågan om inskränkningen kunde anses vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle återstod att besvara. När det gällde frågan om andra medel stod fackföreningen till buds för att tillvarata medlemmarnas intressen

[95] Applic. no. 53574/99 by UNISON against the United Kingdom, beslut den 10 jan. 2002.

påpekade domstolen att de möjligheter som det förvärvande företaget hade då det gällde möjligheten att försämra arbetsvillkoren och ta tillbaka erkännandet av fackföreningen stod alla arbetsgivare till buds enligt den rådande rättsordningen oavsett om någon överlåtelse var aktuell eller inte. Denna risk var inte en konsekvens av UCLH:s brist på medgörlighet. Dessutom tycktes det som om ny lagstiftning möjliggjorde för fackföreningen, att om arbetstagarna så önskade, tvinga fram ett erkännande för kollektiv förhandling. Domstolen noterade vidare att UNISON fortfarande hade möjlighet att vidta stridsåtgärder om UCLH vidtog några steg för att säga upp arbetstagare eller försämra deras villkor före överlåtandet och att vidta stridsåtgärder mot förvärvande företag som i framtiden hotade dess medlemmars anställning eller med att säga upp erkännandet av UNISON. UNISON invände att det skulle innebära att enskilda stridsåtgärder skulle vidtas mot ett antal mindre arbetsgivare till skillnad mot ett stort sjukhus innan överlåtelsen ägt rum. Domstolen ansåg sig dock ej vara övertygad om att detta därför innebar att de berövats möjligheten till framtida effektivt agerande.

Domstolen bemötte också argumentet att UNISON:s intresse av att värna sina medlemmar skulle väga tyngre än UCLH:s ekonomiska intresse. Domstolen anförde att innebörden av att den klagandes strejkrätt inskränkts inte hade visats medföra att dess medlemmar hade utsatts för någon reell eller omedelbar risk för skada eller att de lämnats försvarslösa mot framtida försök att försämra deras villkor. Om medlemmarna skulle övergå till ny verksamhet skulle fackföreningen kunna fortsätta att agera för deras vidkommande som en erkänd fackförening och förhandla kollektivt med den nya arbetsgivaren. Det kan emellertid inte enligt konventionen krävas att en arbetsgivare skall "enter into, or remain in, any particular collective bargaining arrangement or accede to its requests on behalf of its members. The Court therefore does not find that the respondant State has exceeded the margin of appreciation accorded to it in regulating trade union action.". Intrånget ansågs följaktligen ha varit nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.

Klagomålet ansågs uppenbart ogrundat och avvisades.

Det är intressant att notera att inskränkningen av stridsrätten i detta beslut i sig ansågs utgöra en inskränkning av fackföreningens möjligheter att tillvarata sina medlemmars intressen enligt artikel 11. Inskränkningen prövades sedan enligt artikel 11:2. I denna bedömning ligger en proportionalitetsbedömning. Det medförde att det inte räckte med att konstatera att fackföreningen hade andra möjligheter att tillvarata sina medlemmars intressen för att situationen skulle anses förenlig med artikel 11 utan inskränkningen måste också ha avsett att tillvarata ett legi-

timt intresse. Låt vara att ett legitimt intresse i form av andras fri- och rättigheter ofta kan aktualiseras, arbetsgivarens intressen påverkas ju alltid av en stridsåtgärd. Det var först i proportionalitetsbedömningen som domstolen undersökte vilka andra medel som stod fackföreningen till buds för att tillvarata medlemmarnas intressen. I det här fallet stod så många möjligheter till buds att intrånget enligt domstolen knappast medförde någon risk för arbetstagarnas del överhuvudtaget. I avvägningen mellan de motstående intressen vägde därför fackföreningens intresse lätt.

Ytterligare ett beslut har fattats som berör strejkrätten. Beslutet rörde oljesektorn i Norge.[96] Omständigheterna var de följande: Oljearbeidernes Fellessammenslutning, OFS, varslade, efter misslyckade förhandlingar om löneökningar samt om sänkning av pensionsåldern från 67 till 60 år, om att ta ut 106 medlemmar på en viss oljeplattform i strejk. Norges Arbeidslederforbund (NA) anslöt sig och varslade om att ta ut alla sina medlemmar på oljeplattformarna i strejk. Initialt skulle dock bara 50 medlemmar på två plattformar uttas. Arbetsgivarorganisationen, Oljeindustriens Landsforening, OLF, svarade med att varsla om lockout för 3 600 OFS-medlemmar vid alla fixerade oljeplattformar på Norges del av kontinentalsockeln. Lockoutvarslet utökades 9 dagar senare till att också omfatta 821 NA-medlemmar som inte ingick i den initiala strejkgruppen. I förenlighet med norsk lag vidtogs obligatorisk medling under vilken arbetsnedläggelse var förbjuden. Medlingsfristen gick ut utan att någon överenskommelse träffats. Arbetsnedläggelsen verkställdes då omedelbart. 36 timmar senare antog regeringen en förordning som förbjöd arbetsnedläggelsen och hänvisade konflikten till bindande skiljedomsförfarande. Förordningen motiverades bland annat med att eftersom de aktuella stridsåtgärderna skulle lamslå hela Norges olje- och gasproduktion skulle de medföra förluster motsvarande 0,34 miljarder EUR per vecka. Regeringen påpekade att den beaktat den kritik ILO:s övervakningsorgan tidigare riktat mot Norge då inskränkningar i rätten att vidta stridsåtgärder aktualiserats i oljesektorn. Inskränkningarna ansågs då stå i strid med föreningsfriheten enligt bland andra ILO-konvention 87. Den norska regeringen ansåg dock att de nationella intressena i detta fall motiverade strejkförbudet särskilt eftersom förhandlingarna helt gått i stå och konflikten därmed riskerade att bli mycket utdragen.

OFS klagade inför Europadomstolen och hävdade att strejkförbudet och det tvingande skiljedomsförfarandet stod i strid med artikel 11.

[96] Application no. 38190/97 by Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others against Norway, beslut den 27 juni 2002.

Domstolen upprepade vad som sagts i Schmidt och Dahlström och i Unison och fann att det därav följde att statliga begränsningar av strejkrätten inte i sig gav upphov till spörsmål enligt artikel 11. Domstolen konstaterade att fackföreningsmedlemmarna innan strejkförbudet hade åtnjutit flera medel för att skydda sina yrkesmässiga intressen. Exempelvis kollektiv förhandling, obligatorisk medling och strejk. Domstolen angav emellertid inte om den ansåg att ett intrång i artikel 11:1 var för handen i detta fall. I stället sade den sig fortsätta under *antagandet* att den första paragrafen i artikel 11 var tillämplig och att strejkförbudet utgjorde en inskränkning därav. Därefter bedömde domstolen om inskränkningen kunde motiveras utifrån kriterierna i artikel 11:2. Frågan om den var angiven i lag var inte föremål för dispyt. Domstolen fann att intrånget kunde anses uppfylla flera legitima syften såsom allmän säkerhet, andras fri- och rättigheter och hälsa. Kunde då ingreppet anses vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle? Domstolen påminde därvidlag om att staten hade ett stort handlingsutrymme för att bedöma detta (se Gustafson, Schettini).

Domstolen konstaterade att OFS-medlemmar efter kollektiv förhandling och medlingsförfarande hade möjlighet att utöva strejkrätten såsom den skyddades av norsk lag. Ett antal medel för att skydda medlemmarnas intressen respekterades därmed. Trots att omfattningen av strejken var relativt kort, 36 timmar, så framkom att den medfört stora förluster eftersom alla fackliga medlemmar och alla oljeplattformar på den norska delen av kontinentalsockeln omfattades. Trycket måste därmed ha varit avsevärt. Domstolen konstaterade vidare och fäste betydelse vid att OFS till stor del givits möjligheter att skydda sina medlemmars intressen. Hade strejken fått fortsätta hade olje- och gasproduktionen upphört. Domstolen godtog regeringens bedömning att strejken skulle ha blivit utdragen. Förutom att ha förorsakat Norge stora finansiella förluster så skulle strejken ha kommit att påverka energitillförseln till industrier och hushåll i EU och Norges trovärdighet som gasförsörjare skulle påverkats. Därutöver påpekade domstolen att de tekniska installationerna skulle förstörts om de stängts för en lång period med konsekvenser för hälsa, säkerhet och miljö. Strejken skulle därför fått svårreparabla konsekvenser. Domstolen underströk vidare att dess beslut i det aktuella fallet inte skall uppfattas som att tvingande skiljeförfaranden för att stoppa lagliga strejker skall bedömas vara proportionella i alla fall där ekonomiskt tryck är för handen. Enligt domstolen rådde speciella och exceptionella omständigheter i det aktuella fallet beroende på att energitillförseln påverkats för länder i Europa och att stor förstörelse på de tekniska installationerna och miljön kunde förutses. Dessutom var lönerna i den aktuella sektorn mycket höga vilket också ledde till att inskränkningen inte

kunde bedömas vara oproportionell. Eftersom aktiviteterna inte bara antogs av ekonomiska skäl var åtgärden godtagbar. Klagomålet bedömdes vara uppenbart ogrundat och togs därmed inte upp till prövning.

I det här beslutet angav inte domstolen lika tydligt att ett strejkförbud skulle bedömas vara en inskränkning i artikel 11:1. Beslutet inleds med samma harang som i UNISON men med tillägget att det därav följde att en stats begränsningar i strejkrätten inte i sig ger upphov till ett spörsmål enligt artikel 11. Domstolen fortsatte sedan med att räkna upp alla möjligheter fackföreningen i det aktuella fallet haft att tillgodose sina medlemmars intressen. Den angav dock vidare att den fortsatte enligt antagandet att artikel 11 var tillämplig och att föremålet för klagan utgjorde en inskränkning i artikel 11. Domstolen ger intryck av att målet mycket väl skulle kunnat avgöras redan på frågan om en inskränkning av strejkrätten verkligen utgjorde en inskränkning av artikel 11:1 när så många medel stod fackföreningen till buds, kollektiv förhandling, medling och 36 timmars strejk. Men, så prövas det också om ett eventuellt intrång kunde anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Det märkliga är dock att domstolen i proportionalitetsbedömningen gör en markering som skulle kunna uppfattas som att då fackföreningars stridsrätt inskränkts genom att strejken förbjuds och konflikten tvångshänvisas till bindande skiljeförfarande kan artikel 11 åberopas i fall då inskränkningen enbart motiveras av ekonomiska skäl. I proportionalitetsbedömningen konstateras att fackföreningen har många möjligheter att tillvarata sina medlemmars intressen, medlemmarnas intressen är dessutom väl tillgodosedda genom deras höga löner och styrkan i det legitima intresset som skulle tillvaratas var väldigt starkt.

Förklaringen till att besluten på denna punkt inte riktigt harmonierar är antagligen att domarna som skall avgöra om ett klagomål skall avvisas eller upptas till prövning måste vara eniga. I det engelska fallet var domarna antagligen eniga om att ett intrång i strejkrätten skulle kunna utgöra en inskränkning av artikel 11:1. I det norska fallet rådde kanske enighet om att klagomålet skulle avvisas men man var inte enig om på vilken grund. Det var delvis olika domare som deltog i besluten. Om staten inte i det norska fallet haft så vägande skäl för sitt ingrepp i strejkrätten hade möjligen inte enighet nåtts om att avvisa målet. Besluten öppnar därför upp för möjligheten att inskränkningar i strejkrätten kan komma att prövas i Europadomstolen framöver. I de här fallen syftade stridsåtgärderna till att uppnå ett visst resultat. Det kan därför inte uteslutas att ett visst skydd för sådana stridsåtgärder skulle kunna utgå ut artikel 11. Det tycks dock som om det verkligen måste visas att arbetstagarna är i

behov av att fackföreningen vidtar denna åtgärd. I båda besluten talade man ju om att arbetstagarna inte lämnats värnlösa med undermåliga arbetsvillkor. Det finns här anledning att erinra om att domstolen inte behöver vara enig när väl ett klagomål skall avgöras.

10.1.8.4 Några kommentarer

För att förstå Europadomstolens återhållsamma hållning i denna fråga måste ett par ord sägas om den fackliga föreningsfrihetens roll i föreningsfriheten som sådan enligt artikel 11. Europadomstolen har vid ett flertal tillfällen angivit att rätten att ansluta sig till och bilda en fackförening inte utgör en särskild rättighet utan bara en aspekt av föreningsfriheten.[97] Fackföreningar bör således inte åtnjuta något mer omfattande skydd än andra föreningar. Det är också gränserna för den positiva föreningsfriheten som behandlas i Schmidt och Dahlström. Den rätt att tillvarata sina medlemmars intressen som explicit bara tillerkänns fackföreningar i artikel 11 har därför inte någon särskild innebörd. Mot bakgrund av domstolens syn på den fackliga föreningsfrihetens relation till den allmänna föreningsfriheten kan man snarast dra slutsatsen att fackföreningars rätt att agera inte skiljer sig från andra föreningars rätt att tillvarata sina medlemmars intressen enligt artikel 11. Andra föreningar skall ha rätt att främja sina syften.[98] Rimligtvis skall alla föreningar mot bakgrund av denna argumentation ha möjlighet att göra sina stämma hörd. Det har ju klargjorts att fackföreningar har en rätt att göra sin stämma hörd i syfte att tillvarata sina medlemmars intressen.

Man skulle dock mycket väl kunna hävda att ett av fackföreningarnas syften är att förhandla med arbetsgivaren för att uppnå kollektivavtal. Kruxet är dock att möjligheten för fackföreningen att uppfylla sitt syfte förutsätter att en annan part, det vill säga arbetsgivaren, också måste agera. Och just det att ålägga arbetsgivaren en skyldighet för att fackföreningen skall kunna uppnå sitt syfte är inte domstolen beredd att göra. Denna princip hindrar dock inte att krav ställs på att frivilliga förhandlingssystem inrättas. En sådan skyldighet kan dock bara förverkligas om den enskilda staten vidtar en särskild åtgärd och behandlar fackföreningar på ett särskilt sätt. Domstolen har i alla de domar som berört fackföre-

[97] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 38; Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 32; Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, 6.2.1976, p. 39; Sigurjónsson v Iceland, p. 34; Wilson & Palmer, p. 42.

[98] Se t.ex. application no. 26712/95, Timo Juhani Laemela v Finland, beslut 28 maj 1997, s. 5 och application 18874/91 X v Switzerland, decision 12 januari 1994, s. 4 "has not shown that it cannot exercise its functions as an association".

ningens externa aktiviteter konstaterat att staten inte har någon sådan skyldighet.[99] I ett avseende skiljer sig dock rätten att förhandla kollektivt från strejkrätten. Strejkrätten kräver ju egentligen inte någon motprestation från arbetsgivaren.

Europadomstolen har emellertid förklarat varför staterna lämnats ett så stort handlingsutrymme då det gäller utformningen av de metoder som fackföreningarna skall få tillgå för att skydda sina medlemmars intressen. Domstolen har i första hand uppgivit två skäl. För det första angavs det bero på de känsliga sociala och politiska frågor som är involverade när staten skall försöka uppnå en lämplig balans mellan de aktuella konkurrerande intressena. För det andra angavs det också bero på de stora skillnader som återfinns i de nationella systemen inom detta område.[100] Domstolen är uppenbarligen rädd för att rubba den balans som nationellt har utvecklats på arbetsmarknaden. Onekligen är det så att ett domslut som ålägger en medlemsstat att ändra på sitt arbetsmarknadsrelationssystem kan få ingripande konsekvenser.[101] En ytterligare orsak kan vara att domstolen heller inte anser det vara dess uppgift att tillvarata rättigheter som inte helt klart anses innefattas i den typen av rättigheter Europakonventionen i första hand anses tillvarata, medborgerliga och politiska rättigheter. Domstolen tycks anse att konventionens artikel 11 har ett annat syfte än internationella instrument som skyddar strejkrätten och rätten till kollektiv förhandling. En antydan om denna uppfattning kom till uttryck i ett beslut, som togs av en kammare i domstolen. Domstolen förklarar nämligen varför den inte fäster något avseende vid om en rättighet skyddas av Europarådets sociala stadga artikel 6, FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter artikel 8 och ILO-konventionerna 87 och 98. Domstolen klargjorde att

> "de fakta som den klagande fackföreningen klagar över, även om man antar att de utgör ett brott enligt bestämmelser i internationella texter som är specialiserade inom området för de ekonomiska och sociala rättigheterna och därför enligt dessa gör staten ansvarig under dessa omständigheter, inte regleras, under de särskilda omständigheter som är för handen i detta fall, av artikel 11 i Europakonventionen."[102]

[99] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 38–39; Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 39–40; Wilson & Palmer v UK, p. 42.
[100] Gustafsson v Sweden, p. 45; Wilson & Palmer v UK, p. 44.
[101] Se farhågorna om Gustafssonsfallets eventuella konsekvenser för svensk rätt i Kurt Junesjös artikel som nu finns på www.kurt.nu.
[102] Appl. 32980/96, Dev Maden Sen contre Turqui, 9 dec. 1999. (Obs. min översättning från franskan.)

Domstolen känner sig i detta avseende inte bunden av principer som utvecklats i internationella instrument som avser att säkerställa ekonomiska och sociala rättigheter.[103] Det kan knappast vara någon slump att domstolen hänvisar till dessa instrument som instrument som säkerställer sociala och ekonomiska rättigheter. Konventionens syfte är ju att upprätthålla medborgerliga och politiska rättigheter. Var gränsen går mot den fackliga föreningsfrihetens ekonomisk/sociala sida framkommer inte i beslutet.

Det skall dock erinras om att Europadomstolen i Schmidt & Dahlström mot Sverige delvis hämtade stöd från Europarådets Sociala stadga då det gällde att legitimera tillåtandet av reglering av stridsrätten.[104] Att domstolen inte ser det som sin uppgift att tillerkänna fackföreningarna ett längre gående skydd än Europarådets sociala stadga framgick av Belgian Police och Lokmannafallet.[105] För övrigt skulle man nog kunna sammanfatta läget med att Europadomstolen kan hämta stöd från ekonomiska och sociala internationella instrument men de känner sig inte bundna av att tillerkänna fackföreningarna ett likvärdigt skydd.[106]

Det skall dock erinras om att även om staten åtnjuter ett stort handlingsutrymme då det gäller val av den metod som fackföreningarna tilldelats för att skydda sina medlemmars intressen så är handlingsutrymmet inte *helt* obegränsat. Om det bevisas att fackföreningen inte kan få sina stämma hörd genom den tilldelade metoden eller om metoden kränker en annan av konventionens rättigheter kan staten anses brista i uppfyllelse av konventionen. För att avgöra den senare frågan måste en avvägning mellan de två rättigheterna göras. Denna problematik kommer att illustreras i avsnittet om den negativa föreningsfriheten.[107]

[103] Visserligen skulle antagligen de nämnda instrumenten godta den inskränkning som den klagande fackföreningen var föremål för. Det är ju i och för sig ointressant i detta fall.

[104] Schmidt & Dahlström v Sweden, p. 36.

[105] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 38 och Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 39.

[106] Se också Sigurjónsson v Iceland, p. 35, rörande negativ föreningsfrihet.

[107] Gustafsson v Swden, Report of Commission p. 77–78, Young, James and Webster v UK, p. 65.

10.1.9 Relationen mellan artikel 11 och artikel 14

10.1.9.1 I allmänhet

En kränkning av konventionen kan också ske om någon av konventionens fri- och rättigheter tillämpas på ett diskriminerande sätt. Europadomstolen bedömer då om en artikel betraktad tillsammans med artikel 14 kan anses kränkt.

Artikel 14 lyder:

> "Åtnjutandet av de fri- och rättigheter, som angivas i denna konvention, skall tryggas utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt."

Artikel 14 har inte någon självständig betydelse utan kompletterar de övriga normativa artiklarna i Europakonventionen och protokollen. Artikeln syftar till att säkerställa att individer eller grupper av individer i jämförbara situationer inte utsätts för någon diskriminering i tillhandahållandet av de rättigheter och friheter som konventionen föreskriver. En åtgärd som i sig inte står i strid med den artikel som omfattar rättigheten eller friheten i fråga kan alltså kränka artikeln när den läses samman med artikel 14 därför att den är diskriminerande till sin natur. Artikeln spelar en särskilt viktig roll i relation till rättigheter för vilka statens korresponderande skyldighet inte är precist definierad och staten som en konsekvens har ett stort handlingsutrymme att välja vilka medel som skall vidtas för att göra utövandet av rättigheten möjligt och effektivt. Artikel 11:1 innefattar en sådan typ av rättighet.[108]

Europadomstolen har emellertid konstaterat att staterna även åtnjuter visst handlingsutrymme i bedömningen av om olikartad behandling kan rättfärdigas och i vilken utsträckning situationer kan bedömas vara likvärdiga.[109]

I Belgian Police-målet aktualiserades frågan om en kränkning av artiklarna 11 och 14 sedda tillsammans ägt rum. Artikel 11 var inte kränkt på egen hand.[110] Föremål för klagan var det faktum att den klagande fackföreningen inte konsulterades av regeringen därför att den inte ansågs vara tillräckligt representativ. Att den klagande fackföreningen behandlats

[108] National Union of Belgien Police v Belgium, p. 44.

[109] T.ex. Chassagnou and Others v France, p. 91. Punkten refereras till i beslutet för Application 29529/95 Schettini and others mot Italien, beslut 9 nov. 2000, domstolen, andra kammaren.

[110] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 41.

mer ofördelaktigt i konsultationshänseende än vissa andra fackföreningar konstaterades av domstolen.[111] Hur skulle då denna olikartade behandling betraktas? Domstolen konstaterade att artikel 14 inte förbjuder varje "difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognised". Likhetsprincipen ansågs emellertid kränkt om den olikartade behandlingen saknade en objektiv och rimlig grund. Förekomsten av en sådan grund måste bedömas utifrån det syfte och de effekter handlingen medförde och med beaktande av de principer som normalt råder i demokratiska samhällen. En godtagbar skillnad i behandling måste dock inte bara motiveras av ett godtagbart syfte utan det skall också klart framgå att det råder proportionalitet mellan "the means employed and the aim sought to be realised".[112]

I Belgian Police-målet motiverade regeringen sitt tilltag med att man ville undvika fackföreningsanarki och ansåg det nödvändigt "to ensure a coherent and balanced staff policy, taking due account of the occupational interests of all provincial and communal staff". Detta ansågs vara ett godtagbart syfte och domstolen ansåg sig inte ha någon anledning att anta att regeringen hade några andra, illasinnade, motiv.[113]

Ur principiell synvinkel kunde således olägenheten för fackföreningen rättfärdigas. Gällde det också omfattningen av olägenheten? När det gällde konsultation av allmän karaktär för alla provinsial- och kommunalanställda ansågs den existerande föreskriften utgöra ett ändamålsenligt medel för att uppnå det legitima syfte som man eftersträvade att realisera.[114]

Även det faktum att den sökande förvägrades rätten att bli konsulterad i vissa ärenden som enbart rörde den kommunala polisen, exempelvis kriterierna för tillsättningen av superintendenten, ansågs acceptabelt. Anledningen därtill var att dessa särskilda frågor bara representerade en del av de ärenden för vilka obligatorisk konsultation föreskrevs. Särskilda frågor kunde också komma upp avseende andra kategorier provinsial- och kommunalanställda, och mot bakgrund av att de inte heller skulle ha rätt att konsulteras om de slöt sig samman i kategoribaserade fackföreningar så kunde domstolen förstå att regeringen inte ansåg sig föranledd att göra undantag. Domstolen menade att den aktuella regelns enhetliga utformning inte rättfärdigade slutsatsen att regeringen hade överträtt gränserna för sin frihet att tillerkänna fackföreningarna medel som den

[111] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 45.
[112] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 46. Ursprungligen etablerat i Lanuages in Education in Belgium, 23 July 1968, p. 9–10
[113] National Union of Belgian Police v Belgium, 48.
[114] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 49.

ansåg lämpliga. Domstolen ansåg inte att det klart hade framkommit att den olägenhet som den klagande fått utstå var omåttlig i förhållande till det godtagbara syfte regeringen velat uppnå.[115]

I Lokmannaförbundsmålet aktualiserades också artikel 14. Statens avtalsverk ville inte sluta kollektivavtal med Lokmannaförbundet. Artikel 11 var ej kränkt på egen hand.[116] Domstolen prövade om agerandet stod i motsättning till artikel 11 och 14 i samverkan.[117] För att kunna avgöra det prövades om den distinktion statens avtalsverk gjort uppfyllde de aktuella kraven.[118] Statens förklaring till varför de diskriminerande åtgärderna vidtagits angavs vara att ett stort mått av centralisering var uppnådd inom den svenska fackföreningsrörelsen. Därför föredrog statens avtalsverk att som en allmän regel enbart sluta kollektivavtal med de mest representativa organisationerna. Statens avtalsverk var angelägen om att inte behöva konfronteras med ett överdrivet antal förhandlingspartners, i syfte att undvika att förslösa sina ansträngningar, för att därigenom lättare nå konkreta resultat.

Domstolen ansåg att detta syfte var att betrakta som ett legitimt sådant och att den inte hade någon anledning att tro att den svenska staten hade andra oacceptabla syften. Domstolen noterade att i en av de federationer som avtalsverket slöt kollektivavtal med återfanns en järnvägssektion som organiserade 75–80 procent av alla lokförare och således var mer representativ än den klagande fackföreningen.[119] Domstolen kom till slutsatsen att statens avtalsverk inte överträtt "the power of appreciation" som lämnats den svenska staten.[120]

Proportionalitetsprincipen ansågs heller inte ha blivit "offended in the present case".[121]

En rad kommissions- och domstolsbeslut har också behandlat frågan om artikel 11 i kombination med artikel 14 kränkts. Målen har många gånger rört frågan om det faktum att icke-representativa fackföreningarna inte kan delta i kollektiv förhandling utgör otillåten diskriminering

[115] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 49.
[116] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 32
[117] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 42. Jfr National Union of Belgian Police v Belgium, p. 46.
[118] National Union of Belgian Police v Belgium, p. 46. Ursprungligen etablerat i Lanuages in education in Belgium, 23 juli 1968, p. 9–10.
[119] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 46.
[120] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 47.
[121] Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 48.

enligt artikel 11 i kombination med artikel 14.[122] I Syndicat Sosyal-is och Ayfer Kodas mot Turkiet, motiverade regeringen bestämmelserna med att man ville undvika en splittring av fackföreningsrörelsen och garantera de existerande representativa fackföreningarna möjligheten att effektivt försvara sina medlemmars intressen. Ingenting visade att arbetsdomstolen när den fattade sitt beslut i det aktuella ärendet haft andra motstridiga intentioner. Kommissionen ansåg heller inte att det visats att de vidtagna åtgärderna inte stod i proportion till det eftersökta målet.[123]

I Schmidt och Dahlström-målet återkom frågan om en sämre behandling av strejkande fackföreningsmedlemmar än icke-strejkande arbetstagare kunde utgöra otillåten diskriminering.[124] Schmidt och Dahlström hävdade bland annat att regeringens utdelning av retroaktiva löneförmåner förde med sig en fördelaktigare behandling av särskilt oorganiserade arbetstagare och att därmed en kränkning av artikel 11 i kombination med artikel 14 ägt rum.[125]

I det aktuella fallet hade retroaktiva löneförmåner genom en klausul i kollektivavtalet enbart tillkommit medlemmar i fackföreningar som inte vidtagit strejk under förhandlingsperioden och till oorganiserade arbetstagare.[126] Domstolen som i och för sig ansåg att löneförmånerna inte i sig skyddades av artikel 11:1 menade att de under rådande omständigheter var kopplade till utövandet av de rättigheter som garanteras av artikel 11, det vill säga friheten för fackföreningsmedlemmar att skydda sina yrkesmässiga intressen genom fackliga aktiviteter. Den svenska staten hade, påpekade domstolen, valt att i detta syfte tillerkänna fackföreningarna kollektiv förhandling, möjlighet att sluta kollektivavtal samt strejkrätten. Det var dessutom i kölvattnet av en strejk som följde på kollektiv förhandling och inom ramen för ett kollektivavtal som statens avtalsverk

[122] Se t.ex. Application no 7361/76 Trade Union X. v Belgium; Application no 9792/82 A. Union v the Federal Republic of Germany; Application No 22726/93 Syndicat Sosyal-is et Ayfer kodas contre la Turquie; Application no 32980/96 Dev Maden Sen contre Turquie; Application no. 29529/95 Francesco Schettini and Others against Italy. De två sista besluten togs av domstolen enligt den nya processordningen se s. 73.

[123] Application No 22726/93 Syndicat Sosyal-is et Ayfer Kodas contre la Turquie.

[124] Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 9. För presentation av fallet se p. 24, om fallet i svenska domstolar p. 26.

[125] Kommissionen fann att regeringens policy avseende utdelning av retroaktiva löneförmåner under rådande omständigheter inte kunde anses utgöra en kränkning av art. 11:1 och dess rätt att bilda och ansluta sig till fackförening. Den olikartade behandlingen kunde motiveras av "industrial relations policy" och det hade därför heller inte förelegat någon kränkning av art. 14 tolkad i förening med art. 11:1, p. 27–28.

[126] Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 35.

vidtog den åtgärd som de klagande angrep. Artikel 14 var därför tillämplig.[127]

De klagande menade att de efter vad som uppgivits var bestraffade i jämförelse med oorganiserade arbetstagare och arbetstagare tillhörande andra fackföreningar än de som vidtagit stridsåtgärder. Vid slutandet av kollektivavtalet infogade regeringen den i det svenska systemet traditionella principen att strejk bryter retroaktivitet. De klagande ifrågasatte inte principen som sådan.

Domstolen ansåg att tillämpandet av denna princip i sig var legitim och hade inte någon anledning att tro att staten hade andra illasinnade syften. Särskilt menade domstolen att det verkade obegripligt att den svarande staten skulle strävat efter att minska de aktuella fackföreningarnas medlemstal. Tvärtom, vilket påvisades i Lokmannamålet, var regeringens policy att uppmuntra att arbetstagare slöt sig samman i stora och centraliserade fackliga federationer (de fackföreningar de klagande tillhörde utgjorde sådana stora och centraliserade fackliga federationer, min kommentar). Ingenting tydde heller på att den svarande staten skulle vilja att medlemmarna i en federation bytte till en annan.[128]

Domstolen kunde inte acceptera de klagandes argument att retroaktivitetsförmånen skulle ha förvägrats alternativt garanterats alla arbetstagare verksamma inom de sektorer där de klagandes fackföreningar var representerade.[129] Något diskriminerande moment saknades således. Proportionalitetsprincipen hade heller inte kränkts i detta fall.[130]

Sammanfattningsvis kan konstateras att den *metod* staten väljer för att tillgodose fackföreningarnas behov av att skydda sina medlemmars intressen genom facklig aktivitet inte får tillämpas diskriminerande. För att avgöra om diskriminering skett tar domstolen ställning till om staten haft legitima skäl för sin åtgärd och om åtgärden var proportionell. Att motverka splittring av fackföreningsrörelsen anses utgöra ett legitimt motiv.

10.1.9.2 Representativitetsaspekten

Frågan om det är acceptabelt att tillförsäkra de mest representativa fackföreningarna vissa fackliga rättigheter har aktualiserats på ett annorlunda sätt av Europakonventionens övervakningsorgan om man jämför med hur frågan behandlats i de andra internationella instrument som tagits upp i denna undersökning.

[127] Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 39.
[128] Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 40.
[129] Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 41.
[130] Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 42.

I dessa andra internationella instrument tillerkänns fackföreningarna rätten att vidta vissa fackliga externa aktiviteter för att kunna försvara medlemmarnas intressen som rätten till kollektiv förhandling och rätten att vidta stridsåtgärder. Övervakningsorganen har dock accepterat att minoritetsorganisationerna under vissa villkor förvägras exempelvis rätten till kollektiv förhandling. Det övergripande syftet, att denna sedvänja skall främja fackföreningskollektivet som sådant, har accepterats som godtagbart. Dessa organ har dock uppställt tydliga krav avseende urvalskriterierna för att undvika missbruk.

Frågan om tillåtligheten av att tillhandahålla de mest representativa fackföreningarna vissa rättigheter har också indirekt behandlats av Europakonventionens övervakningsorgan. Eftersom frågan om representativitet i praktiken inte berör de konkreta rättigheter som artikel 11 tillhandahåller så har frågan i stället aktualiserats när klagomålet rört en kränkning av artikel 11 i kombination med artikel 14. Som framkom i förra avsnittet så får inte den metod som används för att tillgodose kraven i artikel 11 tillämpas på ett diskriminerande sätt. Det har därför utvecklat sig så att det huvudsakligen är minoritetsorganisationer som klagat över att de inte kan vidta vissa åtgärder i syfte att tillgodose sina medlemmars intressen därför att dessa rättigheter förbehållits majoritetsorganisationerna.

Det har visat sig att Europakonventionens övervakningsorgan accepterar att majoritetsorganisationer åtnjuter särskilda möjligheter att söka tillvarata sina medlemmars intressen om syftet med åtgärden är att stärka fackföreningsrörelsen som sådan (motverka splittring och effektivisera majoritetsorganisationernas verksamhet) dvs. om syftet är legitimt och åtgärden är proportionell. Den olikartade behandlingen får inte sakna objektiv och rimlig grund.

Detta måste innebära att Europakonventionen inte uppställer några hinder mot att ge de mest representativa fackföreningarna vissa särskilda rättigheter. Ett sådant bruk utgör inte diskriminering.

Nästa fråga man kan ställa sig är om *kriterierna* för fastställandet av representativiteten kan angripas genom Europakonventionen. Denna fråga aktualiserades i ett klagomål av Schettini and others mot Italien.[131] Den klagande fackföreningen, Cobas, representerade offentliganställda lärare men ansågs inte tillhöra de mest representativa fackföreningarna i förhandlingsenheten för skola och hade därmed inte rätt att delta i kollektiv förhandling. Den kollektiva förhandlingen för offentliganställda var

[131] Application 29529/95 Schettini and others mot Italien beslut 9 nov. 2000 Domstolen, andra kammaren.

uppdelad i åtta förhandlingsenheter. De mest representativa fackföreningarna i varje enhet deltog i förhandlingarna.

Europadomstolen konstaterade att den olikartade behandlingen hade ett legitimt syfte. Därefter undersöktes huruvida motivet för uteslutning var rimligt och objektivt. Domstolen observerade att de kriterier som angavs i lagstiftningen under förhandlingarna år 1995 hade utvecklats i syfte att välja ut de fackföreningar som hade den största andelen representativitet och domstolen såg ingen orsak till att betvivla att dessa kriterier verkligen speglade regeringens ambition att upprätta en rimlig kompromiss mellan "the viability of the process of collective bargaining" och den demokratiska representationen av de offentliganställda. Domstolen noterade vidare att dessa kriterier senare ändrats och förbättrats och var trots detta fortfarande bristfälliga enligt de klagande. *Domstolen ansåg emellertid inte att det var dess uppgift att ange vilka kriterier som bäst speglar andelen representation av fackföreningarna inom varje avdelning.* Dessutom medgav de klagande att Cobas bara representerade en minoritet av lärarna i allmänhet. Under dessa omständigheter ansåg domstolen, också i ljuset av det handlingsutrymme som är lämnat åt den italienska staten, att motivet för den olikartade behandlingen kan sägas vara rimligt och objektivt enligt artikel 14.

I det här fallet tycks det som om regeringen övertygat domstolen om att kriterierna för urvalet av de mest representativa fackföreningarna syftade till att upprätta en rimlig kompromiss mellan "the viability of the process of collective bargaining" och den demokratiska representationen av de offentliganställda. De klagande hade heller inte påstått sig representera en majoritet av sin yrkesgrupp. Domstolen menade att det inte ligger inom dess uppgift att ange vilka kriterier som urvalet av representativitet skall baseras på. Den olikartade behandlingen angavs vila på en rimlig och objektiv grund mot bakgrund av det handlingsutrymme som lämnats staterna i detta avseende.

En fråga som infinner sig är om domstolen skulle intagit en annorlunda position om den klagande fackföreningen påstått sig tillhöra en majoritet och att kriterierna således inte avsåg att spegla en reell representativitet. Domstolen säger ju inte att den inte kan pröva urvalskriterier överhuvudtaget, utan bara att de inte kan pröva om urvalskriterierna speglar representativiteten eller inte. Om exempelvis det skulle visas att urvalskriterierna baserades på vilken politisk inriktning fackföreningen hade eller i vilken utsträckning medlemmarna tillhörde viss religion skulle knappast bedömningen av urvalskriterierna kunna undgå domstolens prövning. I ett sådant läge kan en regering inte övertygande vidhålla att systemet syftar till att effektivisera den kollektiva förhandlingen för de etablerade representativa fackföreningarna.

Även om domstolen knappast skulle involvera sig i den närmare utformningen av urvalskriterierna för representativitet så kan man ändå anta att om urvalskriterierna inte avser att spegla eller det är visat att de har andra syften än att spegla den reella representativiteten så skulle de kunna angripas av domstolen och hamna i konflikt med artiklarna 11 och 14 i kombination.

10.1.10 Negativ föreningsfrihet

10.1.10.1 Inledning

Att artikel 11 tillhandahåller en positiv facklig föreningsfrihet, dvs. en rätt att bilda och att ansluta sig till en fackförening framkommer explicit av artikeln. Om artikeln också innefattar en negativ facklig föreningsfrihet dvs. en rätt att vara oorganiserad och att kunna utträda ur en organisation framgår inte av artikeltexten. Kommissionen uttalade emellertid i ett beslut från år 1970 att den ansåg att själva begreppet föreningsfrihet implicerar friheten att *inte* förena sig med andra och friheten att *inte* ansluta sig till fackföreningar.[132]

10.1.10.2 Young, James and Webster

Fallet i domstolen

Domstolen fick anledning att fördjupa sig i frågan i målet; Young, James and Webster mot Storbritannien.[133] Young, James och Webster hade inlämnat klagomål till kommissionen där de hävdade att den behandling de blivit utsatta för föranlett kränkning av artiklarna 9, 10 och 11 i Europakonventionen särskilt i kombination.[134]

Omständigheterna var de följande: Young, James och Webster som sedan länge varit anställda vid den brittiska järnvägen (British Railways Board) avskedades sedan ett "closed shop"-avtal slutits mellan deras arbetsgivare och tre fackföreningar. Medlemskap i någon av de tre fackföreningarna blev genom "closed-shop"-avtalet en förutsättning för anställning.[135] Young, James and Webster var inte anslutna till någon av de aktuella fackföreningarna. De klagade inför kommissionen för mänskliga rättigheter och hävdade att genomdrivandet av kollektivavtal och

[132] Application No. 4072/69 X. v Belgium, Decision 3 februari 1970, s. 718.
[133] Young, James and Webster v the United Kingdom, 1978.
[134] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 48.
[135] Ett sådant avtal träffat av arbetstagarorganisation och arbetsgivare innebär att medlemskap i viss fackförening blir en nödvändig förutsättning för anställning på viss arbetsplats. Enligt svenskt språkbruk talar man om organisationsklausuler.

annan reglering som medgav att de avskedades från sina anställningar därför att de på rimliga grunder motsatte sig att ansluta sig till en fackförening inkräktade på deras tanke-, samvets-, åsikts- och föreningsfrihet. De klagade dessutom över att inget adekvat rättsmedel hade varit tillgängligt för dem.[136]

Young angav att han ansåg att medlemskap i en fackförening var en fråga som avgjordes genom personliga val baserade på envars samvete och politiska övertygelse. De aktuella fackföreningarna företrädde inte Youngs politiska uppfattning om hur hans intressen bäst kunde tillvaratagas.[137] James angav att den fackförening som var aktuell för hans vidkommande inte åtnjöt hans företroende avseende dess förmåga att tillvarata hans intressen på arbetsplatsen och han ansåg att fackföreningsmedlemskap var en fråga om val.[138] Webster angav samvets- och politiska skäl till stöd för sitt klagomål. De aktuella fackföreningarna hyste inte hans förtroende varken då det gällde val av metod för att förbättra anställningsförhållandena eller då det gällde deras allmänna strävanden att förbättra situationen i landet.[139] Kommissionen bedömde att en kränkning av artikel 11 ägt rum.[140]

Regeringen förde fallet vidare till domstolen och bestred att någon kränkning av artikel 11 var för handen.[141] Regeringen framförde som ett av sina argument att artikel 11 inte förlänade eller garanterade någon rätt att inte tvingas att ansluta sig till en organisation. Regeringen menade att den negativa föreningsfriheten medvetet hade exkluderats från konventionen och hänvisade till detta utdrag ur förarbetena:

> "On account of the difficulties raised by the 'close-shop system' in certain countries, the Conference in this connection considered that it was undesirable to introduce into the Convention a rule under which 'no one may be compelled to belong to an association' which features in (Article 20 par. 2 of) the United nationas Universal Declaration"(Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the "Travaux Préparatoires", vol. IV, p. 262).[142]

Domstolen påpekade dock att rättigheten att bilda och ansluta sig till fackföreningar utgjorde en särskild aspekt av föreningsfriheten och i begreppet frihet ligger implicit ett visst mått av valfrihet avseende dess ut-

[136] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 45.
[137] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 34.
[138] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 37.
[139] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 43–44.
[140] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 46.
[141] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 47.
[142] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 51.

övande. Även om den formulering som anges i FN:s allmänna förklaringen medvetet uteslöts vid utformandet av artikel 11 innebar inte det att en negativ aspekt av föreningsfriheten fullständigt föll utanför artikel 11 och att varje tvång att ansluta sig till en särskild fackförening var förenlig med bestämmelsens intention. Att tolka artikel 11 som att den skulle tillåta varje form av tvång avseende fackföreningsmedlemskap skulle "strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee.[143]

Domstolen betonade att den framledes bara skulle behandla omständigheterna i det enskilda fallet och inte "closed shop"-systemet i sig.[144]

Domstolen menade att om man antog att artikel 11 inte garanterade den negativa aspekten av föreningsfriheten samma skydd som den positiva så behövde ett tvång att ansluta sig till en särskild fackförening inte alltid vara i strid med konventionen. Ett tvång som inbegrep hot om avsked vilket innebar att man berövades möjligheten att försörja sig var emellertid ett tvång av allvarligaste karaktär. I det föreliggande fallet riktades tvånget mot personer som anställdes av British Rail *innan* bestämmelser om skyldigheten att ansluta sig till viss fackförening infördes. Ett sådant tvång, under rådande omständigheter, slog mot själva kärnan i den frihet som artikel 11 garanterade enligt domstolen. Därför kunde ett intrång i denna frihet konstateras enbart utifrån dessa grunder avseende de tre klagande.[145]

Någon valfrihet kunde heller inte, som regeringen hävdat, ha ansetts stå de klagande till buds. Anslutning till någon annan fackförening än de som föreskrevs i organisationsklausulen skulle också lett till avsked.[146] Domstolen pekade vidare på att artikel 11 också skulle belysas utifrån artiklarna 9 och 10 i Europakonventionen. Dessa tillvaratar tanke- och samvetsfriheten samt yttrandefriheten. Varken Young eller Webster kunde förena sig med fackföreningarnas programförklaringar och anslutande aktiviteter och i Youngs fall hade alienationen också politiska förtecknen. James ståndpunkt var av annan karaktär men han ansåg också att valfriheten var viktig och ansåg inte att fackföreningen kunde tillföra honom något väsentligt. Det skydd som artiklarna 9 och 10 är ämnade att tillhandahålla avseende de personliga åsikterna såsom tanke-, samvets-, religions- och yttrandefriheten ansågs också ligga inbyggt i artikel 11. Därför slog det, enligt domstolen, mot artikelns kärna att utöva påtryckning av det slag som de klagande utsatts för i syfte att förmå dem att ansluta sig till en förening i strid med deras övertygelse. Även i detta avseende

[143] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 52.
[144] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 53.
[145] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 55.
[146] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 56.

kunde ett intrång i artikel 11 konstateras åtminstone för herrarna Young och Webster.[147]

Kunde då intrånget rättfärdigas utifrån de godtagbara inskränkningsgrunderna i artikel 11:2.[148] Domstolen utgick ifrån att intrånget i artikel 11 var angivet i lag och bland annat syftade till att tillvarata andras fri- och rättigheter.[149] Den aktuella fri- och rättigheten var fackföreningens möjlighet att tillvarata sina medlemmars intressen.[150]

Domstolen hade gjorts uppmärksam på en rad fördelar som sades följa av "closed shop"-systemet i allmänhet.[151] Dessa fördelar kommenterades emellertid inte eftersom "closed shop"-systemet inte i sig var under prövning.[152] Vad som i stället skulle prövas var nödvändigheten av det konstaterade intrång som var föremål för klagan. Var det för att uppnå fackföreningspartens mål i 1975 års avtal med British Rail "nödvändigt i ett demokratiskt samhälle" att göra avskedandena, av de klagande som anställdes vid en tidpunkt när fackföreningsmedlemskap inte krävdes, lagliga?[153]

I nödvändighetstestet ingick tre komponenter. För det första konstaterades att det faktum att British Rails "closed shop"-avtal på ett allmänt sätt kunde ha fört med sig vissa fördelar inte *i sig själv* var avgörande för bedömningen av intrångets nödvändighet.[154] För det andra betonades att pluralism, tolerans och vidsynthet är hållpunkter i ett demokratiskt samhälle. Trots att individuella intressen stundtals måste underordnas en grupps intressen, innebär demokrati inte att majoritetens ståndpunkt alltid måste ha företräde: en balans måste upprätthållas som garanterar

[147] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 57.

[148] Regeringen angav att om domstolen fann att någon kränkning av artiklarna 9, 10 eller 11 ägt rum skulle regeringen inte anföra att intrånget var godtagbart enligt den andra paragrafen i respektive artikel. Domstolen beslutade dock att ändå att ta upp aspekterna i respektive artikels andra paragraf eftersom omständigheter av intresse för en sådan behandling tagits upp under processens gång. Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 58.

[149] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 60.

[150] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 62, 64.

[151] Dessa allmänna fördelar sades vara; vårdandet av en välordnad kollektiv förhandling som ledde till större stabilitet i arbetsmarknadsrelationerna, undvikande av fackföreningsprofilering som kunde resultera i fackföreningsanarki, motverkandet av ojämlikhet i förhandlingsstyrka, mötandet av vissa arbetsgivares behov av att förhandla med ett organ som helt och hållet representerar arbetsstyrkan, tillfredsställa vissa fackföreningsmedlemmars önskan att inte arbeta tillsammans med oorganiserade arbetstagare, tillse att de fackliga aktiviteterna inte kom de till godo som inte givit något finansiellt bidrag därtill, Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 61.

[152] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 61.

[153] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 62.

[154] Handyside v UK, 7 december 1976, p. 48–49.

en rättvis och korrekt behandling av minoriteter och som tillser att missbruk av en överordnad position undvikes. Därför kunde inte det enkla faktum att de klagandes ståndpunkt delades av väldigt få av deras kollegor vara avgörande för utgången av den aktuella frågan.[155] För det tredje måste en bedömning göras om intrånget också var proportionerligt i förhållande till det legitima syftet som skulle uppnås.[156]

Domstolen uppmärksammade därvid att en majoritet av "the Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations" i en rapport från 1968 uttryckt att de anställdas ställning vid en nyinrättad "closed shop" var ett område där särskilda säkerhetsåtgärder var önskvärda. Dessutom visade nyliga granskningar att även före 1980 års anställningslag saknade många "closed shop"-överenskommelser krav på att oorganiserade anställda skulle ansluta sig till en särskild fackförening. Domstolen hade inte informerats om några särskilda skäl som skulle göra en sådan lösning särskilt rättfärdig i British Rail-fallet. Dessutom hade de klagande visat statistik, som inte motsagts, som pekade på att en påtaglig majoritet fackföreningsmedlemmar inte delade uppfattningen att "persons refusing to join a union for strong reasons should be dismissed from employment". Till sist, år 1975 var fler än nittiofem procent av British rails anställda anslutna till de fackföreningar som slutit "closed shop"-överenskommelsen. Alla dessa faktorer pekade enligt domstolen på att järnvägsfackföreningarna på intet sätt skulle förhindrats att sträva efter att skydda sina medlemmars intressen genom tillämpandet av överenskommelsen med British Rail även om lagstiftningen i kraft inte hade gjort det tillåtligt att tvinga oorganiserade anställda, med invändningar som de klagandes, att ansluta sig till en särskild fackförening.[157] Utifrån en samlad bedömning av alla omständigheter i fallet ansågs den skada som de klagande tillfogats mer ingripande än vad som krävdes for att uppnå en balans mellan de intressen som stod i konflikt. Skadan kunde inte anses stå i proportion till de mål som eftersträvats. Även om hänsyn togs till staternas handlingsutrymme ansåg inte domstolen att åtgärderna var nödvändiga i ett demokratiskt samhälle.

Således hade en kränkning av artikel 11 ägt rum.[158]

Kommentar

Även om domstolen inte i denna dom explicit anger att artikel 11 inbegriper en negativ föreningsfrihet så utgår den från att en sådan, under vissa speciella omständigheter, skyddas av konventionen. Domstolen an-

[155] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 63.
[156] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 62–63.
[157] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 64.
[158] Young, James and Webster v the United Kingdom, p. 65.

ger att ett visst mått av *valfrihet* finns inneboende i föreningsfrihetens utövande (p. 52, 56). Därmed bekräftas kommissionens antagande från 1970. Allt tvång att ansluta sig till en förening behöver emellertid inte stå i strid med konventionen. Ett tvång som inbegriper hot om avsked av personer som anställdes innan organisationstvånget tillkom anses träffa föreningsfrihetens kärna (p. 55). Dessutom utgjorde det faktum att tvånget riktades mot de klagande utan hänsyn tagen till deras övertygelse också att föreningsfrihetens kärna träffades (57). När prövningen gjordes enligt artikel 11:2 betonade domstolen att den utgick från det enskilda fallet. Domstolen kom då fram till att det inte var nödvändigt för att fackföreningen skulle kunna tillvarata sina medlemmars intressen genom avtalet att lagstiftningen tillät tvång med hot om avsked av anställda i strid med deras övertygelser och i strid med deras valfrihet. Ingreppet stod inte i proportion till det syfte som skulle uppnås.

Det är viktigt att hålla i minnet att denna dom rör speciella omständigheter. Det finns dock anledning att erinra om att den fri- och rättighet intrånget avsåg att tillvarata var den positiva föreningsfriheten i artikel 11:1. Det var en metod staten tilldelat fackföreningarna för att tillgodose sina medlemmars intressen som prövades. Som tidigare konstaterats åtnjuter medlemsstaterna ett stort handlingsutrymme vid val av denna metod. I detta fall fick dock metoden konsekvenser för en enskilds åtnjutande av sin föreningsfrihet. Konsekvenserna var inte förenliga med artikel 11. Domen har emellertid kritiserats av den brittiska arbetsrättsprofessorn Bob Hepple. Han ansåg att domstolen misslyckades med att "take account of the differing traditions of countries with pluralist and unitary trade union movements".[159]

En intressant aspekt är att domstolen konstaterade att fackföreningen i detta fall ansågs kunna tillvarata sina medlemmars intressen genom avtalet utan att personer som anställdes innan avtalet trädde i kraft och som av övertygelseskäl inte ville ansluta sig till angiven fackförening avskedades om de inte anslöt sig. Eftersom intrånget inte ansågs nödvändigt eller ens praktiskt viktigt för att det motstående intresset skulle uppfyllas kunde det trots statens handlingsutrymme inte rättfärdigas. Om det hade visat sig att bara 50 procent av de anställda var medlemmar i de aktuella fackföreningarna kan man anta att domstolen funnit att det aktuella intrånget åtminstone var viktigt för att uppnå det motstående intressets mål och då hade en avvägning mellan de två aspekterna av artikel 11 behövt göras.

[159] Bob Hepple, The implementation of the Community Charter of Fundamental Social rights, s. 652.

I det här fallet hade valfriheten kränkts genom det aktuella mycket ingripande tvånget – förlust av anställning. När domstolen prövade om intrånget kunde godtas utifrån en bedömning av artikel 11:2 prövades om ett intrång som härrörde från utövandet av den positiva kollektiva fackliga föreningsfriheten kränkte den negativa individuella fackliga föreningsfriheten. Utövandet av den positiva fackliga friheten försvaras av regeringen. Regeringen har givit fackföreningarna rätt att sluta "closed shop"-avtal med avsked som konsekvens för att tillvarata sina medlemmars intressen. Staten har givits ett stort handlingsutrymme då det gäller val av den metod fackföreningarna skall tillgå för att tillvarata sina medlemmars intressen. I detta fall har dock en gräns nåtts. De fackliga rättigheterna får i detta fall alltför ingripande konsekvenser för individens möjlighet att tillgå sin negativa föreningsfrihet, dvs. individen har berövats den valfriheten som är implicit i begreppet frihet, tvånget var så ingripande att någon valfrihet inte kunde sägas stå de klagande till buds. Dessutom tycktes inte åtgärden ha varit nödvändig för att fackföreningen skulle kunna tillgodose sina medlemmars intressen.

10.1.10.3 Sibson

Fallet i domstolen

I Sibson-fallet fick domstolen anledning att utveckla praxisen kring den negativa föreningsfriheten. Omständigheterna var de följande: Sibson hade utträtt ur en fackförening av privata skäl. Han skulle ha återinträtt om han erhållit en ursäkt från fackföreningen. Någon åsiktsbaserad övertygelse låg inte bakom utträdet.[160] Arbetsgivaren kunde med anledning av utträdet inte ha kvar Sibson vid den aktuella arbetsplatsen eftersom arbetskamraterna inte tolererade att han inte längre var medlem i fackföreningen. De hotade med strejk om inte Sibson anslöt sig till den aktuella fackföreningen eller omplacerades till en annan arbetsplats.[161] Arbetsgivaren försökte därför omplacera Sibson till en arbetsplats där arbetsförhållandena åtminstone inte tycktes vara påtagligt sämre. Sibson vägrade. Om Sibson skulle dyka upp på sin gamla arbetsplats fordrade arbetsgivaren att han skulle skickas hem utan lön.[162]

Sibson väckte då talan i den brittiska arbetsdomstolen och hävdade att han blivit "constructively dismissed". Sibson förlorade slutligen målet i allmän domstol och förde det då vidare till kommissionen för mänskliga

[160] Sibson v UK, 20 april 1993, p. 9.
[161] Sibson v UK, p. 10.
[162] Sibson v UK, p. 11.

rättigheter.[163] Han hävdade där att det tvång han utsatts för utgjorde en kränkning av artikel 11. Kommissonen antog klagomålet men angav i sin rapport att den inte ansåg att någon kränkning ägt rum.[164] Sibson förde fallet vidare till Europadomstolen.[165]

Domstolen betonade att det fanns omständigheter i Sibson-fallet som särskiljde det från Young, James och Webster. Dessa var:

1. Ingen *övertygelse* motiverade Sibsons vägran att återansluta sig, vägran skulle därför ej behandlas utifrån konventionens artiklar 9 och 10
2. något *"closed shop"-system* var inte i kraft
3. och framförallt, något *hot om att förlora* arbetet och därmed försörjningsmöjlighet förelåg inte eftersom Sibson erbjöds arbete på annan arbetsplats och inget hade visats som pekade på att arbetsförhållandena där var påtaligt mindre förmånliga än de vid den ursprungliga arbetsplatsen.

Därför fann inte domstolen att Sibson utsatts för en behandling som träffade själva kärnan av den föreningsfrihet som garanteras av artikel 11 ("striking at the very substance of the freedom of association guaranteed by Article 11").[166]

Kommentar

I detta fall ansåg domstolen inte att något intrång i föreningsfriheten enligt artikel 11:1 överhuvudtaget ägt rum. Därför prövades inte fallet utifrån kriterierna i artikel 11:2. Det är dock viktigt att betona att domstolen här befäste sin tidigare angivna ståndpunkt att en kränkning av den aspekt av föreningsfriheten som inte tillåter att någon tvingas in i en förening bara aktualiseras om intrånget träffar "the very substance" av föreningsfriheten såsom den garanteras av artikel 11. Detta uttryck kan översättas med föreningsfrihetens kärna.

Man kan fråga sig och spekulera i vilka omständigheter som skulle ha kunnat medföra att föreningsfrihetens kärna skulle ha träffats i Sibson-fallet. Skulle det räckt om Sibson hade anfört att övertygelseskäl låg bakom hans utträde ur fackföreningen?[167] Knappast, i Young, James and

[163] Den brittiska arbetsdomstolen delade Sibsons uppfattning. Arbetsgivaren överklagade till allmän domstol som fann att arbetsgivaren handlat inom sina befogenheter när han omplacerat Sibson. Sibson v UK, p. 12–15.

[164] Sibson v UK, p. 21–22.

[165] Sibson v UK, p. 23.

[166] Sibson v UK, p. 29.

[167] Se Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 62–63, jfr van Dijk &van Hoof s. 596, som tycks anse att påtryckning att ansluta sig till en förening i strid med sina åsikter utgör ett intrång i artikel 11.

Webster angav domstolen att användandet av det *aktuella tvånget*, avskedandet, för att förmå någon att ansluta sig till en förening i strid med sin övertygelse *också* träffade artikelns kärna (p. 57) Omfattningen av det *tvång* de klagande utsatts för tycktes vara av central betydelse. Tvånget i Young, James och Webster var detsamma oavsett om övertygelsemomentet i artikel 11 berördes eller inte. Omfattningen av tvånget går således inte att separera från frågan om en persons övertygelse låg bakom valet att inte ansluta sig till den aktuella fackföreningen. Övertygelsemomentet ensamt skulle därför antagligen inte kunna ha lett till att ett intrång ansågs föreligga. Möjligen skulle kravet på omfattningen av tvånget minskat om övertygelsemomentet var involverat i fallet. Det är dock tveksamt om det skulle räckt med en omplacering utan påtagligt försämrade anställningsvillkor.

Övertygelsemomentet skulle emellertid kunna få betydelse om fallet föranlett en prövning enligt artikel 11:2. När det gäller bedömningen enligt 11:2 och särskilt vid proportionalitetsbedömningen kan exempelvis avsaknad av övertygelsemomentet leda till att kraven på intrångets syfte minskar och vice versa om övertygelsemomentet är närvarande.[168] Skyddet av åsiktsfriheten är ju en av konventionens huvuduppgifter vilket inte avtalsfriheten är.

Skulle det då varit erforderligt om en organisationsklausul hade varit tillämplig med uppsägning som konsekvens eller uppsägning aktualiserats av andra skäl för att kärnan i artikel 11 skulle ha träffats? Domstolen betonade särskilt den omständigheten att Sibson inte riskerade att förlora sin försörjningsmöjlighet. Och det faktum att Sibson inte fått möjlighet att *välja* fackförening oavsett orsak tycks mot bakgrund av resonemangen i Young, James and Webster (p. 52 och 56) kunna aktualisera artikel 11. Det skulle därför kunna anses troligt att förlust av försörjningsmöjlighet för att man inte velat ansluta sig till viss fackförening skulle kunna tänkas utgöra en kränkning av artikel 11.

10.1.10.4 Sigurjónsson

Fallet i domstolen

Strax efter Sibsonfallet konfronterades domstolen med ännu ett fall som rörde omfattningen av den negativa föreningsfriheten, Sigurour A. Sigurjónsson mot Island. Domstolen fick där anledning att utveckla innebörden av den *allmänna* negativa föreningsfriheten. Domstolen konstaterade nämligen i fallet att det inte var nödvändigt att avgöra om den aktuella

[168] Jfr Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 45–47.

föreningen var en fackförening eftersom den rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar som formuleras i artikel 11 *bara är en aspekt av den vidare föreningsfriheten snarare än en separat rättighet.*[169]

Omständigheterna var de följande: Sigurour A. Sigurjónsson erhöll en taxiförarlicens enligt en isländsk förordning. Enligt förordningen var erhållandet av en sådan licens villkorat på vissa punkter. Exempelvis var medlemskap i Frami Automobile Association (Frami) en förutsättning. När Sigurjónsson ansökte om licensen var han medveten om kravet på medlemskap i Frami och att han annars skulle fråntas sin licens. Han ansökte också om medlemskap i föreningen i september 1984.[170]

Sigurdur A Sigurjónsson upphörde emellertid att betala sin medlemsavgift i augusti 1985 och efter påtryckningar från föreningen klargjorde han att han önskade dra tillbaka sitt medlemskap. Han anförde vidare att han ansökt om licensen utan att klargöra sin position avseende medlemskapstvånget i Frami av ekonomiska och tidsmässiga skäl.[171]

Taxiövervakningskommittén (kommittén) som utfärdade licenser tillmötesgick ett krav från Frami att Sigurjónsson licens skulle dras tillbaka.[172] Transportministeriet bekräftade det riktiga i indragandet av licensen. Sigurjónsson förde då fallet vidare till allmän domstol och ansökte om att indragningen skulle ogiltigförklaras. Domstolen avvisade ärendet.[173] Fallet fördes vidare till Högsta domstolen. Högsta domstolen menade att kravet på medlemskap i Frami inte utgjorde en föreningsrättskränkning i konstitutionell mening. Den ogiltigförklarade dock indragningen eftersom den förordning som låg till grund för den inte tillkommit i konstitutionell ordning.[174]

Parlamentet antog därefter en lag enligt vilken krav på medlemskap i Frami krävdes för taxilicens. Sigurjónsson såg sig sedermera nödgad att betala medlemsavgift i strid med sin politiska övertygelse och sin syn på Frami som en organisation som motverkade hans yrkesmässiga intressen. Han meddelade Frami detta och deklarerade samtidigt att han ansåg att den nya lagen stod i strid med Europakonventionen och att han ämnade klaga inför kommissionen för mänskliga rättigheter.[175]

Till kommissionen för mänskliga rättigheter anförde Sigurjónsson att hans föreningsfrihet enligt konventionens artikel 11 kränkts. Kommis-

[169] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, 30 juni 1993, p. 32. Domstolen hänvisar här till Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 34.
[170] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 8.
[171] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 9.
[172] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 10.
[173] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 11.12, 14.
[174] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 15.
[175] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 16 och 17.

sionen godtog klagomålet. I dess rapport framkom att kommissionen ansåg att en kränkning av artikel 11 ägt rum.[176]

Regeringen förde ärendet vidare till Europadomstolen och ansökte om att domstolen skulle förklara att någon kränkning ej ägt rum.[177]

Regeringen erkände att en viss negativ aspekt av föreningsfriheten var inneboende i artikel 11. Den sträckte sig emellertid ej så långt som till att ett påtvingat medlemskap i Frami skulle utgöra en kränkning av artikel 11. Särskilt med hänsyn tagen till de i Young, James and Websters nämnda i förarbetsuttalandena. Regeringen hävdade vidare att det förevarande fallet skilde sig från Young, James and Webster i följande avseenden. I Sigurjónsson var kravet på organisationsmedlemskap en ursprunglig förutsättning vilken den klagande accepterade vid ansökan av taxiförarlicensen. I Webster m.fl. tillkom föreningsskyldigheten i efterhand. Den avoga inställningen till föreningsanslutning i Webster m.fl. byggde på samvetsskäl och övertygelse av olika slag, Övertygelseskäl låg inte bakom Sigurjónssons handlande. Frami påstods vidare vara en helt opolitisk organisation som på intet sätt kunde interferera med någons åsiktsfrihet.[178]

Avseende de åberopade förarbetsuttalandena och dess relation till omfattningen av artikel 11 påpekade domstolen att den i Webster m.fl. inte fäste någon avgörande betydelse vid förarbetsuttalandena utan snarare använde dem som en arbetshypotes.

Vidare erinrade domstolen om att i Sigurjónsson påfordrades medlemskapet i föreningen *genom lag*, i Young, James och Webster baserade sig tvånget på ett avtal mellan arbetsgivare och anställda. Obligatoriskt medlemskap angivet i lag rörande en privaträttslig organisation återfinns inte i "the great majority of the Contracting States". I stället innehåller många nationella rättssystem säkerhetsgarantier för att skydda den negativa aspekten av föreningsfriheten, det vill säga friheten att inte ansluta sig och att utträda ur en förening.

Domstolen påpekade att ett ökat genomslag för den negativa föreningsfriheten kunde skönjas i internationella samanhang. Förutom i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter hade 11 av EG:s medlemsstater i EG:s stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare föreskrivit att varje arbetstagare och arbetsgivare skall ha frihet att ansluta sig eller *inte* ansluta sig till en yrkesorganisation eller fackförening utan att drabbas av någon personlig eller yrkesmässig skada. Vidare

[176] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 26 och 27.
[177] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 28.
[178] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 33.

hade Europarådets parlamentariska församling enhälligt antagit en rekommendation år 1991 där bland annat rådet uppmanades att införa en mening med denna innebörd i artikel 5 i Europaråders sociala stadga. Den oberoende expertkommittén som övervakar stadgan hade dock utan uttryckligt stöd i artikeltexten uttryckt att den negativa föreningsfriheten var en del av artikel 5 och hade i många fall klandrat "closed shop"-avtal exempelvis på Island. Regeringskommittén hade dessutom utfärdat en varning till Island rörande denna punkt.[179] Dessutom kunde det ur ILO:s föreningsfrihetskommittés praxis utläsas att "union security measures imposed by law, notably by making union membership compulsory, would be incompatible with Conventions Nos. 87 and 98".

Domstolen erinrade om att konventionen måste ses som ett levande instrument som måste tolkas utifrån de omständigheter som för närvarande råder. *Således måste artikel 11 inbegripa en negativ föreningsrätt.* I detta fall ansåg dock domstolen inte att det var dess uppgift att ange huruvida den negativa rättigheten var likställd med den positiva.[180]

Angående de *särskilda* omständigheterna i fallet, konstaterade domstolen att den inte var övertygad av argumentet att en skyldighet att ansluta sig till Frami redan förelåg när den sökande erhöll sin licens 1984. Ingen avgörande betydelse kunde fästas vid det faktum att den sökande innan han fick licensen "agreed to become a member". Det ansågs vara fråga om spekulation huruvida han skulle ha gjort så vid frånvaro av medlemskapskravet som återfanns i 1983 års förordning vilken senare av HD visade sig sakna laglig grund.[181] Hans beteende sedan 1985 indikerade att han inte skulle gjort det. Det hade heller inte vederlagts att en medlemskapsskyldighet skulle ha uppkommit av någon annan anledning. Domstolen menade att det inte var förrän 1989 års lag trädde i kraft som det blev klart att medlemskap var ett krav. Den sökande hade sedan dess tvingats kvarvara som medlem i Frami och skulle annars, som tydligt visades i och med återtagandet av hans licens 1986, riskerat att förlora licensen återigen. Ett sådant tvång, utifrån de rådande omständigheterna, "strikes at the very substance of the right guaranteed by Article 11 and itself amounts to an interference with that right".[182]

[179] Varning brukar avges innan regeringskommittén föreslår ministerkommittén att anta en individuell rekommendation.

[180] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 35.

[181] Om förutsättningarna för att avstå från sina rättigheter enligt Europakonventionen se Morris, Fundamental Rights: Exclusion by Agreement? s. 49–71.

[182] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 36, 41. I domen hänvisas till Young, James and Webster p. 55 och 57 och till Sibson p. 29.

Domstolen konstaterade också att de samvetsskäl som Sigurjónsson hänvisade till avseende sitt motstånd till medlemskapet räckte för att även åsiktsfriheten kunde åberopas och ett intrång i artikel 11 i kombination med artiklarna 9 och 10 också kunde konstateras. Regeringens påstående att Frami var en opolitisk organisation var irrelevant i detta avseende.[183] Ett intrång i artikel 11 hade således enligt domstolen ägt rum. För att bedöma om artikel 11 var kränkt måste domstolen därefter undersöka huruvida intrånget kunde rättfärdigas utifrån artikel 11:2.[184]

Ingen hade motsatt sig det faktum att intrånget var föreskrivet i lag och att det avsåg att främja ett legitimt syfte nämligen andras fri- och rättigheter. Dessa fri- och rättigheter var FRAMI:s möjligheter att tillgodose sina medlemmars intressen. Den omtvistade aspekt som återstod för domstolen att avgöra var huruvida intrånget kunde anses vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.[185]

Regeringen anförde att de offentligrättsliga övervakningsuppgifter som ålagts Frami i flera avseenden underlättades av medlemskapet. Domstolen ansåg sig dock ej vara övertygad om att obligatoriskt medlemskap måste *krävas* för att dessa uppgifter skulle kunna utföras. Huvudansvaret för övervakningen låg hos ett annat organ, kommittén. Medlemskap var dessutom inte det enda tänkbara medlet för att förmå taxiförarna att följa den aktuella regleringen. Därutöver hade det inte visats att någon annan omständighet skulle förhindrat Frami att skydda sina medlemmars yrkesmässiga intressen om den klagande inte varit skyldig att vara medlem i föreningen i strid med sin övertygelse.[186]

Mot bakgrund av det föregående kunde de skäl som regeringen angav även om de var relevanta inte anses vara tillräckliga för att visa att det var nödvändigt att tvinga den sökande att bli medlem i Frami under hot om att annars fråntas sin licens och i strid med sina åsikter. Oavsett Islands handlingsutrymme var de åtgärder som var föremål för klagomålet oproportionerliga i relation till det eftersträvade syftet. Därför var en kränkning av artikel 11 för handen.[187] Någon särskilt prövning av om artiklarna 9 och 10 blivit kränkta behövde inte göras eftersom dessa aspekter behandlades redan under prövningen av artikel 11.[188]

[183] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 37.
[184] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 38.
[185] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, 39–40.
[186] Domstolen hänvisar här inter alia till Schmidt och Dahlström, p. 36 och Young James and Webster p. 64.
[187] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 41.
[188] Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, p. 42–43.

Kommentar
Inledningsvis finns det anledning att påpeka att domstolen inte ansåg sig nödgad att fastställa huruvida Frami var en fackförening eller inte. Domstolen motiverade detta med att deklarera att rätten att ansluta sig till och bilda en fackförening inte utgör en särskilt rättighet utan bara en aspekt av föreningsfriheten.

Det mest uppmärksammade med detta rättsfall är emellertid att domstolen för första gången uttalar att artikel 11 inbegriper en negativ föreningsrätt ("a negative right of association").[189] Det är dock viktigt att klargöra omfattningen av den negativa föreningsfrihet som domstolen lägger fast i Sigurjónsson. Domstolen påpekar att den inte anser sig nödgad att ta ställning till om skyddet av den negativa föreningsfriheten är likvärdigt med skyddet för den positiva. När domstolen behandlar frågan om artikel 11:s omfattning betonas att det aktuella fallet rör *föreningstvång genom lag* till skillnad från Young, James and Webster som rörde tvång genom avtal. Trots att domstolen hämtade stöd för sin ståndpunkt att artikel 11 inbegriper en negativ föreningsfrihet bland annat hos instrument som också förbjuder avtalsbaserat föreningstvång så är det min uppfattning att detta rättsfall bara generellt klargör att tvång genom lag utgör ett intrång i artikel 11.[190] Domstolen anger också i sina motiv till utvidgningen av föreningsfriheten till att också omfatta en negativ sida att ett obligatorium av aktuell natur som rör medlemskap i en privaträttslig förening inte existerar *i lag* i den stora majoriteten av konventionsstaterna. I stället, påpekar domstolen, återfinns på många håll ett skydd av den negativa föreningsfriheten.

Övrig praxis visar dock att även tvång som utövas av privata subjekt i form av avtal som framgår av Young, James and Webster eller av andra mycket ingripande handlingar (se Gustafsson) också kan stå i strid med artikel 11. Möjligen kan man dock tro att det ställs högre krav på tvångets karaktär när det utövas av privata subjekt i jämförelse med den karaktär lagföreskrivet tvång måste ha för att anses vara oförenligt med artikel 11. Denna diskussion återkommer jag till.

En ytterligare aspekt som domstolen tog upp eftersom regeringen så krävde var frågan om föreningstvångets tillblivelse i tiden spelade någon roll. Regeringen menade nämligen att en fundamental skillnad i detta fall i jämförelse med Young, James and Webster var att Sigurjónsson (S) var medveten om medlemskravet redan vid ansökan om taxilicensen. Domstolen pekade emellertid på att det medlemskrav som S följde när

[189] Se t.ex. van Dijk & van Hoof s. 595, Cameron, Introduction, 4u, 2002, s. 113, Danelius 2002 s. 346.
[190] Se också Sigeman, Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 37.

han fick sin licens inte var formellt giltigt och således inte bindande. Därför menade domstolen kunde man bara spekulera i hur S skulle agerat om detta ogiltiga medlemskrav inte förelåg. Hans agerande efter 1985 tydde dock enligt domstolen på att han inte skulle anslutit sig om han inte behövt det. Det var ju inte förrän år 1989 som det klargjordes att medlemskapet i Frami var ett krav. Domstolen lämnar argumentet eftersom de ursprungliga omständigheterna var så oklara. Det är därför svårt att avgöra om denna omständighet skulle ha fått någon betydelse i detta fall. Domstolen anger nämligen inte att tidpunkten för det formella kravets ikraftträdande tillmäts någon betydelse. Det i lag angivna tvånget verkar i sig tillräckligt för att konstatera att ett intrång ägt rum. Frågan om tidpunkten för ett föreningstvångs ikraftträdande spelar troligen en större roll om tvånget är avtalsbaserat.[191]

Även i detta fall konstateras att en kränkning också ägt rum av artikel 11 i kombination med artiklarna 9 och 10. Detta berodde på det tryck S utsattes för att kvarbli som medlem i Frami i strid med hans övertygelse. Detta i sig utgjorde också ett intrång som träffade artikel 11:s kärna. Detta moment vävdes sedan in i proportionalitetsprövningen. Bägge intrången behandlades således samfällt och det är i princip omöjligt att bedöma dess inbördes betydelse för utgången av fallet.

En sak som dock är viktigt att hålla i minnet i detta fall är att domstolen både gör ett generellt klargörande av artikel 11:s omfattning och utifrån denna allmänna information gör en bedömning av omständigheterna i fallet. I den senare prövningen måste givetvis domstolen bedöma parternas argument och ta med alla dessa i sin bedömning. Vi vet därför inte vilken betydelse övertygelsemomentet har när det är fråga om föreningstvång angivet i lag. Om det finns utgör det naturligtvis en försvårande omständighet men om det saknas påverkas då kraven på lagstiftarens syfte med tvånget? I någon mån skulle det säkert göra det. Jag tror dock att krav som uppställs i lag på att vara medlem i en privaträttslig organisation för att kunna utöva visst yrke i sig utgör ett sådant allvarligt intrång i föreningsfriheten att orsaken till en individs motvilja mot en sådan anslutning får en underordnad betydelse. Det kommer alltid bli svårt för en lagstiftare att motivera varför det allmänintresse staten vill säkerställa måste kanaliseras genom en privaträttslig organisation. Det naturliga är att staten helt och hållet tar ansvar för allmänintresset och etablerar offentligrättsliga organ för dess säkerställande.[192]

[191] Se dock Morris, Fundamental rights: Exclusion by Agreement? s. 49–71.

[192] Jfr exempelvis det organs karaktär till vilket det föreskrevs obligatoriskt medlemskap i Case of le Compte, van Leuven and de Meyre v Belgium, 23 juni 1981, p. 64–65, (se också kårobligatoriet Applic 6094/73 Association X v Sverige).

Så av Sigurjónssonfallet kan vi dra slutsatsen att tvång som anges i lag att ansluta sig till privaträttslig organisation utgör en kränkning av artikel 11 om tvånget medför en risk att förlora sina försörjningsmöjligheter.

En aspekt jag avslutningsvis vill fästa uppmärksamhet på är hur domstolen motiverar sitt ställningstagande att inbegripa en negativ föreningsfrihet i artikel 11. Detta skall jämföras med hur domstolen motiverat att inte inbegripa en rätt för fackföreningar att bedriva kollektiv förhandling och ha kapacitet att sluta kollektivavtal. När det gäller den negativa föreningsfriheten räcker det med att hänvisa till "the great majority" av konventionsstaterna. När det gällde frågorna om kollektiv förhandling hänvisar man till *alla* medlemsstater. Domstolen hämtar i Sigurjonssonfallet huvudsakligen stöd från andra internationella instrument som i första hand avser att säkerställa sociala och ekonomiska rättigheter. När det gällt omfattningen av rätten för fackföreningar av vidta externa aktiviteter har omfattningen av ekonomiska och sociala instrument inte ansetts ha någon avgörande betydelse.[193]

10.1.10.5 Gustafsson

Fallet i domstolen

Det senaste rättsfallet som rörde den negativa föreningsfriheten var Gustafsson mot Sverige. Gustafsson ägde och drev sommarrestaurangen Ihrebaden på Gotland. Restaurangen hade knappt tio anställda. Gustafsson (G) var inte ansluten till någon arbetsgivarorganisation och var inte bunden av något kollektivavtal. Hotell- och Restauranganställdas förbund (HRF) kontaktade G. år 1987 för att söka få till stånd ett hängavtal. Ett hängavtal skulle medföra att ett kollektivavtal skulle bli tillämpligt på restaurangen.[194] G. avböjde erbjudandet. Skälet därtill var att han hade principiella invändningar mot kollektivavtalssystemet. Dessutom betonade han att hans anställda erhöll högre lön än vad kollektivavtalet föreskrev. De anställda påstods vidare motsätta sig att ett hängavtal slöts för deras vidkommande.[195]

HRF lämnade Gustafson två hängavtalsförslag. Enligt det första avtalsförslaget skulle Gustafsson åta sig att tillämpa det gällande kollektiv-

[193] Appl. 32980/96 Dev Maden sen contre Turquie, 9 dec. 1999.

[194] Ett sådant avtal utgör en ensidig förpliktelse för en arbetsgivare att tillämpa det vid varje tidpunkt gällande riksavtalet i branschen. Källström och Fahlbeck menar att hängavtalskonstruktionen innebär att arbetsgivaren blir bunden av ett riksavtal utan möjlighet att påverka avtalets innehåll och utan möjlighet att delta i avtalsförhandlingarna. Källström, Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund, s. 21 och Fahlbeck, Gustafsson mot Sverige – båda förlorade.

[195] Gustafsson v Sweden, p. 10 och 11.

avtalet mellan HRF och arbetsgivarorganisationen. Vidare skulle nya framtida kollektivavtal mellan HRF och arbetsgivarorganisationen också bli tillämpliga på Ihrebaden så länge som Gustafsson inte sade upp hängavtalet. Gustafsson skulle också åta sig att teckna fem olika arbetsmarknadsförsäkringar och andra försäkringar som arbetsgivarorganisationen och HRF eventuellt skulle ena sig om i framtiden. Gustafsson skulle också förbinda sig att enbart anställa arbetstagare som var medlemmar i HRF och en del av de anställdas löner, motsvarande medlemsavgiften till HRF, skulle Gustafsson dra av och betala in till HRF. Gustafsson avböjde detta förslag och efter förhandlingar lade HRF fram ett nytt avtalsförslag. Enligt detta skulle Gustafsson åta sig att tillämpa det gällande kollektivavtalet mellan HRF och arbetsgivarorganisationen den innevarande säsongen och teckna vissa arbetsmarknadsförsäkringar. Företaget skulle därutöver åta sig att iaktta det kollektivavtal som var i kraft följande säsong antingen genom att ansluta sig till arbetsgivarföreningen eller genom att sluta ett nytt hängavtal. Organisationsklausulen var borttagen i detta andra avtalsförslag.[196] Även detta förslag avböjdes av Gustafsson.

HRF beslöt då att tillgripa stridsåtgärder mot Gustafsson. HRF satte hans restaurang under blockad och deklarerade att restaurangen var föremål för bojkott. Samma månad vidtog Handelsanställdas förbund och Livsmedelsarbetareförbundet sympatiåtgärder. Året därpå vidtogs ytterligare sympatiåtgärder av Svenska transportarbetareförbundet och av Kommunalarbetareförbundet. Därför stoppades leveranser till restaurangen.[197]

Gustafsson ansökte både hos regeringen och regeringsrätten om att blockaden skulle förbjudas att fortgå. Inget organ ansåg sig dock behörigt att avgöra tvisten.[198] År 1991 sålde Gustafsson restaurangen på grund av de svårigheter att driva verksamheten som stridsåtgärderna givit upphov till.[199]

Gustafsson klagade inför kommissionen för de mänskliga rättigheterna. Han hävdade att avsaknaden av statligt skydd mot de stridsåtgärder som vidtagits mot honom kränkte hans negativa föreningsfrihet. Han angav också att de vidtagna stridåtgärderna var onödiga eftersom hans anställda betalades mer än vad som föreskrevs i kollektivavtalet och efter-

[196] Gustafsson v Sweden, p. 11 och 12. Enligt Fahlbeck förstod Europadomstolen det så att ett mått av avtalsfrihet var inbegripet i hängavtalskonstruktionen. Domstolen uppfattade enligt Fahlbeck det som att arbetsgivaren skulle ha en reell rätt att förhandla med fackföreningen samt en reell avtalsfrihet. Enligt Fahlbeck är dock detta fel eftersom facken i realiteten inte medger individuella avtalsvillkor i hängavtal med små arbetsgivare, se Fahlbeck, Gustafsson mot Sverige – båda förlorade.

[197] Gustafsson v Sweden, p. 14.

[198] Gustafsson v Sweden, p. 17–18.

[199] Gustafsson v Sweden, p. 23.

som de själva inte önskade något kollektivavtal.[200] Regeringen hävdade att artikel 11 inte var tillämplig och underströk att stridåtgärderna inte syftade till att Gustafsson skulle ansluta sig till en arbetsgivarorganisation utan HRF nöjde sig med att ett hängavtal slöts. Dessutom ansåg regeringen inte att den kunde hållas ansvarig för handlingar begångna av privata subjekt i dess relation till andra privata subjekt. Gustafsson vidhöll dock att hans rätt att inte ansluta sig till arbetsgivarföreningen HRAF, som erkändes av domstolens praxis, också måste medföra en rätt för honom att förhandla med sina anställda utan inblandning från en fackförening. Kommissionen ansåg att fallet inbegrep frågor om fakta och lag som var av sådan komplex karaktär att ett avgörande av fallet krävde en undersökning av sakförhållandena. Kommissionen godtog därför klagomålet.[201]

Kommissionen kom i sin rapport till slutsatsen att artikel 11 var kränkt. Kommissionen menade att en av de viktigaste effekterna av medlemskap i en arbetsgivarorganisation enligt det svenska arbetsmarknadssystemet var att medlemmarna går med på att genom organisationen engagera sig i kollektiv förhandling och att bli bundna av de kollektivavtal som arbetsgivarorganisationen sluter med aktuell fackförening eller fackföreningar. Därför var i realiteten frågan i detta fall huruvida den klagande skulle avhålla sig från att reglera sin relation med de anställda genom individuella kontrakt och i stället åta sig några av de skyldigheter som normalt utgör en av de mest väsentliga konsekvenserna av medlemskap i en arbetsgivarorganisation. Under dessa omständigheter skulle det vara konstruerat och formalistiskt att bestrida att de klagandes negativa föreningsfrihet berördes, även om G. hade möjlighet att påta sig dessa skyldigheter utan att formellt ansluta sig till HRAF eller någon annan arbetsgivarorganisation.[202] Kommissionen gjorde sedan en proportionalitetsbedömning och kom fram till att eftersom den fackliga åtgärden inte vidtagits för medlemmarnas räkning och ett slutande av kollektivavtal inte skulle förbättra medlemmarnas ekonomiska och sociala villkor så kunde en så ingripande åtgärd som de föreliggande stridsåtgärderna inte anses vara proportionella mot det syfte som skulle uppnås. Staten hade därför ett ansvar att tillse att den klagande fick tillgång till rättslig kompensation, exempelvis genom rättsliga procedurer genom vilka den klagande skulle ha möjlighet att mildra eller avsluta de pågående stridsåtgärderna.[203]

[200] Applic No. 15573/89 as to the admissibility of the application, Gustafsson hävdade även att andra av konventionens artiklar var kränkta.
[201] Applic No. 15573/89. as to the admissibility of the application.
[202] Applic No. 15573/89, Report of the Commission.
[203] Applic No. 15573/89, Report of the Commission, p. 81.

Regeringen drev fallet vidare till Europadomstolen. Domstolen konstaterade att det tvång som Gustafsson utsatts för medförde en avsevärd press att låta sig bindas av ett kollektivavtal. De val som stod Gustafsson till buds, anslutning till en arbetsgivarförening eller slutande av ett hängavtal, medförde att Gustafssons föreningsfrihet *till viss del* berördes. Därför var artikel 11 tillämplig i fallet och domstolen skulle nu avgöra om något intrång i föreningsfriheten ägt rum som staten kunde ställas till ansvar för.[204]

Domstolen konstaterade att statligt ansvar kunde aktualiseras även om staten inte direkt var upphov till en kränkning om kränkningen var ett resultat av statens misslyckande med att säkerställa artikelns rättigheter i det aktuella fallet. Domstolen fortsatte med att fastslå att artikel 11 inbegrep både en positiv rätt att bilda och ansluta sig till en fackförening samt en negativ aspekt av denna frihet det vill säga rätten att inte ansluta sig och att utträda ur en organisation (domstolen hänvisar till Sigurjonsson p. 35). Domstolen lämnade det öppet om den negativa rättigheten var jämbördig med den positiva men konstaterade att trots att tvång att ansluta sig till en särskild fackförening inte alltid behöver stå i motsättning till konventionen så utgör ett tvång som under omständighetena "strikes at the very substance" av den föreningsfrihet som garanteras av artikel 11 ett intrång i den friheten (Sibson p. 29). Det innebär att staten under vissa omständigheter blir skyldig att intervenera i relationen mellan privata subjekt genom att vidta rimliga och lämpliga åtgärder för att säkerställa det effektiva åtnjutandet av den negativa föreningsfriheten (mut mut Ärzte für das leben p. 32–34).

Domstolen övergick sedan till att beskriva den del av den positiva föreningsfriheten som aktualiserades i detta fall. Domstolen upprepade det som framkommit ur tidigare praxis att artikel 11 inte säkerställde att fackföreningar eller deras medlemmar skulle åtnjuta någon särskild behandling av staten såsom en rätt att sluta kollektivavtal, men att orden "for the protection of their interests" i artikel 11 visade att konventionen säkerställer friheten att skydda de fackliga medlemmarnas yrkesmässiga intressen genom facklig aktivitet. I detta avseende kunde staten välja vilka medel som skulle användas och det påpekades att domstolen medgivit att slutande av kollektivavtal kunde utgöra ett sådant.[205]

Domstolen klargjorde att staten åtnjöt ett stort handlingsutrymme när det gällde att välja vilken metod som fackföreningarna skulle kunna tillgå för att skydda sina medlemmars intressen. Detta sades bland annat bero på de känsliga sociala och politiska frågor som var involverade när staten

[204] Gustafsson v Sweden, p. 44.

[205] I Gustafssondomen hänvisas till Swedish Engine Drivers' Union v Sweden p. 39–40.

försöker uppnå en lämplig balans mellan de konkurrerande intressena. Särskilt som i det aktuella fallet då det gällde att bedöma lämpligheten av statlig inblandning för att begränsa facklig aktivitet som syftade till att utvidga kollektivavtalssystemet. Handlingsutrymmet ansågs också vara en konsekvens av de stora skillnader som återfanns i de nationella systemen inom detta område.[206]

När domstolen tillämpade principerna angivna ovan på omständigheterna i det enskilda fallet kunde domstolen konstatera att Gustafsson utsatts för en påtaglig press att möta fackföreningens krav att låta sig bli bunden av ett kollektivavtal antingen genom att ansluta sig till en arbetsgivarförening eller genom att sluta ett hängavtal. Bara det första alternativet involverade emellertid medlemskap i en organisation. Domstolen medgav att om Gustafson valde det första alternativet skulle han å ena sidan få mindre möjlighet att påverka innehållet i kommande kollektivavtal. Å andra sidan skulle han genom hängavtalet kunna införa klausuler som var anpassade till den egna verksamheten.[207] Under alla omständigheter, så tycktes det inte, inte heller hade det så hävdats att, att Gustafsson var tvungen att ansöka om medlemskap i arbetsgivarföreningen på grund av de ofördelaktiga ekonomiska konsekvenser som följde med hängavtalet.

Gustafssons huvudsakliga invändning mot det andra alternativet var i själva verket av politisk natur nämligen hans motstånd mot det svenska kollektivavtalssystemet. Artikel 11 garanterade emellertid, enligt domstolen, inte rätten att inte sluta kollektivavtal (domstolen hänvisar här till Lokmannafallet p. 40–41). Den positiva skyldigheten som åvilade staten enligt artikel 11 kunde mycket väl omfatta behandling som var kopplad till funktionen av ett kollektivavtalssystem, men bara när sådan behandling inkräktade på föreningsfriheten. Tvång som i detta fall inte *klart* berörde åtnjutandet av den friheten, även om den åsamkade ekonomiska skador, kunde inte ge upphov till några positiva skyldigheter enligt artikel 11.[208]

Domstolen fortsatte med att konstatera att dessutom hade Gustafsson inte underbyggt sina påståenden om att de anställningsförhållanden han erbjöd var mer fördelaktiga än de som föreskrevs i kollektivavtalet. I åtan-

[206] Gustsfsson v Sweden, p. 45.

[207] Sigeman tycks anse att domstolens uppfattning om möjligheterna för Gustafsson att anpassa hängavtalet till de egna förutsättningarna var avgörande för målets utgång, Gustafssonmålets konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 44, se också Fahlbeck, Gustafsson mot Sverige – båda förlorade.

[208] Gustafsson v Sweden, p. 52.

ke av den speciella roll och vikt kollektivavtalen spelar vid regleringen av arbetsmarknaden i Sverige, fann domstolen inga skäl att tvivla på att fackföreningen avsåg att främja legitima intressen som var förenliga med artikel 11 (Lokmanna p. 40 och Schmidt Dahlström p. 6). Det erinrades också om att den kollektiva förhandlingens legitima karaktär erkändes av en rad internationella instrument, särskilt artikel 6 ESS, artikel 8 IKESKR och ILO-konventionerna 87 och 98.[209]

I den följande och avslutande paragrafen angav domstolen att den i ljuset av det föregående med hänsyn tagen till det handlingsutrymme som måste tilldelas staten i aktuellt ämne, inte fann att Sverige misslyckats med att säkerställa Gustafssons rättigheter enligt artikel 11. Ingen kränkning var således för handen.[210]

Kommentar

Domen är svårtolkad. Det är särskilt frågan om stridsåtgärdernas legitimitet spelade någon roll för målets utgång som vållar huvudbry. Domstolen anger att rätten att inte sluta kollektivavtal inte skyddas av konventionen. En positiv skyldighet för staten att vidta åtgärder för att säkerställa någons negativa föreningsfrihet uppkommer enbart om föreningsfriheten klart berörts av den åtgärd som är föremål för prövning. Ett tvång att sluta ett kollektivavtal berörde inte klart föreningsfriheten och därför uppstod inga positiva skyldigheter för staten att avvärja tvånget. Efter detta konstaterande skulle man kunnat utgå ifrån att saken var avgjord. Då fortsatte emellertid domstolen med att resonera kring nivån på arbetsförhållandena på restaurangen och kring frågan om legitima intressen låg bakom stridsåtgärderna. Domstolen konstaterade att ingen visat att legitima skäl saknades samt erinrade om att kollektiv förhandling erkändes i ett antal internationella instrument. Därefter fastställde domstolen slutligen att mot bakgrund av det stora handlingsutrymme som staterna åtnjöt i aktuellt fall så kunde inte någon kränkning vara för handen.

Problemet med denna argumentation är att det bara är naturligt att diskutera frågor med anknytning till stridsåtgärdernas legitimitet när ett intrång är konstaterat och intrångets rättfärdighet skall bedömas utifrån artikel 11:2. Om ett intrång konstaterats skulle en avvägning ha gjorts mellan den positiva och den negativa föreningsfriheten. Enligt artikel 11:2 skall bara inskränkningar i föreningsfriheten accepteras om de är angivna i lag och de anses nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för att tillvarata vissa angivna syften. Ett av de angivna syftena är skyddandet av

[209] Gustafsson v Sweden p. 53.
[210] Gustafsson v Sweden p. 54–55.

annans fri- och rättigheter. I detta fall påstods stridsåtgärderna syfta till att skydda fackföreningarnas rätt att tillvarata sina medlemmars intressen det vill säga den positiva föreningsfriheten. Intrånget skulle ju därför kunnat motiveras av skyddet av andras fri- och rättigheter. En proportionalitetsbedömning skulle sedan gjorts där frågan om det legitima intresse stridsåtgärderna förestod i det enskilda fallet kunde motivera den kränkning av den negativa föreningsfriheten som ägt rum.

I detta fall klargjorde dock domstolen att något intrång i artikel 11 aldrig ägt rum. Diskussionen om stridsåtgärdernas legitima karaktär framstår därför som förvirrande. Domen är svårtolkad och den har tolkats på olika sätt. Hade frågan om fackföreningen hade legitima skäl för sin verksamhet någon betydelse i målet och i så fall på vilket sätt?[211]

Man skulle kunna hävda att om man i förstone konstaterar att statens positiva skyldighet att agera för att skydda den negativa föreningsfriheten bara aktualiseras om föreningsfriheten *klart* berörs så kan inte detta förhållande variera beroende på om utövandet av den verksamhet som förorsakade intrånget åtnjöt något skydd eller inte. Domstolens kommentarer i domens punkter 53 och 54 blir dock enligt denna argumentation svåra att placera in i ett logiskt sammanhang. Den enda möjligheten är att i sådana fall förstå punkterna 53 och 54 som ett obiter dictum där domstolen tar tillfället i akt att ange hur man ser på frågan om gränserna för kravet på legitima skäl för skyddet av den positiva föreningsfriheten.

Man skulle också kunna förstå samspelet mellan punkterna 52–54 som att statens skyldigheter att agera för att skydda den negativa föreningsfriheten är beroende av om den åtgärd som föranledde kränkningen åtnjöt något skydd enligt konventionen eller inte. I sådana fall skulle det inte krävas att föreningsfriheten klart berördes om fackföreningen i det aktuella fallet saknade legitima skäl för sin åtgärd. Företrädarna för denna åsikt anser att domstolen har tillämpat en proportionalitetsprincip redan i avgörandet om något intrång i föreningsfriheten överhuvudtaget ägt rum[212] eller gör någon form av helhetsbedömning där stridsåtgärdernas legitimitet spelar en roll.[213]

[211] Se t.ex. Herzfeld Olsson s. 614 som menar att de inte hade det, vilket t.ex. Källstrom, Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten, s. 1159–1160 och Sigeman, Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser, Cameron, An inroduction, 4 u, 2002, s. 113 menar att de har.

[212] Källström, Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten, s. 1159 och Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund, s. 31–32 och Sigeman, Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser.

[213] Se Källström, Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund, s. 30–33, Sigeman, Gustfssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 34, 47.

Från tidigare praxis framkommer emellertid att proportionalitetsprincipen normalt aktualiseras i ett senare skede.[214] Enligt denna praxis måste domstolen först avgöra om en inskränkning av föreningsfriheten är för handen. Sedan prövar domstolen om intrånget är rättfärdig enligt artikel 11:2. Det är i bedömningen enligt artikel 11:2 som en proportionalitetsbedömning skall göras. Är inskränkningen av en rättighet nödvändig för att uppnå något annat legitimt syfte? Står inskränkningen i rimlig proportion till den nytta man vill uppnå?

Kommissionen för i Gustafssonmålet emellertid in en proportionalitetsbedömning redan i avgörandet om staten kan åläggas att vidta positiva åtgärder för att undanröja intrånget i artikel 11. Kommissionen konstaterar att föreningsfriheten är berörd. Därefter utrönes om staten hade en positiv skyldighet att vidta en åtgärd för att undanröja intrånget.[215] I detta andra led gör kommissionen en proportionalitetsbedömning. Stridsåtgärdernas legitimitet vägs mot den olägenhet Gustafsson fick utstå.[216] Någon indikation på att en prövning enligt artikel 11:2 görs framkommer inte. Kommissionen har vid det laget visserligen konstaterat att artikel 11 är berörd men för att avgöra om staten skall behöva vidta några skyddsåtgärder görs en bedömning av om ett sådant övergrepp begåtts som aktualiserar statens ansvar. För att göra denna bedömning tillgriper kommissionen en proportionalitetsbedömning och väger den positiva föreningsfriheten mot den negativa.[217]

Kommissionen har även tidigare gjort liknande avvägningar när det gällde skyddet av en enskilds positiva föreningsfrihet som hamnade i konflikt med den kollektiva fackliga positiva föreningsfriheten. Vid avvägningen i det fallet hänvisade kommissionen till domen i Young, James and Webster. Hänvisningen gjordes dock till den del av domen där frågan om intrånget var rättfärdigt enligt artikel 11:2 behandlades.[218]

I Gustafssonfallet gör domstolen aldrig någon prövning av om något intrång i artikel 11 var rättfärdigt enligt artikel 11:2. Frågan blir därför om domstolen följt kommissionens linje och ändrat sin praxis och fört in en proportionalitetsbedömning redan i prövningen av om staten kan åläggas att vidta positiva åtgärder för att skydda den berörda rättigheten.

Gustafssondomen öppnar upp för sådana tolkningar eftersom den i sina avslutande domskäl det vill säga i punkterna 52–54 kan uppfattas som oklar.

[214] Se Young, James and Webster v UK, p. 55 och 58–65.
[215] Gustafsson v Sweden, kommissionsrapporten p. 72.
[216] Gustafsson v Sweden, kommissionsrapporten p. 78.
[217] Gustafsson v Sweden, kommissionsrapporten p. 78–82.
[218] Application no 10550/83 Cheall v UK s. 186.

Gustafsson själv tycks ha uppfattat det som att frågan om stridsåtgärdernas bakomliggande legitimitet var av avgörande betydelse för målets utgång. Han ansökte nämligen om resning i målet när nya uppgifter om fackföreningens agerande framkommit. Dessa uppgifter pekade enligt Gustafsson på att HRF saknade legitima syften med stridsåtgärderna. Resningsansökan antogs och fallet låg återigen på domstolens bord. Till viss del klarnade den ursprungliga domen genom revisionsbeslutet. Domstolen avgjorde om de nya uppgifterna rörande ifrågasättandet av fackföreningens legitima skäl att vidta stridsåtgärder mot Gustafssons restaurang skulle kunna haft någon avgörande betydelse för målets ursprungliga utgång.[219]

Källström uppmanar dock till försiktighet då det gäller att dra slutsatser av resningsbeslutet. Han menar att resningsbeslutet inte förklarar domen utan enbart avgör om de omständigheter som Gustafsson pekat på i resningsansökan *ensamma* varit avgörande för domen. Men påpekar, Källström, "av den intresseavvägningsmodell som domstolen tillämpat i den ursprungliga domen följer att ingen omständighet ensam är avgörande utan det är fråga om en helhetsbedömning. Från den synpunkten är utgången i resningsmålet inte överraskande.".[220]

Enligt min uppfattning är dock resningsbeslutet klart belysande, inte bara för att 16 av dess 17 domare ursprungligen avgjorde målet utan också för att domstolen faktiskt anger vilka omständigheter som var avgörande för utgången.

Domstolen rekapitulerar den tidigare domen i revisionsbeslutet och konstaterar att de omständigheter som anges i punkt 52 med beaktande av det handlingsutrymme som står stater till buds inom detta område var *avgörande* för domstolens slutsatser.[221] I punkt 52 anges att Gustafsson kunde välja mellan att inträda i arbetsgivarföreningen och att sluta ett hängavtal. Enbart det första alternativet rörde enligt domstolen medlemskap i en organisation. Domstolen fortsätter med att konstatera att även om hängavtalet inskränkte Gustafssons möjligheter att påverka kollektivavtalets innehåll, så medförde det inte några ekonomiska nackdelar i jämförelse med medlemskap i en arbetsgivarorganisation. Vidare anger domstolen att artikel 11 inte i sig inbegriper en rätt att inte träffa ett kollektivavtal. Därutöver anges att statens positiva skyldighet enligt artikel 11, inklusive åsiktsfrihetsaspekten, mycket väl kan utsträcka sig till behandling som rör ett kollektivavtalssystems funktion, men bara om en sådan behandling inkräktar på föreningsfriheten. Tvång som i detta fall inte klart berör åtnjutandet av föreningsfriheten även om det föranleder

[219] Se Gustafsson v Sweden, revisionsdomen p. 26–27.
[220] Källström, Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund, s. 27.
[221] Gustafsson v Sweden, revisionsdomen p. 29.

ekonomisk skada kan inte ge upphov till några positiva skyldigheter enligt artikel 11.

Uppenbart är att frågan om stridsåtgärdernas legitimitet överhuvudtaget inte nämndes i denna punkt som enligt domstolens revisionsbeslut tillsammans med punkt 54 var avgörande för utgången i målet.

Betydelsen av det handlingsområde domstolen hänvisar till och som refereras till i den ursprungliga domens punkt 54 klarnar också i detta stycke. Eftersom domstolen hänvisar direkt till handlingsutrymmet när den påpekar att omständigheterna i punkt 52 haft avgörande betydelse förstår man också sista stycket i punkt 45 bättre där domstolen talar om de känsliga politiska och sociala frågor som ligger bakom en avvägning av de konkurrerande intressena på arbetsmarknaden och att därför ett stort handlingsutrymme måste stå parterna till buds. Även i skyddet av den fackliga negativa föreningsfriheten står alltså ett stort handlingsutrymme staterna till buds. Eftersom skyddet av den fackliga negativa föreningsfriheten i många fall är ett resultat av den ovan nämnda balansgången kan bara krav ställas på att staten skall säkerställa åtnjutandet av föreningsfrihetens *kärna*. Hänvisningen till handlingsutrymmet förklarar bara varför inte den negativa fackliga föreningsfriheten också måste skyddas när föreningsfriheten visserligen berörs men inte klart.[222]

Det tycks alltså som om domstolen genom alla turer i Gustafssonmålet bekräftat sin tidigare praxis att staten bara ansvarar för att en individs negativa föreningsfriheten skyddas mot intrång av andra privata subjekt när föreningsfriheten *klart* berörs. Denna klarhet skulle kunna jämföras med ordvalet i Young, James och Webster att tvånget "strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11". Tvång som syftar till att förmå någon att låta sig bindas av ett kollektivavtal träffas inte av denna kärna

10.1.11 Relationen mellan den positiva och den negativa föreningsfriheten

En angränsande fråga som aktualiseras i Gustafssonfallet och som bör diskuteras lite närmare är förhållandet mellan den positiva och den negativa fackliga föreningsfriheten. Domare Martens hävdade i sin avvikande

[222] Källström är dock av annan uppfattning då det gäller revisionsdomens klargörande betydelse, se Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund, s. 20, 26ff. Jfr Sigeman som anser att det framgår av både domen och revisionsbeslutet att skyddet för den negativa föreningsrätten skulle kunna aktualiseras av tvång att underkasta sig ett regleringssystem som stod under avgörande inflytande av en förening personen inte vill tillhöra, men tydligt är enligt Sigeman att skyddet är svagare än i lägen då krav ställs på anslutning till en förening, Sigeman, Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 44.

uppfattning i den ursprungliga Gustafssondomen att den fackliga föreningsfriheten i dag innefattar en rätt att delta i kollektivförhandling och att skydda medlemmarnas intressen genom stridsåtgärder. Därför måste enligt Martens den fackliga föreningsfrihetens negativa sida innefatta en frihet att inte integreras i ett kollektivavtalssystem, det vill säga ha frihet att förhandla sina egna "labour agreements".[223] Domstolens majoritet tycks dock i sin argumentation utgå från att någon rätt att sluta kollektivavtal inte följer av artikel 11 med hänvisning till Lokamannafallet och därför inbegrips inte någon rätt att inte sluta kollektivavtal i den negativa föreningsfriheten (p. 52). Av Martens resonemang följer att om domstolens skulle komma fram till att den positiva fackliga föreningsfriheten i artikel 11 inbegriper en rätt för fackföreningarna att delta i kollektiv förhandling så skulle därmed dess negativa aspekt inbegripa en rätt att inte delta i kollektiv förhandling. Enligt domstolens majoritet har emellertid inte domstolen tagit ställning till om den negativa föreningsfriheten är likvärdig med den positiva.[224] Visserligen har domstolen sagt att eftersom rätten att sluta kollektivavtal inte skyddas av föreningsfrihetens positiva sida så skyddas heller inte rätten att inte sluta kollektivavtal av föreningsfrihetens negativa sida. Att denna ömsesidighet alltid gäller är dock inte klarlagt. Det vore exempelvis märkligt om fackföreningarnas rätt att få göra sin stämma hörd motsvarades av en rätt för arbetsgivarna att slippa höra.

Martens hävdar visserligen i sin avvikande uppfattning att det ena följer av det andra men att sedan när avvägningen äger rum så måste den negativa föreningsfriheten ha företräde framför den positiva eftersom den syftar till att skydda en individuell fundamental rättighet. Detta följer enligt Martens av att konventionens övergripande målsättning är att skydda individuella grundläggande rättigheter och att tillgodose individen skydd mot intrång i dessa rättigheter. Särskilt när en individs åsiktsfrihet står emot kollektiv facklig aktivitet (p. 8).

Enligt Sigeman är det dock tvärtom, den negativa fackliga föreningsfriheten åtnjuter ett betydligt svagare skydd än den positiva.[225] Jag är enig med Sigeman om att det tycks som ett skydd för den negativa facklig föreningsfriheten enbart aktualiseras om kärnområdet berörs (även i Sigurjónsson p. 36).

Men om man vänder på resonemanget och tänker sig att en fackförening klagar över att den inte tillåts vida vissa stridsåtgärder för att få till

[223] Gustafsson v Sweden, dissenting opinion Martens p. 6. Om dissidenterna uppfattning se också Sundberg, Ett krig om Jenkins öra.

[224] Gustafsson v Sweden, p. 45 se också Sigurjónsson v Iceland, p. 35.

[225] Sigeman, Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 42.

stånd ett kollektivavtal därför att stridsåtgärderna anses vara alltför ingripande mot arbetsgivaren så inses mot bakgrund av den positiva föreningsfrihetens omfattning att det är ytterst oklart om den talan skulle bifallas. När det gäller skyddet av den positiva fackliga föreningsfriheten skulle man också kunna säga att då det gäller fackföreningens rätt att vidta fackliga aktiviteter så skyddas bara dess kärna.

Det man generellt kan säga är att då det gäller utformningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten som artikel 11 tillhandahåller och som rör styrkeförhållandena på arbetsmarknaden så har staterna ett ytterst stort handlingsutrymme. Detta gäller både dess positiva och dess negativa sida. Skälen därtill angavs tidigare.

När den positiva och den negativa föreningsfriheten ställs mot varandra i en prövning enligt artikel 11:2 är det omständigheterna i det enskilda fallet som avgör. Något generellt ställningstagande angående deras inbördes styrkeförhållande är nog knappast möjligt att ange.

10.2 Europakonventionens relation till Europarådets sociala stadga och till ILO- och FN-konventionerna

Som nämnts har Europadomstolen och den förutvarande kommissionen stundtals refererat till andra internationella instrument i sina avgöranden. Vilken inverkan har utformningen av den fackliga föreningsfriheten i dessa instrument haft för utvecklingen av den fackliga föreningsfriheten i Europakonventionen?

Bilden är på intet sätt enhetlig. Det tycks dock som om man kan säga att då det gäller omfattningen av skyddet för fackföreningens interna verksamhet så har inspiration hämtats från ILO-konventioner.[226] När det gällde rätten för fackföreningsmedlemmen att representeras av sin fackförening utan att hindras av arbetsgivaren tycks Europadomstolen också ha vägletts av ILO-konvention 98 och av sociala stadgan och av deras övervakningsorgans praxis.[227] I domstolens överväganden i målet Wilson & Palmer v UK så noterar Europadomstolen att den aspekt av den brittiska lagen som var föremål för klagan hade kritiserats av både Sociala stadgans oberoende expertkommitté och av ILO:s föreningsfrihetskommitté. Direkt därefter konstaterar domstolen att staten genom att tillåta

[226] Application No. 4125/69, X. against Ireland-the law och Application no 10550/83 Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom.
[227] Wilson & Palmer, p. 48.

arbetsgivare att utnyttja ekonomisk stimulans för att förmå arbetstagare att ge upp viktiga fackliga rättigheter misslyckats i sina positiva skyldigheter att säkerställa åtnjutandet av rättigheterna i artikel 11.[228]

När det gäller fackliga aktiviteter kan man dock konstatera att Europadomstolen inte låter sig inspireras av ekonomiska och sociala internationella instrument på sådant sätt. Inom detta område lutar sig i stället Europadomstolen mot den formula den själv utarbetat om att bli hörd. I ett par fall har den angivit att då inte ens Sociala stadgan tillhandahåller en rättighet för fackföreningen att vidta en aktivitet så kan inte Europakonventionen göra det. Europadomstolen anser nämligen att det är otänkbart att Sociala stadgan tog ett steg tillbaka i förhållande till Europakonventionen i detta avseende vid sin tillkomst.[229] I ett tredje fall konstaterade Europadomstolen att Sociala stadgan accepterade en viss typ av reglering av en rättighet. Detta togs bland annat till intäkt för att godta den aktuella inskränkningen.[230]

I Wilson & Palmer tycks inte några andra internationella instrument ha spelat någon roll för bedömningen av frågan om rätten till kollektiv förhandling.[231] I ett beslut anger domstolen att internationella instrument av ekonomisk och social karaktär inte har ett avgörande inflytande på vilka fackliga aktiviteter som skall skyddas av artikel 11 Europakonventionen.[232]

I Gustafsson hänvisar dock domstolen till Europarådets sociala stadga, FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter samt ILO-konventionerna 87 och 98. Det erinrades också om att den kollektiva förhandlingens legitima karaktär erkändes av en rad internationella instrument, särskilt artikel 6 ESS, artikel 8 IKESKR och ILO-konventionerna 87 och 98.[233] Det kan dock konstateras att varken FN:s konvention eller ILO-konvention 87 uttryckligen skyddar förhandlingsrätten. Däremot har övervakningsorganen givit instrumenten en sådan innebörd. Denna hänvisning syftar dock inte till att tillerkänna fackföreningarna en rättighet i ett särskilt fall utan syftar till att klargöra att statens val av metod för att fackföreningen skall bli hörd är ett legitimt sådant.

[228] Wilson & Palmer, p. 48.
[229] National Union of Belgian Police v Belgium p. 38,
Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, p. 39.
[230] Schmidt and Dahlström v Sweden, p. 36.
[231] Wilson & Palmer p. 43–45.
[232] Appl. 32980/96 Dev Maden Sen contre Turquie, 9 dec. 1999.
[233] Gustafsson v Sweden p. 53.

I ett fall, Sigurjónsson, åberopas dock både ILO-konventioner och Europarådets sociala stadga som motiv till att explicit utvidga omfattningen av artikel 11. Det gällde frågan om huruvida det var föreniligt med artikel 11 att i lag påfordra medlemskap i förening

Domstolen påpekade att ett ökat genomslag för den negativa föreningsfriheten kunde skönjas i internationella sammanhang. Förutom i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna hade 11 av EG:s medlemsstater i EG:s stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare föreskrivit att varje arbetstagare och arbetsgivare skulle ha frihet att ansluta sig eller *inte* ansluta sig till en yrkesorganisation eller fackförening utan att drabbas av någon personlig eller yrkesmässig skada. Vidare hade Europarådets parlamentariska församling enhälligt antagit en rekommendation år 1991 där bland annat rådet uppmanades att införa en mening med denna innebörd i artikel 5 i Europarådets sociala stadga. Den oberoende expertkommittén som övervakar stadgan hade dock utan uttryckligt stöd i artikeltexten uttryckt att den negativa föreningsfriheten är en del av artikel 5 och har i många fall klandrat förekomsten av organisationsklausuler i flera länder. Regeringskommittén hade dessutom utfärdat en varning till Island rörande denna punkt. Dessutom kunde det utläsas ur ILO:s föreningsfrihetskommittés praxis att "union security measures imposed by law, notably by making union membership compulsory, would be incompatible with Conventions Nos. 87 and 98".

Domstolen erinrade om att konventionen måste ses som ett levande instrument som måste tolkas utifrån de omständigheter som för närvarande råder. *Således måste artikel 11 inbegripa en negativ föreningsrätt.* I detta fall ansåg dock domstolen inte att det var dess uppgift att ange huruvida den negativa rättigheten är likställd med den positiva.[234]

Det kan tyckas märkligt att Europadomstolen till så stor del vilar sig mot ekonomiska och sociala internationella instrument när det gäller utvidgningen av den allmänna negativa föreningsfriheten i artikel 11. De åberopar instrument som till stor del inriktar sig på den fackliga föreningsfriheten. Detta skulle kunna tyckas naturligt om fokus låg på den fackliga föreningsfriheten och utrönandet av om ett skydd av den negativa föreningsfriheten mellan privata rättssubjekt skulle kunna hamna i strid med fackföreningarnas rätt att vidta aktiviteter för att tillgodose sina medlemmars intressen. Så var nu inte fallet. Däremot skulle man kunna tänka sig att valet av angivna inspirationskällor visar hur utbrett skyddet av den negativa föreningsfriheten faktiskt är. Det återfinns i alla typer av instrument.

[234] Gustafsson v Sweden, p. 35.

Det är tydligt att det inte går att fastställa att något annat internationellt instrument har något särskilt inflytande över förståelsen av artikel 11. Domstolen har sagt olika saker om olika instrument rörande olika frågor. Framförallt inverkar inte andra instrument på omfattningen av skyddet av fackföreningarnas rätt att vidta åtgärder. Det tycks snarare vara andra överväganden som avgör denna fråga.

11 Sammanfattning – likheter och skillnader i utformningen av den fackliga föreningsfriheten i internationella mänskliga rättighetsinstrument

11.1 Inledning

I det föregående har jag behandlat de olika internationella instrumenten för sig och studerat utformningen av den fackliga föreningsfriheten i vart och ett. Perspektivet har varit vertikalt.

I det här avsnittet skall ett horisontellt perspektiv anläggas. Vilka likheter och skillnader kan man detektera i de olika instrumenten? Finns det en särskild europeisk förståelse av den fackliga föreningsfriheten? Hur tas de individuella och kollektiva momenten tillvara i de olika instrumenten? På vilka grunder utkristalliseras skiljelinjer och likheter?

En utgångspunkt skall klargöras. Jag utgår från att ILO-konventionerna 87 och 98 utgör en enhet som gemensamt formulerar omfattningen av ILO:s förståelse av den fackliga föreningsfriheten. På samma sätt behandlar jag artiklarna 5 och 6 i Europarådets sociala stadga. Orsaken till detta val är att artiklarna i Europarådets sociala stadga och ILO-konventionerna är så tätt sammanbundna. Detta förklarades i genomgången av respektive instrument.

Fokus har legat på följande frågeställningar.

- Vad innebär det att arbetstagaren skall vara *fri* att bilda och ansluta sig till en fackförening? Innefattas exempelvis en rätt att välja vilken fackförening man vill ansluta sig till och en rätt att välja att inte ansluta sig till någon fackförening alls?
- Hur pass fri skall fackföreningen vara att organisera sin *interna* verksamhet – i vilken mån kan fackföreningen fritt välja sina medlemmar och behandla dem som de önskar?
- Vad innebär det att ha rätt att bilda och ansluta sig till en fackförening i relation till arbetsgivaren – i vilka situationer skall denna rätt kunna åberopas?

- Vad innebär det att syftet med bildandet av en fackförening är att tillvarata sina intressen? I vilken mån innefattar denna aspekt rätten till kollektiv förhandling och rätten att vidta stridsåtgärder?

Jag utgår från dessa frågeställningar i denna sammanfattning.

11.2 Friheten att bilda, ansluta sig och avstå från att ansluta sig till en fackförening

Utgångspunkten i alla de behandlade konventionerna är att alla arbetstagare fritt, det vill säga utan statlig inblandning, skall kunna välja vilken fackförening de vill ansluta sig till eller bilda. Den enskilde skall kunna välja mellan att ansluta sig till en existerande fackförening eller tillsammans med andra bilda en ny som bättre motsvarar önskemålen. Denna valmöjlighet skall även stå öppen på arbetsplatsnivå. Staten får således aldrig bestämma eller söka påverka vilken fackförening en arbetstagare skall ansluta sig till och heller inte upprätta så kallade fackföreningsmonopol.[1]

När det gäller omfattningen av denna aspekt av den positiva föreningsfriheten är dock bilden mer splittrad när det gäller frågan om skyddet också avser ett förbud för enskilda att inskränka andra enskildas valfrihet. Frågan aktualiseras också i samband med frågan om den negativa föreningsfrihetens omfattning och behandlas närmare nedan.

Den *negativa föreningsfriheten* skyddas också i alla instrument då det gäller relationen mellan stat och individ. Med den negativa föreningsfriheten avses rätten att inte tvingas ansluta sig till förening. Staten får i princip aldrig tvinga en arbetstagare att ansluta sig till en fackförening.[2] Undantagen till denna regel återfinns i de godtagbara inskränkningsgrunder som med lite olika innehåll är kopplade till den fackliga föreningsfriheten i alla konventioner utom ILO-konventionerna. Något sådant tvång har hittills inte ansetts uppfylla de godtagbara inskränkningsgrunderna. Man kan därför anta att staten måste uppvisa synnerligen starka skäl för att ett sådant tvång skall anses befogat.[3] I begreppet frihet impliceras således rätten att bilda, ansluta sig och *avstå från* att ansluta sig till en förening.

Frågan om skyddet av den negativa föreningsfriheten även omfattar relationen mellan enskilda ger inte ett lika entydigt svar. När det gäller organisationstvång som föreskrivs i kollektivavtal eller som, efter överens-

[1] ILO s. 138, IKMPR s. 212, IKESKR s. 235, ESS s. 254, EK s. 302.
[2] Europakonventionen s. 342ff, Europarådets sociala stadga s. 254f. IKMPR s. 213. IKESKR s. 235. ILO s. 138ff.
[3] EK s. 334ff.

kommelse, tillämpas mellan parter på arbetsmarknaden är bilden nämligen splittrad. Det skall dock betonas att denna aspekt inte bara rör den negativa föreningsfriheten. En sådan s.k. organisationsklausul inskränker ju i lika hög grad en arbetstagares rätt att fritt välja vilken fackförening han eller hon vill ansluta sig till. Det följande resonemanget är därför tillämpligt såväl på den positiva föreningsfriheten som på den negativa.

Att denna aspekt omfattas av det föreningsfrihetsrättsliga skyddet framgår tydligast i den praxis som omgärdar den Europeiska sociala stadgan. Därifrån utgår ett absolut skydd. Enligt Europarådets sociala stadga artikel 5 måste organisationsklausuler helt förbjudas både i lag och i praxis. Det gäller både klausuler som tillämpas vid rekryteringen och under anställningen.[4] Även Europadomstolen har dock angivit att sådant tvång kan resultera i en kränkning av den fackliga föreningsfriheten enligt Europakonventionens artikel 11. Enligt Europakonventionen *kan* sådana avtal stå i strid med artikel 11. Det har klarlagts att en klausul som medför att en person som anställdes innan klausulen slöts i strid med sin övertygelse måste ansluta sig till viss fackförening för att inte förlora sin anställning strider mot artikel 11.[5]

I ILO-konventionerna undantas explicit sådana bruk och avtal helt från konventionernas tillämpningsområde. ILO-konventionen tar därför inte ställning till organisationsklausuler och övervakningsorganen bortser från om det förekommer sådana klausuler i ett land eller inte. FN-konventionerna kan inte sägas vare sig skydda eller förbjuda organisationsklausuler.[6]

ILO-undantaget rör således uppgörelser som är resultatet av en förhandling mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisation. När det gäller frågan om arbetsgivare utan stöd i ett sådant avtal kan diskriminera medlemmar av en särskilt fackförening kommer vi in på det allmänna skyddet av den fackliga föreningsfriheten i anställningssituationen. Den frågeställningen behandlas längre fram.

Det går alltså att detektera en kärna av den fackliga föreningsfriheten när det gäller friheten att bilda och ansluta sig till en fackförening. Det står klart att friheten implicerar både en rätt att bilda, ansluta sig och avstå från att ansluta sig. Denna kärna tar dock bara sikte på relationen mellan stat och individ. Staten får inte inskränka den ovan angivna friheten.

När frågeställningen kommer ner på det privaträttsliga planet omfattas denna aspekt bara i den fackliga föreningsfrihetens europeiska dimension. Någon regional kärna är dock svår att ringa in eftersom Europa-

[4] ESS s. 256ff.
[5] EK s. 334ff.
[6] ILO se s. 141, IKMPR se s. 213f.

domstolen inte har en lika kategorisk inställning som den Europeiska kommittén för sociala rättigheter.

I lösningen av den här frågan aktualiseras relationen mellan den fackliga föreningsfrihetens kollektiva och individuella sida. Rätten för fackföreningar att förhandla och sluta kollektivavtal är en del av rättighetens kollektiva sida. Ett förbud att träffa kollektivavtal innehållandes organisationsklausuler inskränker den kollektiva aspekten av den fackliga föreningsfriheten till förmån för den individuella.[7] En organisationsklausul hindrar ju arbetstagaren både från att ansluta sig till en annan fackförening och från att vara oorganiserad.

I det här avseendet står det klart att den europeiska dimensionen av den fackliga föreningsfriheten i större utsträckning än den internationella tillvaratar den individuella aspekten av den fackliga föreningsfriheten. Den internationella tillåter dock en sådan prioritering. Detta är värt att hålla i minnet. Ett förbud mot organisationsklausuler utgör ju en klar begränsning av det förhandlingsbara utrymmet. Det innebär att det är förenligt med den internationella utformningen av den fackliga föreningsfriheten att prioritera den individuella aspekten i detta avseende.

11.3 Friheten för fackföreningar att fritt organisera sin interna verksamhet

En av den fackliga föreningsfrihetens grunddrag har visats vara att staten inte får interferera i fackföreningens *interna verksamhet*, det vill säga inte söka påverka vilka stadgar föreningen antar, vilka representanter den utser osv.[8] Rätten att fritt utforma den interna verksamheten kan dock hamna i konflikt med den enskildes rätt att välja vilken fackförening han eller hon vill tillhöra. Att fackföreningen har rätt att bestämma kriterierna för medlemskap genom sina stadgar utgör en del av den interna fackliga föreningsfrihetens fundament.

Frågan är dock om relationen mellan fackföreningen och dess medlemmar eller potentiella medlemmar omfattas av den fackliga föreningsfriheten? Det har visat sig att de olika instrumenten skiljer sig åt i detta avseende.

ILO-organen har klart och tydligt angivit att relationen mellan fackförening och medlem ligger utanför ILO-konventionernas tillämpnings-

[7] Se Ben-Israel s. 10 om utgången i målet Young, James and Webster ett hot mot det kollektiva intresset.

[8] ILO-konvention 87 s. 145 ff, IKMPR se s. 215 inte helt uttalat alla moment, IKESKR se s. 237 f. Europarådets sociala stadga se s. 259, Europakonventionen s. 304 ff.

område. Övervakningsorganen har dock godtagit att stat begränsat fackföreningarnas interna beslutsutrymme genom att förbjuda fackföreningen att kränka medlemmarnas mänskliga rättigheter.[9]

I FN-konventionerna har denna aspekt inte klarlagts. Mycket talar dock för att diskriminerande medlemskriterier vore oförenliga med konventionerna.[10]

Enligt Europakonventionen innefatts dock ämnesområdet i den fackliga föreningsfrihet konventionen skyddar. Enligt de principer Europakonventionens övervakningsorgan utvecklat i detta avseende får inte fackföreningen missbruka en dominerande ställning i relation till en medlem eller potentiell medlem. Sådant missbruk är för handen om stadgarna inte följs eller om stadgarna är orimliga. Stadgar som är diskriminerande på sätt som anges i artikel 14 i Europakonventionen antas vara orimliga. Relationen mellan fackförening och medlem berörs således av artikel 11.[11]

Enligt Europarådets sociala stadga medges heller inte att fackföreningen får agera diskriminerande mot sina medlemmar.[12]

Frågan om den enskilde arbetstagarens rätt att inte diskrimineras av en fackförening innefattas i den fackliga föreningsfriheten är inte helt enkel att besvara. Att det är oförenligt med en konventions bestämmelser att låta en fackförening diskriminera sina medlemmar behöver inte innebära att detta förbud utgår från den fackliga föreningsfriheten. Det kan dock konstateras att i alla behandlade konventioner, utom ILO-konventionerna, åtnjuter de enskilda något skydd mot att diskrimineras av en fackförening. Det finns dock två olika sorters diskrimineringsförbud. Det separata diskrimineringsförbudet som förbjuder all typ av diskriminering och det osjälvständiga diskrimineringsförbudet som förbjuder att konventionens övriga rättigheter tillämpas diskriminerande. Ett förbud för fackföreningen att diskriminera sina medlemmar kan således både utgå från ett självständigt diskrimineringsförbud och utgå från en bestämmelse som artikel 14 i Europakonventionen som inriktar sig på tillämpligheten av de befintliga rättigheterna. Förbudet kan också utgå från den enskilde rättigheten i sig. Det är de två senare förbuden som är av störst intresse i detta sammanhang. Det är de som kan klargöra om relationen mellan arbetstagare och fackförening innefattas i den fackliga förenings-

[9] ILO-konvention 87 s. 146.

[10] Jfr respektive artikel 2 i konventionerna. Staterna åtar sig där att säkerställa att konventionens rättigheter tillkommer alla utan diskriminering på angivna grunder.

[11] Europakonventionen s. 301 ff.

[12] Europarådets sociala stadga s. 259.

friheten. Det framkommer klarast i tillämpningen av Europakonventionen och av den Europeiska sociala stadgan att en sådan aspekt innefattas i den fackliga föreningsfrihet dessa instrument skyddar. I ILO-sammanhanget innefattas den inte. I FN-konventionerna skulle möjligen en sådan effekt kunna härledas ur respektive artikel 2. En sådan slutsats tycks dock något förhastad.

Relationen mellan fackförening och medlem innefattas således i den Europeiska förståelsen av den fackliga föreningsfriheten och det diskrimineringsförbud som åvilar fackföreningen i denna relation utgör en del av den europeiska fackliga föreningsfrihetens kärna.

Frågeställningen berör relationen mellan den kollektiva fackliga föreningsfriheten, det vill säga friheten för fackföreningen att fritt organisera sin interna verksamhet och den individuella fackföreningsfriheten, i det här fallet friheten att i utövandet av sin individuella fackliga föreningsfrihet inte behöva utstå otillbörlig diskriminering eller annan otillbörlig behandling av en fackförening. En skiljelinje finns mellan den internationella och den regionala aspekten. ILO-organen medger att fackföreningarnas självbestämmanderätt inskränks till förmån för att de enskilda arbetstagarnas likabehandling skall säkerställas. Det är alltså förenligt med ILO-konvention 87 att göra inskränkningar i den kollektiva aspekten av konventionen som värnar fackföreningens självbestämmande för att värna en individuell dimension som i detta fall går ut på att värna individens mänskliga rättigheter. Även om den individuella sidan inte inkluderas i ILO:s fackliga föreningsfrihet så anses den inte hamna i konflikt med den kollektiva aspekt som ILO skyddar.

I den europeiska förståelsen går man dock ett steg längre och inkluderar den individuella aspekten. Därmed kan en konflikt mellan den kollektiva och individuella sidan uppstå. Den individuella aspekten kan ges företräde. En avvägning av intressena kommer sannolikt att göras vid en prövning i Europadomstolen. Övervakningsorganen till Europarådets sociala stadga tycks dock ge den individuella sidan i detta avseende absolut företräde.

11.4 Förbud mot diskriminering på facklig grund

Det står enligt alla konventioner jag behandlat klart att staten måste ansvara för att arbetstagare inte diskrimineras i anställningen på grund av sitt fackföreningsmedlemskap.[13] Fackligt medlemskap eller legitim facklig verksamhet får exempelvis aldrig varken föranleda avsked eller uppsäg-

[13] ILO s. 177, IKMPR s. 219, IKESKR s. 243f, ESS s. 264, EK s. 302.

ning.[14] Enligt ILO-konvention 98 godtas dock tillämpning av organisationsklausuler med denna innebörd. Organisationsklausuler anses ligga utanför ILO-konventionernas tillämpningsområde.[15] Enligt Europakonventionen kan också tillämpningen av sådana organisationsklausuler godtas. Europadomstolen balanserar härvidlag de motstående intressena.[16]

Att skyddet mot facklig diskriminering också skall vara tillämpligt i rekryteringssituationen framkommer i praxisen rörande Europarådets sociala stadga och ILO-konvention 98.[17] Detta skydd skiljer sig dock åt såtillvida att enligt ESS uppställs också skydd mot organisationsklausuler vilket inte ILO-konvention 98 gör.[18]

Enligt ILO-konventionerna, Europarådets sociala stadga och Europakonventionen kan otillåten diskriminering förekomma vid beslut rörande lön och andra anställningsvillkor.[19] ILO-organen har därutöver nämnt att detta också kan vara för handen vid omplacering, befordran,[20] degradering, tilldelning av sociala förmåner, fördelning av arbete, tillträde till yrkesutbildning eller tvångspensionering.[21]

Staten åläggs enligt de flesta konventioner att tillhandahålla rättsmedel som skall kunna utnyttjas när misstanke om diskriminering på facklig grund är för handen.[22]

Det kan konstateras att i alla de behandlade instrumenten medför den fackliga föreningsfriheten ett skydd mot facklig diskriminering i anställningsförhållandet. Någon principiell skillnad härvidlag kan inte urskiljas beroende på om rättigheten har givits en självständig form eller utgör en aspekt av den allmänna föreningsfriheten. Att denna aspekts omfattning varierar tycks snarare vara en konsekvens av de olika praxissystemens nyansrikedom. Det är också bara i de instrument som innefattar en självständig facklig föreningsfrihet som arbetssökande skyddas mot facklig diskriminering. När det gäller organisationsklausulernas ställning och relationen mellan den fackliga föreningsfrihetens individuella och kollektiva sida så medger ILO att både den individuella och den kollektiva sidan kan få företräde. I det regionala perspektivet öppnar Europadomstolen

[14] ILO s. 179, IKMPR s. 220, IKESKR s. 244, ESS s. 264, EK s. 302.
[15] ILO s. 179.
[16] EK s. 334ff och 358ff.
[17] ILO s. 179, ESS s. 264.
[18] ILO s. 179, ESS s. 256.
[19] ILO s. 179, ESS s. 264, EK s. 302 och 361.
[20] Enligt ESS är facklig diskriminering vid befordran också otillåten, se ESS s. 264.
[21] ILO s. 179.
[22] ILO s. 181ff, IKESKR s. 244, EK s. 300.

upp för att organisationsklausuler skulle kunna tillämpas i förenlighet med Europakonventionen. Praxisen tyder dock på att organisationsklausuler som medger avsked skulle få svårt att göras förenliga med artikel 11 i Europakonventionen. Enligt Europarådets sociala stadga accepteras de dock inte.

Diskrimineringsskyddets utformning aktualiserar spänningsförhållandet mellan den fackliga föreningsfrihetens kollektiva och individuella aspekt i dess förhållande till organisationsklausuler. Som tidigare angivits är det bara Europarådets sociala stadga som tagit klar ställning till förmån för den enskildes fackliga föreningsfrihet. Europakonventionen balanserar intressena medan de övriga konventionerna överlåter åt medlemsstaterna att göra avvägningen.

11.5 Friheten för fackförening att organisera sin externa verksamhet – rätten till kollektiv förhandling och rätten att vidta stridsåtgärder

11.5.1 Rätten till kollektiv förhandling

11.5.1.1 Inledning

En fråga som den här undersökningen behandlat är i vilken utsträckning rätten till kollektiv förhandling anses vara en del av den fackliga föreningsfriheten. Ett ändamål med skyddet av vissa konventioners fackliga föreningsfrihet, ILO:s och Europarådets sociala stadgas är att arbetstagarna och arbetsgivarna därigenom ges möjlighet att reglera arbetsvillkoren i kollektivavtal.[23] Trots detta innefattar inte något instrument en konkret rätt för en fackförening att inträda i förhandling med en arbetsgivare. I stället anses andra moment centrala för att fackföreningen skall ha en reell möjlighet att reglera medlemmarnas anställningsvillkor i kollektivavtal. Jag går här igenom fem sådana centrala moment och undersöker vilket skydd respektive del åtnjuter i de behandlade konventionerna. Delarna är:

1) krav på förekomst av rättsliga system inom vilka kollektiv förhandling kan bedrivas,
2) åtnjutande av förhandlingskapacitet,

[23] ILO s. 186, ESS s. 261. Kollektivavtalet anses av många fylla fler funktioner än att säkerställa arbetstagarna goda arbetsvillkor, se t.ex. Bruun, The Autonomy of Collective Agreement, s. 37 se också Nycander s. 80 ff.

3) skydd av parternas autonomi rörande förhandling och resultat,
4) krav på kollektivavtalets bindande verkan,
5) krav på att främja utnyttjandet av kollektiv förhandling och kollektivavtal i relationerna mellan arbetsmarknadens parter.

11.5.1.2 Erkännande i rättsordningen

I alla instrument utom Europakonventionen uppställs krav på att det inom rättssystemets ramar skall vara *möjligt* för fackföreningen att förhandla och sluta kollektivavtal med arbetsgivare.[24] ILO går ett steg längre och kräver att rättsordningen i princip skall hålla rättsområdet för arbetsvillkor öppet för kollektiv förhandling.[25]

11.5.1.3 Åtnjutande av förhandlingskapacitet

Enligt ILO, IKESKR samt Europarådets sociala stadga är huvudregeln att alla fackföreningar på alla nivåer skall ha kapacitet att förhandla och sluta kollektivavtal.[26] Vissa formella krav får ställas på fackföreningarna för att de skall åtnjuta denna rättighet. Dessa får dock inte utgöra hinder.[27] Enligt Europarådets sociala stadga får dock offentliganställda undantas från förhandlingsrätten.[28] Enligt ILO och Europarådets sociala stadga accepteras också att dessa rättigheter förbehålls de mest representativa fackföreningarna. Representativitetskriterierna måste vara objektiva och förutbestämda.[29] Om ingen uppfyller dessa kriterier skall enligt ILO alla fackföreningar ges kapacitet att förhandla för sina medlemmar.[30] Utifrån det specifika ramverk Europakonventionen upprättat rörande fackföreningens externa handlingsutrymme har det också godtagits att bara de mest representativa fackföreningarna ges kapacitet att förhandla.[31]

[24] ILO s. 187 ff, IKMPR s. 215, IKESKR s. 239 f, ESS s. 266.
[25] ILO s. 195 ff.
[26] ILO s. 169, IKESKR s. 240, ESS s. 262.
[27] ILO s. 191 och ESS s. 261 och 268.
[28] ESS s. 268 f.
[29] ILO s. 190 och ESS s. 268.
[30] ILO s. 190 f.
[31] EK s. 331 ff.

11.5.1.4 Skydd av parternas autonomi rörande förhandling och resultat

Enligt ILO och Europarådets sociala stadga får staten aldrig ogiltigförklara eller modifiera ett giltigt kollektivavtal.[32] Enligt dessa instruments huvudregel får staten heller ej gripa in i pågående förhandlingar. Undantaget är om staten befinner sig i exceptionella ekonomiska svårigheter. Inskränkningen får då bara ske under en begränsad tid.[33] Rörande de andra konventionerna har frågan inte berörts.

11.5.1.5 Kollektivavtalets bindande verkan

Enligt ILO och Europarådets sociala stadga skall kollektivavtalet binda parterna och de parterna representerar.[34] ILO har utvecklat innebörden av denna princip och angivit att individuella avtal som sluts mellan de kollektivavtalsbundna och som understiger kollektivavtalets norm skall anses vara ogiltiga. Kollektivavtalets normer skall tillämpas av parterna. Staten ansvarar för att tillse att så sker.[35]

11.5.1.6 Främja utnyttjandet av kollektiv förhandling

Enligt ILO och Europarådets sociala stadga finns ett uttalat krav på främjandeinsatser i de aktuella artikeltexterna. I instruktionerna till rapporteringen rörande IKESKR efterfrågas vilka främjandeinsatser som vidtas. Innefattas något konkret i dessa främjandekrav? I främjandemomentet återfinns krav på att aldrig motverka förhandlingsbenägenhet och inte tillåta att arbetsgivarna motverkar arbetstagarnas vilja att låta sig representeras av fackförening i kollektiv förhandling.[36] Därutöver ger de olika övervakningsorganen förslag på vad de fördragsslutande staterna kan göra för att främja utnyttjandet av kollektiv förhandling, det vill säga skapa incitament för att arbetsvillkoren faktiskt regleras genom kollektivavtal. Många av de situationer som inte anses vara förenliga med främjandekravet kan lika väl hamna i strid med andra moment som rör rätten till kollektiv förhandling därför att de underminerar rätten till kollektiv förhandling som sådan. Förekommer inte kollektiv förhandling i önskvärd utsträckning föreslås dock ofta att medlingsfaranden skall inrättas.[37]

[32] ILO s. 198, ESS s. 271.
[33] ILO s. 198f, ESS s. 272.
[34] ILO s. 194 och ESS s. 266 och 270.
[35] ILO s. 194f.
[36] ILO s. 201f, IKESKR s. 240f, ESS s. 266f.
[37] ILO s. 202, IKESKR s. 239, ESS s. 273f.

11.5.1.7 Summering

En implicit del i den fackliga föreningsfrihet som skyddas i de behandlade konventionerna är att de fördragsslutande staternas rättssystem skall göra det möjligt för fackföreningar att förhandla kollektivt och sluta kollektivavtal. Undantaget är Europakonventionen.[38] Det är värt att notera att Europakonventionen skiljer sig från IKMPR i detta avseende. I IKMPR ges således inte de fördragsslutande staterna samma handlingsutrymme som Europakonventionen när det gäller att välja vilken metod fackföreningarna skall tillerkännas för att tillvarata sina medlemmars intressen.

När det gäller de övriga punkterna jag behandlat så är det tydligt att de bara skyddas i de instrument som erkänner den fackliga föreningsfriheten som en självständig rättighet frikopplad från den allmänna föreningsfriheten. De övriga punkterna kan dock i många delar sägas specificera innebörden av den första punkten. I den mån den fackliga föreningsfriheten erkänns som en självständig rättighet finner jag att de moment av punkterna två till fyra som skyddas av både ILO och ESS innefattas i den självständiga fackliga föreningsfrihetens kärna. Även den del av punkt fem som klargör att de fördragsslutande staterna inte får motverka den kollektiva förhandlingsbenägenheten omfattas av denna kärna.

Frågan om den kollektiva förhandlingsrättens roll i den fackliga föreningsfriheten uppvisar ingen omedelbar skiljelinje mellan det internationella och det regionala planet. Här uppstår i stället den tydligaste skiljelinjen mellan den självständiga fackliga föreningsfriheten och den fackliga föreningsfrihet som utgör en aspekt av den allmänna föreningsfriheten.

Förklaringen därtill är dock inte helt entydig. Att inte IKMPR utvecklat innebörden av skyddet för den kollektiva förhandlingen skulle kunna hänföras till att dess praxis överlag är knapphändig. Europadomstolen anför dock skäl för sin hållning som är förbundna med de olika rättigheternas syften. Den påpekar att den fackliga föreningsfriheten i Europakonventionens tappning är en del av den *allmänna föreningsfriheten.* I den allmänna föreningsfriheten innefattas inte några krav på att staten skall behandla den enskilda föreningen på något särskilt sätt. I denna lösning understryks alltså rättighetens *medborgerliga* karaktär. En fackförening tillerkänns ingen annan roll i rättssystemet än andra föreningar. Denna princip upprätthålls dock inte konsekvent eftersom Europadomstolen uttalar sig om hur kollektiv förhandling skall skyddas i den mån det ak-

[38] EK s. 313.

tuella nationella rättssystemet erkänt denna rätt.[39] Denna inkonsekvens är dock av sent datum och kan möjligen peka på en förskjutning av domstolens hållning. Europadomstolens fokus på rättighetens hemvist i den allmänna medborgerliga föreningsfriheten är än så länge det mest karaktäriserande som också förklarar dess hållning rörande den kollektiva förhandlingen.

I de andra konventionerna är ett av den fackliga föreningsfrihetens främsta syfte att skapa möjlighet för arbetstagarna att få sina arbetsvillkor reglerade i kollektivavtal. Det är mot denna bakgrund inte märkligt att skyddet i dessa är mer välutvecklat.

Rättighetens individuella och kollektiva aspekt intar rörande denna rättighet en ny skepnad. Att tillerkänna den mest representativa fackföreningen vissa exklusiva rättigheter på bekostnad av de mindre representativa inverkar på den mindre fackföreningens möjligheter att tillvarata sina medlemmars intressen. Det framgår klart i alla instrument utom Europakonventionen att den kollektiva förhandlingen utgör ett av de viktigaste medel en fackförening kan tillgå för att tillvarata sina medlemmars intressen. Att tillerkänna de mest representativa fackföreningarna exklusiv förhandlingskapacitet påverkar både den enskildes möjlighet att välja fackföreningen, valalternativen blir ju inte likvärdiga, och den mindre fackföreningens möjligheter att tillvarata sina medlemmars intressen. Orsaken till att man tillerkänner de mest representativa fackföreningarna exklusiv förhandlingskapacitet är antagandet att majoriteten av arbetstagarna tjänar på en ordning där arbetsgivaren bara behöver förhandla med en part. Arbetsvillkoren antas alltså blir bättre för majoriteten. Detta syfte prioriteras i förhållande till den enskilde och den mindre fackföreningens möjligheter att kanske förhandla om helt andra frågor eller göra andra avvägningar i förhandlingen. Även när det gäller Europakonventionen har vi sett att då fackföreningarna åtnjuter förhandlingsrätt men denna rätt är förbehållen majoritetsorganisationerna så anser inte Europadomstolen att detta utgör otillbörlig diskriminering.

Det är dock värt att notera att KESKR har börjat ifrågasätta detta bruk och uppmärksammat de svårigheter det medför för nya fackföreningar att etableras.[40]

[39] EK s. 314.
[40] IKESKR s. 240.

11.5.2 Rätten att vidta stridsåtgärder

Med rätten att vidta stridsåtgärder avses i allmänhet rätten för arbetstagare att gemensamt med andra vidta åtgärd, ofta arbetsnedläggelse, i påtryckningssyfte. Jag benämner denna rätt i det följande för enkelhetens skull strejkrätten.

Strejkrätten åtnjuter ett explicit erkännande i ESS och IKESKR.[41] I de övriga instrumenten har övervakningsorganen prövat om strejkrätten innefattas i den aktuella fackliga föreningsfriheten eller inte.

Enligt Europadomstolen utgör strejkrätten ett av de viktigaste medel en fackförening kan tillgå för att tillvarata sina medlemmars intresse, men det finns dock andra. Strejkrätten anses inte oumbärlig i skyddet av den enskildes fackliga föreningsfrihet. Strejkrätten anses dock fylla en särskilt viktig roll i system som tillhandahåller ett frivilligt förhandlingssystem. Då skall strejkrätten kunna användas som påtryckningsmedel för att få till stånd en förhandling. Några konkreta rättigheter kopplade till strejker kan dock inte sägas utgå från Europakonventionen.[42] Strejkrättens ställning i IKMPR är också så pass oklar att några konkreta rättigheter inte kan härledas från konventionen.[43] Inte heller i någon av de två behandlade ILO-konventionerna erkänns strejkrätten explicit. Övervakningsorganen inkluderade dock tidigt strejkrätten i ILO-konvention 87.[44] Strejkrätten måste betraktas som en del av ILO:s föreningsfrihetsskydd.[45]

Enligt IKESKR, ESS och ILO-konvention 87 skall strejkrätten *erkännas i nationell rätt* och de regler som omgärdar den skall vara klara. Den kan regleras, men regleringen får inte inskränka strejkrätten. Därför godtas ej krav på att 2/3-delar av fackföreningens medlemmar måste stödja en strejk för att den skall vara legitim. På en punkt skiljer sig emellertid de olika instrumentens normer rörande reglering av strejkrätten åt. Skillnaden rör i vilken mån det är förenligt med bestämmelsen att slutande av kollektivavtal automatiskt medför en total fredsplikt för parterna. Det vill säga även rörande frågor som inte berörts i avtalet. Enligt ILO-konvention 87 står en sådan regel inte i strid med åtagandet så länge det fortfarande är möjligt att vidta strejker mot regeringens politik. Parterna skall dock under fredsplikt ha tillgång till ett effektivt medlings- eller skiljeförfarande. Europarådets sociala stadga medger dock bara att fredsplikten utsträcks i sådan omfattning om det explicit framgår av kollektivavtalet.[46]

[41] ESS artikel 6:4 och IKESKR artikel 8 i 1 d.
[42] EK s. 316 och 318.
[43] IKMPR s. 219.
[44] ILO s. 149 ff.
[45] Se också Ben-Israel s. 64 ff.
[46] ILO s. 157, ESS s. 275 ff.

Ett *totalförbud* av strejkrätten accepteras bara enligt ILO-konvention 87 under en akut nationell kris som väpnad konflikt eller naturkatastrof.[47] Förutom av dessa skäl så får *inskränkningar* i rätten att strejka enligt IKESKR och ILO-konvention 87 bara göras för grupper som utövar maktbefogenheter i statens namn eller utför oundgängliga samhällsfunktioner. Den senare gruppen omfattas om dess stridsåtgärder kan medföra risk för liv, personlig säkerhet eller hälsa för delar av eller hela befolkningen.[48] Enligt ESS får inskränkningar bara äga rum i den mån artikel 31 medger. Det innebär i princip att liv måste stå på spel eller att hela landets ekonomi riskerar att rubbas. Vissa offentliganställda gruppers strejkrätt kan inskränkas om det kan motiveras utifrån artikel 31. Avgörande för en sådan bedömning är arbetsuppgifternas art. Personer i chefsställning och sådana som har ansvarstyngda poster inom de viktigaste departementen kan undantas. Liksom domare och poliser.[49] Inskränkningsmöjligheterna är något mer vidsträckta i ESS än i de två andra instrumenten.

I IKESKR sägs ingenting om *vem* som skall ha strejkrätt. Det kan antas att denna fråga överlämnats åt det nationella rättssystemet. I ILO-konvention 87 framgår av artikel 3 att det är arbetstagarorganisationerna som avses. Enligt ESS tillkommer emellertid strejkrätten vilken grupp arbetstagare som helst.[50]

En strejk skall enligt ILO-konvention 87 få vidtas i *syfte* att tillvarata arbetstagarnas intressen. Detta syfte aktualiseras när det gäller att påverka arbetsvillkoren, de fackliga relationerna, eller den ekonomiska och sociala politiken. Strejkrätten hänför sig således inte bara till frågor som kan lösas genom kollektivavtal. Strejk skall alltid kunna riktas mot den egentlige arbetsgivaren och sympatiåtgärd skall få vidtas om den initiala strejken är legitim. Det är förenligt med konventionen att inte tillåta stridsåtgärder i rättskonflikter.[51]

Enligt ESS skall strejk kunna vidtas i intressekonflikter. Sådana konflikter kan både vara kopplade till slutandet av ett kollektivavtal och vara kopplade till andra arbetstagarrelaterade frågor. Sympatiåtgärder och strejker för politiska syften omfattas dock till skillnad från ILO-konvention 87 inte av skyddet. [52]

[47] ILO s. 158 f.
[48] ILO s. 159 ff, IKESKR s. 243.
[49] ESS s. 285 ff.
[50] ILO s. 151 och ESS s. 279 f.
[51] ILO s. 152 ff.
[52] ESS s. 274 ff.

Enligt ESS, ILO-konvention 87 och IKESKR får inte lagliga stridsåtgärderna föranleda vare sig civilrättsligt eller straffrättsligt ansvar. Anställningen skall således lämnas intakt.[53]

När det gäller strejkrättens position i den fackliga föreningsfriheten är det tydligt att den bara skyddas i de instrument som erkänner den fackliga föreningsfriheten som en självständig rättighet och inte i de instrument där den fackliga föreningsfriheten är kopplad till den allmänna föreningsfriheten. En skiljelinje kan alltså när det gäller strejkrätten dras mellan den fackliga föreningsfrihet som utgör en del av den allmänna föreningsfriheten och den fackliga föreningsfrihet som utgör en självständig rättighet.

Enligt ILO, ESS och IKESKR har dock till stor del en liknande normbas etablerats kring strejkrättens omfattning. På vissa punkter skiljer sig dock även dessa instrument åt. Skiljelinjen dras då mellan den internationella och den europeiska dimensionen. Enligt den internationella dimensionen skyddas bara den fackligt initierade stridsåtgärden. Enligt den europeiska dimensionen skall dock vilken grupp arbetstagare som helst kunna vidta en stridsåtgärd. Det innebär att strejkrätten enligt den europeiska aspekten både utgör en rättighet som är implicit i den fackliga föreningsfriheten och en enskild rättighet som i princip är frikopplad från fackföreningarnas verksamhet. Orsaken därtill är att strejkrätten enligt ESS också är kopplad till rätten till information och samråd i ESS artikel 6:1. Denna rätt åtnjuts inte av fackföreningarna utan av de enskilda arbetstagarna. Rätten till information och samråd intar en särskild plats i den europeiska rättskulturen. Jag skall inte närmare gå in på dess innehåll i detta sammanhang.[54] Jag vill dock erinra om att det är möjligt att det fortsatta hävdandet av strejkrättens tudelning kan påverkas av utvecklingen inom EU och dess rättigheter kring information och samråd. Kommer dessa rättigheter att befästa sin roll som självständiga rättigheter eller kommer EU godta att dessa rättigheter nationellt förbehålls fackföreningarna? Vilka implementeringskrav kommer att ställas i förhållande till EU-direktivet om information och samråd?[55] Utvecklingen av bestämmelserna i Europarådets sociala stadga kan mycket väl komma att påverkas av EU:s hållning i denna fråga.

[53] ILO s. 165f, IKESKR s. 243f, ESS s. 291.

[54] Om ESS artikel 6:1 se Samuels s. 135ff, se också artiklarna 21 och 29 i Europarådets reviderade sociala stadga från 1996. Om information och samråd inom EU, se Nyström, EU och arbetsrätten s. 169ff och Nielsen, EU-arbejdsret s. 241ff.

[55] Se t.ex. Nyström i EU&arbetsrätt.

Ytterligare en skillnad mellan den europeiska och internationella dimensionen rör omfattningen av kollektivavtalets fredspliktsgrundade verkan. Kollektivavtalet medför i regel arbetsfred det vill säga fredsplikt för den kollektivavtalsslutande fackföreningen. Många gånger har det påtalats att kollektivavtalets främsta fördel för arbetsgivarna är just detta.[56] Enligt den internationella dimensionen accepteras att kollektivavtalet medför en *total* fredsplikt. Fackföreningen som slutit kollektivavtalet förbjuds då att vidta stridsåtgärder rörande frågor som kollektivavtalet inte behandlar. Enligt den europeiska dimensioner måste en sådan total fredsplikt explicit ha avtalats in i själva kollektivavtalet. Det är således inte acceptabelt att *tolka* in en sådan klausul i kollektivavtalet. Någon principiellt grundad förklaring till denna skillnad har jag ej funnit. Möjligen är det dock så att arbetsgivarna ställde krav på denna eftergift. Inom ILO:s trepartssystem uppstår sådana möjligheter.

En sista skiljelinje mellan den internationella och den regionala dimensionen skall påtalas – omfattningen av de syften för vilka stridsåtgärder får vidtas. Den internationella dimensionen uppvisar en generösare attityd därvidlag både i förhållande till sympatiåtgärder och till vissa politiskt relaterade stridsåtgärder. I den regionala dimensionen innefattas dock varken sympatiåtgärder eller politiskt relaterade stridsåtgärder i skyddet. Möjligen är dock en förändring på gång i den europeiska kommittén för sociala rättigheter rörande denna fråga.[57]

Orsakerna till denna skiljelinje är heller inte helt uppenbara. Det är dock tänkbart att inkluderandet av skydd för den politiska strejken inom ILO-systemet var ett led i att söka befästa yttrandefriheten i framförallt östblockets diktaturer. Arbetsgivarna och regeringsrepresentanterna från väst var i det kalla krigets spår villiga att gå med på en sådant omfattande skydd. De östeuropeiska staterna var inte vid denna tid medlemmar i Europarådet. Europarådets organ var därför inte föranledna att på detta sätt bistå sina handlingsförlamade grannar.

Spänningen mellan den fackliga föreningsfrihetens individuella och kollektiva sida aktualiseras egentligen inte i förhållande till strejkrätten. Den individuella aspekten av strejkrätten som skyddas i ESS får i stället anses vara sidoordnad den fackliga föreningsfriheten. Någon direkt motsättning *inom* den fackliga föreningsfriheten kan därför inte anses föreligga.

[56] Se t.ex. Schmidt & Neal s. 9, Nycander s. 81.
[57] ESS s. 278.

11.6 Avslutande reflektioner

I undersökningens tredje kapitel presenterades bakgrunden till att de mänskliga rättigheterna delades upp i två grupper – gruppen med medborgerliga och politiska rättigheter och gruppen med ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Grupperna ansågs härbärgera rättigheter med olika egenskaper. Det var fråga om rättigheterna medförde positiva eller negativa anspråk gentemot staten och om rättigheterna var omedelbart utkrävbara i domstol eller om rättigheterna av nödvändighet bara successivt kunde förverkligas och därmed inte kunde utkrävas i domstol. I kapitlet presenterades också pågående försök att söka efter mer adekvata parametrar för att beskriva en mänsklig rättighets beståndsdelar och vad som krävs för dess uppfyllande. En fråga som bör ställas mot bakgrund av föreställningen om tudelningen av de mänskliga rättigheterna är om de argument som ligger bakom tudelningen återspeglas i utformningen av de två gruppernas skydd för den fackliga föreningsfriheten? I kapitel 3 drog jag slutsatsen att argumenten inte är tillämpliga. Efter en fördjupad analys av den fackliga föreningsfriheten finns det inga skäl att ändra uppfattning. Dikotomin positiva/negativa rättigheter återspeglas inte i praxisen. När det gäller skyddet för den fackliga föreningsfriheten i Europakonventionen och IKMPR så visar det sig att staten ålagts att inrätta ett skydd så att arbetstagare kan värja sig rättsligt mot diskriminering i anställningen på facklig grund. Enligt EK skall också skydd mot diskriminering av fackförening och skydd mot vissa organisationsklausuler kunna utkrävas. IKMPR kräver att rättsordningen skall möjliggöra facklig förehandling. De medborgerliga instrumenten ställer således flera krav på staten att vidta positiva, dvs. aktiva åtgärder.

När det gäller utkrävbarhetsdiskussionen visar det sig att det inte föreligger någon skillnad därvidlag mellan instrumenten. I alla konventioner ställs olika krav på att rättsmedel skall tillhandahållas så att de enskilda kan säkerställa sina rättigheter.

Några ord skall dock sägas om Eides försök att kategorisera de mänskliga rättigheterna. Är de tillämpbara på den fackliga föreningsfrihetens utformning? Kan man utkristallisera Eides tre skyldighetsnivåer – respektera, skydda och fullgöra – i praxisen? Jag tänker inte försöka passa in vartenda moment av den fackliga föreningsfriheten i dessa kriterier utan bara illustrera med ett par exempel.

Enligt alla genomgångna instrumenten åläggs staten att *respektera* den fackliga föreningsfriheten. De får alltså inte uppställa några rättsliga hinder som hindrar arbetstagare från att sluta sig samman. Inte heller får åtnjutandet av den fackliga föreningsfriheten tillkomma arbetstagarna på

diskriminerande basis. I den mån staten hindras att inskränka det avtalsbara utrymmet faller det också in under respektkriteriet. Förbud mot kollektiv förhandling och strejkrätt kan också inordnas i respektkriteriet.[58]

I alla instrument anges också att rätten att sluta sig samman skall *skyddas*. Det skall således anges i lagstiftningen att arbetstagare skall ha rätt att sluta sig samman. Arbetsgivaren skall också förbjudas att diskriminera arbetstagarna på grund av deras fackliga verksamhet vilket utgör ett skyddsmoment. Kraven på tillgång till rättsmedel i olika situationer innefattas också.

När det gäller *fullgörandeaspekten* faller kraven som syftar till att underlätta den kollektiva förhandlingen in i denna. Krav på att inrätta medlingsinstitut kan inordnas under denna kategori. Även krav som avser att tillse att arbetsgivare följer de regler som finns utgör fullgörandeaspekter.[59]

Normerna som omgärdar den fackliga föreningsfriheten kan således inordnas i Eides kriterier. För vår del finns det inte någon anledning att göra annat än att konstatera detta.

En ytterligare fråga som behandlades i kapitel 3 var de mänskliga rättigheternas privaträttsliga dimension, det vill säga frågan om mänskliga rättigheter kan ha någon betydelse för relationen mellan enskilda. Det har visat sig att den fackliga föreningsfriheten genomgående har en privaträttslig dimension. Staten ansvarar för att tillse att rättigheten skall kunna utövas i relationen mellan enskilda. Den fackliga föreningsfriheten är således en mänsklig rättighet som sträcker sig längre än att reglera relationen mellan stat och enskild.

Den fackliga föreningsfriheten är en mänsklig rättighet. Det har dock visat sig att dess innehåll varierar något beroende på var rättigheten har sin hemvist. Den fackliga föreningsfriheten utgör både en självständig rättighet och en aspekt av den allmänna föreningsfriheten. De olika typerna återfinns i MR-instrument med olika syften. Denna faktor gör den fackliga föreningsfriheten unik och något svårfångad. En rad moment förenar de två typerna. Exempel på gemensamma nämnare har presenterats i kapitel 10.2.4. Det är framförallt när det gäller den fackliga föreningsfrihetens koppling till den kollektiva förhandlingsrätten och strejkrätten som syftesåtskillnaden gör sig påmind. Den självständiga fackliga föreningsfriheten syftar nämligen i stor utsträckning till att möjliggöra för arbetstagarna att gemensamt tillse att arbetsvillkor regleras genom kollektiv

[58] Se s. 87.
[59] Se s. 88 ff.

förhandling och kollektivavtal. Något sådant uttalat syfte omgärdar inte den fackliga föreningsfrihet som utgör en aspekt av den allmänna föreningsfriheten. Man skulle kunna kategorisera detta syfte som socioekonomiskt och ställa det i kontrast till den allmänna föreningsfrihetens åsiktsfrihetsrelaterade syfte. Den allmänna föreningsfriheten räknas in bland åsiktsfriheterna. Visserligen uttalas både i Europakonventionen artikel 11 och i IKMPR artikel 22 att rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar har ett särskilt syfte, nämligen att "skydda sina intressen". Det har också visat sig att den fackliga föreningsfriheten i denna tappning innefattar särskilda moment åtminstone IKMPR. Enligt MR-kommittén skall ju rättssystemet garantera en rätt till kollektiv förhandling. Europadomstolen är dock något mer angelägen om att inte ålägga staterna fler plikter än de som följer av den allmänna föreningsfriheten. Har den aktuella staten dock tillerkänt fackföreningarna särskilda rättigheter med exempelvis koppling till kollektiv förhandling och strejkrätt finns det tecken på att domstolen anser sig vara kompetent att bedöma om dess utformning motsvarar de internationella normer som utvecklats i samband med tolkningen av den självständiga fackliga föreningsfriheten.

Det finns också anledning att erinra om att den allmänna föreningsfrihetens inte särskilt värnat den individuella aspekten av den fackliga föreningsfriheten. Det vill säga den aspekt som på många sätt har beröringspunkter med åsiktsfriheterna. Skyddet för den individuella aspekten utgår från en annan kategorisering.

Skillnaderna mellan den fackliga föreningsfriheten som självständig rättighet och som en del av den allmänna föreningsfriheten aktualiserar frågan om det är adekvat att tala om den fackliga föreningsfriheten som *en* mänsklig rättighet? Det enklaste vore att helt enkelt konstatera att det finns två mänskliga rättigheter som reglerar fackliga föreningsfriheter. Dessa rättigheter har många beröringspunkter. Den allmänna föreningsfriheten utgör förutsättningen för den självständiga fackliga föreningsfriheten. På vissa punkter skiljer de sig dock åt.

Det finns dock tecken på att de två mänskliga rättigheterna innehållsmässigt närmar sig varandra. Framförallt har den fackliga föreningsfrihet som utgör en del av den allmänna föreningsfriheten börjat närma sig den självständiga fackliga föreningsfriheten. Kravet enligt IKMPR på erkännande i lag av rätten till kollektiv förhandling är ett sådant tecken. De frågeställningar kopplade till strejkrätten som uppkommit rörande IKMPR vittnar också om en sådan rörelse. Även Europadomstolen har visat tecken i denna riktning. Några slutsatser är dock ännu för tidigt att dra.

Den fackliga föreningsfriheten skyddas också både i europeiska och i internationella instrument. Skillnader mellan dessa nivåer har uppmärk-

sammats. Den europeiska aspekten har i större utsträckning skyddat den fackliga föreningsfrihetens individuella aspekt. Någon motsättning gentemot den internationella finns emellertid inte. Den internationella dimensionen har öppnat upp för de lösningar som valts regionalt.

Det finns dock anledning att påpeka att alla de aspekter av den fackliga föreningsfriheten som behandlats utgör en del av de två mänsklig rättigheterna. För en svensk bör utgångspunkten dock vara det internationella perspektivet kryddat med det europeiska i den mån det tillhandahåller en enskild ett starkare skydd.

DEL III

12 Den fackliga föreningsfriheten som grundläggande rättighet i EU

12.1 Inledning

Undersökningens del III behandlar omfattningen av skyddet för de behandlade folkrättsliga normerna i svensk rätt.

För att kunna utröna omfattningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet i den svenska rättsordningen måste inledningsvis Sveriges medlemskap i EU beaktas. Genom EU-medlemskapet har Sverige överlåtit en del av sin lagstiftningskompetens till gemenskapen.[1] Gemenskapsrätten är en självständig rättsordning som också utgör en del av medlemsstaternas rättsordning. I de fall nationella rättsregler hamnar i konflikt med gemenskapsrättsliga har EG-rätten företräde.[2] Den enda begränsningen för denna överhöghet tycks enligt EU:s egna institutioner vara de delar av det nationella skyddet av grundläggande fri- och rättigheter som sammanfaller med de grundläggande rättigheter som är allmänna principer för gemenskapsrätten.[3] Denna förståelse av kompetensöverlåtelsens gränser har inte till fullo accepterats av alla nationella domstolar. Exempelvis den tyska författningsdomstolen anser att den tyska kompetensöverlåtelsen inte medger att det skydd som den tyska grundlagen tillhandahåller kringgås.[4] Vad som händer vid en reell konflikt är oklart.[5] Den svenska kompetensöverlåtelsen möjliggörs

[1] Melin & Schäder, EU:s konstitution, 2001 s. 17 ff.

[2] Mål 6/64, Costa mot ENEL. Se vidare Bernitz & Kjellgren 2u, 2002, s. 79, 81 ff, Wiklund s. 158 ff, Melin & Schäder s. 45 ff.

[3] Se Mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, p. 3–4, se också Mål 44/79 Hauer, p. 14.

[4] Den tyska författningsdomstolens berömda mål Solange I 1974 BVerfGE 37, 271 och Solange II från 1986, BVerfGE 73, 339 och Brunner mot Unionsfördraget (Maastrichtdomen) BVerfGE 89, 155, se vidare Bernitz & Kjellgren, 2u, 2002, s. 84 ff, Wiklund s. 167 ff, Melin & Schäder s. 46 och 111, Nergelius, Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans, s. 197–212, Maier s. 229 ff.

[5] Wiklund s. 217 ff.

genom RF 10:5. Där anges att inom ramen för samarbetet i Europeiska unionen kan riksdagen överlåta beslutanderätt som inte rör principerna för statsskicket. Sådan överlåtelse förutsätter vidare att fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilket överlåtelsen sker motsvarar det som ges i regeringsformen och i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.[6] I propositionen framhålls att det är riksdagen som i samband med ett beslut om överlåtelse skall göra bedömningen att den överlåtna beslutanderätten inte rör principerna för statsskicket och att gemenskapernas fri- och rättighetsskydd motsvarar det som ges i regeringsformen och i Europakonventionen. Stadgandet riktar sig alltså till riksdagen och inte till de rättstillämpande organen. Domstolar och myndigheter anges vara skyldiga att tillämpa en rättsakt som utfärdats på ett område där EG genom överlåtelse fått kompetens att lagstifta och detta, märk väl, även om rättsakten skulle begränsa t.ex. en viktig princip i tryckfrihetsförordningen. Det är bara om en regel i en förordning eller ett direktiv skulle befinnas ligga utanför det område där Sverige och de övriga medlemsstaterna i fördragsenlig ordning har överlåtit beslutanderätt som rättsakten inte är giltig som EG-rätt och därmed saknar rättsverkan i Sverige. Sådana situationer, som innefattar frågan om de beslutande organen inom EU har handlat utanför sin befogenhet, avgörs enligt propositionen normalt sett av att frågan underställs EG-domstolen för avgörande.[7]

Detta innebär således att den svenska lagstiftaren gjort bedömningen att inom ramen för den kompetens EU i nuläget givits så förutsätts att det skydd som EU-fördragen tillerkänner de grundläggande rättigheterna motsvarar det skydd som åberopas i RF 10:5.

För svensk rätts vidkommande kan man således utgå ifrån att företrädesprincipen är tillämplig.

En ytterligare aspekt måste dock beröras. Enligt artikel 307 EGF skall internationella avtal som ingåtts av en medlemsstat med ett tredje land innan staten blivit medlem i EU ha företräde framför EG-fördraget och sekundärrätten i den mån bestämmelserna är oförenliga. Medlemsstaten skall dock söka undanröja det som är oförenligt mellan avtalen.[8] Sverige ratificerade alla de behandlade internationella konventionerna rörande facklig föreningsfrihet innan Sverige blev medlem i EU. Det innebär att

[6] Se vidare prop. 1993/94:114 s. 18 och prop. 2001/02:72 s. 34ff.

[7] Prop. 2001/02:72 s. 35, Maier s. 229ff. Jfr dock Vängby, Undantag från EG-rättens överhöghet? s. 363–371. Se dock Abrahamsson, Den rättsliga grunden för Sveriges medlemskap i EU, s. 6ff och hans diskussion om anslutningslagens form av lag och dess innebörd för tillämpningen av RF 11:14 om lagprövning.

[8] Se t.ex. Mål C 158/91, Levy, p. 12–13, 22. Se vidare Droege & Lysén s. 129f.

företrädesprincipen inte är tillämplig i förhållande till förpliktelser som utgår från dessa avtal.[9] Medlemsstaterna uppmanas dock som sagt att undanröja motsättningen. I ett mål klargjorde EG-domstolen att fransk rätt som utformats för att uppfylla ett åtagande i en ILO-konvention om förbud mot nattarbete inte uppfyllde kraven i ett rådsdirektiv.[10] Frankrike avträdde efter domen den aktuella ILO-konventionen.[11] I det fallet var det fråga om en ILO-konvention som kunde sägas ha spelat ut sin roll. Uppsägningen torde därför inte ha föregåtts av särskilda dubier. Men även i andra fall åligger det medlemsstaten att undanröja oförenligheter. Unionen får dock själv inte vidta åtgärder som kränker de grundläggande rättigheterna som är en del av gemenskapsrättens allmänna principer. Inom det området kan teoretiskt sätt således ingen konflikt uppstå.

Det är därmed centralt att undersöka hur EG-rätten förhåller sig till den folkrättsligt skyddade fackliga föreningsfrihet som tidigare behandlats och Sverige åtagit sig att respektera. För att avgöra detta skall i första hand EU:s *kompetens* att vidta rättsakter inom området för den fackliga föreningsfriheten studeras. Finns det överhuvudtaget någon risk att EU berör de aktuella rättsområdena? Därefter skall omfattningen av skyddet för de grundläggande rättigheterna inom EU behandlas. Ingår den fackliga föreningsfriheten i de grundläggande rättigheter som EU måste respektera och i så fall vilken omfattning har denna rättighet?

12.2 Kompetensfrågan

Varje rättsakt som antas av gemenskapen måste vila på en kompetensbestämmelse i fördragen. Det skall framgå ur rättsakten vilken den rättsliga grunden är.[12] I avdelning XI kapitel 1 i Romfördraget regleras förutsättningarna för antagandet av rättsakter på det socialpolitiska planet. Kapitlet benämns sociala bestämmelser och i artikel 136 anges kapitlets målsättning. Den lyder:

> "Gemenskapens och medlemsstaternas mål skall under beaktande av sådana grundläggande sociala rättigheter som anges i den europeiska sociala stadgan, som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, och i 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, vara att

[9] Se t.ex. Mål C 158/91 p. 12–13, 22, Mål C-13/93 p. 17–19, Mål C-324/93 p. 28, Mål C-124/95 p. 56–57. Se också bananmålet i de förenade målen C-364/95 och C-365/95 p. 60–61.

[10] Mål C-345/89, Stoeckel.

[11] Se Mål C-197/96, Kommissionen mot Frankrike, p. 7.

[12] Se Maier, s. 99–101 och Melin & Schäder s. 27.

främja sysselsättningen, att förbättra levnads- och arbetsvillkor och därigenom möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålls, att åstadkomma ett fullgott socialt skydd, en dialog mellan arbetsmarknadens parter och en utveckling av de mänskliga resurserna för att möjliggöra en varaktigt hög sysselsättning samt att bekämpa social utslagning.

I detta syfte skall gemenskapen och medlemsstaterna genomföra åtgärder som tar hänsyn till skillnaderna i nationell praxis, särskilt när det gäller avtalsförhållanden, och till behovet av att bevara gemenskapsekonomins konkurrenskraft.

De anser att en sådan utveckling kommer att följa såväl av den gemensamma marknadens funktion, vilken kommer att främja en harmonisering av de sociala systemen som av de förfaranden som föreskrivs i detta fördrag och av tillnärmningen av bestämmelser i lagar och andra författningar."

Artikel 137 är den centrala kompetensartikeln inom det sociala området. I artikeln anges inom vilka områden gemenskapen givits kompetens att agera för att uppfylla målen i artikel 136. I punkt 137:1 (f) räknas ett område upp som har klara beröringspunkter med den fackliga föreningsfriheten. Punkten rör: Företrädande och kollektivt tillvaratagande av arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen inbegripet medbestämmande, om inte annat följer av punkt 5.[13]

I artikel 137:5 anges att bestämmelserna i artikeln inte skall tillämpas på löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout.[14] Innebörden av artikel 137:5 är omdebatterad. Den kan förstås på åtminstone två sätt. Antingen innebär artikeln att gemenskapen *helt* saknar kompetens inom de undantagna områdena eller så innebär artikeln att gemenskapen *inte* kan reglera dessa områden *med stöd av sin kompetens enligt artikel 137*.[15] Oavsett vilken den korrekta tolkningen är kan konstateras att gemenskapen antagit reglering som berört strejkrätt och föreningsrätt med stöd av andra kompetensbestämmelser i Romfördraget än artikel

[13] Hur beslutsprocessen går till för antagandet av ett direktiv på området framgår av artikel 137:2 EGF.

[14] Om det sociala protokollet och avtalet och dess grund i avtalet mellan parterna från 1991 som ligger till grund för denna bestämmelse se, Bercusson, European Labour Law, s. 523ff och 553ff. Innan antagandet av artikel 137 fanns inte någon explicit inskränkning av kompetensen på föreningsrättens område. Gemenskapen har heller inte tidigare ansett att dessa områden föll in under dess ansvarsområde med hänvisning bl.a. till subsidiaritetsprincipen. Se t.ex. det handlingsprogram som kommissionen antog med anledning av tillkomsten av 1989 års stadga för grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare COM (89) 568. Se också Ryan, s. 307.

[15] Maier s. 275f och Bercusson, European Labour Law, s. 553 not 14. Se också Engels, Freedom of association, Social Challenges, s. 195–196. Han argumenterar för att reglering rörande strejkrätten mycket väl kan tas med stöd av artikel 94 EGF.

137.[16] Vissa av dessa bestämmelser antogs före[17] tillkomsten av artikel 137:5 och andra har antagits därefter.[18] Det kan därför inte uteslutas att gemenskapen också i framtiden kan komma att beröra föreningsfriheten och strejkrätten när den antar föreskrifter med huvudsakligen ett annat syfte än det socialpolitiska och EG-domstolen då den *tillämpar* sådana föreskrifter.

Kommissionen har exempelvis krävt att Finland skall vidta åtgärder mot en blockad som den Finska sjömansunionen och Bil- och transportbranschens arbetstagarförbund vidtagit mot estniska fartyg genom att hindra lossning och lassning av dem i Helsingfors hamn. Stridsåtgärderna stod enligt kommissionen i strid med associeringsavtalet med Estland. Kommissionens krav kan leda till att frågan avgörs i EG-domstolen.[19] EG-domstolen skulle i sådana fall få avgöra om tillämpningen av associeringsavtalet med Estland och dess bestämmelser om fritt tillhandahållande av tjänster skulle kunna ålägga Finland att förbjuda den aktuella stridsåtgärden.

Undantagsbestämmelsen i artikel 137:5 antogs troligen därför att medlemsländerna inte ville överlåta kompetens till gemenskapen inom de nämnda områdena.[20] Det har dock som sagt visat sig att dessa områden ändock kan komma att beröras av gemenskapen när den utövar kompetens utgående från andra bestämmelser i fördragen än artikel 137 EGF. Medlemsstaterna har i vissa fall försökt undanröja sådana risker. Svårigheterna med att till fullo värna den nationella kompetensen inom området illustreras nedan.

Förordning (2679/98) behandlar den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna. Enligt förordningen åläggs staterna att undanröja hinder för den fria rör-

[16] EG-domstolen tycks acceptera att en rättsakts *huvudsakliga* syfte kan styra valet av rättslig grund, se Maier s. 119–122, 115 och Hallström, Legitimt huvudsyfte avgör.

[17] Se exempel Förordning 68/1612/EEG om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen, artikel 8 och Mål 36/75, Roland Rutili mot inrikesministern och Mål C-213/90 Association de Soutien aux Travalleurs Immigres (ASTI) v Chamre des Employés privés. Mål C-118/92 Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxemburg. Förordning (2679/98) om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna artikel 2.

[18] Exempelvis diskrimineringsdirektiven dvs. direktiv 2000/43 och direktiv 2000/78 med stöd av artikel 13 och direktiv 2002/73 med stöd av artikel 141 och direktiv 2001/86/EG om medbestämmande i europabolag med stöd av artikel 308 EGF.

[19] Se Ahlberg & Bruun, Kommissionen på kollisionskurs mot finländsk fartygsbojkott.

[20] Maier s. 276. Bruun, The Autonomy of Collective Agreement, s. 20.

lighen av varor (artikel 4). Eftersom det var oklart i vilken utsträckning medlemsländerna enligt artikel 4 skulle kunna åläggas att förbjuda vissa stridsåtgärder för att garantera den fria rörligheten av varor sökte vissa medlemsstater värna den nationella utformningen av strejkrätten genom antagandet av artikel 2 i förordningen. Enligt artikel 2 får medlemsstaternas skyldigheter enligt artikel 4 inte inverka på utövandet av grundläggande rättigheter, inklusive strejkrätt eller frihet att strejka såsom de *erkänns i medlemsstaterna*. Många hoppades att artikeln skulle värna den nationella utformningen av strejkrätten i sin helhet.[21] Generaladvokat Jacobs har emellertid i ett utlåtande tolkat bestämmelsen som ett utflöde av gemenskapens skyldighet att respektera de grundläggande rättigheterna enligt artikel 6:2 EUF.[22] Förordningens artikel 2 utgör i enlighet med ett sådant resonemang bara en specifikation av de skyldigheter att respektera de grundläggande rättigheterna som åvilar medlemsstaterna när de implementerar gemenskapsrätt.[23] Strejkrätten skulle därmed bara skyddas i den omfattning den utgör en grundläggande rättighet som erkänns som en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten enligt artikel 6:2 EUF. Hur EG-domstolen ser på undantagets omfattning är ännu inte avgjort.

Det skall också erinras om att bestämmelser som rör den fackliga föreningsrätten på annat vis återfinns inom EU. För det första har frågan om de EU-anställdas fackliga föreningsrätt behandlats[24] och för det andra har den sociala dialogen på EU-nivå fört med sig regler på området. Dessutom är det värt att påpeka att gemenskapen erkänt *nationella* kollektivavtals rättsskapande verkan. Genom artikel 137:3 öppnas vägen upp för implementeringen genom kollektivavtal av direktiv som antagits enligt artikel 137:2, om de nationella arbetsmarknadsparterna gemen-

[21] Germanotta & Novitz, Globalisation and the Right to Strike s. 76, se också Sigeman, Fri rörlighet går före laglig stridsåtgärd, som dock inte utesluter en annan tolkning. Jfr Nielsen, European Labour law, s. 107.

[22] Generaladvokat Jacobs utlåtande i Mål C-112/00 Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge v Republic Österreich, p. 76, 88, 89, 95, 98–102.

[23] Se s. 398 f.

[24] Regleringen rörande de EU-anställdas anställningsvillkor, 24 a, där det föreskrivs om deras föreningsfrihet. Mål 175/73, Union Syndicale – amalgamated European Public Service Union – Brussels, Denise Massa and Roswitha Kortner v Council of the European Communities, i målets punkt 14 anges att enligt de allmänna arbetsrättsliga principerna, så innefattar den föreningsfrihetsaktivitet som erkänns i artikel 24 a i anställningsregleringen inte bara att "officials and servants" har rätt att utan hinder bilda fackföreningar av eget val utan också att dessa organisationer skall vara fria att göra allt lagligt för att skydda sina medlemmars intressen. Mål 193/87 och 194/87, Maurissen, se särskilt punkterna 14–15, 35–37. Se också Nielsen, European Labour Law, s. 98–99.

samt så begär.[25] Nationella kollektivavtals betydelse och verkan har också blivit föremål för reglering i en mängd direktiv på arbetsrättens område.[26]

Vidare har EG-domstolen angivit att fördragens konkurrensregler inte kan tillämpas på nationella kollektivavtal som har ett socialpolitiskt syfte.[27] EG-domstolen har också explicit angivit att den inte kan ha synpunkter på ett kollektivavtals innehåll eftersom det skulle inskränka förhandlings*friheten*.[28]

12.3 Vad innefattas i begreppen föreningsrätt och strejkrätt i artikel 137:5 EGF?

Oavsett hur pass omfattande kompetensinskränkningen i artikel 137:5 är så är det av intresse att söka utröna vad som ämnesmässigt faller utanför undantagen. Återstår det något kompetensutrymme för gemenskapen inom ramen för artikel 137 som sammanfaller med de aspekter av den fackliga föreningsfriheten som den här undersökningen behandlar?

I artikel 137:5 anges att artikeln inte medför kompetens på föreningsrättens område. I svensk rätt görs ofta en distinktion mellan begreppen föreningsfrihet och föreningsrätt. Begreppet föreningsfrihet syftar "på den rättsliga frihet som statsmakten skall garantera individen att tillhöra eller inte tillhöra föreningar medan termen *föreningsrätt* betecknar motsvarande skydd för individen gentemot andra individer eller rättssubjekt, t.ex. motpart i ett avtalsförhållande".[29, 30] Jag utgår dock ifrån att någon

[25] Medlemsstaten ansvarar dock för att resultatet som direktivet föreskriver uppfylls. Exempelvis måste alla arbetstagare kunna tillgå direktivets rättigheter om direktivet så föreskriver. Medlemsstaten måste då garantera att kollektivavtalen omfattar alla. Danmark ansågs exempelvis inte ha implementerat arbetstidsdirektivets bestämmelse korrekt, eftersom alla arbetstagare inte omfattades, se Ahlberg, Kommissionen underkänner implementering genom kollektivavtal, se också Nyström, Avtal viktig symbolfråga och debatten i Lag & avtal.

[26] Se t.ex. utstationeringsdirektivet 96/71/EG och överlåtelsedirektivet 2001/23/EG.

[27] Mål C-67/96, Albany, C-115/97, C-116/97, C-117/97, Brentjens', C-219/97 Drijvende Bokken. Se också Bruun & Hellsten (red.) Collective Agreement and Competition in the EU, 2001.

[28] Mål C-222/98 van der Woude, p. 26.

[29] Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 37.

[30] Se s. 117f.

sådan distinktion inte avsågs i artikel 137:5.[31] I enlighet med detta antagande saknar gemenskapen kompetens att med stöd av artikel 137 reglera frågor rörande både föreningsrättens utövande mellan privata aktörer och mellan stat och individ.

Det kvarstår dock en rad oklarheter rörande undantagets omfattning. Omfattas exempelvis den negativa föreningsrätten?[32] Om man utgår från att begreppet sammanfaller med artikel 11 i gemenskapsstadgan blir svaret ja. Analyserar man ordvalet blir svaret ett annat. En rätt till något är inte detsamma som att ha en frihet. I begreppet frihet ligger immanent en valmöjlighet vilket knappast en rätt till något kan anses innefatta. Som tidigare påpekats är det dock tveksamt om ordvalet i detta avseende skall ges någon betydelse.

Som kuriosa kan här påpekas att Europaparlamentet, då det gällde urvalet av de organisationer som skulle konsulteras enligt det sociala protokollet, föreslog att det skulle krävas att dessa organisationer bestod av medlemmar till vilka medlemskap både på nationell och europeisk nivå skulle vara frivilligt.[33] Förslaget fick inget genomslag. En förklaring kan vara att ett sådant krav skulle ingripa i de nationella föreningsstrukturerna. Dessa krav skulle emellertid inte baseras på artikel 2 i sociala protokollet.

Engels och Salas har velat ge begreppet föreningsrätt i artikel 137:5 följande innebörd.

> "the right to form and to join or not to join trade unions, staff associations or employers' associations, the right of those organizations to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives, and to formulate their programmes. It includes the right to form and to join national federations

[31] Med det sociala avtalet som sedan genom integrering i fördragen bland annat blev artikel 137 EGF avsåg de elva medlemsstater som antog det att fortsätta längs den väg som inleddes genom antagandet av 1989 års stadga. Se i Bercusson, European Labour Law, s. 529 not 7. Det finns därför anledning att utgå ifrån att begreppet föreningsrätt bör förstås likvärdigt i de bägge instrumenten. Att reglerna i artikel 11 i 1989 års stadga skall ha tillämplighet i förhållandet mellan privata aktörer framkommer tydligt i artikelns andra punkt. Eftersom syftet med stadgan är att utgöra avstamp för aktiviteter i syfte att skydda arbetstagarna är det rimligt att anta att det i stadgan förutsätts att aktiviteter vidtas så att en reell föreningsrätt kan utövas av arbetstagare och arbetsgivare. Det innebär att medlemsstaterna och/eller gemenskapen beroende på kompetens skall tillse att varken motpart eller stat skall få hindra föreningsrättens utövande. Om 1989 års stadga se s. 412ff.

[32] Engels menar att det är självklart att den negativa föreningsrätten omfattas i Social Challenges, s. 197.

[33] Se KOM (96) 448 slutlig, p. 62.

and confederations of employers' associations and trade unions, as well as European or international organizations. It also embraces the acquisition of legal personality and the right to own property, to conclude contracts and the like".[34]

Denna innebörd tycks som utgångspunkt fungera väl.

En annan fråga som måste beröras är vilka fackliga aktiviteter som kan anses inkluderas i begreppet föreningsrätt. Att strejkrätten *inte* inkluderas framgår av dess omnämnande i artikel 137:5. Om man utgår från artikel 137:1 (f) och frasen som rör det kollektiva tillvaratagandet av arbetstagares rättigheter så måste frasen i kombination med artikelns punkt 6 tolkas som att det finns frågor rörande det kollektiva tillvaratagandet av arbetstagares rättigheter som omfattar föreningsrätt och sådana som inte omfattar föreningsrätt. Hur förhåller det sig till exempel med kollektiv förhandling och kollektivavtal? Innefattas reglering av de områdena i begreppet föreningsrätt?[35] I 1989 års stadga om arbetstagares sociala grundläggande rättigheter återfinns fyra artiklar under rubriken förenings- och förhandlingsfrihet. I artikel 11 behandlas föreningsrätten. I artikel 12 behandlas förhandlingsrätten och i artikel 13 behandlas rätten att tillgripa kollektiva åtgärder inklusive strejkrätt och vissa andra frågor rörande bland annat medling. Även om rättigheterna återfinns under samma rubrik är de tre åtskilda rättigheter. Denna uppdelning av föreningsrätten, den kollektiva förhandlingen och strejkrätten i gemenskapsstadgan indikerar att dess tillskapare, de 11 medlemsländerna, visserligen ansåg att rättigheterna hängde samman men att de inte var en integrerad del av föreningsfriheten. Att denna syn fortfarande präglar gemenskapens uppfattning tyder konstruktionen av punkterna 1 och 5 i artikel 137 EGF på. Hade man velat exkludera den kollektiva förhandlingen från gemenskapens kompetens hade knappast frasen i artikel 137:1 rörande det kollektiva tillvaratagandet av arbetstagares rättigheter utformats på det sättet. Det hade då också varit rimligast att även omnämna det området i artikel 137:5.[36]

Ett område som dock skulle kunna regleras med stöd av artikel 137:1 och som har nära koppling till både den kollektiva förhandlingen och

[34] Engels & Salas, Labour Law and the European Union after the Amsterdam Treaty, s. 99. Se också Engels i Social Challenges, s. 197.

[35] Ryan, Pay, Trade Union Rights and European Community Law, 1997, s. 305 not 1.

[36] Engels, i Social Challenges, s. 182, 197. Se också Ryan, s. 312. Utifrån andra påpekanden i Ryans artikel kan man dock inte vara helt säker på att detta är hans ståndpunkt.

strejkrätten är frågan om medling. De tycks också som om ämnen rörande medling och förlikning inte omfattas av undantaget.[37]

I artikel 137:5 anges också som nämnts att frågor om strejk och lockout ligger utanför gemenskapens kompetens enligt artikel 137 EGF. När det gäller frågan om strejkbegreppets avgränsning kan man fråga sig om även andra kollektiva åtgärder omfattas. I gemenskapsstadgan anges i artikel 13 bland annat att:

> "Rätten att tillgripa kollektiva åtgärder i fall av intressekonflikt skall innefatta strejkrätt, med förbehåll för skyldigheter som härleds ur nationella regler och kollektivavtal."

Om tesen om att begreppen skall betraktas i ljuset av gemenskapsstadgan håller tycks det som om andra kollektiva åtgärder än strejk kan falla utanför undantaget i artikel 137:5. I gemenskapsstadgan artikel 13 anges tydligt att strejk utgör *ett* moment av de kollektiva åtgärderna. Vad som utmärker en strejk i förhållande till andra kollektiva åtgärder är dock svårt att säga. Kan man argumentera för att en stridsåtgärd faller utanför strejkbegreppet borde en reglering av den situationen kunna antas utan hinder av artikel 137:5.[38] Det tycks dock som om reglering rörande både en nationell minimistandard på området och en rätt att vidta transnationella stridsåtgärder i form av strejk omfattas av undantaget.[39]

Sammanfattningsvis kan det sålunda antas att gemenskapen, enligt artikel 137:1, har kompetens inom vissa områden som rör undersökningens objekt. Dessa områden är kollektiv förhandling, medling, samt möjligen kollektiva åtgärder som med klarhet faller utanför strejkbegreppet. EU:s verksamhet får emellertid inte strida mot de grundläggande rättigheter som utgör allmänna principer i gemenskapsrätten enligt artikel 6:2 EUF och enligt EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Omfattningen av den fackliga föreningsfriheten och strejkrätten som grundläggande rättighet i gemenskaprätten är därför ytterst väsentlig att ringa in. Detta skall göras i det följande.

[37] I utkastet från Coreper rörande rådets slutsatser om ett system på EU-nivå för att bidra till att lösa tvister mellan arbetsgivare/arbetstagare som går utöver den nationella nivån anges idéerna föras fram med beaktande av artikel 136 och gemenskapens där angivna mål att främja dialogen mellan arbetsmarknadens parter, dok Europeiska unionens råd, 14487/01, soc 489, 24 nov. 2001. Även om det kan tyckas förhastat att dra några slutsatser utifrån detta kan det ändå anses rimligt att utgå ifrån att rådet vid denna tidpunkt ansett det möjligt att ta en rättsakt rörande medling med stöd av artikel 137 EGF. Se också Engels, som tycks mena att medling både kan omfattas av kollektiv förhandling och av strejkrätt i Social Challenges, s. 197.

[38] Se också Ryan som argumenterar annorlunda med kommer fram till samma slutsats, s. 312.

[39] Se också Ryan, s. 312.

12.4 Skyddet för grundläggande rättigheter i EU

12.4.1 Fördragsbestämmelser

I det följande avsnittet presenteras en översiktlig bild av den aktuella omfattningen av skyddet för de grundläggande rättigheterna inom den Europeiska unionen.[40]

I artikel 6:1 EUF anges att unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka är gemensamma för medlemsstaterna. I artikeln anges de principer som Europeiska unionen vilar på. Att artikel 6:1 också implicit medför att medlemsstaterna skall tillämpa dessa principer framgår av artikel 49 EUF där det anges att varje europeisk stat som respekterar de principer som anges i artikel 6:1 får ansöka om att bli medlem. Uppfyllandet av bland annat dessa kriterier är sedan avgörande för om medlemskapet skall tillstyrkas.[41] När en stat väl blivit medlem i den Europeiska unionen måste den givetvis fortsätta att respektera dessa principer.[42] Respekten för mänskliga rättigheter utgör en förutsättning för medlemskap.[43]

Om en stat allvarligt och ihållande åsidosätter de principer som anges i artikel 6:1 kan rådet besluta om att tillfälligt upphäva vissa av de rättigheter som följer av EU-medlemskapet, inbegripet rösträtten i rådet, enligt artikel 7 EUF. Skyldigheterna som åvilar staten på grund av EU-medlemskapet skall dock fortsätta gälla. Denna bestämmelse är av ren politisk karaktär. De omgärdande procedurerna syftar till att undvika splittring av unionen om beslut väl fattas. Rådet måste exempelvis vara enhälligt för att kunna ta beslut om att en medlemsstat åsidosätter principerna på sätt som artikeln föreskriver.[44]

Vilka mänskliga rättigheter som avses i artikel 6:1 EUF framkommer

[40] För utvecklingen av detta skydd se exempelvis Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, 1999 s. 114–118, Betten & Grief, EU Law and Human Rights, 1998 s. 54–73. Nan Rasmussen & Schønberg, EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret, 1993, s. 37–44.

[41] Se Köpenhamnskriterierna, och kommissionens rapporter angående ansökarländernas status, 2002.

[42] Whelan, s. 149. Eddy De Smijter menar att artiklarna 6:1 och 49 EUF antogs som en klar signal till ansökarländerna, The Constitutional Amendments, 1998 s. 222.

[43] Mc Goldrick, The European Union after Amsterdam, 1999, s. 250, pekar på en rad oklarheter rörande denna förutsättning exempelvis hur man skall bedöma kränkningar av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

[44] Rådet får bara ta upp frågan på förslag av 1/3-del av medlemsstaterna eller från kommissionen efter samtycke av parlamentet samt efter att ha uppmanat den ifrågavarande regeringen att framföra sina synpunkter. Beslut om indragande av rättigheter får då fattas av en kvalificerad majoritet av rådet, artikel 7 EUF.

inte. Efter antagandet av EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna år 2000 finns det dock anledning att anta att de rättigheter som där anges är de som omfattas av EU:s MR-begrepp.[45]

Enligt artikel 6:2. skall unionen som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.[46] Domstolen har numera uttrycklig behörighet att pröva om institutionerna kränker de principer som kommer till uttryck i artikel 6:2 genom artikel 46 d EUF. Domstolen kan pröva all verksamhet inom unionen mot bakgrund av denna regel förutsatt att domstolen har allmän kompetens att pröva den aktuella sakfrågan.[47]

Artikel 6:2 ger inte gemenskapen någon kompetens att utvidga skyddet för de grundläggande rättigheter som avses i artikeln. Artikel 6:2 avser bara att tillse att EU:s institutioner inte kränker rättigheterna när de vidtar åtgärder som att anta rättsakter och interna tjänsteföreskrifter och fatta enskilda beslut. EG-domstolen har också klarlagt att medlemsstaterna är skyldiga att respektera dessa principer när de implementerar gemenskapsrätt[48] och när de tillämpar bestämmelser i fördragen som rör de grundläggande friheterna och bestämmelser som rör godtagbara grunder för inskränkningar av dessa friheter av skäl som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.[49] Åtagandet i artikel 6:2 be-

[45] Se också Abrahamsson, 2001, s. 681.

[46] Också efter antagandet av Amsterdamfördraget utgår EG-domstolen i sin praxis (se t.ex. Mål C-274/99 P. Connolly v Kommissionen 2001 mars, p. 37 och 38) från att de grundläggande rättigheter som ingår i EU:s allmänna principer utgår från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner liksom från uppgifter i de internationella dokument som rör skyddet för de mänskliga rättigheterna och som medlemsstaterna varit med om att utarbeta eller tillträtt. I detta avseende är Europakonventionen av särskild betydelse (se särskilt mål C-260/89, ERT, p. 41). Hänvisningen till internationella konventionen tycks vidare än att bara omfatta Europakonventionen. EG-domstolen anger dock i efterföljande punkt nr 38 att rättspraxisen återspeglas i artikel 6:2 EUF. I artikel 6:2 EU, föreskrivs följande: Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

[47] Bernitz & Kjellgren, Europarätten grunder 2u, s. 122.

[48] Detta klargjorde EG-domstolen exempelvis i Mål 5/88 Wachauf, se också John Temple Lang, s. 24–25.

[49] Se mål C-260/89 Elliniki Radiophonia Tileorassi, p. 41–45 och tolkning av domen att de avsedda principerna kan tillämpas i förhållande till alla fyra frihetena. I domen behandlas etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster. Se också Temple Lang,

rör dock inte medlemsstaternas aktiviteter inom de områden som inte berör EU-rätten.[50]

Även på andra ställen i fördragen hänvisas till MR-instrument. Dessa hänvisningar är dock av något annorlunda karaktär. I EU-fördragets ingress anges att medlemsländerna bekräftar den vikt som de fäster vid de grundläggande sociala rättigheterna såsom dessa fastställs i den europeiska sociala stadgan, som undertecknades i Turin den 19 oktober 1961, och i 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter.[51] En liknande hänvisning till just dessa sociala stadgor återfinns också i målsättningsstadgandet, artikel 136 EGF, som inleder EG-fördragets avdelning XI om socialpolitik, utbildning, yrkesutbildning och ungdomsfrågor:

> "Gemenskapens och medlemsstaternas mål skall under beaktande av sådana grundläggande sociala rättigheter som anges i den europeiska sociala stad-

---

s. 24–25, Temple Lang menar att medlemsländerna är bundna av den dåvarande gemenskapens grundläggande rättighetsprinciper när de 1) implementerar gemenskapsåtgärder och 2) vidtar åtgärder som berör rättigheter som antagits av eller skyddas av gemenskapsrätt eller inom områden som särskilt regleras av gemenskapsrätt, samt enligt hans logik även i andra fall som då ännu ej bekräftats av domstolen s. 30ff. Se också om utvecklingen av medlemsländernas skyldigheter därvidlag; Coppel & O'Neill, och Weiler & Lockhart, I, s. 51–94. Enligt Weiler och Lockhart övervakar EG-domstolen bara vissa medlemsstatsåtgärder: "In relation to fundamental human rights jurisdiction it will only review a particular class of Member States measures: those which fall within the scope (or area) of Community law ...". Detta säger dock inte mycket enligt författarna som menar att egentligen avses bara: "Member states measures adopted by the State when acting for, or on behalf, of the Community – as its 'agent' or executive branch – or where the member state measure is specificially required by a community measure (*Klensch, Wachauf*) member State measures which would be illegal but for a derogation to one of the four fundamental free movement provisions (*ERT*)", s. 63–64, se vidare s. 64ff, se också Ojanen 1996 s. 69 och Betten & Grief s. 74ff.

[50] Se t.ex. Mål C-260/89 ERT p. 42 och där hänvisade rättsfall. Mål C-299/95 Kremzov p. 16–18. Om betydelsen av gemenskapens allmänna rättsprinciper för nationell rätt, se Savón, s. 403.

[51] EU-fördragets ingress skäl 4. Se Hendrickxs s. 172, jfr Riley som i The European Social Charter and Community Law, 14 European Law Review 80, 1989, s. 80–86, diskuterar om enhetsaktens referens i ingressen till Europarådets sociala stadga medförde att stadgan kom att utgöra en del av gemenskapsrätten. Han kom fram till att så var fallet. Bland annat därför att Sociala stadgan nämns tillsammans med Europakonventionen. Enligt EG-domstolen skulle gemenskapen respektera Europakonventionen vid denna tid. Mark Gould svarar Riley och anser att stadgan inte kan bli en del av EG-rätten på grund av hänvisningen i enhetsaktens ingress, däremot kan Europarådets sociala stadga enligt Gould bidra till innehållet i de allmänna rättsprinciper gemenskapen måste respektera. Referensen i ingressen kan inte göra annat än att bekräfta denna möjlighet, Gould, s. 223–226.

gan, som undertecknades i Turin den 18 oktober 1961, och i 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter, vara att främja sysselsättningen, att förbättra levnads- och arbetsvillkor och därigenom möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålls, att åstadkomma ett fullgott socialt skydd, en dialog mellan arbetsmarknadens parter och en utveckling av de mänskliga resurserna för att möjliggöra en varaktigt hög sysselsättning samt att bekämpa social utslagning.

I detta syfte skall gemenskapen och medlemsstaterna genomföra åtgärder som tar hänsyn till skillnaderna i nationell praxis, särskilt när det gäller avtalsförhållanden, och till behovet av att bevara gemenskapsekonomins konkurrenskraft.

De anser att en sådan utveckling kommer att följa såväl av den gemensamma marknadens funktion, vilken kommer att främja en harmonisering av de sociala systemen, som av de förfaranden som föreskrivs i detta fördrag och av tillnärmningen av bestämmelser i lagar och andra författningar."

I artikeln anges att gemenskapen skall beakta de nämnda stadgorna vid uppfyllandet av de de angivna sociala målen. Att beakta något är inte lika med en skyldighet att göra något.[52] Man kan dock tolka artikeln så att gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna inte bör anta reglering som understiger de krav som ställs i de nämnda MR-dokumenten när de vidtar åtgärder för att uppfylla de mål som artikeln anger. Detta skulle antingen kunna vara fallet därför att artikel 136 i sig skapar en sådan förpliktelse eller för att det i artikel 136 kommer till uttryck vad som kan anses innefattas i de gemensamma konstitutionella traditioner som gemenskapen måste respektera enligt artikel 6:2 EUF.[53] De direktiv som

[52] Roger Blanpain, talar om en symbolisk referens till stadgorna i artikel 136, i The European Union, 1998 s. 30. I European Labour Law, 2000 s. 112, ger han uttryck för uppfattningen att "No need to underline that this insertion is to weak to lead to legally binding obligations or rights". Hendrickx anser att hänvisningen i artikel 136 utgör en "weak basis on which to derive a commitment to be legally bound" i Fundamental Rights in the EU s. 173. Maier pekar på argument för att stadgorna genom dess omnämnande i artikel 136 EGF skulle kunna tillmätas en rättsverkan som kan leda till att en rättsakt kan ogiltigförklaras, s. 200 f.

[53] Se Bruun, Några synpunkter på EG-rättens utmaningar för arbetsrättslig forskning, 1999 s. 193–194. Bruun spekulerar kring om de sociala stadgorna därmed inkorporerats i EG-rätten eller kanske snarare att Amsterdamfördraget utgår ifrån att dessa två instrument kan anses representera medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner med avseende på sociala rättigheter. Se också Maier s. 200–201 och Birk, The European Social Charter and the European Union s. 43–44, 46, som menar att en identisk hänvisning till två instrument av så olika karaktär, den ena juridisk och den andra politisk, vittnar om att de därmed inte har inkorporerats i rättssystemet.

explicit tagits för att uppfylla målen i artikel 136 är hittills ganska få.[54] De har heller inte hunnit bli föremål för tolkning av EG-domstolen. Någon säker utsaga om stadgornas betydelse för dessa rättakter kan därför inte göras. I direktiv (2002/14/EG) om inrättande av en allmän ram om information och samråd anges i ingressen att direktivet antogs för att uppfylla målet i artikel 136 om att främja en dialog mellan arbetsmarknadens parter, samt av det skäl att det i punkt 17 i gemenskapsstadgan föreskrivs att information till och samråd med arbetstagare skall utvecklas på ett särskilt sätt.[55] Någon explicit hänvisning till Europarådets sociala stadga görs inte i detta dokument. Det finns här anledning att understryka de olika stadgornas karaktär.[56] 1989 års gemenskapsstadga syftar till att utgöra en språngbräda för antagande av social lagstiftning. Europarådets sociala stadga formulerar rättigheter som ratificerande stater åtar sig att respektera och skydda.[57]

Ingresserna till direktiv och förordningar *inverkar* men behöver inte vara avgörande för tolkningen av rättsaktens bestämmelser.[58] Det är dock fullt rimligt att anta att EG-domstolen i den mån det är möjligt söker tolka rättsakterna i förenlighet med dessa stadgor. När det gäller information och samråd är dock Europarådets sociala stadga från 1961 ytterst vag och kan knappast bidra till någon förstärkning av de rättigheter som direktivet föreskriver och gemenskapsstadgan har ett annat slags uppbyggnad.[59] Om hänvisningen i artikel 136 skulle kunna medföra ett

[54] Exempel är dock Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen, Tre ytterligare direktiv har tagits som anses bidra till att målen enligt artikel 136 uppnås. Dessa tre direktiv syftar till att genomföra avtal som arbetsmarknadens parter slutit. Se Rådets direktiv 1999/63/EG om det avtal om arbetstidens organisation för sjömän som ingåtts av ESCA och FST, Rådets direktiv 199/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP, EGT. Rådets direktiv 2000/79/EG om genomförande av det europeiska avtal om arbetstidens förläggning för flygpersonal inom civilflyget som har ingåtts mellan ...

[55] Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen, skäl 1 och 2.

[56] Sciarra, European Social Rights Convergence, 1999 s. 499–500.

[57] Om Europarådets sociala stadga se s. 76f.

[58] Bernitz & Kjellberg, 2u 2002, s. 47ff.

[59] I Europarådets sociala stadga från 1961 anges i artikel 6:1 att medlemsstaterna skall främja information och samråd. Artikeln har inte givits någon vidare substans genom praxis. I tilläggsprotokollet från 1988 artikel 2 som också ingår i den reviderade sociala stadgan från 1996 är dock denna rättighet förstärkt och innefattar en konkret rättighet. I artikel 136 EGF hänvisas till 1961 års stadga. Frågan är dock hur artikeln förhåller sig till den reviderade stadgan som exempelvis innefattar den förstärkta informationsplikten.

ogiltigförklarande av en rättsakt som inte uppfyller stadgornas skyddsnivå är oklart. Om så skulle vara fallet skulle artikel 136 skilja sig från de allmänna rättsprinciperna som kommer till uttryck i artikel 6:2 eftersom artikel 136 bara äger tillämpning i uppfyllandet av de mål som där anges. Stadgorna skulle alltså utgöra en form av miniminorm då de gäller antagande av rättsregler inom det sociala området.[60]

ILO:s konventioner nämns inte i artikel 136. 1989 års gemenskapsstadga antogs emellertid enligt sin ingress bland annat för att gemenskapen bör inspireras av ILO-konventioner och av den sociala stadga som antagits av Europarådet. EU tycks dock föredra att basera sina åtgärder på det socialpolitiska planet på europeiska traditioner. EG-domstolen har emellertid hänvisat till ILO-konventioner i sin praxis[61] och i ett antal direktiv som tagits både före och efter ikraftträdandet av artikel 136. Exempelvis i direktivet om arbetstid för sjömän, anges i ingressen att hänsyn bör tas till Internationella arbetsorganisationens relevanta konventioner när det gäller arbetstidens organisation och särskilt sådana som gäller arbetstiden för sjömän.[62] Även om ILO-konventioner kan ligga till grund för EG-reglering så förefaller det inte som om deras normer i allmänhet skall beaktas när EG vidtar åtgärder för att uppfylla målen i artikel 136 EGF. Möjligen skulle man dock kunna argumentera för att ILO-konventioner som innehållsmässigt sammanfaller med 1989 års gemenskapsstadga bör tillmätas betydelse i enlighet med stadgans ingress.

I artikel 137:1 EGF anges de områden inom vilka gemenskapen skall understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet för att uppfylla målen i artikel 136 EGF. Bland annat anges förbättringar, särskilt av arbetsmiljön, för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet, arbetsvillkor, information till och samråd med arbetstagarna, företrädande och kollektivt tillvaratagande av arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen, inbegripet medbestämmande, om inte annat följer av punkt fem.

Genom denna uppräkning anges mer specifikt inom vilka områden sociala mänskliga rättigheter kan spela en konkret roll. Dessa områden

[60] Om innehållet i stadgarna se s. 74f och 412ff.

[61] Se s. 410.

[62] Exempel på direktiv antagna efter ikraftträdandet av artikel 136 är Rådets direktiv 1999/63/EG av den 21 juni 1999 om det avtal om arbetstidens organisation för sjömän som ingåtts av ESCA och FST, EGT nr L 167, 02/07/1999 skäl 4, Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/95/EG av den 13 december 1999 om tillsyn av efterlevnaden av bestämmelser om arbetstidens längd för sjömän ombord på fartyg som anlöper gemenskapens hamnar. EGT L 14 20/01/2000 s. 29–35 skäl 5.

korresponderar med olika artiklar i de i artikel 136 EGF nämnda stadgorna.

Artikel 137:5 anger dock inom vilka områden artikel 137 inte skall tillämpas, nämligen; löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätten till lockout.[63]

Det kan också påtalas att hänvisningen till MR-stadgorna i artikel 136 inte tycks rikta sig till arbetsmarknadens parter på gemenskapsnivå. I artiklarna 138 och 139 anges förutsättningar för dem att reglera avtal. I den mån EU:s institutioner bidrar till att genomföra sådana avtal torde dessa omfattas av artikel 136. Varje åtgärd i vilken gemenskapsinstitutionerna är involverade omfattas enligt min mening av beaktandekravet. De europeiska arbetsmarknadsparterna är dock fria att träffa avtal inom vilket område de önskar. Och de områden som faller utanför artikel 137 tycks vara fria från gemenskapens inflytande på varje punkt.[64]

12.4.2 Särskilt om grundläggande rättigheter enligt artikel 6:2 EUF

12.4.2.1 Europakonventionen

Att EU:s institutioner måste respektera de rättigheter som skyddas av Europakonventionen som allmänna principer för gemenskapsrätten framkommer explicit i artikel 6:2 EUF. Europakonventionens särställning fastställdes av EG-domstolen genom dess praxis och har bekräftats i fördragstexterna.[65] Om det därav följer att Europadomstolens praxis inbegrips har däremot varit oklart. Tidigare ansågs institutionerna inte bundna av Europadomstolens praxis.[66] EG-domstolen har emellertid börjat uppvisa en allt större benägenhet att nogsamt undersöka Europadomstolens praxis i aktuella frågor.[67]

Det skall dock påpekas att när EG-domstolen tillämpar Europakonventionens bestämmelser analyseras möjliga inskränkningsgrunder utifrån ett unionsperspektiv. Inskränkningar godtas om de utgör ett proportionerligt ingrepp i syfte att uppfylla ett av den gemensamma marknadens mål eller "objectives of general interest pursued by the Community". In-

[63] Se s. 390 f.
[64] Nyström, EU och arbetsrätten, 3 u, 2002, s. 96–97.
[65] Se t.ex. Mål 260/89 ERT p. 41. Domstolens opinion 2/94 näst sista sidan s. 33.
[66] Bernitz & Kjellgren, 2u 2002 s. 126.
[67] Se Sevón, s. 397.

skränkningarna får dock inte utgöra oproportionerliga eller oacceptabla intrång "impairing the very substance of the rights guaranteed".[68]

EG-domstolens anpassning av inskränkningsgrunderna till EG:s rättsordning kan generera skillnader mellan EG-domstolen och Europadomstolens praxis. Europakonventionen accepterar ju inskränkningar av vissa rättigheter i bland annat sådana fall då inskränkningarna avser att skydda vissa *nationella* eller *individuella* intressen. EG-domstolen bedömer emellertid om inskränkningarna utgör en proportionerlig åtgärd i syfte att skydda *unionens* intressen.

12.4.2.2 Medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner

I Nold-domen angav EG-domstolen att den var *skyldig att hämta inspiration* från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner när den skulle utröna omfattningen av de grundläggande rättigheter den skulle säkerställa respekten av.[69] I artikel 6:2 EUF anges att unionen *skall respektera* de grundläggande rättigheter som följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Det är en stor skillnad mellan att vara "skyldig att hämta inspiration" från medlemsstaternas konstitutioner och att man "skall respektera dem". De gemensamma konstitutionella traditionerna har kommit att spela en mycket viktig roll i utrönandet av vilka grundläggande rättigheter unionen skall respektera som allmänna principer för gemenskapsrätten. Hur kommer man då fram till vilka rättigheter som kan anses vara gemensamma för medlemsstaternas konstitutionella traditioner?

Redan i Internationale Handelsgesellschaft-domen klargjorde domstolen att avgörande för om en rättsakt kan sägas strida mot de grundläggande rättigheter som utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vars upprätthållande domstolen skall säkerställa inte är om rättsakten kränker grundläggande rättigheter i *en* medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur. Avgörande är om rättigheter kränkts vars upprätthållande skall säkerställas inom ramen för *gemenskapens* rättsordning.[70] Domstolen har angivit att kravet på att tillämpa en gemenskapsakt nationellt inte kan påverkas av medlemsstatens författning eller av principerna i dess författningsstruktur eftersom gemenskapsrätten har företräde framför alla former av nationell rätt inklusive nationella författningar och grundlagar.[71] Domstolen motiverar detta ställningstagan-

[68] Se bl.a. Mål 4-73 J. Nold v Kommission, p. 14. Mål 44/79 Liselotte Hauer mot Land Rheinland-Pfalz, p. 23. Se också Ojanen, s. 64–65.
[69] Mål 4-73. J. Nold v Kommissionen, p. 13.
[70] Mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, p. 3 och 4.
[71] Mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, p. 3.

de med att konstatera att införandet av särskilda bedömningskriterier som härrör från en viss medlemsstats lagstiftning eller grundlag, på sådant sätt att gemenskapsrättens faktiska enhetlighet och effektivitet skadas, ofrånkomligen skulle få till följd att den gemensamma marknadens enhetlighet skulle gå förlorad och att gemenskapens sammanhållning skulle äventyras.[72]

Även om företrädesrättsprincipen rörande författningsbestämmelser utstått kraftig nationell kritik[73] kan det tyckas orimligt att en nationell författningsbestämmelse som inte återfinns i något annat medlemsland skulle ge upphov till en grundläggande rättighet som unionens institutioner och organ samt medlemsstaterna då de tillämpar gemenskapsrätt måste respektera.[74] I Hauer-domen anför domstolen att då den säkerställer skyddet för de grundläggande rättigheter som utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vars upprätthållande domstolen skall säkerställa skall den utgå från medlemsstaternas *gemensamma* konstitutionella traditioner på ett sådant sätt att åtgärder som är oförenliga med de grundläggande rättigheter som erkänts av dessa medlemsstaters grundlagar inte kan tillåtas i gemenskapen.[75]

Hur pass stor samstämmighet mellan medlemsstaternas konstitutioner krävs då? Att rättigheter som återfinns i *alla* medlemsstaternas konstitutioner kan utgöra sådana grundläggande rättigheter som unionen måste respektera har klarlagts i praxis.[76] Frågan är dock om det exempelvis skulle räcka med att en *majoritet* av medlemstaterna skyddar en viss rättighet i sina konstitutioner för att den skulle kunna utgöra en grundläggande rättighet i unionens mening. En annan fråga är vad som egentligen kan

[72] Mål 44/79 Hauer, p. 14. Se också Mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, p. 3.

[73] Se s. 387 f.

[74] Se Weiler och Lockharts argumentation i Taking Rights seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – part II, s. 597–598.

[75] Mål 44/79 Hauer, p. 15. Denna fråga aktualiserades återigen genom det så kallade Groganmålet. Det kom att beröra frågan om förbudet mot abort som återfanns i den irländska grundlagen genom att den oföddes rätt till livet skyddades kunde utgöra en sådan grundläggande rättighet som gemenskapen måste respektera som en allmän rättsprincip, p. 4–5 Domstolen påpekade att avbrytande av havandeskap *är lagligt i flera medlemsländer*, p. 18, Domstolen behövde dock inte utreda om den oföddes rätt till livet kunde anses vara en sådan allmän rättsprincip som domstolen måste säkerställa upprätthållandet av. Gemenskapsrätten berördes nämligen överhuvudtaget inte, Mål C-159/90 Grogan. Coppel och O'Neill kritiserade domstolens ovilja att behandla förbudet mot abort som en grundläggande rättighet, Coppel och O'Neill, s. 686. De fick dock utstå kritik för sina slutsatser av Weiler och Lockhart bl.a. baserade på domstolens argumentation i Hauermålet. Weiler & Lockhart, Taking Rights seriously: part II, s. 597–598.

[76] Detta framgår exempelvis av Mål 4/73 Nold, p. 14 och av Mål 44/79 Hauer, p. 20–22.

anses ingå i en konstitutionell tradition. Båda dessa frågor behandlas i ett generaladvokatsuttalande från år 2001. Generaladvokat Léger ger där sin syn på vilka krav som skall ställas för att en rättighet skall kunna sägas återfinnas i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.[77] Den fråga han söker svar på är om rätten till tillgång till offentliga dokument utgör en grundläggande rättighet enligt artikel 6:2 EUF. Legér understryker vikten av samstämmighet i de nationella rättsystemen.[78] Han påpekar att *13 av de 15 medlemsstaterna har en allmän regel* om att allmänheten skall ha tillgång till offentliga dokument. I *nio av dessa tretton stater utgör denna rättighet en grundläggande rättighet, en princip av konstitutionell natur eller en rättighet som grundas på konstitutionen och som erkänns i vanlig lag. I de fyra andra medlemsstaterna härrör rättigheten från en eller flera lagar.* Dessa nationella regler, även om innehållet i deras motsvarande rättssystem inte nödvändigtvis är detsamma, visar på en gemensam förståelse, "common conception", i de flesta medlemsstaterna. I ljuset av den nationella uppfattningen om relationerna mellan dem som styr och de som är styrda, om vilken det är nästan enhällig samstämmighet inom EU, så tycks det för Léger naturligt att acceptera att det existerar en princip om nationell tillgång till offentlig information och att den principen är sådan att den borde ge upphov till en likadan princip på gemenskapsnivå. Om det skulle uppstå någon diskussion om detta, så tycks den snarare röra innehållet i de undantag till principen som måste fastställas, eftersom behovet att definiera vissa gränser inte heller väcker något påtagligt motstånd. Det kan inte uteslutas att vissa restriktioner rörande tillgången till information skall tillåtas av allmänna eller privata skäl.[79]

Generaladvokaten menar att praxis visar att ett ursprung i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner kan räcka för att ge en regel status av allmän rättsprincip.[80] Generaladvokaten menar dock att det till och med räcker om medlemsstaterna uppvisar en *gemensam attityd* som uppvisar samma önskan att tillhandahålla skydd för rättigheten i fråga, även där nivån på skyddet och proceduren för att tillägna sig det är olika i de olika medlemsstaterna. Av detta drar generaladvokaten slutsatsen att det är klart att de huvudsakliga källor som traditionellt

[77] Mål 353/99 P, Hautala, Förslag till avgörande av generaladvokat Léger den 10 juli 2001.
[78] Mål 353/99 P, Hautala, Förslag till avgörande av generaladvokat Léger den 10 juli 2001, p. 55.
[79] Mål 353/99 P, Hautala, Förslag till avgörande av generaladvokat Léger den 10 juli 2001, p. 57–59.
[80] Mål 353/99 P, Hautala, Förslag till avgörande av generaladvokat Léger den 10 juli 2001, p. 60–68.

stödjer tillkomsten av nya allmänna rättsprinciper i gemenskapsrätten inte är oundgängliga om andra element är tillräckliga för att ange innehållet i dessa principer.[81] EG-domstolen berörde inte frågeställningen utifrån något grundrättighetsperspektiv i sin dom.[82] Legérs uttalanden får emellertid betraktas som ett inlägg i debatten.

Legérs resonemang kan knappast betraktas som okontroversiellt. Att det skulle räcka med att medlemstaterna uppvisade en gemensam attityd till en rättighet förefaller otroligt. Det kan nog finnas många områden inom vilka medlemsstaterna intar en gemensam attityd. Att unionen alltid skall respektera dessa när den vill vidta åtgärder för att främja unionens intressen kan medföra en begränsning av unionens befogenheter som kan tyckas onödigt långtgående. Uppkomsten av grundläggande rättigheter i unionen skall rimligen spegla vissa rättigheters *särskilda vikt* i medlemsländerna. En regel kan inte anses ha en sådan vikt bara för att medlemsstaterna uppvisar en gemensam attityd i den meningen att regeln åtnjuter någon form av skydd i alla medlemsstaterna oavsett skyddets position i rättsordningen. Det skulle emellertid inte vara helt orimligt att anta att det under vissa omständigheter kan räcka med att en majoritet av medlemsländerna säkerställer en rättighet i konstitutionell form om övriga medlemsländer också skyddar rättigheten i fråga i någon rättslig form och rättigheten kan anses spela en så viktig roll som rätten till tillgång till offentliga dokument spelar. Den värnar ju den demokratiska processens säkerställande som är en av unionens grundpelare enligt artikel 6:1 EUF. Om rättigheten skyddas i något internationellt MR-instrument som alla medlemstater ratificerat torde det också kunna uppväga en avsaknad av konstitutionell enighet. Brist på total enhetlighet i konstitutionerna borde kunna kompenseras av andra vägande argument.[83]

12.4.2.3 Andra källor

Det var EG-domstolen som i sin praxis lade grunden för skyddet av de grundläggande rättigheterna i unionen. En fråga som infinner sig då det gäller kodifieringen av EG-domstolens praxis är varför bara Europakon-

[81] Mål 353/99 P, Hautala, Förslag till avgörande av generaladvokat Léger den 10 juli 2001, p. 69–70.

[82] Mål C-353/99 P, Hautala, Dom 6 december 2001, p. 22.

[83] I generaladvokatens förslag till avgörande i målet 149/77, det s.k. Defrenne III-målet, anges emellertid att principen om likabehandling av kvinnor och män utgör en konstitutionell princip i *majoriteten* av medlemsländernas konstitutioner. Principen skyddar därför en rättighet som måste betraktas som grundläggande i gemenskapens rättsordning likaväl som den är det på andra håll. Generaladvokatens yttrande refererat i Temple Lang, s. 26.

ventionen nämns i artikel 6:2 EUF och inte andra internationella MR-konventioner. I exempelvis Nold, Hauer och Wachauf angav domstolen att internationella konventioner som skyddar mänskliga rättigheter som medlemsstaterna varit med och utarbetat eller undertecknat kan tillhandahålla riktlinjer som skall följas inom ramarna för gemenskapsrätten.[84] Att enbart Europakonventionen nämns i fördragstexten skulle kunna tyda på att lagstiftaren ansett att det bara är Europakonventionens rättigheter bland de internationella MR-instrumenten som kan ligga till grund för uppkomsten av grundläggande rättigheter inom unionen. Domstolen har emellertid *refererat* till andra internationella MR-instrument än Europakonventionen i sin praxis. Och det tycks som om domstolen åtminstone i *teorin* anser att riktlinjer som framkommer ur andra internationella instrument än Europakonventionen kan utgöra inspiration då det gäller fastställandet av grundläggande rättigheter.[85] Det är tveksamt om fördragstexten avsåg att inskränka denna praxis.[86] Åtminstone har inte utformningen av artikel 6:2 EUF påverkat domstolens uppfattning därvidlag. Domstolen har *efter* ikraftträdandet av Amsterdamfördraget angivit att den bland annat utgår från "uppgifter i de internationella dokument som rör skyddet för de mänskliga rättigheterna och som medlemsstaterna varit med om att utarbeta eller tillträtt" för att fastställa de grundläggande rättigheter som är en integrerad del av de allmänna rättsprinciperna.[87]

Man kan dock fråga sig vilken betydelse empiriskt sett andra MR-instrument än Europakonventionen haft? I *Orkem mot kommissionen* undersöker domstolen vilken ställning rätten att inte tvingas vittna mot sig själv har såväl i Europakonventionen som i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, artikel 14(g).[88] Inget av dessa instrument omfattade den aktuella rättigheten. Utredandet av dess ställning i FN-konventionen tyder dock på att konventionen skulle *kunna* spela en roll vid uppkomsten av en grundläggande rättighet i ge-

[84] Mål 4/73 Nold, p. 13, Mål 44/79 Hauer, p. 15, Mål 5/88, Wachauf, p. 17.
[85] EGD Opinion 2/94, p. 33.
[86] Lenaerts & de Smijter tror heller inte att avsikten med artikel 6:2 var att inskränka domstolens praxis på området, Lenaerts & de Smijter, A "Bill of Rights" for the European Union, s. 277.
[87] Se t.ex. Mål C-274/99P, Connolly mot Europeiska kommissionen, 6 mars 2001 p. 37.
[88] Mål 374/87, Orkem, p. 30 och 31. Domstolen har redan tidigare angivit att rätten till försvar utgör en grundläggande princip inom gemenskapsrätten i Mål 322/81, Michelin, p. 7. I Orkem undersökte domstolen om denna rätt dessutom också ansågs utgöra en del av de grundläggande rättigheter som var en del av gemenskapsrättens allmänna principer, p. 28.

menskapen. I *Grant mot South West Trains Ltd* anger domstolen att den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter förekommer bland de internationella instrument rörande skyddet för de mänskliga rättigheterna, som domstolen tar hänsyn till vid tillämpningen av gemenskapsrättens allmänna principer och hänvisar bland annat till Orkem.[89]

I Grant åberopar den klagande ett utlåtande från FN:s kommitté för mänskliga rättigheter[90] där det anges att begreppet kön i IKMPR också omfattar sexuella preferenser. Domstolen anger att kommittén för mänskliga rättigheter, som för övrigt inte är en domstol och vars uttalanden inte har någon rättsligt bindande verkan, dessutom i det utlåtande som Grant hänvisar till, enligt dess egna ord och utan någon särskild motivering, inskränkt sig till att "uttala att enligt dess mening skall hänvisningen till kön i artiklarna 2:1 och 26 anses omfatta sexuella preferenser". Enligt domstolen kan ett sådant uttalande, som för övrigt inte återspeglar en hittills vedertagen tolkning av begreppet könsdiskriminering i internationella instrument rörande skydd för de grundläggande rättigheterna, följaktligen i vart fall inte föranleda domstolen att vidga räckvidden av artikel 119 i fördraget. Denna artikels räckvidd, liksom varje gemenskapsrättslig bestämmelses, kan därför enligt domstolen endast fastställas med beaktande av dess lydelse och syfte samt dess placering i fördragets system och det rättsliga sammanhang där denna bestämmelse ingår. Domstolen menar att av det ovan anförda följer att gemenskapsrätten inte omfattar diskriminering på grund av sexuell läggning.[91]

När det gäller FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter tycks det som om domstolen åtminstone bemödat sig om att sätta sig in i de relevanta och aktuella artiklarna. Det förefaller dock tveksamt om konventionen ensam skulle kunna ge upphov till grundläggande rättigheter i gemenskapsrättens mening eller ens klart utvidga tillämpningsområdet för en sådan erkänd grundläggande rättighet.[92] Tillsammans med någon ytterligare indikator skulle dock konventionen kanske kunna få genomslag. Exempelvis om en majoritet av

[89] Mål C-249/96 Grant, p. 44, domstolen hänvisar också till de förenade målen C-297/88 och C-197/89 p. 68.
[90] Se om MR-kommittén s. 57f.
[91] Mål C-249/96 Grant, p. 46–47. Numera se artikel 13 EUF och Direktiv 2000/78 om förbud mot diskrominering på grund av sexuell läggning, se s. 482ff.
[92] Jfr Melin & Schäder, s. 117–118, som anför att "Det kunde möjligen förefalla som om FN-konventionen trots allt inte tillmäts riktigt samma tyngd som Europakonventionen".

medlemsstaterna intagit en likadan bestämmelse i sina konstitutioner. I Grant återfanns inte den aktuella aspekten av rättigheten; varken i medlemstaternas gemensamma konstitutionella traditioner eller i Europakonventionen.

Inspiration från ekonomiska och sociala MR-instrument har utnyttjats i än mindre utsträckning.[93] Ett mål som ofta hänvisas till i sammanhanget är *Defrenne III*. Domstolen konstaterade i domen att avskaffandet av könsdiskriminering tveklöst omfattades av de grundläggande rättigheter som domstolen hade till uppgift att säkerställa. Därefter påpekades att samma ställningstagande också tillkännagavs i Europarådets sociala stadga och ILO-konvention nr 111 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning. Ingenting i domen tyder dock på att EG-domstolen inspirerats av dessa instrument för att komma till sin slutsats. Hänvisningen till ILO-konventionen och Europarådets sociala stadga ger snarast intryck av att utgöra en bekräftelse på att en slutsats domstolen redan dragit också hade stöd på annat håll.[94] Någon avgörande om ens någon betydelse för ställningstagandet förefaller inte dessa instrument haft.[95] Förstainstansrätten har dock därutöver snuddat vid Europarådets sociala stadga men ej tillämpat den.[96]

En förklaring till att ekonomiska och sociala MR-instrument inte fyllt någon funktion för utvecklandet av omfattningen av de grundläggande rättigheterna i EG-domstolen skulle kunna vara att frågor som rör ekonomiska och sociala mänskliga rättigheter sällan prövats.[97] På senare år har emellertid ett par mål som kunnat aktualisera sociala och ekonomiska MR-instrument behandlats av domstolen. I exempelvis målen Albany, Brentjens' och Drijvende Bokken kom frågan upp vilket skydd kollektivavtal åtnjöt i gemenskapen. Generaladvokat Jacobs undersökte denna fråga bland annat genom att gå igenom den fackliga kollektiva förhandlingens position i Europakonventionen, i Europarådets sociala stadga

[93] Se Nielsen, European Labour Law, s. 75. Birk, The European Charter and the European Union, s. 42.

[94] Mål 149/77, Defrenne, p. 28. Se också Nielsen & Rehof, s. 105.

[95] Däremot påpekades i Mål 43/75 Defrenne, p. 20, om likalön att det snäva kriteriet i dåvarande artikel 119 om lika lön för lika arbete utvidgades i senare antagna gemenskapsakter i enlighet med ILO-konvention nr 100 från 1951 till att avse lika lön för arbete av lika värde, direktiv 75/117 om lika lön. Det är dock en annan sak att låta sig inspireras av internationella MR-konventioner vid antagandet av nya rättsakter.

[96] Se Mål T-45/90, Alicia Speybrouck mot Europaparlamentet, se vidare Ruth Nielsen, EU-arbejdsret, s. 95f och Mål T-96/92 R Comité Central D'entreprise De La Societé Generale Des Grandes Sources mot kommissionen. Se Nielsen s. 312f.

[97] Se Betten, Protection of fundamental social rights in the EU, 1996, s. 27.

och i ILO-konvention 98.[98] Domstolen berörde dock överhuvudtaget inte frågan om rätten till kollektiv förhandling kunde utgöra en grundläggande rättighet utan utgick uteslutande från fördragens artiklar.[99]

Ett senare mål rörde frågan om rätten till semester kunde anses utgöra en grundläggande rättighet som unionen måste skydda. I sitt förslag till avgörande i målet kom generaladvokat Tizzano fram till att rätten till semester utgör en sådan grundläggande rättighet som unionen och medlemsstaterna måste respektera då de tillämpar gemenskapsakter. Tizzano lade en rad internationella MR-instrument och 2000 års EU-stadga om grundläggande rättigheter till grund för sin slutsats.[100] Domstolen valde dock en annan argumentationslinje. Visserligen kom domstolen med stöd av gemenskapens stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare och direktiv 93/104 fram till att rätten till årlig betald semester utgör en princip av särskild betydelse i den gemenskapsrättsliga arbetsrätten. Någon grundläggande rättighet ansågs den emellertid inte vara.[101] Det är intressant att notera att domstolen för det första bara nämner rättskällor inom EU och för det andra påtalar rättighetens särskilda position i den gemskapsrättsliga arbetsrätten. Domstolen såg sig inte föranledd att söka stöd utanför unionen. Inte ens Europarådets sociala stadga fick något utrymme trots att hänvisningar fanns i fördragen till detta instrument redan vid målets anhängiggörande.

Enligt den expertgrupp som fick till uppgift att utreda vilken position grundläggande rättigheter skulle ha i den Europeiska unionen efter Amsterdam utgör Europakonventionen en del av gemenskapsrätten, medan de andra internationella konventioner som medlemsstaterna varit med och utarbetat eller undertecknat "operate merely as guidelines for the interpretation and application of Community law".[102] Denna slutsats är jag också benägen att sälla mig till. Någon betydelse för tillkomsten av nya grundläggande rättigheter som skall respekteras av unionen har andra MR-instrument än Europakonventionen inte haft. Däremot tycks det

[98] De förenade målen C-67/96, C-115/97, C-116/97, C-117/97, C-219/97, Albany m.fl. förslag till avgörande av generaladvokat Jabobs, p. 140–160.

[99] Se Mål C-67/96, C-115/97, C-116/97 och C-117/97, C-219/97 Albany m.fl., domstolens dom 21 september 1999.

[100] Mål C-173/99, BECTU, förslag till avgörande av generaladvokat Tizzano den 8/2 2001 p. 22–25.

[101] Mål C-173/99, BECTU, dom, p. 39–43.

[102] Affirming fundamental rights in the European Union, Report of the Expert Group on fundamental rights, European commission, 1999, s. 14.

som om EG-domstolen under vissa betingelser kan tillmäta andra MR-instrument betydelse i tolkningshänseende både när det gäller redan erkända grundläggande rättigheter och när det gäller EG-rätt i allmänhet.[103]

Denna hållning kan ifrågasättas. Ett antal andra instrument som rör de mänskliga rättigheterna har ratificerats av samtliga medlemsländer. Samtliga instrument som jag behandlade i den folkrättsliga delen tillhör denna kategori. Dessutom hänvisas explicit till Europarådets sociala stadga i EU-fördragets ingress och i artikel 136 EGF. Man skulle mycket väl kunna tänka sig att dessa instrument också bör ligga till grund för de grundläggande rättigheter som är en del av gemenskapsrättens allmänna principer.

12.4.3 1989 års stadga om sociala rättigheter för arbetstagare

Redan år 1989 hade emellertid elva av de dåvarande tolv medlemsstaternas regeringschefer i form av en deklaration antagit en stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare.[104] Stadgan inbegriper rättigheter rörande såväl arbetstagarnas fria rörlighet, som deras anställning, lön, levnadsstandard, sociala skydd, förenings- och förhandlingsfrihet, yrkesutbildning, likabehandling av kvinnor och män, information, samråd och medbestämmande, hälsa och säkerhet på arbetsplatsen, skydd av barn, ungdom, äldre och handikappade.

Stadgan riktar sig till medlemsländerna, utanför gemenskapens rättsliga räckvidd, och till kommissionen (artikel 28). Det anges särskilt vara medlemsstaternas ansvar, i enlighet med nationell praxis, att framförallt via lagstiftning eller genom kollektivavtal garantera stadgans grundläggande sociala rättigheter och genomföra de åtgärder på det sociala området som är oundgängliga för en väl fungerande inre marknad inom ramen för en strategi för ekonomisk och social samhörighet. Stadgan är också avsedd att påverka gemenskapens verksamhet. I dess artikel 28 uppmanar Europeiska rådet kommissionen att snarast ta initiativ inom ramen för dess befogenheter, såsom de stadsfästs i traktaten, med syfte att skapa

[103] I mål 24/86, Blaizot, hänvisar dock domstolen till Europarådets sociala stadga då det gäller att avgöra om universitetsutbildning kan anses innefattas i begreppet yrkesutbildning. Enligt artikel 10 i stadgan anses universitetsutbildning utgöra en form av yrkesutbildning (p 17). Domstolen noterar att de flesta medlemsländer har tillträtt stadgan. Längre fram betonar emellertid domstolen att det enbart beror på att den gemensamma politiken angående den aktuella frågan är under utveckling som begreppet yrkesutbildning kunnat utvidgas till att också omfatta universitetsstudier (p 31).

[104] Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter antogs den 9 december 1989, KOM(89) 471 slutlig.

rättsakter för att effektivt, allt eftersom den inre marknaden förverkligas, genomföra sådana rättigheter som faller inom gemenskapens kompetensområde.[105]

Stadgan utgör en deklaration utan juridisk bindning.[106] Jacques Delors har förklarat stadgans betydelse såsom menad att "discover how far the member states have recognised common values and how these can be illustrated in rights".[107] Kommissionen fick till uppgift att årligen sammanställa en rapport om hur stadgan tillämpas av medlemsstaterna och av Europeiska gemenskapen. Rapporten skulle sedan framläggas för Europeiska rådet, Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén (artiklarna 29–30). Någon kompetens att med bindande verkan utvärdera eller bedöma tillämpningen på respektive håll tilldelades dock inte något organ. Avsikten med 1989 års stadga var inte att begränsa EG-organens handlingsutrymme. I stället skulle stadgan utgöra en utgångspunkt och inspirationskälla för nationella och gemenskapsrättsliga framtida åtgärder. Kommissionen uppmanades att ta initiativ med utgångspunkt från 1989 års stadga.

Strax innan stadgans utropande antog kommissionen ett meddelande angående vilka åtgärder den tänkte vidta för att leva upp till stadgans ambitioner. Meddelandet kallades mycket talande "Communication from the Commission concerning its action programme relating to the implementation of the Community Charter of Basic Social Rights for Workers".[108] Kommissionen uppfattade det således som att den hade till uppgift att implementera delar av stadgan.

En rad direktiv på socialpolitikens område har antagits med hänvisning till 1989 års stadga. Flera av dessa direktiv föreslogs i kommissions-

[105] Bercusson anser att de 11 stater som godtog stadgan därmed gjorde ett politiskt åtagande att leva upp till stadgans krav. Bercusson menar att EU:s framtida socialpolitik vilar på de åtaganden som återfinns i stadgan, se i European Labour Law, s. 576.

[106] Nielsen anser dock att stadgan har en "stand still" effekt på nationell rätt. Det skulle nämligen stå i strid med förpliktelsen att lojalt samarbeta med gemenskapen enligt dåvarande artikel 5 EEG att anta lagstiftning i motsatt riktning. Således skulle medlemsstaterna vara förhindrade att anta sådan lagstiftning, Stadgan kan också bl.a. få återverkning på EG-rätten i tolkningshänseende. EF's betydning for værnet av grundlæggende rettigheter i arbejdslivet, TRf 4/90, 590–591. Blanpain anger att stadgan var "an expression of the political will of the eleven Governments who supported the Charter, nothing more, nothing less." Blanpain, European labour Law. 2000, s. 157. Nyström anser att stadgan är att betrakta som en politisk viljeförklaring med moraliska förpliktelser i EU och arbetsrätten, 2002, s. 81.

[107] Betten & Grief, hänvisar på s. 72 till ett tal som Delors höll i Parliamentary Assembly of the Council of Europe, october 1989, Council of Europe parl ass as/soc/(41)21, p. 2.

[108] COM(89) 568 final, Brussels, 19 november 1989.

meddelandet från 1989. Arbetet med flera av dem hade emellertid påbörjats av kommissionen långt tidigare.[109] En hänvisning till stadgan brukar återfinnas i dessa direktivs ingresser. Som exempel kan nämnas arbetstidsdirektivet,[110] direktivet om upplysning av arbetsvillkoren,[111] föräldraledighetsdirektivet,[112] nya överlåtelsedirektivet,[113] direktivet om visstidsarbete,[114] direktivet om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet[115] och direktivet om information och samråd.[116] Kommissionen hänvisar inte längre till gemenskapsstadgan i sina sociala handlingsprogram. Stadgan fortsätter ändock att sätta sin prägel på EU:s sociala rättskultur.[117] Inte minst har stadgans position befästs genom hänvisningarna till den i EU-fördragets ingress och i artikel 136 EGF.[118] I och med Amsterdamsfördragets ikraftträdande ansågs också Storbritannien ha "reversed the opt-out" och accepterat 1989 års stadga som en del av Amsterdamfördraget (artikel 136).[119]

1989 års stadga har emellertid erhållit ytterst begränsat utrymme i

[109] Direktivförslag rörande frivillig deltid, tidsbegränsade anställningar, a-typical forms of employment, komplettera direktiven om kollektiva uppsägningar, arbetstid väcktes redan 1983, skriftliga anställningsvillkor, fri rölighet för arbetstagare, socialförsäkring, social klausul i offentliga kontrakt, utstationering, komplettera socialförsäkringssystemen för rörliga arbetstagare, också om likabehandling och om säkerhet och hälsa, skydd av unga, funktionshindrade samt en mängd förslag och rekommendationer om andra åtgärder än rättsakter. COM(89) 568 final, Brussels, 19 nov. 1989, s. 15–19.

[110] Direktiv (93/104/EG) om arbetstidens förläggning i vissa avseenden.

[111] Direktiv (91/533/EEG) om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagare om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.

[112] Direktivet (96/34/EG) om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP, EFS, p. 3.

[113] Se också punkt 13 i direktivet 98/50/EG om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter och delar av verksamheter.

[114] Direktiv 99/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.

[115] Direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet, ingress p. 6.

[116] Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättandet av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen. EGT nr L 80, 23/03/2002 s. 29–34, skäl 2. Det skall dock noteras att någon hänvisning till stadgan inte gjordes i direktivet om arbetstagarinflytande i SE-bolag.

[117] Betten anger att det finns 43 hänvisningar till stadgan i sekundärrätten och att kommissionen utgick från stadgan då den antog sin socialpolitik, Betten, IJCLLIR 2001, s. 158–159.

[118] Nielsen kommenterar utvecklingen, Nielsen, EU-arbejdsret, 3 rev u, 1997 s. 30. Se också Sciarra som anger att "This is an innovation of symbolic value which cannot be underevaluated" i European Social Rights Policy Convergence, s. 496.

[119] Hepple, European developments; The EU Charter of Fundamental Rights, s. 230.

EG-domstolens domar. Den har inte spelat någon som helst roll i exempelvis domstolens utformning av de grundläggande rättigheterna.[120]

Även som tolkningsdata har stadgan utnyttjats ytterst sparsamt. Ingressen i direktiv spelar ofta roll för EG-domstolens tolkning av direktivens bestämmelser[121] och eftersom ett antal direktivs ingresser hänvisar till 1989 års stadga skulle man kunna tänka sig att den skulle kunna spela en roll i tolkningshänseende. Nyligen tillmätte domstolen, mig veterligen för första gången, 1989 års stadga viss betydelse i ett mål om arbetstidsdirektivets tolkning. Slutsatsen som stadgan bidrog till att nå var att rätten till semester är en social rättighet av särskild betydelse i gemenskaprätten.[122]

Att domstolen så nyligen refererat till stadgan kan bero på dess förstärkta position i Amsterdamfördraget.[123] På vilket sätt 1989 års stadgas roll kommer att påverkas av antagandet av 2000 års EU-stadga om grundläggande rättigheter återstår att se. Enligt ingressen till 2000 års stadga ligger bland andra 1989 års stadga till grund för utformningen av många av den nya stadgans sociala rättigheter.[124]

[120] Se exempelvis Hepple om vilka förhoppningar som vid stadgans antagande ställdes på domstolens hantering av gemenskapsstadgan, The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social, s. 644. Blanpain menar dock att den inte kan ligga till grund för utvecklandet av de allmänna rättsprinciperna eftersom stadgan inte är ett traktat undertecknat av alla medlemsstaterna, European labour law, s. 157. Man skulle dock kunna hävda att stadgan möjligen var ett uttryck för medlemsstaternas konstitutionella traditioner. Det har man emellertid inte gjort. Jacobs behandlar inte stadgan när han skall utröna om rätten till kollektiv förhandling utgör en grundläggande rättighet som måste respekteras i gemenskapsrätten. Han undersöker emellertid om stadgan kan tillmätas något värde när frågan om EG-rätten innefattade någon rätt till kollektiv förhandling skall behandlas. Han kommer dock fram till att så inte är fallet. Han konstaterar att stadgan inbegriper de rättigheter han söker efter men påpekar att stadgan har ytterst begränsad rättslig effekt. Den utgör inte någon rättslig akt utan bara en högtidlig politisk deklaration som antogs av 11 av de dåvarande 12 medlemsstaternas regeringschefer. Den har inte publicerats i Official journal. Dessutom var de 11 medlemsstaterna inte beredda att ge dessa rättigheter som de tidigare givit politiskt stöd rättslig status genom det sociala avtalet som knöts till EUF. Mål 67/96 förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs den 28 januari 1999 p. 136–137.

[121] Bernitz & Kjellgren, 2u, 2002, s. 47 ff.

[122] Mål C-173/99 BECTU, p. 39–43, 47. Även Generaladvokat Tizzano tillmätte hänvisningen till stadgan i arbetstidsdirektivets ingress viss betydelse då det gäller tolkningen av direktivet i sitt förslag till avgörande, Mål C-173/99 BECTU generaladvokatens förslag till avgörande den 8 februari 2001 para 24.

[123] Szyszczak, The New Parameters of European Labour Law, s. 144, Hon förutspår att hänvisningen i artikel 136 kan komma att få betydelse för stadgans ställning som tolkningsdata.

[124] Se Charte 4473/00, Convent 49, Förklaringar till stadgans fullständiga text. Förklaringarna till artiklarna 27–29, 31 om bl.a. semester. Förklaringarna utarbetades på presidiets ansvar. De angavs inte ha något juridiskt värde utan är helt enkelt avsedda att belysa stadgans bestämmelser.

Trots att 1989 års stadga även var tänkt att ha betydelse för medlemsstaternas rättsordningar är det för mig okänt om den generellt tillmätts någon betydelse därvidlag. För att bedöma detta behöver en genomgång av de nationella systemen göras vilket inte ryms inom denna framställnings ram. Moreau hävdar dock att det faktum att rätten till information och samråd utgjorde en grundläggande rättighet enligt 1989 års stadga inverkade på vissa beslut av de franska domarna i det berömda Renault-målet rörande bristande information till arbetstagarna vid nedläggning av verksamheten eftersom det avtal som ansågs kränkt hänvisade till stadgan.[125]

Vilken roll 1989 års stadga spelat i den svenska rättordningen är oklart. Jag har inte funnit att gemenskapsstadgan uttryckligen inspirerat den svenska lagstiftaren. I *ett* mål i AD har dock stadgan åberopats av part som stöd för en intolkning av den negativa föreningsrätten i MBL. AD angav att stadgan var av visst intresse i målet. Av olika skäl fick just stadgan ingen betydelse för målets utgång. AD:s argumentation tyder dock på att stadgan skulle kunna få betydelse för tolkningen av svensk rätt.[126]

Sammanfattningsvis kan konstateras att stadgan var tänkt att inspirera lagstiftningsprocessen inom EU och också har gjort och antagligen kommer fortsätta att göra det. Möjligen kommer den också påverka EG-domstolens tolkning av bestämmelser som inspirerats av 1989 års stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter.

12.4.4 Särskilt om den fackliga föreningsfriheten som grundläggande rättighet

I detta avsnitt skall något sägas om gemenskapen explicit innefattat den fackliga föreningsfriheten i de grundläggande rättigheter som skall säkerställas som allmänna principer i gemenskapsrätten innan EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna proklamerades.

I Bosman-målet erkändes *föreningsfriheten* som en grundläggande frihet som skyddas genom gemenskapens rättsordning. Domstolen hänvisar härvidlag till medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och till Europakonventionen artikel 11.[127] EG-domstolen ansåg emellertid inte att de regler som i det aktuella målet ett idrottsförbund utfärdat var nödvändiga för att säkerställa förbundets, föreningens eller spelares utövande av denna frihet eller att de utgjorde en oundviklig följd

[125] Se Moreau, s. 60–61.
[126] Se AD 2002 nr 20.
[127] Mål C-415/93, Bosman p. 79.

av föreningsfriheten.[128] Reglerna som var föremål för prövning innebar att en professionell fotbollsspelare som var medborgare i en medlemsstat, efter att hans kontrakt med en förening löpt ut, endast kunde anställas av en förening i en annan medlemsstat, om den sistnämnda betalade moderföreningen en övergångs-, utbildnings- eller utvecklingsersättning. Reglerna påverkade den fria rörligheten för professionella idrottsmän.

Det är således intressant att konstatera att EG-domstolen anser sig behörig att pröva om en förenings interna föreskrifter är nödvändiga för utövandet av föreningsfriheten. Någon fördjupad analys av var gränserna går för vad som kan anses vara nödvändigt för utövandet av föreningsfriheten görs inte.

När det gäller den fackliga föreningsfriheten mer specifikt har EG-domstolen inte klarlagt ifall den är en del av de grundläggande rättigheter unionen skall respektera som allmänna principer i gemenskapsrätten. Eftersom domstolen i Bosman-målet utgår från artikel 11 i Europakonventionen torde det dock kunna antas att det skydd som den fackliga föreningsfriheten åtnjuter i artikel 11 Europakonventioner också skall säkerställas i gemenskapsrätten.

Den fackliga föreningsfriheten har dock berörts av EG-domstolen i fall som inte direkt rört omfattningen av de grundläggande rättigheterna i den mening som avses i artikel 6:2 EUF. Dessa mål har rört tolkningen av en bestämmelse i EU:s anställningsförordning rörande EU-anställda. Den aktuella bestämmelsen, artikel 24 a, tillskriver EU-anställda föreningsfrihet och rätten att ansluta sig till fackföreningar eller yrkesorganisationer.[129] För tolkningen av denna bestämmelse har EG-domstolen infört ytterligare en tolkningsparameter – *arbetsrättens allmänna principer.* Enligt arbetsrättens allmänna principer följer av bestämmelsen i anställningsförordningens 24 a att de anställda inte bara har rätt att utan hinder bilda de organisationer de vill utan också att dessa organisationer är fria att göra vad som helst som är lagligt för att skydda sina medlemmars anställningsrelaterade intressen.[130] Rätten att agera anses vara ett av de medel som står till buds. Enligt gemenskapens rättssystem är dock utövandet av denna rättighet underställt de villkor som utgår från det formsystem för handlingar som föreskrivs i de fördrag som ligger till grund för gemenskapen.[131] I det aktuella målet ansågs inte fackföreningen som sådan enligt fördragets taleregler ha rätt att väcka talan.

[128] Mål C-415/93, Bosman, p. 80.
[129] Mål 175/73 Union syndicale, Massa & Kortner, p. 9.
[130] Mål 175-73 Union syndicale, Massa & Kortner, p. 14.
[131] Mål 175-73, Union syndicale, Massa & Kortner, p. 15–16.

I ett senare mål förtydligade EG-domstolen innebörden av de ovan angivna principerna. Gemenskapsinstitutionerna och organen får inte förbjuda sina anställda att ansluta sig till en fackförening eller delta i fackliga aktiviteter eller påföra dem något som helst straff på grund av detta medlemskap eller dessa aktiviteter. Dessutom måste fackföreningarna tillåtas fullfölja sin "proper role" genom att bland annat hålla de anställda informerade, representera dem i förhållande till institutionerna och andra organ och delta i samråd med dessa institutioner och organ rörande alla områden som berör de anställda och inte behandla dem olika utan giltig orsak.[132] Ett beslut att undandra fackföreningen eller dess representant en rättighet kan dock i ett enskilt fall bara kritiseras om rättigheten i fråga kan härledas antingen från de arbetsrättsliga allmänna principerna som är tillämpliga inom gemenskapens rättsordning, eller från anställningsförordningen, dess tillämpningsföreskrifter eller från ett kollektivavtal tillämpligt mellan parterna.[133]

Generaladvokat Jacobs tycktes i ett utlåtande utgå ifrån att de allmänna arbetsrättsliga principerna som är tillämpliga i gemenskapsrätten är en del av de grundläggande rättigheter som utgör en del av gemenskapsrätten allmänna principer enligt artikel 6:2 EUF.[134] Jag har dock svårt att se denna koppling. Ingenting sägs om att begreppet gemensamma konstitutionella traditioner eller Europakonventionen ligger till grund för de allmänna arbetsrättsliga principerna. Begreppen tycks ha olika källor.

Man kan dock konstatera att den fackliga föreningsfriheten enligt artikel 11 Europakonventionen utgör en del av de grundläggande rättigheter gemenskapen måste respektera som grundläggande principer i rättsordningen enligt artikel 6:2 EUF. Att omfattningen av denna rättighet inte genererar ett särskilt starkt skydd för facklig verksamhet framkom i avsnittet om Europakonventionen. Har då EG-domstolen utvidgat den fackliga föreningsfrihetens gränser i sin praxis? I målen Albany, Brentjens' och BV Maatschappij Drijvende Bokken fick EG-domstolen anledning att pröva ett nationellt kollektivavtals ställning i gemenskapsrätten. Frågan var om kollektivavtalets innehåll stod i strid med konkurrensreglerna i EG-fördraget.

Generaladvokat Jacobs prövade om kollektiv förhandling kunde anses

[132] De förenade målen C-193/87 och C-194/87, Maurissen p. 14–15.

[133] De förenade målen C-193/87 och C-194/87, Maurissen p. 20. Se också Förstainstansrätten som etablerat ytterligare en kategori i Mål T-192/99 Dunnet, Hacket and Valvet v European Investment Bank, om innebörden av samråd enligt *arbetsrättens allmänna principer gemensamma för medlemsstaterna.*

[134] Utlåtande av generaladvokat Jacobs den 28 januari 1999, Mål C-67/96 Albany, Mål C-115/97, C-116/97 och C-117/97 Brentjens' och Mål C-219/97 BV Maatschappij Drijvende Bokken, p. 139.

vara en sådan grundläggande rättighet som unionen måste säkerställa som allmän princip i gemenskapsrätten enligt artikel 6:2 EUF. Generaladvokaten ansåg att rätten att bilda och verka i fackföreningar skyddades som sådan grundläggande rättighet. Han ansåg dock inte att det fanns en tillräcklig samstämmighet i de nationella rättsordningarna och i internationella rättsliga instrument om ett erkännande av en särskild grundläggande rättighet att förhandla kollektivt.[135] Jacobs menade dock att en sådan rätt ändå inte skulle ha skyddat kollektivavtalet från konkurrensrättens tillämplighet.[136]

I EG-domstolen prövades enbart om gemenskapsrätten som sådan skyddade kollektiv förhandling. EG-domstolen aktualiserade inte frågan om de grundläggande rättigheter som skulle säkerställas i gemenskapsrätten enligt artikel 6:2 EUF berördes. Fördragen ansågs dock själva generera ett skydd för kollektivavtal. För det första formulerades däri sociala mål för gemenskapen och för det andra uppmuntrade ett antal fördragsartiklar till kollektiv förhandling. EG-domstolen ansåg därför att kollektivavtal som slutits mellan organisationer som företräder arbetsgivare respektive arbetstagare och som har det socialpolitiska syftet att förbättra anställnings- och arbetsförhållandena inte omfattades av den dåvarande artikel 85:1 EGF och föll därmed utanför EG-rättens konkurrensrättsliga regler. Avgörande för att ett kollektivavtal skulle hamna utanför de konkurrensrättsliga reglerna var dess beskaffenhet och syfte.[137] I ett senare mål, van der Woude, som också rörde ett kollektivavtals förhållande till gemenskapsrättens konkurrensregler underströk domstolen även vikten av parternas förhandlingsfrihet.[138]

Genom dessa mål har EG-domstolen etablerat ett starkt erkännande av kollektivavtal som slutits mellan arbetsmarknadens parter och som avser att förbättra anställnings- och arbetsvillkoren. Eftersom skyddet för den kollektiva förhandlingen och kollektivavtalet återfanns i fördragen fanns ingen anledning för EG-domstolen att undersöka om denna rätt också kunde anses utgöra en grundläggande rättighet i den mening som avses i artikel 6:2 EUF. Skulle man dock kunna tänka sig att detta erkännande korresponderar med omfattningen av en sådan grundläggande

[135] Utlåtande av generaladvokat Jacobs den 28 januari 1999. Mål C-67/96 Albany, Mål C-115/97, C-116/97 och C-117/97 Brentjens' och Mål C-219/97 Drijvende Bokken, p. 160.
[136] Utlåtande av generaladvokat Jacobs den 28 januari 1999. Mål C-67/96 Albany, Mål C-115/97, C-116/97 och C-117/97 Brentjens' och Mål C-219/97 Drijvende Bokken, p. 163.
[137] Domstolens dom, Mål C-67/96 Albany, Mål C-115/97, C-116/97 och C-117/97 Brentjens' och Mål C-219/97 Drijvende Bokken, p. 51–57
[138] Mål C-222/98 van der Woude, p. 26.

rättighet?[139] Utformningen av artikel 28 i den proklamerade EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna ger viss vägledning i denna fråga. I artikel 28 erkänns rätten för arbetsmarknadens parter att förhandla och ingå kollektivavtal.[140]

Några avslutande ord skall sägas om strejkrättens ställning. Det enligt min mening tydligaste och kanske enda tecknet på att strejkrätten utgör en del av de grundläggande rättigheterna återfinns i den tidigare behandlade förordning (2679/98) om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna. I dess artikel 2 anges att de skyldigheter förordningen föreskriver enligt artikel 4 inte inverkar på utövandet av grundläggande rättigheter, inklusive strejkrätt eller frihet att strejka såsom de *erkänns i medlemsstaterna*. Det förefaller som strejkrätten anses utgöra en grundläggande rättighet. Vilken omfattning detta skydd har är dock mer oklart och kommer att behandlas närmare i samband med artikel 28 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.[141]

12.4.5 EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna – fördjupning

12.4.5.1 Inledning

I december år 2000 proklamerade rådet, kommissionen och parlamentet den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Därmed togs ett nytt steg i utvecklandet av skyddet för de mänskliga rättigheterna inom EU. Innebörden av detta steg kommer att presenteras i det följande. Först skall några ord sägas om bakgrunden.

12.4.5.2 Bakgrund

Det har länge funnits krafter både inom och utom den Europeiska unionen som förordat att EU skall säkerställa ett starkare skydd för de mänskliga rättigheterna än det som beskrivits ovan. Europaparlamentet och kommissionen har exempelvis gjort många propåer.[142]

[139] Se dock Bruun & Hellsten s. 80 p. 179 som tycks se det som att principerna i målet är en uttolkning av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.
[140] Se s. 466 ff.
[141] Se s. 476 ff.
[142] Om den rättspolitiska debatten under 70- och 80-talen se Nielsen, EF's betydning for værnet af grundlæggende rettigheter i arbejdslivet, s. 570–573. Se kommissionens memorandum om "community accession to the ECHR of 4 April 1979, Bull. EC supplement 2/79. Se parlamentets resolutioner från 1973 "concerning the protection of

Svagheter som åberopats är bland annat urvalet av de rättigheter som skyddas. Skydd för de sociala mänskliga rättigheterna saknas som nämnts i stor utsträckning.[143] En del bedömare anser också att det är otillfredsställande att EU inte är bunden av Europakonventionen. Europadomstolen kan inte överpröva EG-domstolens beslut och risken för att konventionen tillämpas olika av de två organen samt att vissa EU-åtgärder inte alls kan prövas av Europadomstolen har påtalats.[144] Redan år 1994 undersökte EG-domstolen på uppdrag av rådet om en anslutning av dåvarande EG till Europakonventionen var möjlig. Domstolen skulle utreda på vilken rättslig grund (kompetensfrågan) en anslutning kunde ske och om en anslutning var förenlig med EG-fördraget.[145] EG-domstolen fann att så som gemenskapsrätten då gestaltade sig saknades kompetens att ansluta sig till konventionen.[146]

Inför regeringskonferensen 1996 väcktes förhoppningar om att regeringskonferensen skulle fatta beslut om förstärkningar av skyddet för de mänskliga rättigheterna i unionen. Kommissionen tillsatte en expertkommitté, De vises kommitté, med särskild uppgift att undersöka följderna av att gemenskapen antagit en stadga om arbetstagarnas sociala rättigheter (det vill säga 1989 års stadga).[147] Den slutrapport kommittén

---

fundamental rights of Member States' citizens when Community law is drafted", O.J.C26 4 April 1973, och från 1977 "on the granting of special rights to the citizens of the European Community" O.J. C 299, 16 november 1977, samt parlamentets "Declaration of Fundamental Rights and freedoms", OJ 16/5/1989 No C120 s. 51–57.

[143] Möjligeter att stärka de sociala rättigheterna analyserades bland annat av en rad författare i "The protection of fundamental social rights in the European union" red. (Betten & Mac Devitt), 1996. Betten föreslog bland annat att en hänvisning till Europarådets sociala stadga skulle göras i artikel F, s. 134–135. Se också de Witts kommentarer i samma bok, Choice of the appropriate legal instrument s. 67–69. Se också det s.k. professorsinitiativet där arbetsrättsprofessorerna Blanpain, Hepple, Sciarra och Weiss lade fram ett förslag: Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union, 1996.

[144] Se Betten & Grief, s. 118–119 och De Smijter, The constitutional amendments, s. 224 och fotnot 104. Lenaerts & de Smijter s. 291, hänvisar till Europarådskommissionsbeslut nr 13258/87 där kommissionen inte anser sig behörig att pröva åtgärder som vidtagits av EU:s institutioner. I ett senare domslut ansåg sig dock Europadomstolen behörig att ta upp mål rörande en EU:institutions verksamhet mot en medlemsstat som överfört sin suveränitet till EU:s institutioner, och EU eller gemenskapen inte tillhandahöll tillräckligt skydd. I detta fall ansåg inte EG-domstolen sig behörig att pröva fallet. Målet var ECHR 19 feb. 1999 Matthews v UK p. 33–34. Frågan som Lenaerts & de Smijter ställer är om Europadomstolen kan tänka sig att vara behörig i ett mål som EG-domstolen avgjort på ett enligt Europadomstolen otillfredsställande sätt?

[145] OJ 1994 No C 174/8.

[146] Opinion 2/94 of the European Court of Justice, 28 mars 1996, p. 36.

[147] Rapport från De vises kommitté under ordförandeskap av Maria de Lourdes Pintasilgo, För ett Europa med medborgerliga och sociala rättigheter, Bryssel oktober 1995 – februari 1996, sammanfattningen s. 1.

presenterade innehöll långtgående förslag om förstärkningar av skyddets form och innehåll. Exempelvis föreslogs att:

- sambandet mellan medborgerliga och sociala rättigheter skulle betraktas som oupplösligt i unionens skydd av grundläggande rättigheter,
- en kärna av grundläggande medborgerliga och sociala rättigheter skulle införlivas i fördraget,[148] inkluderandes; likhet inför lagen, förbud mot alla former av diskriminering, jämlikhet mellan könen, fri rörlighet inom unionen, frihet att välja yrke och utbildning var som helst inom unionen, rätt att organisera sig och att försvara rättigheterna, rätt till kollektiva förhandlingar och till kollektiva åtgärder,[149]
- utvidga artikel F (nu artikel 6:2) och införa hänvisningar till gemenskapens stadga för arbetstagares grundläggande sociala rättigheter och till de viktigaste internationella konventionerna som undertecknats av medlemsstaterna,[150]
- inta en ny artikel i det nya fördraget som skulle föreskriva att en bred demokratisk process skulle initieras på unionsnivå genom vilken en fullständig katalog över medborgerliga och sociala rättigheter och skyldigheter skulle utarbetas.[151]

Regeringskonferensen utmynnade i vissa förstärkningar av skyddet för de grundläggande rättigheterna men långt ifrån alla önskemål infriades. Idéerna lades dock inte på hyllan. I kommissionens sociala handlingsprogram för åren 1998–2000 angavs att debatten om grundläggande rättigheter skulle drivas vidare med utgångspunkt från De vises kommittés rapport.[152]

År 1998 tillsatte kommissionen ytterligare en expertgrupp med uppgift att analysera och utvärdera möjligheterna och hindren för ett uttryckligt erkännande av grundläggande rättigheter. Kommissionen ville få en rad frågor belysta såsom:

- en utvärdering av de bestämmelser i Amsterdamfördraget som rörde grundläggande rättigheter,
- följderna av odelbarhetsprincipen,
- det möjliga innehållet i nya rättigheter som speglar informationssamhällets utmaningar,

[148] De vises kommitté, förslag p. V och VII.
[149] De vises kommitté, s. 23–24.
[150] De vises kommitté, förslag p. XI och s. 20.
[151] De vises kommitté, förslag p. XII och XIII.
[152] Meddelande från kommissionen, Det sociala handlingsprogrammet 1998–2000, Bryssel den 29.04.1998, s. 12.

- möjligheterna att utkräva de grundläggande rättigheterna i domstol,
- förhållandet till det grundläggande rättighetsskydd som tillhandahålls av Europarådet och
- grundläggande rättigheters roll i utvecklandet av den Europeiska unionen.[153]

I februari 1999 presenterade expertgruppen resultatet av sitt arbete i rapporten "Att befästa de grundläggande rättigheterna i den Europeiska Unionen". I rapporten understryks att *all* verksamhet som bedrivs inom EU måste utövas med respekt för de grundläggande rättigheterna, alltså även verksamheten inom den andra och tredje pelaren som baseras på mellanstatligt samarbete.[154] Dessutom påtalas att framtida överväganden rörande grundläggande rättigheter också måste omfatta medborgare från tredje land.[155]

Kommittén påpekade också att grundläggande rättigheter bara kan fylla någon funktion om medborgarna är medvetna om deras existens och om möjligheten att utkräva dem. Därför skall de *uttalas* i stället för att fördragsartiklarna hänvisar till olika instrument.[156] Ett sådant erkännande och uttalande av grundläggande rättigheter måste innefatta både medborgerliga och sociala rättigheter.[157] Urvalet av rättigheter skulle utgå från Europakonventionen men kompletteras med andra rättigheter. Några av de mest uppenbara ansågs vara rätten till likabehandling och rätten till lika möjligheter utan åtskillnad av någon art, friheten att välja yrke, rätten att ta ställning till personuppgifters utnyttjande, rätten till familjeåterförening, rätten till kollektiv förhandling och rätten att tillgripa kollektiva åtgärder vid intressekonflikt samt rätten till information, samråd och deltagande i beslut som berör arbetstagarnas intressen. För dessa rättigheter skulle inspiration hämtas från ILO-konventionerna 87, 98 och 111 samt från ILO-deklarationen om grundläggande principer och rättigheter i arbetet antagen 1998.[158] Formulerandet av rättigheter skulle dock vara en pågående process. En katalog med de uttalade rättigheterna

[153] Rapporten från Expertgruppen om grundläggande fri- och rättigheter som tillsattes av kommissionen, Att befästa de grundläggande fri- och rättigheterna i Europeiska unionen: dags att agera, Ordförande Simitis, ledamöter, Bell, Betten, Frowein, Koskinen, Retorillo, Pizzorusso, Rossetto, 1999, s. 6

[154] Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 10f.

[155] Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 11.

[156] Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 11f.

[157] De sociala rättigheterna skulle dock också fortsättningsvis kompletteras av de sociala politiska mål som är en del av EU:s allmänna mål. Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 15f.

[158] Om dessa se s. 63f och 124ff.

skulle emellertid inkluderas i fördragen och dess plats borde tydligt återspegla grundläggande fri- och rättigheters yttersta betydelse och på ett otvetydigt sätt ange att Europeiska unionens verksamhet alltid och under alla omständigheter måste vägledas av respekten för dessa fri- och rättigheter.[159]

Det betonades också att det är avgörande att anta rättigheter som kan försvaras inför domstol och som innefattar mer än en passiv skyldighet för staten att inte kränka dem. Därför skulle både möjligheterna till domstolsprövning och skyldigheten att säkerställa särskilda rättigheter genom att stödja tillämpningen av dem genom lagstiftningsåtgärder framhållas. Det bästa sättet att uppnå detta var enligt gruppen att använda en ordalydelse som ålägger den Europeiska unionen att *garantera* en särskild rättighet.[160] Kommittén förespråkade vidare en fortsatt uppdelning mellan Europadomstolens och EG-domstolens jurisdiktioner. Den ansåg att beslutet att integrera Europadomstolens praxis i EG-rätten måste förbli upp till EG-domstolen. Diskussioner om andra metoder för att säkerställa enhetligheten i praxisen mellan domstolarna kunde skjutas på framtiden. I stället borde den informella kontakten mellan domstolarna fortgå och stärkas.[161]

På den organisatoriska sidan underströk gruppen vikten av att inrätta mekanismer som säkerställer en intern koordination av politiken rörande grundläggande rättigheter innefattandes en kontinuerlig dialog med icke-statliga organisationer och arbetsmarknadens parters organisationer.[162]

Tiden visade sig nu vara mogen för EU att ta ytterligare ett steg i utvecklandet av sitt skydd för de grundläggande rättigheterna. Den förestående utvidgningen av EU till att också omfatta öst- och centraleuropeiska länder motiverade till stor del medlemsstaterna att ta detta centrala steg.[163] Några månader efter det att kommittén presenterat sin rapport beslutades vid rådsmötet i Köln, i juni 1999, att "at the present stage of development of the European Union, the fundamental rights applicable at Union level should be consolidated in a Charter and thereby made more evident".[164] Det följande ordförandeskapet i EU fick uppdraget att utforma förutsättningarna för implementeringen av detta beslut vid det extraordinära rådsmötet i Tammerfors i oktober 1999.[165]

[159] Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 18f.
[160] Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 13.
[161] Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 14.
[162] Att befästa de grundläggande rättigheterna i EU, s. 15.
[163] Se t.ex. Bernitz, EU:s rättighetsstadga, s. 475 och Gunvén s. 15f.
[164] Presidency Conclusions, Cologne European Council, 3 and 4 june 1999, p. 44. För en bakgrund till att beslutet togs så snabbt se Gunvén, s. 14ff.
[165] Presidency Conclusions, Cologne European Council, p. 45.

12.4.5.3 Utarbetandet

En stadga för de grundläggande rättigheterna skulle nu utarbetas. Utgångspunkten för arbetet var att de grundläggande rättigheter som redan var tillämpliga i unionen skulle synliggöras. Som källor skulle Europakonventionen, medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och allmänna rättsprinciper i gemenskapsrätten användas. Stadgan skulle dock också innehålla de grundläggande rättigheter som bara aktualiseras för EU-medborgare. Vidare skulle hänsyn tas till ekonomiska och sociala rättigheter i Europarådets sociala stadga och i gemenskapens stadga för arbetstagares grundläggande sociala rättigheter i den mån de inte enbart skulle komma att utgöra handlingsmål för unionen.

Ett konvent[166] tillsattes för att utarbeta ett stadgeförslag som skulle presenteras vid rådsmötet i december år 2000.[167] Planen var att rådet vid rådsmötet skulle föreslå europaparlamentet och kommissionen att tillsammans med rådet "solemnly proclaim" en europeisk stadga för grundläggande rättigheter. Därefter skulle det avgöras *om* och i så fall *hur* stadgan skulle integreras i fördragen.[168]

Det mest anmärkningsvärda med arbetsprocessen var att den i princip skulle vara helt öppen. Varje konventsmöte var öppet för allmänheten och en särskild internet-sajt öppnades. Där publicerades alla dokument och dit kunde allmänheten skicka in förslag.

I denna del hade man klart tagit intryck av slutrapporterna från kommissionens expertgrupper. Båda expertgrupperna hade understrukit vik-

[166] Charte 4134/00, p. 3.

[167] Platserna fördelades så att femton personer representerade regeringschefen eller regeringen i medlemsländerna, en person representerade kommissionens ordförande, sexton personer europaparlamentet, trettio personer de nationella parlamenten. Två observatörer från vardera EG-domstolen och Europarådet varav en från Europadomstolen utsågs. ECOSOC, Regionskommittén samt Ombudsmannen skulle inbjudas att ge sina synpunkter. Även andra organ och grupper kunde under arbetets gång inbjudas för att avge sina synpunkter. Konventet skulle tillse att ett utbyte av synpunkter med medlemsstaterna skulle äga rum. Konventet utsåg sin egen ordförande. Som vice-ordförande skulle en person från kommissionen fungera samt en person från de nationella parlamenten som utsågs bland deras delegater i konventet, samt en person från europaparlamentet som också skulle utses av dess representanter i konventet. Konventets ordförande skulle i nära samarbete med de vice ordförandena, utarbeta och föreslå en arbetsplan. Utifrån arbetsplanen skulle en utkastskommitté tillsättas bestående av ordföranden, vice ordförandena samt representanten från kommissionen assisterad av rådets generalsekretariat. Denna skulle utarbeta ett stadgeutkast där alla förslag som konventets medlemmar upprättat beaktats. En kontinuerlig dialog skull hållas mellan de vice ordförandena och de grupper de företrädde. När gruppen enats om ett utkast skulle detta tillhandahållas rådet. Conclusions of the European Councils in Cologne (3 and 4 June 1999) and Tampere (15 and 16 October 1999).

[168] Presidency Conclusions, Cologne European Council, annex IV.

ten av att formulerandet av de grundläggande rättigheterna skulle äga rum i en demokratisk process.

Konventet hade sitt första möte den 17 december 1999. Herr Nikula som representerade det finska ordförandeskapet i europeiska rådet öppnade mötet med att understryka att konventet inte utgjorde någon mellanstatlig konferens i EUF:s mening. Dess uppgift var inte att förändra unionens ansvar. Dess syfte var att upprätta en katalog över grundläggande rättigheter som skulle vara tillämpliga på *unionens aktiviteter* och inte att förbereda en text som skulle vara tillämplig för medlemsstaterna när de utövade sina egna befogenheter.[169]

Redan i det initiala arbetet med stadgan laborerade konventet med medborgerliga, politiska, ekonomiska och sociala rättigheter.[170] Diskussioner fördes om textens natur – en politisk deklaration eller en rättslig text – om omfattningen och möjligheterna att försvara rättigheterna inför domstol, om vilka som skulle vara rättigheternas bärare och om relationen till andra MR-instrument. En omfattande diskussion om möjligheten att presentera stadgan i två delar fördes, samtidigt som man diskuterade faran med att två dokument med olika värde och natur kunde bli resultatet.[171]

Arbetet i konventet fortskred planenligt och ett slutligt förslag till Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna överlämnades till ministerrådet inför dess möte i Biarritz den 13–14 oktober år 2000. Stadgan antogs som en proklamation av EU-parlamentet, kommissionen och rådet i Nice den 7 december år 2000.

I stadgans ingress förklaras varför stadgan utarbetats och vad stadgan syftar till. Det erinras där om att Europas folk har skapat en allt fastare sammanslutning mellan sig och beslutat att dela en fredlig framtid på grundval av gemensamma värden. Dessa är de odelbara värdena människans värdighet, frihet, jämlikhet och solidaritet samt den demokratiska principen och rättsstatsprincipen. Eftersom unionen skall bidra till bevarandet och utvecklandet av dessa gemensamma värden och eftersom det är nödvändigt att stärka skyddet av de grundläggande rättigheterna mot bakgrund av samhällsutvecklingen, de sociala framstegen och den vetenskapliga och tekniska utvecklingen, så görs de grundläggande rättigheterna mer synliga genom denna stadga.[172]

[169] Record of the first meeting, 17 december 1999, Charte 4105/00, s. 1–2.
[170] Charte 4112/2/00 REV 2.
[171] Charte 4134/00, p. 9.
[172] Ingressen till Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, december 2000.

Till varje artikel i stadgan kopplades förklaringar som utarbetats på presidiets ansvar. Förklaringarna har inget formellt juridiskt värde utan är avsedda att belysa stadgans bestämmelser. De ger dock viktig information som bidrar till ökad förståelse av stadgans bestämmelser.

12.4.5.4 Rättslig status

Stadgan antogs utan explicit juridisk status men utformades så att den skulle kunna ges bindande juridisk status vid ett senare tillfälle.[173] Frågan om stadgan skulle ges juridisk status lämnades åt den kommande regeringskonferensen år 2004.[174] En arbetsgrupp tillsattes inför denna regeringskonferens med uppgift att utreda frågan om stadgans framtida status. Den lämnade sin slutrapport i slutet av år 2002. Gruppen lämnar stöd för ett införlivande av stadgan i fördragen i en form som gör den rättsligt bindande och ger den konstitutionell status eller skulle inte utesluta att i gynnsam anda överväga ett sådant införlivande.[175] Den något kryptiska formuleringen vittnar om viss oenighet i gruppen. Slutsatsen tycks ändock kunna dras att ingen av dess representanter kommer att motsätta sig ett införlivande i fördragen även om inte alla kommer att slåss för att så sker.

Det är dock rimligt att anta att stadgan får juridiska återverkningar redan innan frågan om dess juridiska status färdigbehandlats.[176]

När man talar om stadgans juridiska betydelse, tycks det inte vara så kontroversiellt att påstå att "vad som står klart är naturligtvis att EU:s institutioner bör anse sig vara förhindrade att besluta rättsakter som inte är förenliga med en på högsta tänkbara politiska nivå inom EU antagen proklamation. Stadgan är alltså på så sätt en viktig anvisning till gemen-

[173] Se Gunvén s. 21 om parlamentets och kommissionens syn. Både parlamentet och kommissionen försökte få stadgan bindande redan i Nice, Europaparlamentets resolution A5-0064/2000 p. 7e och 15a. Kommissionen angav i sitt meddelande COM(2002) 247 final, 225.2002 att de önskar att stadgan genom referens skall inkorporeras i ett konstitutionellt fördrag, s. 23 och 24.

[174] En av den pågående regeringskonferensens huvudfrågor är vilken ställning de grundläggande rättigheterna skall ha i unionen, RK 2004, I rådsmötet i Laeken i december 2001 antogs europeiska rådets förklaring om den fortsatta processen, se i annexet s. 25. I dokumentet nämns frågan om stadgan. SN/300/1/01 Rev 1 annex. Se också Bernitz, EU:s rättighetsstadga – hur kan den knytas till fördragen?.

[175] CONV 354/02 22710-2002, s. 2.

[176] Se också Källström, Grundläggande rättigheter kan förhindra sociala målsättningar inom unionen.

skapslagstiftaren".[177] Kommissionen påpekade också själv i ett meddelande som antogs just innan stadgan utropades att det vore svårt för kommissionen och rådet som högtidligen utropat stadgan att ignorera dess rättigheter i den egna verksamheten.[178] Kommissionen beslutade också i mars 2001 att alla förslag till rättsakter och all lagstiftning som kommissionen planerar att anta, i förväg skall kontrolleras med avseende på förenlighet med stadgan. Dessutom infogar kommissionen numera i sina förslag till rättsakter med särskild anknytning till de grundläggande rättigheterna ett typskäl i rättsakternas ingresser som vittnar om denna kontroll.[179] I exempelvis europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor anges i ingressen, skäl 3, att i direktivet respekteras de grundläggande rättigheterna och iakttas de principer som erkänns särskilt i unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.[180]

Även om lagstiftaren anser sig vara politiskt bunden av stadgan så innebär inte det att EG-domstolen skulle kunna ogiltigförklara rättsakter som inte respekterar rättigheterna eller iakttar principerna. Kommissionen förutspådde emellertid att oavsett vilken juridisk status stadgan skulle komma att få i Nice så vore det troligt att EG-domstolen i framtiden skulle söka *inspiration* från stadgan. Kommissionen menade att stadgan skulle komma att bli bindande genom domstolens tolkning av den såsom varande en del av gemenskapens allmänna principer.[181] Kommissionens antagande tycks rimligt mot bakgrund av att stadgan egentligen bara givit *klarhet* i något som redan var gällande innan stadgans utropade. Vid rådsmötet i Köln angavs att "at the present stage of development of the European Union, the fundamental rights *applicable* at Union level should be consolidated in a Charter and thereby made more evident" (min kursivering).[182] Denna utgångspunkt bekräftades i stadgans artikel

[177] Abrahamsson, Avgöranden från EG-domstolen, s. 681.

[178] Communication from the Commission. On the legal nature of the charter of fundamental rights of the European union, COM(2000)644 final, p. 10.

[179] Not från sekretariatet till arbetsgruppen för stadgan i Europeiska konventet, CONV 116/02, 18 juni 2002, s. 4.

[180] Se också förordning 1049/2001 om tillgång till institutionernas handlingar, ingressens skäl 2, och rådets beslut 2002/187 om inrättande av Eurojust, ingressens skäl 18.

[181] Communication from the commission. on the legal nature of the charter of fundamental rights of the European union, COM(2000)644 final, Brussels 11.10.2000, p. 10.

[182] Presidency Conclusions, Cologne European Council, 3 and 4 june 1999, p. 44.

51:2. Där anges att stadgan varken medför någon ny befogenhet eller någon ny uppgift för gemenskapen och unionen och ändrar heller inte de befogenheter och uppgifter som fastställs i fördragen. De av stadgans rättigheter och principer som inte explicit också skyddas av fördragen måste alltså implicit redan innan utropandet ha utgjort sådana grundläggande rättigheter som är en del av gemenskapens allmänna principer.[183] Att därför anta att EG-domstolen skulle kunna tillämpa stadgans rättigheter och principer som sådana grundläggande rättigheter som skyddas av artikel 6:2 EUF tycks inte orimligt.[184]

Lenaerts och de Smijter anser också att EU-stadgan givit ljus åt de grundläggande rättigheter som utgör allmänna rättsprinciper enligt artikel 6:2 EUF. De utgår ifrån att i praktiken kommer den rättsliga effekten av det högtidliga utropandet av EU-stadgan att bli likartat ett införande i fördragen. I den utsträckning som stadgan kan sägas vara ett uttryck för medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner så kommer domstolen att "be required to enforce it by virtue of Article 6(2) *juncto* Article 46(d) EU" som gemenskapsrättens allmänna principer. Den holistiska tolkning av begreppet gemensamma konstitutionella traditioner som domstolen anlagt, samt sammansättningen och funktionen av konventet som utarbetade stadgan tillsammans med det enhälliga accepterandet av stadgan av de tre EU-institutionerna med lagstiftningsmakt leder rimligen till slutsatsen att stadgan är att betrakta som ett utflöde av de gemensamma konstitutionella traditionerna, menar Lenaerts och de Smijter. Stadgan är därför del av *acquis communautaire,* även om den ännu inte återfinns i fördragen.[185] Anledningen till att stadgan inte fördes in i fördragen var enligt Lenaerts och de Smijter huvudsakligen politisk, som bl.a. oro för tillkomst av en superstat, och inte rättslig.[186]

Deras argumentation är fullt rimlig och stärker antagandet att de av stadgans grundläggande rättigheter och principer som inte redan återfinns i fördragen kommer att skyddas genom artiklarna 6:2 EUF och 46 (d) EUF.[187]

[183] Se Heringa & Verhey, The EU Charter: Text and Structure, s. 30.

[184] Det finns tecken på att EG-domstolen redan utnyttjat stadgan på detta sätt Mål C-377/98 9 oktober 2001. Se mer s. 430 f. Jfr dock Abrahamsson, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, s. 374–376.

[185] Lenaerts & De Smijter, s. 298–299.

[186] Lenaerts & De Smijter, s. 299.

[187] Se också slutrapporten från arbetsgrupp II i det Europeiska konventet, CONV 354/02, 22/10-02, s. 7 rörande stadgans grund i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Se också Bernitz, EU:s rättighetsstadga – hur kan den knytas till EU- och EG-fördragen, s. 478. Jfr dock Abrahamsson, 2002, s. 375.

Vilken betydelse har då stadgan hittills tillmätts i rättspraxis?[188]

I mål C-377/98, Nederländerna mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd berörs frågan. Fallet rörde ett direktiv om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar. I direktivet preciseras vilka uppfinningar avseende växter, djur eller människokroppen som kan eller inte kan patenteras. Nederländerna ansökte om ogiltigförklaring av direktivet därför att de bland annat ansåg att den grundläggande respekten för den mänskliga värdigheten åsidosattes genom direktivet. Det förhållandet att beståndsdelar som isolerats från människokroppen blev patenterbara, vilket följer av direktivet, ansågs innebära att levande mänskligt material används som verktyg, vilket skulle utgöra en kränkning av den mänskliga värdigheten. Att det inte föreskrivs att det skall fastställas att givaren eller mottagaren av produkter som framställs på bioteknologisk väg har lämnat sitt samtycke innebär vidare ett hot mot den enskildes rätt att bestämma över sin egen kropp.[189] Generaladvokat Jacobs angav i sitt förslag till avgörande att den rättighet som Nederländerna åberopade, rätten till värdighet, måste utgöra en grundläggande rättighet i gemenskapens rättsordning.[190] Rätten till värdighet är kanske, menar Jacobs, den mest fundamentala av alla rättigheter som nu också har kommit till uttryck i EU-stadgan artikel 1 och den specifika frågeställningen som må-

[188] I februari år 2001 angav förstainstansrätten att stadgan inte kunde ha någon betydelse för bedömningen av händelser som inträffat före stadgans kungörande Mål T-112/98, domslut den 20 februari 2001, p. 76. Vissa generaladvokater argumenterade i sina utlåtanden trots detta för att tillmäta den betydelse. Se t.ex. Mål C-173/99 BECTU, Förslag till avgörande, Tizzano, 8/2-2001 p. 22–28, Tizzano drev frågan om rätten till semester som en grundläggande rättighet också i mål C-133/00 J.R. Bowden and Others mot Tuffnells parcels Express Ltd. Förhandsavgöranden lämnades den 8 maj 2001 Målet gällde direktivets undantag av vissa arbetstagargrupper från dess bestämmelser. EG-domstolen berörde dock inte grundrättighetsaspekten i sin dom (första avdelningen) den 4 oktober 2001. Mål C-353/99p Hautala, Förslag till avgörande av generaladvokat Léger, Domstolen berörde inte frågan i sin dom, Mål C-20/00 och C-64/00. Förslag till avgörande av Generaladvokat Mischo, 20/9 2001, p. 126. Mål 313/99, förslag till avgörande generaladvokat Geelhoed, 12/7 2001, p. 28, Mål C-413/99, Baumbast, förslag till avgörande generaladvokat Geelhoed, 5/7 2001, p. 59, 110. I dessa utlåtanden framträder de ovan angivna idéerna om stadgans nuvarande möjliga juridiska betydelse. Nu har emellertid EG-domstolen och framförallt Förstainstansrätten kommit att beröra stadgan i ytterligare några avgöranden.

[189] Mål C-377/98, Nederländerna mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, dom 9 oktober 2001, p. 1, 3, 12, 69.

[190] I ett annat tidigare förslag till avgörande nämner han dock att stadgan, även om den inte är rättsligt bindande, ger uttryck för en allmänt erkänt princip dvs. rätten till god administration i art. 41:1. Stadgan nämns inte mer men Jacobs har dessförinnan konstaterat att denna rätt åtnjuter rättsligt bindande skydd av andra EU-instrument. – Mål C-270/99 P, förslag till avgörande generaladvokat Jacobs 22/3 2001, p. 40.

let rör tas upp i stadgans artikel 3:2. Jacobs menar att därför måste varje gemenskapsakt som inkräktar på dessa rättigheter vara olaglig.[191] Han utgår i sitt vidare resonemang från att eftersom det anges i stadgan och i en Europarådskonvention att ett hälsorelaterat intrång måste föregås av medgivande så måste ett sådant medgivande krävas för att rätten till värdighet skall respekteras.[192]

Utgångspunkten i Jacobs resonemang skulle kunna vara att rätten till värdighet redan utgjorde en grundläggande rättighet i artikel 6:2 EUF:s mening innan stadgan utropades. Att den berörda människans samtycke skall krävas inom biologi och medicin utgör enligt Jacobs en naturlig konsekvens av rätten till värdighet. Man måste därför förstå Jacobs resonemang som om stadgan därför inte utökar de allmänna principernas rättighetskatalog utan bara konkretiserar vad som tidigare var gällande. Jacobs tar inte ens upp frågan om stadgans juridiska dignitet.

EG-domstolen anger att det ligger i dess uppgift att pröva förenligheten av institutionernas handlingar med gemenskapens allmänna rättsprinciper såsom att säkerställa att den grundläggande rätten till värdighet och integritet respekteras.[193] Domstolen menar dock att direktivet som är föremål för klagan är formulerat på sådant sätt att den personliga värdigheten säkerställs. Därutöver rör inte direktivet frågor som aktualiserar frågan om medgivande. Den frågeställningen uppkommer i ett annat skede av den berörda processen än det skede som regleras av det aktuella direktivet. Därför hamnar enligt domstolen medgivandefrågan utanför direktivets tillämpningsområde. Klagomålet avvisades därför på denna punkt.[194]

Det är dock intressant att konstatera att domstolen tycks vara enig med generaladvokaten om vad som ingår i gemenskapens allmänna rättsprinciper.[195] Domstolen förefaller acceptera att det som framkommer i stadgans artikel 3:2 rörande medgivande utgör en aspekt av den grundläggande rätten till värdighet och integritet. Eftersom utgångspunkten i stadgan är att de rättigheter som där anges redan var skyddade innan stadgan antogs så behöver egentligen inte domstolen i ett fall som detta åberopa stadgan utan kan, utan att explicit medge det, utgå från stadgan när den skall ange innehållet i de grundläggande rättigheter som är en del av de allmänna principer som domstolen skall respektera. Det kan också

[191] Mål C-377/98, Nederländerna mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, förslag till avgörande generaladvokat Jacobs 14/6 2001, p. 197.
[192] Mål C-377/98, förslag till avgörande generaladvokat Jacobs 14/6 2001, p. 210.
[193] Mål C-377/98, p. 70.
[194] Mål C-377/98, p. 77–80.
[195] Jfr dock Abrahamsson, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, s. 369.

noteras att domstolen i detta fall heller inte explicit hänvisar till artikel 6:2 EUF utan bara till de grundläggande rättigheter som är en del av gemenskapens allmänna rättsprinciper.[196]

Efter denna dom återfinns hänvisningar till stadgan i ett par av förstainstansrättens domar och beslut. Ett beslut från 11 januari år 2002 rörde ogiltigförklarande av bestämmelser i ett beslut och frågan om domstolen måste ta upp saken till prövning.[197] Sökanden baserade sitt klagomål bland annat på principen om rätt till ett verksamt rättsligt skydd såsom varande en grundläggande rättighet, erkänd i gemenskapens rättsordning och djupt rotad i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och i Europakonventionen. Dessutom hänvisade sökanden till Europeiska unionens stadga och artikel 6:2 EUF.[198] Förstainstansrätten angav att principen om ett verksamt rättsligt skydd utgjorde en allmän gemenskapsrättslig princip som även återfanns i medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner. Det påpekades att denna princip också uttrycks i artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen och i artikel 47 i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna.[199] Det ansågs dock inte att ett avvisande av talan inte skulle beröva sökanden allt rättsligt skydd.[200]

Den 30 januari 2001 aktualiserades stadgan ånyo i en dom från förstainstansrätten (FR), det s.k. max. mobil-målet, som rörde talan mot ett kommissionsbeslut som innehöll ett avslag på ett klagomål.[201] Förstainstansrätten anförde att en snabb och opartisk handläggning av ett klagomål hänför sig till rätten till en god förvaltning som utgör en av de grundläggande rättsstatsprinciper som är gemensamma för medlemssta-

[196] Se också Mål C-491/01, dom 10 december 2002 p. 144, 149 och 150. Målet rör bland annat skyddet för äganderätten. Domstolen hänvisar här heller inte till vare sig artikel 6:2 EUF eller till gemenskapsstadgan. Äganderätten inflöt i EG-rätten som en grundläggande rättighet eftersom den åtnjöt skydd både i Europakonventionens tilläggsprotokoll 1 och i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, se Mål 44/79, Hauer p. 17 ff. EG-domstolen hänvisar dock inte längre till dessa instrument när äganderätten berörs. I stället konstateras genomgående att äganderätten utgör en del av gemenskapens allmänna principer. I det aktuella målet ansågs den aktuella äganderätten till den immateriella egendomen inte kränkt.

[197] Mål T-77/01, Territorio Histórico de Álava, Förastainstansrättens beslut den 11 januari 2002, p. 6.

[198] Mål T-77/01, Territorio Histórico de Álava, Förastainstansrättens beslut den 11 januari 2002, p. 19.

[199] Mål T-77/01, Territorio Histórico de Álava, Förastainstansrättens beslut den 11 januari 2002, p. 35.

[200] Mål T-77/01, Territorio Histórico de Álava, Förastainstansrättens beslut den 11 januari 2002, p. 39.

[201] Mål T-54/99, max.mobil, Förstainstansrättens dom den 30 januari 2002.

ternas författningstradition. I artikel 41:1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna *bekräftas* enligt FR att var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner och organ. Förstainstansrätten prövade arten och omfattningen av denna rättighet för sammanhanget. Under prövningen fick förstainstansrätten ytterligare en anledning till att beröra stadgan. Den angav att även domstolskontroll av kvalitén på handläggningen av klagomål utgör en av de grundläggande rättsstatsprinciper som är gemensamma för medlemsstaternas författningstraditioner vilket *bekräftats* av artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna som anger att var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol.[202]

Den 3 maj 2002 kom ytterligare en dom som berörde stadgan och som kom att bekräfta förstainstansrättens syn på stadgan.[203] Målet rörde bland annat frågan vem som har rätt att väcka talan om ogiltighetsförklaring av en rättsakt. Förstainstansrätten erinrade inledningsvis i sina domskäl om att domstolen fastställt att rätten till domstolsprövning är ett av de bärande elementen för en rättslig gemenskap och att den rätten garanteras inom den rättsordning som grundas på EG-fördraget, på grund av att det genom fördraget har inrättats ett fullständigt system med rättsmedel och förfaranden, som är avsett att anförtro gemenskapsdomstolarna kontrollen av att institutionernas rättsakter är lagenliga. Domstolen har fastställt att det föreligger en rätt till ett effektivt rättsmedel vid en behörig domstol på grundval av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och av artiklarna 6 och 13 EK. Dessutom har rätten till ett effektivt rättsmedel inför en domstol för var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts *bekräftats* i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.[204] Förstainstansrätten prövade vidare om omständigheterna i fallet innebar ett åsidosättande av den sökandes rätt till ett effektivt rättsmedel. Förstainstansrätten kom fram till att: "Med hänsyn till vad som ovan anförts måste det fastslås att det mot bakgrund av artiklarna 6 och 13 EKMR och artikel 47 i Stadgan om de grundläggande rättigheterna inte längre kan anses att förfarandena enligt artikel 234 EG, å ena sidan, och artiklarna 235 EG och 288 andra stycket EG, å andra sidan, innebär att enskilda är garanterade en rätt till ett effektivt rättsmedel, så att de kan bestrida lagenligheten av gemenskapsrättsliga bestämmelser med allmän

[202] Mål T-54/99, max.mobil, Förstainstansrättens dom den 30 januari 2002, p. 48 och 57.
[203] Mål T-177/01, Jégo-Quéré et Cie SA, Förstainstansrätten dom den 3 maj 2002
[204] Mål T-177/01, Jégo-Quéré et Cie SA, Förstainstansrätten dom den 3 maj 2002, p. 41 och 42, se också Abrahamsson, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, s. 375.

giltighet som direkt inverkar på deras rättsliga ställning".[205] Mot bakgrund av bland annat detta omprövar FR den hittills tillämpade strikta tolkningen av begreppet person som berörs personligen i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EGF.[206]

Det är värt att notera att bara i det sista av dessa mål från förstainstansrätten gällde sakfrågan en situation som uppstått efter det att stadgan proklamerades.[207] Eftersom stadgan bara är tänkt att ge ljus åt omständigheter som redan var gällande då den proklamerades förefaller en sådan hållning helt rimlig.

I domarna från förstainstansrätten anges att stadgan bekräftar något som EG-domstolen redan på andra grunder konstaterat varit gällande inom unionen. Denna syn överensstämmer med tidigare antaganden om stadgans roll. I de här målen har det dock varit fråga om rättigheter som åtnjuter ett *klart* erkännande inom gemenskapsrätten. Hur resonemanget kommer att föras då det gäller rättigheter som inte EG-domstolen redan erkänt såsom varande allmänna principer för gemenskapsrätten är svårare att förutsäga. Det kommer rimligtvis i sådana fall inte att räcka med att åberopa EU-stadgan som rättskälla. I stället bör argumentet hämtas från sådana instrument som tidigare ansetts ligga till grund för de grundläggande rättigheter som är en del av de allmänna rättsprinciperna. I ett sådant sammanhang kan man tänka sig att de internationella instrument som tidigare inte har tillämpats på ett sådant sätt att de legat till grund för sådana grundläggande rättigheter nu skulle kunna komma att göra det. Tiden rinner dock iväg och det är inte ens säkert att EG-domstolen anser att den kommer att behöva klargöra sin ståndpunkt innan stadgans rättsliga status färdigbehandlats vid 2004 regeringskonferens.

Sammanfattningsvis tycks det alltså som om domstolarna anser att stadgan indirekt kan läggas till grund för ogiltigförklarande av rättsakter genom att den fyller ut innehållet i de grundläggande rättigheter unionen måste respektera enligt artikel 6:2 EUF. Denna möjlighet öppnar EG-domstolens behandling av innehållet i den grundläggande rättigheten

[205] Mål T-177/01, Jégo-Quéré et Cie SA, Förstainstansrätten dom den 3 maj 2002, p. 47.
[206] Mål T-177/01, Jégo-Quéré et Cie SA, Förstainstansrätten dom den 3 maj 2002, p. 50–54, EG-domstolen gjorde dock en annan tolkning av talerättsfrågan i målet C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores, och höll fast vid sin tidigare linje, dom den 25 juli 2002. Mål T-177/01 har överklagats till EG-domstolen. Möjligen kommer EG-domstolen vid denna bedömning ta tillfället i akt att klargöra sin egen syn på stadgan. Se Abrahamsson, 720.
[207] I februari år 2001 angav förstainstansrätten att stadgan inte kunde ha någon betydelse för bedömningen av händelser som inträffat före stadgans kungörande. Se Mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG, domslut den 20 februari 2001, p. 76.

upp för i patentmålet. Förstainstansrättens domar visar att stadgan också kan påverka tolkningen av gemenskapsakter. De rättigheter som berörts i dessa mål är rättigheter med gedigen explicit status som grundläggande rättigheter i gemenskapen redan innan stadgan proklamerades. Hur domstolarna kommer att behandla rättigheter vars status inte är lika gedigen återstår att se.

12.4.5.5 De materiella bestämmelserna

Stadgan är uppdelad i 7 kapitel utöver ingressen. Kapitel I är benämnt *värdighet* och inbegriper rättigheter som rör livets fysiska okränkbarhet. Kapitlet inleds dock med en artikel som särskilt kallats människans värdighet. Denna rättighet anses utgöra grunden för de grundläggande rättigheterna. Därutöver återfinns i kapitlet rätten till liv (artikel 2), rätten till fysisk och mental integritet (artikel 3), förbud mot tortyr (artikel 4), och förbud mot slaveri och tvångsarbete (artikel 5). Kapitlet baserar sig huvudsakligen på klassiska formuleringar av dessa rättigheter hämtade från Europakonventionen. En viss anpassning till nya orosmoment återfinns dock i artiklarna 3 och 5. I artikel 3 anges vilka särskilda hänsyn som skall tas inom medicin och biologi. Där påträffas förbud mot rashygieniska metoder som syftar till urval av människor, samt förbud mot organhandel med ekonomisk vinning och förbud mot reproduktiv kloning av människor. I artikel 5 återfinns förbudet mot människohandel.

Kapitel II benämns *friheter*. Där återfinns skydd mot otillbörliga frihetsberövanden (artikel 6), respekt för privat- och familjelivet (artikel 7), skydd av personuppgifter (artikel 8), rätt att ingå äktenskap och att bilda familj (artikel 9) samt de klassiska åsiktsfriheterna som tanke-, samvets- och religionsfriheten (artikel 10), yttrande- och informationsfrihet (artikel 11), mötes- och föreningsfrihet (artikel 12) samt frihet för konsten och vetenskapen (artikel 13). I kapitlet påträffas också rätten till utbildning (artikel 14) och rätten till fritt yrkesval samt rätten att arbeta (artikel 15), friheten att utöva näring (artikel 16), egendomsskydd (artikel 17), rätten till asyl (artikel 18) och avvisningsskydd (artikel 19). Många av dessa rättigheter har ett innehåll som i förklaringen påstås vara identiskt med Europakonventionens motsvarande rättigheter.[208] Ett antal är dock moderniserade eller anpassade till unionens särskilda krav, som i artikel 11 där föreningsfriheten på alla nivåer *inklusive den europeiska* skyddas och artikel 15 som rör rätten till ett fritt yrkesval. Vissa är hämtade

[208] Det har dock påpekats att det i detta hänseende är problematiskt att det inte explicit hänvisas till Europadomstolens praxis i stadgan, se t.ex. Cameron, EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna – för vem, och varför?, s. 149.

från andra internationella konventioner som artiklarna 8 och 18–19 i kombination med artikel 63 EGF som anger att EU måste agera förenligt med Genèvekonventionen då det gäller asylrätten.

Kapitel III kallas *jämlikhet*. Kapitlet inleds med artikel 20 som klargör allas likhet inför lagen, en princip som tidigare vunnit erkännande i EG-domstolens praxis och som i förklaringen påstås återfinnas i alla medlemsstaternas konstitutioner.[209] Denna följs av ett allmänt diskrimineringsförbud (artikel 21), samt ett erinrande om att unionen skall respektera den kulturella, religiösa och språkliga mångfalden (artikel 22), och säkerställa jämställdhet mellan kvinnor och män (artikel 23). Vidare skyddas särskilt barn, äldre och funktionshindrade (artiklarna 24, 25 och 26). Kapitlets rättigheter har olika ursprung. De fyra första återfinns redan på ett eller annat sätt bland EU:s rättsakter. Artikel 24 har hämtat sin näring ur FN:s barnkonvention och artiklarna 25 och 26 från de sociala instrument som nämns i stadgans ingress, det vill säga från Europarådets reviderade sociala stadga och gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter.

Kapitel IV har fått rubriken *solidaritet*. I detta kapitel återfinns de arbetslivsrelaterade rättigheterna samt allmänna sociala rättigheter och artiklar om miljö- och konsumentskydd. De kollektiva arbetslivsrelaterade rättigheterna inleder kapitlet såsom rätten till information och samråd (artikel 27) samt rätten att förhandla och ingå kollektivavtal på lämpliga nivåer och tillgripa kollektiva åtgärder inklusive strejk vid intressekonflikter (artikel 28). I dessa rättigheter hänvisas till gemenskapsrätt och nationell lagstiftning och praxis. Innebörden av dessa hänvisningar återkommer jag till.[210] Även artikel 30 som skyddar mot uppsägning utan saklig grund är konstruerad på detta vis samt artikel 34 som behandlar social trygghet och socialbidrag, artikel 35 om hälsoskyddet och artikel 36 om tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Vidare anges att var och en skall ha rätt till kostnadsfri arbetsförmedling (artikel 29) och till rättvisa arbetsförhållanden (artikel 31). Artikel 32 ger uttryck för skydd av ungdomar i arbetslivet och förbjuder barnarbete. Artikel 33 anger att skydd av familjen skall säkerställas på flera plan samt att arbetstagare skall skyddas mot uppsägning på grund av någon aspekt av moderskapet. Därutöver stadgas att unionen skall trygga en hög nivå av miljöskydd (artikel 37) och av konsumentskydd (artikel 38). Alla dessa artiklar utom artiklarna 36–38 har inspirerats av Europarådets sociala stadgor och/eller av gemenskapsstadgan. Många av rättigheterna, de som

[209] Se dock Besselink, som påstår att denna princip inte längre återfinns i den nederländska konstitutionen, i The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter, s. 71.
[210] Se s. 440 ff och 467 ff.

finns i artiklarna 27 och 30–38, har också redan delvis blivit föremål för bindande EU-reglering.

Kapitel V rör *medborgarnas rättigheter* och är unikt såtillvida att det inbegriper rättigheter som normalt bara tillkommer medborgare i relation till det nationella styret. I detta kapitel säkerställs dessa rättigheter gentemot EU:s institutioner. Kapitlet rör olika former av rösträtt och valbarhet (artiklarna 39–40) samt rätten till en god förvaltning (artikel 41), rätten till tillgång till handlingar (artikel 42), rätten att vända sig till ombudsmannen (artikel 43), rätten att göra framställningar till Europaparlamentet (artikel 44), rörelse- och uppehållsfriheten inom medlemsstaternas territorier samt diplomatiskt och konsulärt skydd under vissa betingelser (artikel 46). Dessa rättigheter åtnjöt redan sedan tidigare skydd inom EU:s rättsordning.

I kapitel VI skyddas principerna för *rättsskipningen*. Artikel 47 säkerställer rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol och artikel 48 säkerställer en presumtion om oskuld och rätten till försvar. I artikel 49 återfinns principen om laglighet och proportionalitet i fråga om brott och straff och artikel 50 säkerställer slutligen ett skydd för att inte bli dömd eller straffad två gånger för samma brott. Dessa rättigheter återfinns i Europakonventionen och har delvis redan tillämpats av EG-domstolen och därvid givits ett än starkare skydd.

Dessa är således de materiella rättigheterna. Det har påpekats att stadgans materiella artiklar är mer begränsade än det system som redan fanns för att garantera respekten för grundläggande rättigheter i EU genom artiklarna 6:2 EUF i kombination med artikel 46 (d).[211] Exempelvis återfinns inte alla rättigheter som säkerställs genom Europakonventionens tilläggsprotokoll.[212] Därutöver har inte alla de fyra friheterna som skyddas i EG-fördraget upptagits i stadgan. Den fria rörligheten för personer säkerställs dock. Den passar också väl in i ett grundrättighetssammanhang. Rörelsefriheten skyddas exempelvis i Europakonventionens tilläggsprotokoll nr 4 artikel 2:1. Även den fria rörligheten av tjänster har fått ett skydd genom stadgans artikel 36 som tar upp den fria tillgången till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och artikel 15:2 som anger att varje unionsmedborgare har rätt att söka arbete, arbeta, etablera sig samt tillhandahålla tjänster i varje medlemsstat. Varför inte den fria rörligheten för varor och kapital finns medtagna i stadgan är emellertid inte så förvånande. Även om de kan sägas uppfylla en särskild roll inom gemenskapsrätten passar de inte alls in i mänskliga rättighetssammanhang.

[211] Lenaerts & de Smijter, s. 280–281.

[212] Exempelvis inte artikel 1 och 5 i Europakonventionens tilläggsprotokoll 4.

Vissa artiklar har vidare givits ett till synes urholkat innehåll. Då menar jag rättigheter i solidaritetskapitlet som i andra sammanhang betraktas som erkända mänskliga rättigheter men som i stadgan givits ett vagt innehåll. I teorin hade det varit möjligt att ge dem ett fullt stöd utifrån premissen att de redan utgjorde sådana grundläggande rättigheter som unionen måste respektera. I praktiken erhölls dock inte tillräckligt stöd för en sådan hållning. I arbetets slutskede sökte Storbritannien sätta stopp för detta.[213] Rädslan bakom detta avvisande kan kopplas ihop med farhågor inför att stadgan skulle kunna få politisk betydelse i de nationella rättssystemen redan vid stadgans proklamation. Medborgarna bör ju kunna utgå ifrån att de rättigheter som återfinns i EU:s stadga faktiskt är sådana rättigheter som de nationella rättssystemen också bör respektera i förhållande till sina medborgare åtminstone i den mån de härrör från de gemensamma konstitutionella traditionerna.

Även en rädsla för att stadgans rättsliga status i framtiden kan ändras liksom att unionens befogenheter kan komma att utvidgas låg bakom försöken att underminera vissa rättigheters genomslagskraft.[214]

Sammanfattningsvis kan konstateras att stadgan utgör en ytterst omfattande samling rättigheter. Stadgan är det första MR-instrument med återverkningar i Europa efter FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna som samlat så många olika rättigheter i ett dokument. Därmed utgör stadgan ett viktigt bidrag i värnandet av de olika mänskliga rättigheternas odelbarhet. Genom att dela in stadgan i kapitel har ett nytt fruktbart grepp tagits. Låt vara att skillnaden i status mellan olika rättigheter till *viss* del består genom de olika artiklarnas utformning. Lammy Betten menar dock att det är första gången en europeisk traktat definierar sociala rättigheter som utkrävbara rättigheter.[215] Innebörden av detta återkommer jag till.

12.4.5.6 Stadgans räckvidd

I stadgans kapitel VII återfinns de *allmänna bestämmelserna* som är tillämpliga på stadgans alla artiklar. Dessa bestämmelser är av avgörande betydelse för förståelsen av stadgan. De rör frågor om stadgans tillämpningsområde, hur den förhåller sig till andra internationella åtaganden och dess skyddsnivå.

Artikel 51 rör stadgans räckvidd. I dess första punkt framkommer att bestämmelserna i stadgan riktar sig, med beaktande av subsidiaritets-

[213] Bernitz, EU:s rättighetsstadga, s. 476,
[214] Se delvis Gunvén s. 22 och 23–24, 26.
[215] Betten, The EU Charter on Fundamental rights: a Trojan Horse or a Mouse, s. 156.

principen, till unionens institutioner och organ samt till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten. Institutionerna, organen och medlemsstaterna skall därför respektera rättigheterna, iaktta principerna och främja tillämpningen av dem i enlighet med sina respektive befogenheter. I artikelns punkt 2 anges att stadgan varken medför någon ny befogenhet eller någon ny uppgift för gemenskapen och unionen och ändrar heller inte de befogenheter och uppgifter som fastställs i fördragen.

Artikeln slår fast att stadgan är tillämplig på unionens institutioner och organ.[216] När de agerar måste de respektera rättigheterna, iaktta principerna och främja tillämpningen av dem i enlighet med sina befogenheter och under iakttagande av subsidiaritetsprincipen. Begreppet institution skall enligt förklaringen förstås utifrån artikel 7 i EG-fördraget där institutionerna räknas upp. Begreppet organ skall avse alla organ som inrättas genom fördragen eller sekundärrätten.[217] Enligt António Vitoríno omfattas också de organ som upprättas genom det mellanstatliga samarbetet som exempelvis Europol.[218]

I artikeln anges också att stadgan riktar sig till medlemsstaterna endast när de *tillämpar* unionsrätt. Enligt förklaringen skall begreppet *tillämpar* tolkas utifrån den rättspraxis EG-domstolen utvecklat avseende medlemsstaternas skyldighet att tillämpa de grundläggande rättigheter som utgör allmänna principer i gemenskapsrätten.[219] Det innebär att stadgan inte har någon betydelse för situationer i medlemsstaterna som ligger helt utanför unionens verksamhet. Nationell lagstiftning som inte omfattas av gemenskapsrätten berörs således inte.[220]

Denna praxis har utvecklats i förhållande till medlemsstaternas ansvar rörande *gemenskapsrätten* (jfr artikel 6:2 EUF). I artikel 51 talas emellertid om *unionsrätt*. Förklaringen anger att de principer som fastställts i dessa rättsfall också skall tillämpas när olika nationella organ tillämpar *unionsrätt*. Stadgan torde alltså vara tillämplig vid alla aktiviteter som vidtas inom de tre pelarna och inte bara vid tillämpningen av gemenskapsrätt. Det vill säga även när medlemsstaterna vidtar mellanstatliga aktiviteter

[216] Se förklaringen.
[217] Charte 4473/00, Convent 49, s. 46.
[218] Se Vitoríno, s. 17.
[219] Se mer s. 398 f inklusive noter. Det har ifrågasatts om den snäva formuleringen som används i stadgan är ägnad att inskränka denna praxis. Förklaringens text tyder dock inte på att avsikten var inskränkande. Risken att formuleringen kan ge upphov till en sådan inskränkande tillämpning tror jag också är minimal. Det ligger vidare knappast i EG-domstolens intresse att ändra sin tidigare praxis för att tillämpa frasens innebörd på ett förlegat sätt. Se Besselink, i The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter, s. 76–79. Se de Witte, The legal status of the Charter: Vital Question or Non-Issue? s. 85–86.
[220] Mål 299/95, Kremzov, p. 16–18, Mål C-159/90, Grogan, p. 31.

inom ramen för målen angivna i artikel 2 EUF såsom exempelvis vid den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken och inom de områden som syftar till att skapa en union med frihet, säkerhet och rättvisa.[221] Detta skulle kunna medföra en klar utvidgning av skyddet för de grundläggande rättigheterna inom unionen.[222] Avgörande för omfattningen av denna utvidgning blir i stor utsträckning i vilken mån domstolen ges behörighet att pröva dessa aktiviteters förenlighet med stadgan.[223]

12.4.5.7 Att respektera, iaktta och främja

När EU:s organ och institutioner vidtar åtgärder, och när medlemsstaterna tillämpar unionsrätt måste de således *respektera stadgans rättigheter, iaktta dess principer* och *främja tillämpningen* av dem i enlighet med sina respektive befogenheter. Men vad innebär det att *respektera* en rättighet, att *iaktta* en princip och att *främja* tillämpningen av dem?

Att respektera en rättighet medför en negativ förpliktelse. Aktörerna får inte inkräkta på rättigheten i fråga.[224] Detta kan vid förstone tyckas enkelt. För att förstå uttryckets fulla innebörd måste man emellertid ha klart för sig att de rättigheter som erkänns i stadgan är olika till sin karaktär. Vissa rättigheter har en bestämd omfattning som EU aldrig får kränka, som exempelvis förbudet mot tortyr i artikel 4. Vissa rättigheter berör dock områden inom vilka gemenskapen saknar kompetens att agera. Områdena kan dock ändock beröras när gemenskapen utnyttjar någon helt annan kompetens.[225] Även då måste dock gemenskapen respektera dessa rättigheter, man kan då tala om att gemenskapen heller inte *indirekt* får kränka dessa rättigheter.[226] Andra rättigheter är kopplade till gemenskapsrätten samt till de nationella rättsordningarna. Deras innehåll är något oklart. Enligt artikel 30 har exempelvis varje arbetstagare rätt till skydd mot uppsägning utan saklig grund i enlighet med gemenskapsrät-

[221] Vitoríno, s. 17.

[222] Se de Witte, The legal status of the Charter: Vital Question or Non-Issue? s. 85. de Witte påpekar att hänvisningen till unionsrätten utgör en utvidgning i relation till de tidigare domstolspraxis och fördragstext som hänvisar till gemenskapsrätt. Vad som inbegrips i begreppet unionsrätt behandlas dock inte. Se också Bernitz EU:s rättighetsstadga, s. 473.

[223] Mindre klart uttalade skyldigheter även utanför gemenskapsrättens hägn skulle dock kunna härledas från ingressen i EUF.

[224] Se Heringa & Verhey, The EU Charter: Text and Structure, p. 4.

[225] Om legalitetsprincipen, principen om tilldelad kompetens och innebörden av valet av rättslig grund se Maier, kap. 4.3.

[226] Goldsmith s. 1207, Vitoríno s. 17, Konventet, Final Report on Working Group II,Conv 354/02 WG II 16, Brussels, 22 October 2002, s. 5.

ten samt nationell lagstiftning och praxis.[227] På vilket sätt begränsar dessa artiklar gemenskapens handlingsutrymme? Lord Goldsmith, som var den brittiska regeringens representant i konventet, och som enligt egen utsago var en av dem som stred för hänvisningen till nationell rätt i vissa artiklar, har angivit att:

> "This reinforces the notion that the Charter is not interfering with national legislation in these sensitive fields. It emphasizes the need to respect national differences and that it is not for the Union to impose rights in this area except through *recognized treaty procedures*" (min kursivering)."[228]

Innebörden av dessa hänvisningar är enligt Goldsmith att gemenskapen inte indirekt får inkräkta på den *nationella utformningen* av dessa rättigheter. Det vill säga gemenskapen får inte beröra den nationella rättigheten när den vidtar åtgärder med stöd av en kompetensbestämmelse som inte ger behörighet att reglera det område som stadgeartikeln omfattar.[229] Däremot kan gemenskapen påverka den nationella utformningen av rättigheten när den agerar med stöd av den kompetens som i fördragen givits gemenskapen för att vidta åtgärder inom rättighetens materiella område.

Goldsmiths tolkning av hänvisningen till nationell rätt stämmer i och för sig rätt väl med de principer som är avsedda att fördela kompetensen mellan medlemsstaterna och gemenskapen.[230] I praktiken berör dock gemenskapen stundtals rättsområden där den saknar uttrycklig kompetens. Huvudsyftet med regleringen är dock då en annan vilket gör att det är den kompetensbestämmelse som är kopplad till huvudsyftet som utnyttjas. Ett välkänt exempel är värnandet av den fria rörligheten och dess eventuella inverkan på rätten att vidta stridsåtgärder.

Frågan är dock om dessa artiklar i stadgan inte innebär mer än att bekräfta principer som är tillämpliga när gemenskapen utövar sin kompetens.

Enligt Goldsmith medför alltså skyldigheten att respektera dessa rättigheter bara att EU inte utan explicit kompetensstöd får inkräkta på nationella bestämmelser inom artikelområdet.[231] Det vore dock tänkbart – och i överensstämmelse med internationell praxis – att argumentera för att en *kärna* av rättigheten måste respekteras oavsett hur rättigheten har utformats i nationell rätt och i gemenskapsrätt. I andra internationella

[227] Se Bruun, Article 30 protection on the event of unjustified dismissal, i The EU Charter, med Brian Bercusson

[228] Goldsmith, s. 1213.

[229] Goldsmith, s. 1213.

[230] Om legalitetsprincipen, principen om tilldelad kompetens och innebörden av valet av rättslig grund se Maier, kap. 4.3.

[231] Se också Menéndez, s. 28, 31.

MR-instrument har artiklar med en liknande uppbyggnad och som hänvisar till nationell rätt och praxis ansetts skydda ett kärnmoment av rättigheten i fråga. Den nationella lagstiftaren anses i de fallen inte helt kunna disponera över rättighetens utövande.

Strejkrätten i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter skall exempelvis enligt dess artikel 8:1c säkerställas av konventionsstaterna i den mån den utövas i enlighet med lagstiftningen i vederbörande stat. Övervakningsorganet har dock klargjort att ett misslyckande med att införa strejkrätten i nationell rätt utgör en kränkning av artikel 8. Den reglering som omgärdar strejkrätten får heller inte göra den illusorisk.[232] I artikel 12 i Europakonventionen anges att giftasvuxna män och kvinnor skall ha rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de inhemska lagar, som reglerar utövandet av denna rätt. Van Dijk och van Hoof har med stöd av kommissionens praxis angivit att:

> "The very fact that Article 12 puts the right first and foremost implies that domestic regulations concerning the exercise of that right must not be of such a nature that the right itself would be affected in its essence."[233]

Även i gemenskapsrätt hänvisas till nationell lagstiftning och praxis då det gäller omfattningen av vissa begrepp. EG-domstolen har vid ett antal tillfällen angivit att en sådan hänvisning inte innebär att medlemsstaterna därmed kan beröva de rättigheter rättsakten avser att tillhandahålla deras innehåll.[234]

För att undersöka om unionen måste respektera något kärnmoment i de rättigheter i vilka det hänvisas till nationell rätt och gemenskapsrätt måste man sätta in artiklarna i sitt sammanhang och särskilt undersöka stadgans syfte. I stadgans ingress anges att skyddet för de grundläggande rättigheterna skall stärkas genom att göra dem mer synliga i en stadga. Det anges vidare att i stadgan bekräftas, med respekt för gemenskapens och unionens behörighet och uppgifter samt subsidiaritetsprincipen, de rättigheter som har sin grund särskilt i medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner och internationella förpliktelser, Fördraget om

[232] Se s. 242f.

[233] van Dijk & van Hoof, s. 603, Hamer Case, Report 13 december 1979, Draper Case Report 10 juli 1980, van Oosterwijck case, Report 1 mars 1979 "In all three reports the Commission refers to the case-law of the court to the effect that measures concerning the exercise of a right must never injure the substance of the right", van Dijk & van Hoof s. 604 fotnot 1703.

[234] Mål C-173/99 BECTU och direktivet 83/104/EG om arbetstidens förläggning i vissa avseenden artikel 7, p. 33–36, 52–53, Målen C-392/92 p. 18–19, 30 och C-383/92 Kommissionen mot Storbritannien, p. 19–20.

Europeiska unionen och gemenskapsfördragen, Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, gemenskapens och Europarådets sociala stadgor samt rättspraxis vid Europeiska gemenskapernas domstol och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

Rättigheterna har alltså sin grund i dessa instrument. Rättigheterna skall *stärkas* genom att synliggöras. Att i stadgan ta in innehållslösa rättigheter när motsvarande rättigheter i de i ingressen angivna instrumenten har ett substantiellt innehåll ter sig mycket märkligt. Behörighetsaspekten och subsidiaritetsprincipen påverkar inte denna uppfattning. Bestämmer sig unionen för att agera i enlighet med sin kompetens men överlåter vissa ställningstaganden till medlemsstaterna i enlighet med subsidiaritetsprincipen så förändras inte situationen. Det är ju bara inom de områden där unionen agerar på ett sätt som *inverkar* på individer som denna kärna skall respekteras.

Om hänvisningen till nationell lag och praxis och gemenskapsrätt skulle medföra att gemenskapen helt fritt skulle kunna disponera över rättigheten så länge den respekterar subsidiaritetsprincipen och kompetensfördelningsprinciperna skulle artiklarna egentligen inte ge uttryck för grundläggande rättigheter. Särskilt inte inom de områden där gemenskapen har kompetens att vidta åtgärder. Eftersom gemenskapen enligt artikel 137 EGF har kompetens att anta rättsakter rörande arbetsvillkor skulle stadgan enligt detta resonemang inte hindra gemenskapen från att anta vilken urholkad reglering som helst rörande exempelvis uppsägning.[235]

Jag anser dock inte att en sådan tolkning är rimlig mot bakgrund av vad som framkommit ur praxis både från internationell rätt och EG-rätt och från stadgans syfte. Rättigheterna återfinns i stadgan därför att de utgör grundläggande rättigheter. Anledningen till att de benämns grundläggande rättigheter är att de avser att skydda värden av en särskilt hög valör. Dessa värden kan bara skyddas om lagstiftarens handlingsutrymme begränsas och lagstiftaren därmed inte tillåts kränka dessa värden. Även de artiklar som hänvisar till nationell och gemenskapsrätt måste utgöra grundläggande rättigheter. Annars har de ingenting i stadgan att göra. Det tycks därför mer rimligt att anta att en viss kärna av dessa rättigheter måste respekteras av unionen och medlemsstaterna när de tillämpar unionsrätt.[236]

[235] Bruun EU-Charter i Brian red.

[236] Se också Menéndez, s. 27–28. Menéndez gör emellertid en åtskillnad mellan stadgans grundläggande rättigheter och de rättigheter som bara erhålligt vanlig rättighetsstatus. Alla artiklar i stadgan som har rättighetsstatus skall exempelvis kunna utkrävas i domstol.

Gemenskapen måste enligt mitt resonemang garantera en kärna av rättigheten när den vidtar åtgärder med stöd av kompetens som utgår från bestämmelser som ger kompetens inom det område som den grundläggande rättigheten direkt rör. Gemenskapen kan dock komma att beröra den grundläggande rättigheten när föremålet för aktiviteten huvudsakligen berör ett helt annat område och således antagits med stöd av en annan kompetensbestämmelse. Enligt Goldsmith understryks genom de artiklar i stadgan som hänvisar till nationell rätt att unionen är förhindrad att beröra den nationella utformningen av dessa områden utan direkt kompetensstöd.[237] Detta är en möjlig tolkning som åtnjuter politiskt stöd på många håll, exempelvis i Sverige. Och om hänvisningen till nationell rätt skall ha någon innebörd är denna kanske den rimligaste. Det är dock inte säkert att den får denna tolkning av unionsorganen. Tidigare har exempelvis EG-lagstiftaren, när den indirekt rört ett område som nu i EU-stadgan i en artikel fått den aktuella utformningen, valt att bara skydda de *grundläggande rättigheterna* så som de erkänns i medlemsstaterna inte den nationella regleringen av området i sin helhet.[238] Oavsett vilken betydelse man anser att unionen bör tillmäta hänvisningen till nationell rätt så torde dock unionen aldrig ha rätt att underminera det skydd som den aktuella rättigheten skall åtnjuta som grundläggande rättighet.

Enligt det synsätt jag har förespråkat blir det i praktiken tveksamt om de två artikelkategorierna, det vill säga den som står för sig själv och den som hänvisar till nationell rätt och gemenskapsrätt, skiljer sig så mycket åt som det vid förstone kan förefalla.

I artikel 51 anges att unionen skall *iaktta de principer* som stadgan tillhandahåller. Vad innebär det då att iaktta en princip? Någon information om detta eller om skillnaderna mellan iakttagandet av principer och respekt av rättigheter fördes inte fram av det konvent som utarbetade stadgan. Heringa och Verhey har antagit att skyldigheten att iaktta "seems to be intended to give the states more leeway (i jämförelse med respekten för rättigheter, min kommentar) and under certain conditions could include the obligation to take action to secure that the principle is complied with".[239]

[237] Goldsmith, s. 1213.

[238] Se Förordning (2679/98) om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria röligheten för varor mellan medlemsstaterna, artikel 2. Se också generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i målet C-112/00 Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge mot Republiken Österrike, p. 101–102.

[239] Heringa & Verhey, The EU Charter: Text and Structure, § 4. Se den allmänna rättsteoretiska diskussionen om principer. En princip anses inte vara absolut utan skall ge

Enligt Vitoríno kan inte stadgans principer *utkrävas* i domstol. Det hindrar dem dock inte från att vara rättsligt bindande för myndigheterna.[240] I stadgan torde principerna rikta sig till den aktuella EU-aktören som genom att iaktta principerna ges vägledning i sitt agerande. Detta torde innebära att om en myndighet inte iakttagit en princip vid antagandet av en rättsakt skulle rättsakten kunna *angripas* i domstol. Man får inte glömma att de aktuella principerna återfinns i en stadga om grundläggande rättigheter vilket innebär att de principer som där upptagits har en särskild vikt. När två principer kolliderar med varandra försöker man att utifrån omständigheterna i det enskilda fallet avgöra vilken princip som har företräde framför den andra. Konflikter löses alltså genom avvägning.[241] Man kan säga att principer har en viktdimension. De fakta, värderingar etc som principerna ger betydelse kan vara mer eller mindre tungt vägande.[242] Principerna kan inbördes ordnas "langs et kontinuum etter vekt".[243] Om man skulle kunna hävda att en myndighet vid antagandet av ett beslut inte tagit erforderlig hänsyn till principen i fråga skulle beslutet möjligen kunna angripas i domstol.

I det nya konventets arbetsgrupp om stadgans framtida status har särskild uppmärksamhet ägnats stadgans distinktion mellan principer och rättigheter. Det understryks att principerna skiljer sig från subjektiva rättigheter. Arbetsgruppen föreslår att ett tillägg till artikel 52 närmare skall beskriva principernas funktion. Den föreslagna artikeln lyder:

> 52.5 "De bestämmelser i denna stadga som innehåller principer kan genomföras genom rättsakter och verkställighetsföreskrifter som antas av unionens institutioner och organ och genom medlemsstaternas åtgärder när de tillämpar unionsrätten vid utövandet av sina respektive befogenheter. De får åberopas inför domaren endast för tolkningen av sådana åtgärder och för avgörandet om deras laglighet".

Artikelförslaget ger stöd åt Vitorínos antagande om principernas funktion.

---

vägledning om hur någon eller något skall agera. En princip kan ha blivit använd utan att resultatet följer den lösning normen pekar på Om principer se bl.a. Dworkin, Taking Rights Seriously, Duckworth, London 1978 s. 22 ff, särskilt s. 24–28. Se också Nils Kristian Sundby, Om Normer, Universitetsforlaget 1978, Oslo, s. 197–198, 273 ff och Alexy, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986, s. 71 ff. Principer är normer "(w)hich require that a certain state of affairs be realized to the highest degree possible relative to legal and factual possibillities". Alexy, s. 76.

[240] Vitoríno, s. 25.

[241] Sundby, s. 274, se också Dworkin, s. 26–27.

[242] Sundby, s. 274.

[243] Sundby, s. 274.

Även om dessa reflektioner kan vara till hjälp för förståelsen av principernas funktion i stadgan så löser de dock inte frågan om hur man identifierar stadgans principer i relation till rättigheterna. Stadgan själv ger heller ingen vägledning i hur denna distinktion skall förstås. Det innebär att man får analysera de enskilda artiklarna och försöka fastställa vilken karaktär de har. Det är fullt möjligt att enskilda artiklar både kan utgöra utkrävbara rättigheter och principer. Utkrävbar måste utifrån stadgans funktion innebära att en rättsakt som kränker någons rättighet skall kunna ogiltigförklaras. Artikel 1 som stadgar att människans värdighet är okränkbar och skall respekteras och skyddas torde utgöra ett sådant exempel. Värdigheten är okränkbar vilket pekar på en rättighet. Samtidigt anges i förklaringen att den utgör en princip som påverkar tolkningen av stadgans andra artiklar.[244] Även artikel 14 om rätten till utbildning innehåller en rättighet, rätten till utbildning, till tillträde till yrkesutbildning och fortbildning och en princip om kostnadsfri undervisning. Distinktionen i detta fall framgår av presidiets förklaring.[245]

Arbetsgruppen för stadgans framtida status i det nya konventet har dock behandlat även denna fråga. I dess slutrapport anges att i den föreslagna artikel 52:5 bekräftas det förra konventets linje att uttrycka de enskilda stadgeartiklars karaktär, alltså om de utgör en princip eller rättighet, så tydligt som möjligt i respektive artikels formulering med beaktande av den viktiga vägledning som ges i presidiets förklaringar. Det blir därmed, enligt arbetsgruppen, den framtida rättsvetenskapen som får avgöra i vilken av de både kategorierna artiklarna har sin exakta hemvist.[246]

Arbetsgruppen är således inte villig att avgöra vilka av stadgans artiklar som innehåller rättigheter och vilka som innehåller principer. Diskussionen kommer således att fortgå. Lord Goldsmith menar exempelvis att de artiklar i stadgan, där det hänvisas till nationell rätt och gemenskapsrätt utgör principer.[247] Eftersom artikelkonstruktionen återfinns i kapitlet Solidaritet, som rör de ekonomiska och sociala rättigheterna menar Goldsmith att utformningen av dessa artiklar som principer utgör en naturlig lösning med hänsyn tagen till deras karaktär. Artikelinnehållet är nämligen enligt Goldsmith inte möjligt att utkräva genom domstol.[248] Vitoríno menar dock att det med viss säkerhet kan sägas att en rättighet har en klart uttalad bärare och att en princip anger att unionen skall

[244] Charte 4473/00, Convent 49, s. 3. Heringa & Verhey, The EU Charter: Text and Structure, § 4.
[245] Charte 4473/00, Convent 49, s. 16
[246] Europeiska konventet, Arbetsgruppen för införlivande av stadgan, Slutrapport, s. 8.
[247] Goldsmith, s. 1212–1213.
[248] Goldsmith, s. 1212–1213.

erkänna eller respektera ett särskilt värde såsom en hälsosam miljö eller miljöskydd.[249] Jag delar Vitorínos uppfattning. Genom att studera de enskilda artiklarnas konstruktion kan det framkomma om artikeln i fråga utgör en princip eller en rättighet. Artikelns adressat torde vara avgörande för denna analys.[250] Innehåller en artikel en uttalad rättighet och/eller skyldighet, innefattas en rättighet i artikeln. De flesta artiklar i kapitlet solidaritet är utformade som rättigheter, med för rättigheten definierade mottagare.[251]

Det är uppenbart att distinktionen mellan principer och rättigheter inte är självklar vilket givetvis är högst olyckligt. Som framkommit ovan är skillnaden mellan skyldigheten att respektera en rättighet och att iaktta en princip påtaglig.

Artikel 51:1 inbegriper en tredje punkt som rör stadgans räckvidd. I artikeln anges nämligen att unionen skall *främja* tillämpningen av rättigheterna och principerna i enlighet med sina befogenheter. Att främja tillämpningen kan innebära att aktiva åtgärder skall vidtas för att öka genomslaget för stadgans rättigheter och principer. Detta kan tolkas såsom att inom de områden där unionen har befogenhet skall den vidta aktiva åtgärder för att främja arbetstagares skydd vid osaklig uppsägning och för att höja nivån på konsumentskyddet. Stadgan kan således utgöra ett extra incitament för unionens institutioner och organ att vidta åtgärder inom sina kompetensområden. Främjandemomentet riktar sig också till medlemsstaterna när de tillämpar unionsrätt men inte i deras verksamhet som saknar erforderlig beröring med unionsrätten. Artikel 51:2 skall dock hållas i minnet. Stadgan medför varken någon ny befogenhet eller någon ny uppgift för gemenskapen och unionen. Inte heller ändrar den de befogenheter och uppgifter som fastställs i fördragen. Främjandepassusen innebär inte enligt min uppfattning att några nya uppgifter tillkommer. Däremot ökar incitamentet att utnyttja en befogenhet som organen, institutionerna eller medlemsstaterna redan har i syfte att främja uppfyllandet av stadgans rättigheter och principer.[252] I minnet skall dock hållas att rättigheterna skall främjas under beaktande av subsidiaritetsprincipen (artikel 5:2 EGF).[253] Främjandemomentet får dock anses ha uppgrade-

[249] Vitoríno, s. 26, se också Heringa &Verhey, s. 15. De inkluderar också artikel 35 som rör hälsostandard.

[250] José-Menéndez talar i stället för principer om "policy clauses" när han hänvisar till aspekter av stadgans artiklar som riktar sig till myndigheterna. Som exempel nämner han artiklarna 11:2, artikel 25, artikel 26, artikel 37 och 38, Menéndez, s. 29.

[251] Se också Heringa &Verhey, s. 15.

[252] Se också Hallström, Nationella avsteg från EU:s rättighetsstadga, s. 771.

[253] Om subsidiaritetsprincipen se Maier, s. 127ff.

rat unionens skyldighet att agera inom de området där kompetensbestämmelser och subsidiaritetsprincipen så medger. Främjandemomentet utgör därmed en ytterst viktig komponent i stadgan.

Frågan om främjandefrasens förhållande till den rådande kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsstaterna diskuterades i arbetsgruppen om stadgans framtida status i det nya konventet. Det befarades att frasen kunde tolkas som om den utökade unionens kompetens och därmed kom att stå i strid med stadgans artikel 51:2.[254] För att säkerställa att så inte skulle bli fallet föreslogs ett tillägg till artikel 51:2, som ytterligare understryker att stadgan inte påverkar kompetensfördelningen mellan unionen och medlemsstaterna.[255]

Ursprunget till främjandepassusen har inte angivits men sannolikt utgör den ett svar på kommissionens expertgrupps påpekanden om behovet av att komplettera negativa rättigheter med konkreta åtaganden för unionen för att säkerställa rättigheternas genomslag.[256]

Det tycks emellertid inte troligt att uteblivna främjandeinsatser skulle kunna angripas av en medborgare eller stat i EG-domstolen.

12.4.5.8 Status quo

Artikel 51:2 är som redan framgått central för förståelsen av stadgan. Den är viktig att ha i åtanke när man försöker förstå de enskilda materiella rättigheternas innebörd.

I artikeln föreskrivs att stadgan varken medför någon ny befogenhet eller någon ny uppgift för gemenskapen och unionen och att den heller inte ändrar de befogenheter och uppgifter som fastställs i fördragen. Artikeln bekräftar att stadgan å ena sidan inte avser att *utvidga* unionens skyldigheter att säkerställa medborgarnas rättigheter i vidare utsträckning än vad fördragen redan föreskriver och å andra sidan inte avser att *inskränka* unionens befogenheter.

I stadgans ingress anges att i stadgan *bekräftas*, med respekt för gemenskapens och unionens behörighet och uppgifter samt subsidiaritetsprincipen, de rättigheter som har sin grund särskilt i medlemsstaternas

[254] Se Det europeiska konventet, António Vitorino, Working document 03, Brussels 5/7-02 s. 3.

[255] Slutrapportens förslag till ändring av artikel 51:2, Conv 354/02 WG II 16, 22 oktober 2002, s. 5 och 17.

[256] Se t.ex. Report of the Expert Group of Fundamental Rights, Affirming fundamental Rights in the European Union, s. 18–19, "The best way of achieving this is probably to choose a wording that places a duty on the European union to guarantee a given right". Se också Weiler, Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights?, s. 96.

gemensamma författningstraditioner och internationella förpliktelser, Fördraget om Europeiska unionen och gemenskapsfördragen, Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, gemenskapens och Europarådets sociala stadgor samt rättspraxis vid Europeiska gemenskapernas domstol och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. Rättigheterna i stadgan har alltså sin grund i dessa instrument, vilket inte innebär att alla dessa instruments rättigheter återfinns i stadgan. Konstruktionen måste förstås som att de rättigheter och principer som unionen redan tidigare av olika skäl var skyldig att respektera och iaktta nu har formulerats och kommit till explicit uttryck. Det var ytterst svårt att före stadgans utropande räkna upp de grundläggande rättigheter som skulle ha kunnat inskränka unionens handlingsutrymme. Stadgan kan sägas ha konkretiserat redan rådande inskränkningar i unionens befogenheter.

På ett sätt medför dock stadgan en förändring för unionen. Inom de områden där unionen har befogenhet att agera skall just skyddet för de grundläggande rättigheter som återfinns i EU-stadgan *främjas*. Utan att rubba på kompetensfördelningen så medför stadgan en ny skyldighet för unionen, nämligen att främja tillämpningen av de grundläggande rättigheter som återfinns i EU-stadgan. Visserligen skall främjandekravet utövas med beaktande av subsidiaritetsprincipen. I och med att unionen ålagts en skyldighet att främja tillämpningen av de grundläggande rättigheterna kan man dock tänka sig att unionen i högre grad kommer att anse att det blir lämpligt att anta reglering på EU-nivå för säkerställa tillämpningen av en viss grundläggande rättighet bland medlemsstaterna.[257]

12.4.5.9 Godtagbara inskränkningsgrunder

I artikel 52 anges vilka begränsningar stadgans rättigheterna får bli föremål för. I punkt 1 återfinns i samlad form bland annat den praxis EG-domstolen utvecklat avseende begränsningar av grundläggande rättigheter.[258] Det anges där att varje begränsning i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan skall vara föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får därtill, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller för behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.

[257] Hallström, s. 768 och 771.
[258] Se t.ex. Mål C-292/97 Karlsson, p. 45 och Mål C-5/88 Wachauf, p. 18.

Vilka moment EG-domstolen inkluderar i sitt proportionalitetstest uttrycks i ganska lösa termer. Domstolen har egentligen bara uttalat att begränsningen faktiskt skall svara mot målet och i förhållande till målet inte vara ett orimligt eller oacceptabelt ingripande på sätt som påverkar själva innehållet i dessa rättigheter.[259]

I stadgans artikel 52:1 anges att två skäl kan fungera som möjliga inskränkningsgrunder. Det första är "mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen". Den praxis som denna fras tycks utgå ifrån anger att begränsningarna skall svara mot mål av allmänintresse som gemenskapen eftersträvar. Av skäl som jag snart kommer att gå in på innebär det att rättigheter som inte skyddas av Europakonventionen kan begränsas för att uppfylla mål som är specifika för unionen. *En fråga är om det skulle kunna innebära att de rättigheter som är återkopplade till de nationella systemen skulle kunna begränsas för att uppfylla ett av unionens mål?*

För det andra kan begränsningar vidtas för att tillgodose behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter. Inskränkningsgrunden återspeglar inte direkt EG-domstolens praxis men återfinns bland annat i Europakonventionen. Denna passus torde exempelvis kunna innebära att inom de områden där unionen har befogenhet att vidta åtgärder för att främja en grundläggande rättighet och en sådan åtgärd skulle kunna inkräkta på en annan rättighet i stadgan så får en avvägning mellan rättigheterna ske enligt de principer som kommer till uttryck i artikel 52:1.

I artikel 52:2 anges att de rättigheter som erkänns i stadgan och som grundar sig på gemenskapsfördragen eller på Fördraget om Europeiska Unionen skall utövas på de villkor och inom de gränser som fastställs av dessa. Enligt presidiets förklaring innebär det att de rättighetssystem som erhålls av fördragen inte ändras av stadgan.[260] Bestämmelserna varken utvidgas eller inskränks. De skall alltså ha den omfattning fördragen givit dem, oavsett om fördragsbaserade inskränkningsmöjligheter återfinns i stadgetexten.[261] Det är dock inte självklart vilka rättigheter eller vilken del av en rättighet som återfinns i fördragen. Vissa rättigheter återfinns delvis i fördragen och delvis i andra internationella instrument. De kan också återfinnas både i fördragen och i andra internationella instrument. Det kan då uppstå problem rörande vilken inskränkningsbestämmelse man skall tillämpa, 52:1 eller 52:2. Om fördragsbestämmelsen tillåter färre inskränkningsmöjligheter än det andra instrumentet tillämpas fördragsbestämmelsen. Om rättigheten kan återkopplas till olika ursprung i

[259] Se bl.a. Mål 4/73 Nold, Mål C-292/97 Karlsson, p. 45.
[260] Charte 4473/00, Convent 49, s. 48, förklaring till artikel 52:2.
[261] Lenaerts & de Smijter, s. 282–283.

olika delar bör analysen gå ut på att avgöra vilken bestämmelse *den aktuella situationen* skyddas av. Är det fördraget går man till artikel 52:2, är det Europakonventionen går man till 52:3, som jag återkommer till, och är det någon annat ursprung tillämpas artikel 52:1.

Artikel 52:3 reglerar stadgans relation till Europakonventionen. Artikeln speglar delvis en dragkamp om vilket instrument som skall vara det mest centrala MR-instrumentet i Europa. Både genom EG-domstolens praxis och genom fördragen framstår det klart att även inom EU ansågs Europakonventionen inta en särskilt framträdande roll för skyddet av de mänskliga rättigheterna. Europarådet oroade sig emellertid över vilken effekt antagandet av en EU-stadga kunde få för deras arbete.[262] Att EU-stadgan skulle garantera ett skydd som inte understeg Europakonventionens normer säkerställdes genom antagandet av artikel 52:3.[263] Där anges att i den mån som stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen skall de ha *samma* innebörd och räckvidd som i konventionen (min kursiv). Vidare anges att bestämmelsen inte hindrar unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.

I presidiets förklaring till artikel 52:3 anges att av detta följer att lagstiftaren vid fastställandet av begränsningar i dessa rättigheter skall respektera samma normer som fastlagts i det mer detaljerade systemet för begränsningar i konventionen och protokollen, utan att detta inkräktar på gemenskapsrättens och EG-domstolens autonomi.[264] För att bestämma innebörden och räckvidden skall inte bara ordalydelsen av rättigheterna ge besked utan också rättspraxis från Europa- och EG-domstolarna. Europarådets representanter i konventet önskade att det redan i artikeltexten skulle hänvisas till Europadomstolens rättspraxis.[265]

Genom att förklaringen hänvisar till den praxis som etablerats av EG-domstolen uppstår emellertid en märklig situation. Normalt om rättspraxis skall medtas i bedömningen av innebörden av en bestämmelse

[262] Se t.ex. Lemmens, The Relation Between the Charter of Fundamantal Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – substantive aspekts, s. 49–51.

[263] Lemmens, s. 67.

[264] Se också Heringa & Verhey, § 8, som påstår att utav artiklarna 52:1 och 3 framkommer att båda skall tillämpas på bestämmelser som motsvaras av konventionsbestämmelser. Detta gäller också för de bestämmelser som avses i artikel 52:2. Artikel 52:1 skulle i så fall också tillämpas på dem. Författarna påpekar att det är oklart vilken bestämmelse som har företräde.

[265] Lemmens, s. 51–52. Se också önskemål om praxisbaserade kopplingar till stadgeartiklar i förklaringen till stadgans artikel 52:3.

kan bestämmelsens innebörd förändras beroende på praxisutvecklingen. Detta skulle vara naturligt även i detta fall om presidiet enbart hänvisat till Europadomstolens praxis. Men nu när man också hänvisar till EG-domstolens praxis uppkommer denna märkliga situation. Det är ju fullt möjligt att EG-domstolen tillämpar de begränsningsgrunder som Europakonventionen anger annorlunda än Europadomstolen. Genom förklaringen framstår det som om åtminstone presidiet anser att EG-domstolen och Europadomstolen är lika goda uttolkare av begränsningsbestämmelserna i Europakonventionen, åtminstone i en EU-stadgekontext. Förklaringen indikerar inte att EG-domstolen skall försöka följa Europadomstolens tolkning. EG-domstolen har dock tidigare tillämpat exempelvis begränsningsföreskrifterna rörande yttrandefriheten artikel 10 EKMR efter att noga ha studerat Europadomstolens praxis och anpassat föreskrifterna till förhållandet mellan europeiska gemenskapens tjänstemän och institutionerna.[266] Eftersom Europadomstolen i nuläget inte har jurisdiktion över unionen[267] kan det ändock tyckas naturligt att EG-domstolens praxis också får ett värde när det rör uttolkandet av begränsningsföreskrifterna i Europakonventionen.[268] Lenaerts och de Smijter menar dock att det följer av Europadomstolens användning av sin egen praxis att den utgör en integrerad del av konventionens artiklar och därmed måste EG-domstolen enligt artikel 52:3 följa Europadomstolens praxis.[269] Det innebär att EG-domstolen skulle bli tvungen att ändra sin praxis angående tillämpningen av en bestämmelse i stadgan som sammanfaller med en konventionsbestämmelse som Europadomstolen senare ger en annan tolkning. Åtminstone om Europadomstolens tolkning ger individen ett starkare skydd. Denna tolkning förefaller rimlig. Med en annan tolkning skulle innebörden av artikel 52:3 kunna förlora i betydelse.[270]

Den arbetsgrupp som tillsattes för att utreda frågan om de grundläggande rättigheternas ställning i unionen inför regeringskonferensen 2004 har i sin slutrapport föreslagit att man i det nya fördraget skall införa ett konstitutionellt bemyndigande som ger unionen möjlighet att ansluta sig till konventionen. Gruppen anser att det finns starka både politiska och rättsliga skäl som talar för en anslutning. Om så blir fallet upplöses motsättningarna mellan domstolarna. Arbetsgruppen liknar domstolar-

[266] Mål C-274/99 P. Connolly, p. 34–51.
[267] Abrahamsson, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, s. 365–366. Se dock Europadomstolen Matthews mot Förenade kungariket, 18 februari 1999. Se också Hallström, s. 781.
[268] Jfr Heringa & Verhey, § 5 s. 2.
[269] Lenaerts & de Smijter, s. 99.
[270] Se också Heringa & Verhey, s. 17.

nas relation vid den relation de nationella domstolarna och Europadomstolen har. Enligt den relationen anses Europadomstolens tolkning av europakonventionens vara slutliga.[271]

I förklaringen till stadgan räknas de av stadgans rättigheter upp som helt motsvaras av vissa Europakonventionsbestämmelser. Att artikel 52:3 är tillämplig på dessa artiklar tycks klart. Därutöver anges också de artiklar med enligt förklaringen har samma innebörd som motsvarande artiklar i EKMR, men större räckvidd. Eftersom dessa artiklar också räknas upp kan man utgå ifrån att artikel 52:3 skall tillämpas även på dessa. Frågan är emellertid om bestämmelsen bara skall tillämpas på rättigheten i den mån den helt och fullt motsvarar Europakonventionsbestämmelsen och att andra aspekter av rättigheterna skall behandlas enligt artikel 52:1. Det tycks troligt eftersom den utvidgade delen skall spegla något unionsspecifikt. Det kan därför tyckas naturligt att inskränkningar av dessa kan göras av skäl som tillför unionen någonting såsom det kommer till uttryck i artikel 52:1.

12.4.5.10 Relation till andra MR-instrument

Den näst sista artikeln bland de allmänna bestämmelserna, artikel 53, rör stadgans relation till andra MR-instrument. Den benämns skyddsnivån. Enligt artikeln får ingen bestämmelse i stadgan tolkas som att den inskränker eller inkräktar på de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som inom respektive tillämpningsområde erkänns i unionsrätten, internationell rätt eller i de internationella konventioner i vilka unionen, gemenskapen eller samtliga medlemsstater är parter, särskilt Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt i medlemsstaternas författningar.

MR-konventioner innehåller i regel bestämmelser av denna karaktär.[272] De föranleder emellertid sällan någon uppmärksamhet.[273] När det gäller artikel 53 i EU-stadgan har dock redan visst intresse riktats mot den. A.W. Heringa och Luc Verhey har exempelvis hävdat att:

> "The Union is, despite what the Charter specifies in that regard, bound also by other human rights standards, including human rights protection

[271] CONV 354/02, WG II 16, 22.10.2002, s. 11 f.

[272] Europakonventionen, artikel 53, FN-konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter artikel 5:2, FN-konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, artikel 5:2.

[273] Se dock Bering Liisbergs utförliga översikt över denna typ av bestämmelse i andra MR-instrument i Does the Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community law, s. 1181–1189.

in constitutions, if and to that extent that they impose a higher standard. That should mean that Union policies and EC decisions, regulations and directives will have to be in conformaty with the Charter and with the other documents mentioned in article 53 if, and to the extent that the latter provide a higher standard of protection".[274]

Heringa och Verhey tycks mena att artikel 53 medför ett förbud för unionens organ och institutioner samt medlemsstaterna när de tillämpar unionsrätt att inkräkta på de MR-åtaganden som artikel 53 hänvisar till, och som korresponderar med stadgans artiklar när dessa åtaganden tillhandahåller ett mer omfattande skydd än stadgan. Denna tolkningsmöjlighet skulle dock bara vara möjlig, för att vara förenlig med artikel 51:2, i den utsträckning som unionen redan innan stadgan utropades kunde anses vara förhindrad att inkräkta på dessa rättigheter. Eftersom stadgan inte skall ändra EU:s befogenheter måste åtagandet enligt artikel 53 återspegla de rådande förhållandena ur befogenhetssynpunkt.

Artikel 53 skulle dock kunna tolkas mer i linje med liknande bestämmelser i andra MR-instrument.[275] I enlighet därmed skulle det framgå av artikel 53 att stadgan inte står i *konflikt* med de mänskliga rättigheter som nämns i artikeln. En stadgebestämmelse kan därmed inte tas till intäkt för att kränka ett annat omnämnt MR-åtagande. En sådan innebörd kan exempelvis med stadgans nuvarande tillämpningsområde kunna få betydelse för de insatser som vidtas för att *främja* tillämpningen av stadgans rättigheter och principer. Sådana åtgärder skulle då inte få inkräkta på de åtaganden som nämns i artikel 53.[276] *Ett* MR-åtagande påverkar inte *ett annat* mer långtgående MR-åtagande. Enligt presidiet avser artikel 53 att bevara den skyddsnivå som nu finns. De grundläggande rättigheter som redan erkänns i gemenskapsrätten påverkas inte av stadgan. Dessa åtaganden är i den mån de överstiger stadgans skydd intakta.

Denna tolkning av artikel 53 innebär dock att artikeln skulle komma att spela en begränsad roll under de förutsättningar som stadgan nu skall tillämpas på. Det är ju bara när åtgärder vidtas för att säkerställa skyddet av en viss rättighet som åtgärderna kan stå i strid med en annan rättighet som skyddas av ett annat MR-instrument.

För att avgöra vilken av dessa tolkningar som är att föredra skall artikelns ordalydelse undersökas närmare. I artikeln anges att ingenting i stadgan får tolkas som att den *inskränker* eller *inkräktar* på vissa mänskliga rättig-

[274] Heringa & Verhey, s. 18.
[275] Se Bering Liisberg, s. 1193–1194.
[276] Om främjandet av en rättighet i stadgan samtidigt sätter någon annan rättighet i stadgan ut spel så är det otillåtet enligt artikel 54 i stadgan.

heter. Det är alltså tillämpningen av en stadgebestämmelse som skulle kunna medföra att en rättighet enligt något annat åtagande inskränks eller inkräktas på. Skulle man då kunna säga att en stadgebestämmelse inskränker eller inkräktar på en annan bestämmelse bara för att stadgebestämmelsen *inte hindrar* unionen från att vidta en åtgärd som medlemstaterna eller unionen skulle vara förhindrade att vidta på grund av ett annat åtagande? Enligt min mening kan inte en mindre omfattande bestämmelse kränka en annan mer omfattande bestämmelse därför att den tillämpas på detta sätt. Om däremot stadgebestämmelsen för sin uppfyllelse kräver att unionen eller medlemsstaterna kränker eller åsidosätter ett annat MR-åtagande kan man tala om att bestämmelsen inskränker eller inkräktar på rättigheten enligt det andra åtagandet.

Jag menar därför att ordalydelsen tyder på att det är den senare tolkningen av artikel 53 som ligger närmast till hands. Enligt presidiets förklaring syftar artikel 53 till att *bevara* den skyddsnivå som nu ges på respektive tillämpningsområde genom unionsrätten, medlemsstaternas rätt och internationell rätt.[277] Det innebär förstås också att inte stadgan i sig befriar unionen, gemenskapen eller medlemsstaterna från tidigare åtaganden. Stadgan påverkar överhuvudtaget, enligt min uppfattning, inte dessa.

Presidiets förklaring är dock förvirrande. I förklaringen tycks delvis artiklarna 52 och 53 blandas samman. Först anges som ovan påpekats att bestämmelsen syftar till att bevara den skyddsnivå som nu ges på respektive tillämpningsområde genom unionsrätten, medlemsstaternas rätt och internationell rätt. Därefter anges att Europakonventionen nämns med tanke på sin stora betydelse. Dessa meningar föranleder inte några problem. Den sista meningen stökar emellertid till det hela. Där anges att den skyddsnivå som stadgan erbjuder aldrig får vara lägre än den som garanteras genom konventionen, vilket innebär att det begränsningssystem som anges i stadgan inte får understiga den nivå som förskrivs i konventionen. Meningen är helt korrekt, men borde enligt min uppfattning inte ha placerats under artikel 53, utan hör snarare hemma i artikel 52:3.[278] Det har ju redan tidigare påpekats att de artiklar i stadgan som motsvarar Europakonventionens artiklar skall ha samma omfattning och innebörd som den som de givits i Europakonventionen. Genom att införa den här meningen i förklaringen till artikel 53 får man intrycket av att alla de artiklar i stadgan som har motsvarigheter i något instrument som nämns i artikel 53 skall tolkas likadant som dessa.[279] Jonas Bering Liisberg har studerat förarbetena till artikeln. Hans slutsats är att den förvir-

[277] Charte 49.
[278] Se också Bering Liisberg s. 1192–1193. Se också Lemmens s. 54–55.
[279] Lenaerts & de Smijter, s. 98 i fotnot 40.

rande satsen härrör från tidigare versioner av stadgan, då artikel 52:3 ännu ej var utvecklad. Liisbergs artikel förklarar varför frasen återfinns i förklaringen till artikel 53 och bekräftar att frasen saknar betydelse för förståelsen av artikel 53.[280]

Det tycks sammanfattningsvis som om den senare tolkningen av artikel 53 är den som är mest förenlig både med artikelns ordalydelse och behörighetsfrågan. Förklaringen leder heller inte till någon annan slutsats. Det innebär att artikel 53 anger att:

1) tillämpningen av bestämmelser i stadgan inte får leda till att mänskliga rättigheter som erkänns i de rättsordningar och instrument som nämns i artikel 53 kränks,

2) stadgan inte påverkar skyldigheten att uppfylla andra åtaganden rörande de mänskliga rättigheterna.

Några ytterligare aspekter av artikel 53 skall dock behandlas. Artikeln anger att inget i stadgan får tolkas som att den inskränker eller inkräktar på mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som inom respektive tillämpningsområde erkänns i olika rättssystem. Det första rättssystemet som nämns är unionsrätten. Detta tycks inte föranleda några problem och innebär bara att de rättigheter som återfinns i stadgan och som korresponderar med rättigheter i unionsrätten inte på något sätt kan inskränkas genom stadgan. Unionens åtaganden är i detta avseende desamma. Detta framkommer också av artikel 52:2.

Det andra rättsområdet som nämns är den internationella rätten. Här nämns internationell rätt som en enhet samt internationella konventioner som en enhet.[281] EG-domstolen har angivit att gemenskapen måste respektera internationell rätt vid utövande av sina befogenheter. EG-domstolen har också angivit att vid sidan av internationella avtal innefattar den internationella rätt som gemenskapen skall respektera också allmänna rättsprinciper, sedvanerätt, samt internationella rättsprinciper.[282] Unionens åtaganden rörande den internationella rättens säkerställande av mänskliga rättigheter och fundamentala friheter förändras således inte genom antagandet av stadgan.

Artikel 53 berör därefter internationella konventioner, till vilka unionen, gemenskapen eller samtliga medlemsstater är parter. Här omnämns särskilt Europakonventionen. Unionen och gemenskapen skall fortsätta att

[280] Bering Liisberg, s. 1193.

[281] Om relationen mellan medlemsstaternas internationella åtaganden och EU-rätten se bl.a. Lenaerts och van Nuffel, Constitutional Law of the European Union (red.) Robert Bray, Sweet & Maxwell, London, 1999, s. 558–564.

[282] Lenaerts & van Nuffel, s. 561–562.

uppfylla de skyldigheter som uppstår genom deras avtal gällande mänskliga rättigheter och grundläggande friheter, stadgan påverkar åtminstone inte dessa i någon inskränkande riktning.[283]

När det gäller medlemsstaternas åtaganden genom internationella konventioner kan stadgan inte inskränka sådana konventionsbestämmelser som *alla* medlemsstater är parter i. Det skulle exempelvis kunna komma att innebära att främjandet av en av stadgans rättigheter utan hinder av artikel 53 skulle kunna inkräkta på vissa medlemsstaters åtaganden enligt Europarådets reviderade sociala stadga. Den har nämligen inte alla medlemsstater ratificerat.[284] Emellertid bör artikel 307 EGF tas i beaktande. Där anges att om förpliktelser enligt EG-fördraget och sekundärrätten hamnar i motsättning till nationella förpliktelser gentemot tredje land som uppstått genom internationella avtal som tillträtts innan staten blev medlem i EU så har den folkrättsliga förpliktelsen företräde. Uppstår en sådan motsättning gentemot en internationell MR-konvention alla medlemsländer tillträtt kan således inte uppfyllandet av stadgan medföra att medlemsstaten därefter måste upplösa motsättningen.

I artikel 53 nämns ingenting om den praxis som utvecklats rörande de aktuella instrumenten. EG-domstolen har utnyttjat Europadomstolens praxis i utvecklandet av de grundläggande rättigheterna som den skall säkerställa. I artikel 53 får dock de nämnda rättigheterna kanske en annan roll. Hur behandlas exempelvis Europadomstolens praxis rörande rättigheter som inte medtagits i stadgan? När det gäller annan praxis kan erinras om att EG-domstolen tidigare avvisat praxis från exempelvis FN:s MR-kommitté. De huvudsakliga invändningarna däremot var att kommittén 1) inte var en domstol och att dess uttalanden inte hade någon rättsligt bindande verkan och att 2) uttalandet inte speglade en hittills vedertagen tolkning av det aktuella begreppet i skilda internationella instrument rörande skydd för de mänskliga rättigheterna.[285] Man kan dock inte helt utesluta att praxis från andra organ än domstolar, vars uttalanden inte är rättsligt bindande, under vissa omständigheter ändå kan ha betydelse för tolkning av unionsrätten.[286] Därmed kan man heller inte utesluta att sådan praxis också kan ha viss betydelse för tolkningen av de internationella instrument artikel 53 avser.

En intressant aspekt av artikel 53 är dess sista sats, "... samt i medlemsstaternas författningar". Artikeln talar om medlemsstaternas författningar

[283] Nielsen, Retskilderna, 1999, s. 83–86 om förhållandet mellan EU:s och medlemstatarenas traktatkompetens.
[284] Gijzen, s. 40.
[285] Mål 249/96 Grant p. 46–47.
[286] Se dock Gijzen, s. 40.

i obestämd form på sådant sätt att varje medlemsstats författning tycks omfattas. Passusen ger intryck av att stadgan aldrig kan ge unionen befogenhet att inskränka en bestämmelse som anges i *en* medlemsstats författning. Detta skulle kunna få ganska intressanta konsekvenser. Enskilda länder kan ju säkerställa rättigheter i sina författningar som inte säkerställs i andra länder. Medför då den aktuella frasen att unionen inte får tillämpa stadgebestämmelser om det medför att en nationell författningsbestämmelse kränks?[287] Frasen aktualiserar en omdebatterad fråga. Den om relationen mellan de nationella konstitutionerna och gemenskapens rättsakter.[288] Konsekvenserna av satsen mildras dock av det faktum att den bara avser sådana författningsbestämmelser som omfattar *mänskliga rättigheter* och *grundläggande friheter*. Författningsbestämmelsen måste alltså kvalificera sig för detta begrepp. För att avgöra den frågan bör man rimligen gå till medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner eller till internationella MR-instrument som åtnjuter ett stort erkännande.[289]

Bering Liisberg har dock enligt min mening övertygande argumenterat för att den här satsen inte kommer att kunna medföra att en bestämmelse som enbart återfinns *i en stats* konstitution ges företräde framför stadgan. Han menar att ett sådant steg skulle medföra en förändring av relationen mellan EU-rätt och nationell rätt som inte konventet hade behörighet att ta sig an.[290]

12.4.5.11 Respekt för sig själv

Enligt artikel 54 får ingen bestämmelse i stadgan tolkas som att den medför rätt att bedriva verksamhet eller utföra handlingar som syftar till att någon av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan sätts ur spel eller att inskränka dem i större utsträckning än vad som medges i stadgan. Denna bestämmelse kan kopplas ihop med artikel 52:1 där det anges att inskränkningar i en rättighet kan medges för att tillgodose en annans fri- och rättighet. En proportionalitetsbedömning mellan de två motstående intressena får då göras.

[287] Se Lenaerts & de Smijter s. 289, det tycks som om de anser att unionen inte kan göra det.

[288] Den tyska författningsdomstolen anser inte att den EG-rättsliga lojalitetsplikten medför att Tyskland måste tillämpa gemenskapsrätt som står i strid med vissa bestämmelser i den tyska grundlagen, BVerfGE 1989, 188. Se diskussion i Maier, s. 228–232, Melin & Schäder, s. 113–116, Nergelius, Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans, s. 197–212.

[289] Om satsen och dess problematiska relation till EU-rättens företräde se Heringa & Verhey, § 5.

[290] Bering Liisberg, s. 1193.

12.4.6 Den fackliga föreningsfriheten, artikel 12 i EU-stadgan

Den fackliga föreningsfriheten kommer till uttryck i stadgans artikel 12 som återfinns i kapitel II, Friheter. Artikeln behandlar både mötes- och föreningsfriheten enligt mönster från Europakonventionen. I artikel 12:1 återfinns den fackliga aspekten av föreningsfriheten. Artikeln lyder:

> "Var och en har rätt till frihet att delta i fredliga sammankomster samt till föreningsfrihet på alla nivåer, särskilt på det politiska, fackliga och medborgerliga området, vilket innebär rätten för var och en att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen."

Under konventets arbete utvecklades artikeln successivt. I presidiets första stadgeutkast nämndes särskilt friheten att bilda fackföreningar i den allmänna föreningsfriheten. Presidiet hänvisade dock till såväl Europakonventionens artikel 11 som till Europarådets sociala stadga, gemenskapsstadgan och till europaparlamentets deklaration från 1989.[291] Det klargjordes dock ganska snart att just den här artikeln avsåg att spegla Europakonventionens artikel 11. Hänvisningen till Europarådets sociala stadga försvann tidigt från kommentarerna till utkasten till den blivande artikel 12.[292]

I presidiets förklaring till den slutliga EU-stadgan ingår artikel 12 bland de artiklar som anges ha samma innebörd som motsvarande artiklar i Europakonventionen. Det anges dock att artikel 12 har större räckvidd än artikel 11 EK eftersom den uttryckligen skall kunna tillämpas på *alla nivåer*, även den europeiska nivån.[293] I förklaringen anges också att rättigheten *bygger* på artikel 11 i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. Gemenskapsstadgans artikel 11 och artikel 11 i Europakonventionen har emellertid inte identiskt innehåll. Gemenskapsstadgans bestämmelse ger bland annat uttryck för en starkare negativ föreningsfrihet än Europakonventionen, nämligen friheten att förbli utanför en organisation utan att lida skada personligen eller i arbetslivet.[294] Hur skall man då förstå det faktum att artikel 12:1 är identisk med Europakonventionens artikel 11 men också bygger på en annan bestämmelse i ett annat instrument med en något annorlunda

[291] Charte 4112/2/00 rev 2, BODY 4, 27 januari 2000 s. 4.

[292] Europarådets sociala stadga nämndes i denna del i konventets första utkast från den 27 januari se Charte 4112/2/ 00 Rev 2, BODY 4, s. 4. I presidiets följande utkastsförslag var dock den hänvisningen bortagen och återkom heller inte, se Charte 4137/00 Convent 8, 24 februari 2000, Charte 4284/00 CONVENT 28 5 maj 2000, Charte 4422/00 Convent 45, 31 juli 2000,

[293] Charte 4473/00 Convent 49 s. 14–15.

[294] Se s. 334ff.

innebörd? I det här fallet måste för förståelsens skull några ord sägas om gemenskapsstadgans syfte.

Man kan säga att gemenskapsstadgan anger vilka normer som bör säkerställas av medlemsstaterna eller gemenskapen för att gemenskapens mål om förbättrade levnads- och arbetsvillkor skall kunna uppnås i samklang med målet om förverkligandet av den inre marknaden. Ansvaret för att dessa normer uppfylls är fördelat mellan medlemsländerna och gemenskapen enligt de kompetensfördelningsprinciper som gäller. Stadgan påverkar uttryckligen *inte* kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och gemenskapen.[295]

Enligt gemenskapsstadgan artikel 11 bör ett visst skydd för den fackliga föreningsfriheten säkerställas inom EG och i medlemsstaterna. I artikel 12 i EU-stadgan synliggörs den del av detta skydd som åvilar unionen. Den skyldighet som åvilar unionen då det gäller uppfyllandet av gemenskapsstadgans artikel 11 är i första hand att respektera den fackliga föreningsfrihet som kommer till uttryck i Europakonventionens artikel 11. Genom att införa artikel 12:1 i EU-stadgan kan man säga att den aspekt av detta skydd som åvilar gemenskapen synliggörs.[296] Det konkreta tillhandahållandet av den fackliga föreningsfriheten åvilar medlemsstaterna (jfr artikel 137:5 EGF).

Enligt gemenskapsstadgan bör den *negativa* föreningsfriheten garanteras inom gemenskapen. Enligt presidiets förklaring åläggs dock bara unionen att respektera den negativa föreningsfrihet som erkänns i Europakonventionen. Även om gemenskapsstadgan anger att en annan dimension av den negativa föreningsfriheten än den som kommer till uttryck i Europakonventionen bör säkerställas inom gemenskapen så påverkar det inte innebörden av EU-stadgans artikel 12. Det är därför inte troligt att man med stöd av artikel 12:1 skulle kunna säkerställa exempelvis ett utökat skydd för den negativa föreningsfriheten genom att hänvisa till gemenskapsstadgan. Under konventets arbete diskuterades frågan om en negativ föreningsfrihet eller föreningsrätt skulle inkluderas i stadgan.[297] Eftersom man eftersträvade en sådan stor likhet med Europakonventio-

[295] Se exempelvis stadgans ingress.

[296] Redan i kommissionens handlingsprogram med anledning av gemenskapsstadgans antagande 1989 anges att föreningsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten återfinns i alla gemenskapens medlemsstater. Stadgan upprepar viss grundläggande principer rörande vilka medlemsstaterna bär ansvaret för dess implementering i enlighet med nationella traditioner och praxis. Gemenskapen har bara ansvar rörande arbetsmarknadens aktiviteter på den europeiska nivån. COM (89) 568 final 29 november 1989 s. 29.

[297] Charte 4137/00 Convent 8, 24 februari 2000 se också charte 4192/00 Convent 18 27 mars 2000 s. 5–6 och charte 4360/00 convent 37 14 juni.

nens artikel 11 som möjligt valde man att inte explicit erkänna den negativa föreningsfriheten.

Omfattningen av den negativa föreningsfriheten i artikel 11 EKMR har utvecklats av Europadomstolen. Denna praxis är inkluderad i artikel 12 enligt artikel 52:3 EU-stadgan. Artikel 52:3 hindrar dock inte att ett mer omfattande skydd garanteras. Man får emellertid anta att konventet utgick ifrån att någon mer omfattande negativ föreningsfrihet inte kunde härledas ur de grundläggande rättigheter unionen måste respektera. I EU-stadgans ingress anges att medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och en rad internationella instrument ligger till grund för stadgan. Det vore därför fullt rimligt att hämta ett argument från dessa källor. Presidiets förklaring är ju inte juridiskt bindande. En förutsättning för att kunna argumentera emot presidiets förklaring enligt EU-stadgans artikel 52:3 är dock att argumentets implementering inte medför någon kränkning av Europakonventionens bestämmelser. Frågan är dock om det finns anledning att göra en annan bedömning härvidlag än konventet.

Som utgångspunkt för detta resonemang tar jag EG-domstolens praxis rörande utvecklandet av respekten för de grundläggande rättigheterna till hjälp. Vid sidan av Europakonventionen åberopar EG-domstolen medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella traktat som medlemsländerna tillträtt eller varit med om att utarbeta.

Den danska, svenska och brittiska nationella regleringen på området tycks *inte* innefatta ett starkare skydd för den negativa föreningsfriheten än det som kan utkristalliseras ur Europadomstolens praxis.[298] Därmed är det tveksamt om ett starkare skydd enkom kan härröras från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.[299] I kombination med något annat starkt argument skulle dock en sådan situation kunna uppstå. Alla medlemsländer utom Grekland har exempelvis antagit artikel 5 i Europarådets sociala stadga. Den negativa föreningsfrihet som inbegrips i artikel 5 ESS är mer långtgående än den som tillvaratas av Europakonventionen.[300] Europarådets sociala stadga nämns såväl i EU-stadgans som i Europeiska unionsfördragets ingress. Man skulle således kunna argumentera för att artikel 12 i EU-stadgan omfattar ett starkare skydd för den negativa föreningsfriheten än Europakonventionens artikel 11 eftersom ett sådant starkare skydd utgår från ett av de instrument stadgan

[298] Se t.ex. Nielsen, European Labour Law, s. 100.

[299] Om tillkomsten av rättigheter som härrör från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner se s. 404 ff.

[300] Se s. 254 ff, många medlemsländer är föremål för kritik på denna punkt.

baseras på. Om artikel 12 i EU-stadgan skall upplysa om vilken föreningsfrihet unionen måste respektera bör givetvis hela denna föreningsfrihet omfattas.

Det finns emellertid argument mot ett inkluderande av artikel 5 ESS och dess negativa föreningsfrihet i denna del. Det starkaste argumentet är att det tydligt framkom i förarbetena att avsikten inte var att ge artikeln ett innehåll som motsvarade artikel 5 i Europarådets sociala stadga.

Det är därför troligt att det skydd för den negativa föreningsfriheten som utgår från artikel 12 i EU-stadgan *i dag* sammanfaller med det skydd som återfinns i Europadomstolens praxis. Innebörden av artikel 12 är dock inte statiskt. Det kan påverkas av utvecklingen av Europadomstolens praxis rörande den negativa föreningsfriheten. Får det skydd för den negativa föreningsfriheten som Europarådets sociala stadga föreskriver ett starkare genomslag kan en sådan utveckling också komma att påverka tolkningen.

Även när det gäller omfattningen av den *positiva fackliga föreningsfriheten* i artikel 12 EU-stadgan är utgångspunkten att den sammanfaller med Europakonventionens artikel 11. Gemenskapsstadgans artikel 11 har en likvärdig utformning på denna punkt.

Under konventets arbete inkom den svenska fackföreningsrörelsen (LO, TCO, SACO) med en inlaga där de betonade vikten av att de grundläggande ILO-konventionerna rörande facklig föreningsfrihet skulle tas som utgångspunkt för utarbetandet av den fackliga föreningsfriheten.[301] Även Europaparlamentet delade denna uppfattning i så måtto att EU skulle åläggas att respektera dessa ILO-konventioner i sin verksamhet.[302] ILO-konventioner nämns inte i ingressen till EU-stadgan. Det är därför troligt att de bara indirekt kan komma att påverka omfattningen av stadgans fackliga föreningsrätt.[303] Jag har ju i samband med behandlandet av Europakonventionens artikel 11 konstaterat att artikel 11 delvis inspirerats till innehåll av andra internationella instrument som utvecklat ett mer detaljerat skydd för den fackliga föreningsfriheten och därför kan ILO-konventionerna i vissa delar bidra med viss utfyllnad av artikeln.[304]

[301] Charte 4355/00 CONTRIB 219 13 juni 2000, se dock motsatt ståndpunkt av brittiska industrifederationen Charte 4298/00 CONTRIB 170 25 maj 2000 s. 5.
[302] Europaparlamentets resolution A5-0064/2000.
[303] Jfr Jean-Luc Dehaene, Fundamental Social Rights, The European Union and the Convention i Social Challenges s. 50, som medlem i konventet underströk han i denna artikel som skrevs innan stadgan intogs vikten av att ta hänsyn till ILO-konventioner i utarbetandet av stadgan.
[304] Se s. 301 ff.

Omfattningen av den positiva föreningsfriheten i artikel 12 EU-stadgan bör alltså sammanfalla med artikel 11 EK. I stället för att närmare ange vad artikel 12:1 i EU-stadgan i denna del innefattar hänvisar jag till avsnittet om artikel 11 i Europakonventionen.[305] Det skall dock erinras om EG-domstolens dom i Bosman-målet. I Bosman-målet erkändes *föreningsfriheten* som en grundläggande frihet som skyddas genom gemenskapens rättsordning.[306] EG-domstolen ansåg emellertid inte att de regler som i det aktuella målet ett idrottsförbund utfärdat var nödvändiga för att säkerställa förbundets, föreningens eller spelares utövande av denna frihet eller att de utgjorde en oundviklig följd av föreningsfriheten.[307] Föreningens interna självbestämmanderätt inskränktes utan vidare analys. Det är därför svårt att avgöra hur domstolen resonerade. Man kan härvidlag jämföra med hur Europadomstolen byggt upp sina resonemang rörande motsvarande frågeställningar. Utgångspunkten är att föreningen är helt fri att reglera sina egna stadgar. Skulle stadgarna hamna i konflikt med någon annan av konventionens skyddade rättigheter görs en avvägning.[308] Fortsättningsvis måste således EG-domstolen i mål som rör föreningsfrihetens interna sida bygga sin argumentation på Europadomstolens praxis.

Vissa delar av den positiva fackliga föreningsfriheten kommer till uttryck på annat håll i EU-stadgan. I dess artikel 28 återfinns rätten till kollektiv förhandling och rätten att vidta kollektiva åtgärder inklusive strejkrätt. Omfattningen av dessa aspekter av den fackliga föreningsfriheten behandlas i ett särskilt avsnitt.

I ett avseende skiljer sig emellertid EU-stadgans artikel 12 och Europakonventionens artikel 11 åt. Artikel 12:1 skyddar den fackliga föreningsfriheten på *alla nivåer* vilket enligt presidiets förklaring också omfattar europeisk nivå. Denna aspekt av bestämmelsen ger enligt presidiet artikeln en större räckvidd än artikel 11 i Europakonventionen. Vad innebär då frasen, på alla nivåer? Det har hävdats att detta tillägg i artikeltexten bara klargör omfattningen av friheten utan att tillföra den någonting i dess europakonventionsmässiga förståelse.[309]

Under arbetet med stadgan formulerades denna aspekt för första gången av presidiet i ett stadgeutkast där en specifik facklig föreningsfrihet

[305] Se s. 294ff.
[306] Mål C-415/93, Bosman, p. 79.
[307] Mål C-415/93, Bosman, p. 80.
[308] Se s. 301f och 305.
[309] Lemmens, The Relation Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive aspects s. 59.

placerats bland de sociala rättigheterna. I det artikelförslaget behandlades också förhandlingsrätten och rätten att vidta kollektiva åtgärder. Artikelförslagets första stycke löd:

> "Article IV
> 1. Employers and workers have the right to associate freely, *including at European level* (min kursiv), in order to form the professional or trade union organisations of their choice to defend their economic and social interests."[310]

Kravet på att en transnationell facklig föreningsfrihet skulle garanteras drevs av ETUC och plattformen för europeiska sociala icke-statliga organisationer/frivilligorganisationer.[311] Det var enligt deras förmenande av största vikt att både nationell och transnationell föreningsfrihet garanterades. I det förslag som konventet lade fram strax därefter hade den fackliga föreningsfriheten försvunnit från det sociala kapitlet och någon transnationell aspekt av den allmänna föreningsfriheten hade inte förts in.[312] Den transnationella aspekten uteblev i en rad utkast.[313] I stadgearbetets elfte timme inkom dock ETUC och plattformen för europeiska sociala icke-statliga organisationer med förnyad kritik av den fackliga föreningsfrihetens utformning bland annat på grunden att den inte erkände "the social partners at European level in their framework of a system of European industrial relations".[314] Den 21 september lade presidiet fram ett nytt utkast där hänsyn till synes tagits till ETUC:s önskemål. Föreningsfriheten tillkom nu var och en på *alla* nivåer.[315] Tillägget kvarstod i den slutliga utformningen.[316]

För att utröna vad frasen *på alla nivåer* tillför artikeln skall frågan inledningsvis belysas utifrån vad som skulle gälla om frasen uteblivit. Först skall konstateras att inte bara individer utan både fysiska och juridiska personer såsom företag och organisationer skall ha rätt att förena sig enligt artikeln.[317]

[310] Charte 4192(00 Convent 18 27 mars 2000 s. 5–6.
[311] Charte 4194/1/00 Rev, CONTRIB 75 28 april 2000.
[312] Charte 4284/00 CONVENT 28 5 maj 2000.
[313] Se exempelvis både Charte 4360/00, Convent 37, juni 2000; Charte 4333/00, Convent 36 och Charte 4422/00 Convent 45.
[314] Charte 4460/00 Contrib 314, 8 sep. 2000.
[315] Charte 4470/1/00 Rev 1, Convent 47, 21 sep. 2000.
[316] Charte 4487/00 CONVENT 50, 28 sep. 2000.
[317] Jag utgår ifrån att artikel 12 i EU stadgan härvidlag har samma innebörd som europakonventionen, se för analys av Europakonventionen i detta avseende, van Dijk van Hoof, 1998 s. 592 och 597, se också Bull 1997 s. 348

Att fackföreningar skall kunna bildas och sluta sig samman på alla tänkbara inomnationella nivåer är inte uttryckligen säkerställt genom Europakonventionen. Europarådets kommission för mänskliga rättigheter har dock angivit att fackföreningar skall kunna bilda och ansluta sig till federationer enligt Europakonventionen. Till stöd därför åberopades artikel 5 i ILO-konvention 87.[318] Även Europarådets sociala stadga skyddar rätten att bilda och sluta sig samman på den nivå man önskar. De rättigheter som åvilar fackföreningarna skall tillkomma fackföreningar på alla nivåer.[319] Det finns ingen anledning att anta att Europadomstolen skulle ge Europakonventionen en annan innebörd på denna punkt om den fick anledning att pröva den. Detta moment kan anses utgöra ett av den fackliga föreningsfrihetens fundament.[320] Fackföreningar skall också enligt ILO-konvention 87, ESS artikel 5 och IKESKR ha rätt att ansluta sig till internationella fackliga organisationer. En konsekvens av en sådan rätt är att organisationen eller en enskild representant inte skall diskrimineras eller dylikt på grund av sina aktiviteter i den internationella organisationen. Om dessa internationella fackföreningars transnationella aktiviteter åtnjuter något särskilt skydd är dock inte klarlagt.[321]

Eftersom Europarådets MR-kommission tagit ILO-konvention 87 och dess artikel 5 till intäkt för att Europakonventionen innefattar en rätt för fackföreningar att sluta sig samman i federationer och dessa bestämmelser också innefattar en rätt för nationella fackföreningar, oavsett nivå, att ansluta sig till internationella arbetstagarorganisationer så skulle Europakonventionen mycket väl kunna antas innefatta en sådan rätt. Viss osäkerhet rymmer antagandet dock eftersom Europadomstolen inte genomgående hämtar inspiration från ILO-konvention 87 för att tolka artikel 11 i Europakonventionen.

Genom tillägget, på alla nivåer, har det dock klartlagts att ett sådant moment innefattas i artikel 12 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.

Vad innebär det då konkret? Jo, det innebär att EU inte får hindra någon fackförening på någon nivå att åtnjuta de rättigheter artikeln tillhandahåller. EU får exempelvis inte anta någon reglering som inskränker dessa organisationers rätt att anta sina stadgar och organisera sin verksamhet.

[318] Se s. 304f.
[319] Se s. 250, 258 och 261 f.
[320] Se s. 139, 172f och 250 där denna fråga behandlas av ILO och i Europarådets sociala stadga.
[321] Se s. 172ff ILO där visst skydd för aktiviteter som initierats av internationell organisation återfinns.

En fråga som är ytterst intressant i detta sammanhang är om EU i sin verksamhet måste låta alla transnationella organisationer höras av EU. Kommissionen har ju uppställt *vissa villkor* för att organisationer på EU-nivå skall konsulteras enligt artiklarna 138 och 139 EGF.[322] I begreppet höras som antagits av Europadomstolen innefattas en rätt att få föra fram synpunkter till ett organ som kan påverka medlemmarnas intressen. I många fall kan EU och dess organ och institutioner tänkas ha en sådan funktion.

Inom ramen för den sociala dialogen på EU-nivå har fackföreningar på EU-nivå givits vissa konkreta rättigheter. Dessa organisationers ställning har dock inte varit erkänd på konstitutionell basis. Det var ju just denna aspekt bland andra ETUC var måna om att artikel 12 skulle värna. De krävde att artikeln skulle erkänna "the social partners at European level in their framework of a system of European industrial relations".[323] Detta syfte kan sägas ha uppfyllts.

ETUC avsåg emellertid också med sitt krav på att transnationella fackliga rättigheter skulle inkluderas i stadgan att vinna allmänt erkännande av EU och dess medlemmar för avtal som sluts av dessa organisationer och kanske framförallt en rätt för dessa organisationer att vidta gränsöverskridande kollektiva åtgärder. Att artikel 12 inte bidrog till att uppfylla dessa önskemål står klart. Att de internationella organisationerna skulle åtnjuta mer omfattande rättigheter än de nationella organisationerna åtnjuter enligt artikel 11 EK är inte troligt. Dessutom riktar sig stadgan i nuläget i princip enbart till EU och till medlemsländerna bara när de tillämpar unionsrätt. Den särskilda frågan om kollektivavtal och rätten att vidta stridsåtgärder behandlas dock i EU-stadgans artikel 28.

12.4.7 Rätten att förhandla kollektivt och tillgripa kollektiva åtgärder, artikel 28 i EU-stadgan

12.4.7.1 Inledning

Artikel 28 återfinns i kapitel IV Solidaritet och lyder:

> "Arbetstagare och arbetsgivare, eller deras respektive organisationer, har i enlighet med gemenskapsrätten samt nationell lagstiftning och praxis rätt att förhandla och ingå kollektivavtal på lämpliga nivåer och att i händelse av intressekonflikter tillgripa kollektiva åtgärder för att försvara sina intressen, inbegripet strejk."

[322] COM(93) 600 final, 14 dec. 1993 s. 22 p. 24, se också UEAPME-målet T-135/96.
[323] Charte 4460/00, CONTRIB 314, 8 september 2000.

Artikeln kan indelas i två rättigheter. Den första behandlar rätten att förhandla och ingå kollektivavtal på lämpliga nivåer. Den andra rör rätten att tillgripa kollektiva åtgärder för att försvara sina intressen, inbegripet strejk, i händelse av intressekonflikter.

12.4.7.2 Hänvisningen till gemenskapsrätt och nationell lagstiftning och praxis

Rättigheterna i artikeln skall utövas i enlighet med gemenskapsrätt och nationell lagstiftning och praxis. Innebär det att dessa lagstiftare helt fritt skall kunna disponera över rättigheterna? För att utröna detta skall inledningsvis något sägas om framväxten av dessa hänvisningar under utarbetandet av artikeln.

Redan i presidiets första artikelutkast återfanns en hänvisning till nationell lagstiftning och praxis i förhållande till rätten till kollektiv förhandling:

> "2. Employers or employers' organisations, on the one hand, and workers' organisations, on the other hand, have the right, under the conditions laid down by national legislation and practice, to negotiate and conclude collective agreements, including at European Union level."
>
> "3. Workers and employers have the right in cases of conflicts of interest to take collective action at European Union level should the occasion arise, including the right to strike".

I kommentaren förklaras hänvisningen. Orsaken anges vara att dåvarande artikel 137:6 EGF exkluderar strejkrätt från gemenskapens kompetens. Därför måste stadgan erkänna den nationella regleringen på området. Gemenskapen har dock enligt kommentaren kompetens då det rör sina egna arbetstagare.[324] Kommentaren är märklig eftersom någon hänvisning till nationell rätt *inte* återfinns i punkten 3 som rör strejkrätten, ett område som undantagits från gemenskapens kompetens, men i punkt 2 som rör kollektiv förhandling, ett område där gemenskapen inte undantagits kompetens. Avsikten var dock antagligen att en sådan hänvisning också skulle kopplas till rätten till kollektiv förhandling.

I ett senare utkast hade hänvisningen förändrats. Rättigheterna skulle nu utövas "*in accordance* with *Community law* and national laws and practices" till skillnad mot det tidigare "*under the conditions laid down by* national legislation and practices" (min kursiv). Vilken skillnad föränd-

[324] Charte 4192/00 CONVENT 18, 27 mars 2000 s. 5–7.

ringen avsåg att medföra framgår inte. Förklaringen ger inga ledtrådar och hänvisningen till gemenskapsrätt förbryllar.[325]

ETUC och plattformen för europeiska sociala frivilligorganisationer var i detta skede mycket kritiska till hänvisningen till gemenskapsrätt och nationell rätt.[326] Dessa synpunkter fick dock inget gehör.[327] I artikelns slutliga version hade i stället en omdisposition gjorts i texten. Hänvisningen till gemenskapsrätt samt nationell lagstiftning och praxis flyttades fram. Artikelns slutgiltiga ordalydelse kan tolkas som att artikeln inte uppställer någon begränsning överhuvudtaget av grundrättighetskaraktär i relation till de nämnda rättsordningarna. Den sista ändringen av artikeln genom vilken hänvisningen till gemenskapsrätt och nationell lagstiftningen och praxis placerades före ordet rätt stärker detta intryck.

Hänvisningen till nationell rätt bottnade i att det på sina håll i konventet fanns starka farhågor både för att artikeln skulle kunna tänkas öka incitamentet att stärka förhandlingsrätten (Storbritannien) och på andra håll förändra en väletablerad välfungerande struktur (Sverige, Danmark).[328] Dessa två sidor slog sina påsar ihop. De ville båda ha en artikel som skulle få en så liten inverkan som möjligt på nationella förhållanden. De ville försäkra sig om att de nationella systemen skulle förbli intakta. Vissa av dessa konventsdeltagare ville till och med helt exkludera artikeln.[329] Andra ville emellertid ha en starkare rättighet. De franska och tyska regeringsrepresentanterna i konventet föreslog artiklar rörande fackliga rättigheter som helt saknade hänvisningar till nationell- och gemenskapsrätt.[330] Resultatet blev en kompromiss.

Hänvisningen till nationell rätt avsåg således att värna de nationella

[325] Charte 4423/00 CONVENT 46 artikel 26.

[326] Charte 4460/00 CONTRIB 314. Även den svenska fackföreningsrörelsen (LO, TCO SACO) lämnade in en enskild inlaga till konventet där de underströk behovet av att rätten för fackföreningar att vidta transnationella aktiviteter skulle garanteras i stadgan. Särskilt rätten att vidta sympatiåtgärder rörande situationer på andra sidan gränsen ansågs eftersträvansvärd se Charte 4355/00 CONTRIB 219 13 juni 2000.

[327] Charte 4470/i/00 rev 1, CONVENT 47.

[328] Se exempelvis arbetspapper från UD den 27 september år 2000 där det anges att Sverige arbetade för hänvisning till nationell rätt och praxis, Resultat ii. Diskussion om detta återfinns i LO-TCO-SACO:s krav rörande stadgan, se också Ahlberg, Nordiska fack ger upp sin tvekan. Se exempelvis Goldsmiths påpekande att Storbritannien fick kämpa mycket hårt för att i allmänhet få in frasen om hänvisningen till nationell rätt, s. 1213.

[329] I en sammanställning över konventets medlemmars kommentarer rörande artikelutkastet framkommer att Cederschiöld (svensk EU-parlamentariker), Friedrich och Goldsmith (den brittiska regeringens representant) helt ville utesluta artikeln, Charte 4383/00 convent 41 artikel 34, 3 juli 2000.

[330] Charte 4401/00, CONTRIB 258 4 juli 2000, Mr Guy Braibant och Mr Jürgen Meyer s. 3–4.

systemen. Hänvisningen till gemenskapsrätt är dock mer svårförståelig. Vad syftade hänvisningen till gemenskapsrätt egentligen till? Stadgan syftar i allmänhet i första hand till att säkerställa att EU i sin verksamhet respekterar de grundläggande rättigheterna. Om hänvisningen till gemenskapsrätt avser att fylla samma syfte som hänvisningen till nationell rätt innebär det i stället att artikeln bara skall fastställa att gemenskapen är fri att agera som den vill inom detta område utan att ta hänsyn till yttre normer. Detta förefaller ytterst märkligt.[331] Möjligen tillkom hänvisningen för att markera att gemenskapen hade viss kompetens på området. Sättet att markera detta på skapar dock bara förvirring.

I en kommentar till hänvisningen under utarbetandet av stadgan påpekades dessutom att hänvisningarna till gemenskapsrätt och till de nationella rättordningarna både kunde läsas som om de utvidgade *eller* begränsade möjligheten till EU-intrång inom detta område.[332] Denna kommentar är egentligen av fundamental betydelse men har inte ägnats särskilt stort utrymme. Det finns nämligen ingenting i artikelns konstruktion som på något vis anger vilken rättsordning som skall ges företräde. Men eftersom stadgan inte ändrar på rådande kompetensföredelningsprinciper får man utgå ifrån att frågan avgörs av andra bestämmelser. När det exempelvis gäller den nationella utformningen av reglerna röranде kollektiv förhandling som både Sverige och Storbritannien ville freda så är det tveksamt om konstruktionen av artikel 28 bidrar därtill. Gemenskapen har ju kompetens att anta direktiv som rör företrädande och kollektivt tillvaratagande av arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen, inbegripet medbestämmande enligt artikel 137:1(f) och frågor om den kollektiva förhandlingen är inte undantagen kompetensen enligt artikel 137:5.[333] Det blir i så fall andra moment i gemenskapslagstiftningen som sätter käppar i hjulet för gemenskapen att anta rättsakter som inverkar på den nationella kollektiva förhandlingen som subsidiaritetsprincipen artikel 5 EGF och det andra stycket i artikel 136 EGF som anger att när gemenskapen genomför åtgärder för att uppfylla målen i första stycket så skall hänsyn tas till skillnaderna i nationell praxis, särskilt när det gäller avtalsförhållanden.[334]

[331] Se dock Goldsmiths förklaring som inte skapar mer klarhet, s. 1212–1213.

[332] Charte 4448/00 CONTRIB 302 s. 5 p. 18.

[333] Se s. 389 ff.

[334] Se slutrapporten från arbetsgruppen om grundläggande rättigheter, CONV 354/02, 22/10 2002 s. 5. De tycks mena att hänvisningen till nationell rätt och praxis bekräftar subsidiaritetsprincipens tillämpning inom dessa rättsområden. De artiklar som hänvisar till nationell rätt och praxis bekräftar att subsidiaritetsprincipen medför att nationell rätt och praxis alltid skall tas hänsyn till inom dessa områden. Hänvisningen till gemenskapsrätt torde i sådana fall avse rättsområden där den nationella rätten inte är tillämplig som kollektiv förhandling på EU-nivå.

När det gäller strejkrätten kan hänvisningen komma att spela en större roll. Strejkrätten är ju undantagen från den kompetens gemenskapen givits enligt artikel 137 EGF. Det är möjligt att hänvisningen till nationell rätt då skall förstås som att gemenskapen är förhindrad att med stöd av annan kompetens beröra den nationella utformningen av rättigheten. Om unionen kommer att förstå bestämmelsen på detta sätt återstår att se.[335]

Den centrala fråga som återstår att diskutera rörande hänvisningarna till de olika rättsordningarna är om stadgan uppställer någon begränsning för gemenskapen när den utnyttjar den kompetens den har att direkt eller indirekt reglera de områden som behandlas i artikel 28? Goldsmith menade ju att denna rättighet utgjorde en princip som omvandlades till rättigheter när den gestaltade sig i nationell rätt och gemenskapsrätt. Någon begränsning av respektive lagstiftares handlingsutrymme utgjorde den inte.[336]

Jag vidhåller dock, trots att utvecklingen av artikelns ordalydelse kan tyckas försvaga mitt argument, att bestämmelser som upptagits i denna stadga som anges innehålla grundläggande rättigheter kan presumeras ha ytterligare en dimension än den Goldsmith ger uttryck för. Även om vissa av konventets medlemmar ville beröva artikeln all dess betydelse fanns det medlemmar med andra ambitioner. Artikeln måste tolkas mot bakgrund av stadgans övergripande syfte. Bestämmelserna utgör grundrättigheter. I de fall gemenskapen utnyttjar sin kompetens till att reglera områden som berör innehållet i artikel 28 måste den respektera den aktuella grundrättigheten.[337]

12.4.7.3 En individuell och en kollektiv rättighet

Artikel 28 tycks enligt sin ordalydelse innehålla både individuella och kollektiva rättigheter.[338] Utformningen av den första rättigheten skiljer sig från motsvarande artiklar i andra instrument eftersom den är formu-

[335] Se s. 390 ff.

[336] Goldsmith s. 1213.

[337] En annan tolkning skulle dessutom innebära att man försvagade det i och för sig svaga men ändock åtagande gemenskapens redan har på området. I artikel 136 EGF anges ju att ESS och 1989 års EG-stadga måste *beaktas* när åtgärder vidtas för att uppfylla artikelns mål. Åtagandet är svagt i artikel 136. Det är dock inte rimligt att anta att artikel 28 skulle eliminera det svaga åtagande artikel 136 ändock medför. EU-stadgan skall ju ge ljus åt de skyldigheter att respektera de grundläggande rättigheter som vid EU-stadgans antagande åvilade EU.

Dessutom har alla medlemsländerna antagit internationella MR-instrument som erkänner både rätten till kollektiv förhandling och strejkrätt. Att gemenskapsrätten mot en sådan bakgrund, enligt EU-stadgans artikel 28, skulle kunna förhålla sig helt fritt till dessa omständigheter förefaller märkligt.

[338] Se Hepple ILJ 2001 s. 228–229.

lerad som om enskilda arbetstagare skall kunna förhandla fram kollektivavtal. Rätten till kollektiv förhandling är i andra MR-instrument en rättighet som på arbetstagarsidan tillkommer *arbetstagarorganisationer*. Detta framkommer exempelvis tydligt ur ordalydelsen i både Europarådets sociala stadga artikel 6:2 och i gemenskapsstadgan artikel 12. Även EU-kommissionen har angivit att ett av kollektivavtalets karaktäristika är att den ena parten är en arbetstagarorganisation.[339] Möjligen ville man genom att betona den enskilde arbetstagarens förhandlingsrätt understryka att det individuella anställningsavtalet som ju förhandlas fram mellan den individuella arbetstagaren och dess arbetsgivare också skyddas av stadgan. Men eftersom artikeln enbart nämner kollektivavtalet som möjligt resultat av förhandlingen tycks denna slutsats inte rimlig. Så om artikelutformarna inte tänkt sig att omformulera kollektivavtalet som begrepp torde den valda formuleringen vara ett misstag. Kollektivavtal kan ju slutas med enskild arbetsgivare eller med arbetsgivarorganisation. Det innebär dock inte att en liknande möjlighet öppnar sig för enskilda arbetstagare. Enskilda arbetstagare kan förhandla fram andra avtal men inte kollektivavtal.

När det gäller rätten att tillgripa kollektiva åtgärder inbegripet strejk vid intressekonflikter är dock den internationella regleringen något splittrad då det gäller frågan om vem rättigheten tillkommer. ILO-konvention 87 tillvaratar exempelvis i princip enbart fackföreningars strejkrätt.[340] ILO-normernas synes dock ha intagit en undanskymd roll i utvecklandet av EU-stadgan.[341] Europarådets sociala stadga har dock tillerkänts en roll och dess syn på denna fråga skiljer sig också från ILO:s. Europarådets sociala stadgas övervakningsorgan, Europeiska kommittén för sociala rättigheter, har klargjort att dess strejkrätt inte bara får tillkomma fackföreningar utan skall också tillkomma andra arbetstagare. Enligt dess synsätt måste arbetstagare utanför fackföreningens ramar ha möjlighet att gemensamt utöva påtryckning på arbetsgivaren genom att tillgripa kollektiva åtgärder.[342] Det är möjligt att konstruktionen av artikel 28 i EU-stadgan även omfattar sådana situationer. I sådana fall blir artikelns subjektbeskrivning förståelig åtminstone i artikelns andra del. Rimligheten av en sådan tolkning stärks också av artikelns tillkomsthistoria. Den var inledningsvis formulerad som två rättigheter med olika subjekt.[343] Den förbryllan-

[339] COM (2000)113 s. 8, Report on Industrial Relations in Europe.
[340] Se s. 151.
[341] Se s. 462 och t.ex. Nielsen, European Labour Law, 2000 s. 80.
[342] Se s. 279ff.
[343] Se s. 467 samt presidiets utkast från den 27 mars här nedan.

de nuvarande ordalydelsen är troligen resultatet av en lapsus som uppstod när man slog ihop de två artiklarna om kollektiv förhandling och strejkrätt till en artikel.[344]

12.4.7.4 Substans

Vad är det då som måste respekteras enligt artikel 28? Om man jämför med bestämmelser i andra internationella MR-instrument med en liknande konstruktion så medför hänvisningar till nationell rätt att rättighetens omfattning påverkas. Den nationella lagstiftaren får dock inte fritt disponera över rättigheten utan måste åtminstone värna rättighetens kärna.[345] Genom en sådan lösning berövas rättigheten inte sin grundrättighetskaraktär samtidigt som viss hänsyn tas till att rättighetens konstruktion avspeglar en splittring hos artikelns grundare. Jag finner det rimligt att tolka artikel 28 i enlighet med dessa internationella principer.

För att utröna omfattningen av den kärna som skall respekteras genom artikel 28 behöver artikelns ordalydelse och de internationella instrument EU-stadgan hänvisar till i ingressen och presidiet anger som inspirationskällor studeras.

Jag delar upp artikeln i två delar, 1) rätten att förhandla och ingå kollektivavtal och 2) rätten att i händelse av intressekonflikter tillgripa kollektiva åtgärder för att försvara sina intressen inbegripet strejk.

I del 1 har artikelns ordalydelse i stort hämtats från 1989 års gemenskapsstadga. Skillnaderna ligger i att i gemenskapsstadgan uttrycks rättigheten före hänvisningen till nationell rätt och praxis. Dessutom görs ingen hänvisning till gemenskapsrätt. Däremot anges i ett särskilt stycke att dialogen mellan arbetsmarknadens parter på europeisk nivå skall om parterna så önskar leda till avtalsmässiga relationer särskilt på yrkes- och sektorsnivå. Gemenskapsstadgan hämtar dock enligt sin ingress inspiration från ILO-konventioner och från Europarådets sociala stadga.[346]

[344] Jfr Charte 4192/00 CONVENT 18 27 mars 2000 s. 5–7 2. "Employers or employers' organisations, on the one hand, and workers' organisations, on the other hand, have the right, under the conditions laid down by national legislation and practice, to negotiate and conclude collective agreements, including at European Union level. 3. Workers and employers have the right in cases of conflicts of interest to take collective action at European Union level should the occasion arise, including the right to strike"med Charte 4316/00 Convent 34 artikel 34. "Employers and workers have the right to negotiate and conclude collective agreements and to take collective action, in cases of conflicts of interest, de defend their economic and social interests, including at European union level, under the conditions laid down by national legislation and practice", så främträder detta tydligt.

[345] Se s. 441 ff.

[346] Se ingressen skäl nr 10.

Alla medlemsländer har antagit ILO-konventionerna 87 och 98 och alla medlemsländer utom Grekland har antagit de relevanta bestämmelserna i Europarådets sociala stadga det vill säga artikel 6:2. Presidiet hänvisar till artikel 6 i Europarådets sociala stadga och till gemenskapsstadgan artiklarna 12–14 i förklaringen till artikel 28 i EU-stadgan. Jag finner det därför rimligt att anta att den kärna som skall respekteras rörande rätten till förhandling och rätten att ingå kollektivavtal sammanfaller med den självständiga fackliga föreningsfrihetens kärna som jag formulerade i sammanfattningen till undersökningens folkrättsliga del.[347]

Momenten i kärnan måste anpassas till en EU-stadgeförestående. Enligt kärnan skall ett regelverk återfinnas som ger åtminstone de mest representativa fackföreningarna kapacitet att förhandla kollektivt och sluta kollektivavtal med bindande verkan. Staten bör inrätta ett förlikningsförfarande. Detta anses vara en del i främjandekravet. Parterna skall vara autonoma och staten får inte ingripa i förhandlingen.[348]

Det innebär att EU måste respektera denna kärna när åtgärder vidtas. För att närmare bedöma om en åtgärd utgör en kränkning behöver man i första hand gå tillbaka till behandlingen av ILO-konvention 98 artikel 4 och Europarådets stadga artikel 6:2 och studera vad som där framkommer. Därefter får de resonemang som där förs föras upp på EU-nivå. Något som inte helt lätt låter sig göras. Som exempel: Att det enligt den självständiga fackliga föreningsfrihetens kärna är otillåtet för staten att ogiltigförklara gällande kollektivavtal står klart. Hur skall man då se på en av EU antagen rättsakt som för sin implementering kräver att medlemsstaterna tvingas ingripa i gällande kollektivavtal? En sådan rättsakt kan knappast anses förenlig med EU-stadgans artikel 28. Dock finns brask-

[347] Se s. 371 ff. Det kan vidare erinras om att de länder som ansöker om medlemskap i EU måste uppfylla vissa politiska kriterier för att kunna bli EU-medlemmar. Bland annat måste de uppvisa stabila institutioner som kan garantera de mänskliga rättigheterna. De politiska kriterierna anses återgivna i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna. I bedömningen av om ansökarländerna uppfyller kraven rörande de mänskliga rättigheterna undersöks avseende de fackliga rättigheterna i vilken mån landet uppfyller kraven i Europarådets sociala stadga. Det är rimligt att anta att grunden för tolkningen av artikel 28 i detta sammanhang sammanfaller med tolkningen av artikel 28 i förhållande till vad gemenskapen måste respektera. Om ett krav ställs på att ett visst skydd utgör förutsättning för medlemskap i EU skulle det vara märkligt om EU själv sedan inte behövde respektera detta skydd. Se i The Copenhagen Criteria i Stategy report 2002 s. 1.4. 2002 regular report on Bulgaria's progress towards accession s. 32, Cyprus's s. 22, Estonia s. 29, Hungary s. 30, Latvia s. 29, Polans, Romania s. 35, Slovakia s. 29, Slovenia s. 27, Malta s. 20, Turkey s. 41, När det gäller Turkiet som ej antagit de aktuella bestämmelserna i Europarådets sociala stadga hänvisas till praxis från ILO.

[348] Se kap. 11 s. 371 ff.

lappen i EU-stadgans artikel 52:1 att tillgå. Där anges under vilka omständigheter en inskränkning av stadgans rättigheter kan äga rum.[349] Inskränkningen måste vara föreskriven i lag vilket den är om den utgår från en rättsakt antagen av EU. Vidare måste inskränkningen vara förenlig med rättighetens väsentliga innehåll. Eftersom bara rättighetens väsentliga innehåll skyddas i artikel 28 enligt mitt resonemang blir det svårt att argumentera kring detta kriterium. Man måste då ställa sig frågan om det är möjligt att ytterligare reducera en rättighet genom att söka det väsentliga innehållet i den när den redan är begränsad till sitt kärninnehåll? Jag har svårt att se hur en sådan manöver skall gå till utan att rättigheten faktisk berövas sitt innehåll. Om man ändå kommer fram till att det väsentliga innehållet bevaras skall vidare prövas om inskränkningen är proportionerlig och svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter. Dessa kriterier bör vara lättare att uppfylla. EU:s rättsakter avser vanligen att uppfylla mål av samhällsintresse som erkänns av unionen.

Enligt det här resonemanget torde inskränkningar i artikel 28 svårligen kunna vara förenliga med artikel 52:1 eftersom de lätt berövar rättigheten sitt väsentliga innehåll. I fallet rörande den ponerade EU-rättsakten löses oförenligheten med en implementeringstid som medger att gällande kollektivavtal får löpa ut. En sådan rättsakt kan dock inskränka det kollektivavtalsbara utrymmet. Att denna aspekt omfattas av kärnrättigheten är dock inte ovedersägligt. Denna möjlighet undanröjs dock då det gäller rättsakter som rör arbetsvillkor genom antagandet av exempelvis minimidirektiv enligt vilka parterna står fria att förhandla om bättre villkor.[350] Att höja skyddsnivån för arbetstagarna anses inte kränka förhandlingsrätten enligt ILO-konvention 98.

I artikel 28 anges att förhandlingsrätten skall kunna utövas på *lämpliga* nivåer. Denna nivåangivelse skiljer sig exempelvis från föreningsfriheten i artikel 12 som skall kunna utövas på *alla* nivåer. I förklaringen till artikel 28 framkommer att man med lämpliga nivåer avser de nivåer som föreskrivs i gemenskapsrätten eller i nationell rätt och praxis. Det anges vidare att europeisk nivå därmed kan inbegripas i den utsträckning gemenskapsrätten så föreskriver. Det torde innebära att artikeln åtminstone skyddar kollektiv förhandling på europeisk nivå som utövas i förenlighet med artiklarna 138 och 139 EGF samt med sekundärrätten.[351]

[349] Se s. 449 ff.

[350] Om minimidirektiv se Maier s. 154 f.

[351] Om gemenskapsrättsliga kollektivavtal enligt sekundärrätten, se t.ex. direktiv 94/45/EG om europeiska företagsråd, Rådets direktiv 2001/86/EG om komplettering av stadgan för europabolag vad gäller arbetstagarinflytande. Se också Johansson, Pehrson, Ahlberg s. 62. och Bercusson, European labour law, s. 542 f och Bruun Autonomy s. 27 f.

Några frågor som kan aktualiseras enligt artikel 28 i förhållande till avtal som sluts i enlighet med artiklarna 138 och 139 EGF och som initierats av kommissionen skall beröras.[352]

Utifrån förhandlingsrättens kärna skall exempelvis de mest representativa organisationerna ha rätt att förhandla kollektivt eller närmare bestämt erkännas som förhandlingsparter med kapacitet att sluta bindande avtal. Hur representativitetskriteriet skall behandlas inom ramen för verksamhet enligt artiklarna 138 och 139 EGF är en omdebatterad fråga som också behandlats av EU:s förstainstansrätt i det s.k. UEAPME-målet.[353] Representativitetskriterier måste enligt artikel 28 EU-stadgan vara förenliga med kriterierna i Europarådets sociala stadga och ILO-konvention 87.

Avtal som sluts i enlighet med förfarandena i artikel 138 och 139 kan genomföras på två sätt. Antingen i enlighet med de förfaranden och den praxis som arbetsmarknadens parter och medlemsstaterna särskilt tillämpar[354] eller så rörande frågor som omfattas av artikel 137, på gemensam begäran av de undertecknande parterna genom ett beslut av rådet på förslag av kommissionen.[355] Det har diskuterats om båda dessa genomförandeformer utmynnar i gemenskapsåtgärder.[356] Utgår man från att så är fallet innebär det att artikel 28 i EU-stadgan hindrar EU från att inkräkta på bägge dessa former av genomförande. I enlighet därmed får innehållet inte ändras när exempelvis genomförandemetoden leder till ett direktiv.[357] När det gäller den andra genomförandeformen får EU heller inte inkräkta på dess innehåll. Det innebär att EU inte får vidta åtgärder som inskränker kollektivavtalets tillämplighet. Åtminstone inte om åtgärden inte uppfyller de grunder som anges i artikel 52:1.

[352] Det har påstått vara avgörande för att ett förhandlingsresultat skall omfattas av dessa artiklar att det är kommissionen som tagit det ursprungliga initiativet till att reglering på gemenskapsnivå skulle komma till stånd, se Maier s. 46, 286. Andra tycks ha en annan uppfattning, se t.ex. Bruun, Autonomy, s. 24, Bercusson, European Labour Law s. 541 ff.

[353] Mål T-135/96 UEAPME, se också KOM(93)600 SLUTLIG, KOM (98)322 slutlig. Se också Nyström, 2002 s. 79 f och Nielsen, European Labour Law, s. 136.

[354] Endast ett sådant har hittills slutits av UNICE/UEAPME och CEEP, Agreement on telework, Ahlberg, EU & arbetsrätt nr 2, 2002 s. 1.

[355] Ett antal EU-baserade kollektivavtal har genomförts på detta sätt se t.ex. Direktivet 96/34/EG om ramavtalet om föräldraledighet och ledighet på grund av trängande familjeskäl slutet av UNICE, CEEP, EFS. Direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP OCH EFS, Rådets direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.

[356] Maier s. 49 ff, Bercusson, European Labour Law s. 542 f, Bruun, Autonomy of collective bargaining s. 23 ff.

[357] Se för tidigare diskussioner COM(93) 600 final s. 4 p. 15. Se Bruun, Autonomy, s. 26. Se dock Ahlberg, Avtalstexten ändrades i ministerrådet.

Utgångspunkten är alltså att samma kärnrättighet skall skyddas rörande den europeiska kollektiva förhandlingen enligt artiklarna 138 och 139 och sekundärrätten som den skall skyddas i förhållande till nationell kollektiva förhandling. Problemet är som jag ovan antytt de stora oklarheterna som rör kollektiv förhandling på EU-nivå. Utgångspunkten är dock att arbetsmarknadsparterna på EU-nivå skall ha fri förhandlingsrätt och förmåga att sluta kollektivavtal som erkänns av EU. Stadgan berör ju inte direkt den omdebatterade frågan om dessa kollektivavtals roll i den nationella rättsordningarna[358] utan ålägger bara EU att respektera och inte vidta åtgärder som inkräktar på kollektivavtalen eller den förhandlingsrätt som utgår ur gemenskapsrätten.

På ett område finns det dock utrymme för EU att vidta mer aktiva åtgärder inom ramen för artikel 28 i EU-stadgan. Flyttar man upp principerna som gäller på nationell nivå till EU nivå och antar att EU har samma ålägganden i förhållande till den sociala dialogen på EU nivå som de nationella staterna har i förhållande till de nationella parterna kan stadgan tas till intäkt för att inrätta ett medlingsinstitut för parterna inom den sociala dialogen. Parterna har ofta svårt att enas. Diskussioner har förts om att införa ett sådant institut.[359] Enligt stadgan skall EU *främja* tillämpningen av rättigheterna enligt artikel 51:1. Införandet av ett sådant medlingsinstitut kan mycket väl sägas främja tillämpningen av kollektiv förhandling på EU-nivå.

När det gäller del II i artikel 28 om rätten att tillgripa kollektiva åtgärder inklusive strejk vid intressekonflikter kan man först och främst fråga sig om hänvisningen till gemenskapsrätt och nationell rätt överhuvudtaget omfattar denna del. Artikelns utformning väcker denna fråga.

Presidiets förklaring tyder dock på att så var avsikten. Strejkrätten anges helt falla inom medlemsstaternas kompetens. Hänvisningen till gemenskapsrätt blir mot denna bakgrund märklig.[360] Gemenskapen kan dock komma att påverka den nationella strejkrätten genom åtgärder vidtagna med stöd av andra kompetensbestämmelser än artikel 137.[361] Pre-

[358] Se t.ex. Antonio Ojeda Avilés. Modern Theories on the Binding Effect of European Collectve Agreements, Bercusson, European Labour Law s. 543 ff och Maier s. 47 ff.

[359] I utkastet från coreper rörande rådets slutsatser om ett system på EU-nivå för att bidra till att lösa tvister mellan arbetsgivare/arbetstagare som går utöver den nationella nivån anges idéerna föras fram med beaktande av artikel 136 och gemenskapens där angivna mål att främja dialogen mellan arbetsmarknadens parter, se dok Europeiska unionens råd, 14487/01, soc 489, 24 nov. 2001.

[360] Se Charte 4473/00 CONVENT 49 11 okt. 2000 s. 27.

[361] För en utförlig analys av denna möjlighet avseende säkerställandet av den fria rörligheten för varor se t.ex. Orlandini, The Free Movement of Goods as a Possible 'Community' Limitation on Industrial Conflict, s. 341–362.

sidiet har dessutom tidigare påpekat att gemenskapen har kompetens att reglera de unionsanställdas strejkrätt.[362]

Om gemenskapen skulle anse sig ha kompetens att vidta åtgärder som berör strejkrättens utövande skall de i enlighet med tidigare resonemang respektera strejkrättens kärna.[363]

Utformningen av artikel 28 har vissa likheter med motsvarande utformning i 1989 års stadga. Likheterna gäller frasen om rätten till kollektiva åtgärder inklusive strejk vid intressekonflikter. Enligt 1989 års stadga skall dock rättigheten utövas i enlighet med nationell rätt och *kollektivavtal.* EU-stadgan nämner inte kollektivavtalets betydelse för strejkrätten. När det gäller att söka kärnan i denna del av artikel 28 är bilden något mer komplicerad än vad det var för förra delen. Som framkom i undersökningens del II skiljer sig Europarådets sociala stadga artikel 6:4 och ILO-konvention 87 åt på flera punkter rörande strejkrätten. Det har tidigare klarlagts att Europarådets sociala stadga intagit en tydligare position än ILO-konventioner som grund för EU-stadgans bestämmelser. Skillnaderna mellan ILO-konvention 87 och Europarådets sociala stadga aktualiseras emellertid till stor del i detaljerna. Bestämmelserna står heller inte i motsättning till varandra. Om man håller fast vid utgångspunkten att bara en kärna av strejkrätten skall respekteras enligt artikel 28 så behöver egentligen inte något val mellan instrumenten göras. I kärnan återfinns det som förenar dem. Dock skulle man också kunna anta att den regionala dimensionen ensam kan komma att spela en roll för artikelns tolkning eftersom de europeiska MR-instrumenten givits en så framträdande roll i ingress och i förklaringen.

Kärninnehållet bör ange vem som har rätt att vidta stridsåtgärd, vad en intressekonflikt innefattar, för vilka syften strejken skall få vidtas och i vilken mån rätten kan inskränkas.[364]

Frågan om vem som skall ha tillgång till stridsrätten behandlades ovan. Enligt det resonemanget skall unionen respektera stridsåtgärder både när de organiseras av fackföreningar och av andra arbetstagargrupperingar utan juridisk status.

En strejk skall enligt kärnan få vidtas i syfte att tillvarata arbetarnas intressen. Detta oavsett om det gäller att påverka arbetsvillkoren eller de fackliga relationerna. Strejk skall alltid kunna riktas mot den egentlige arbetsgivaren. Däremot torde inte politiska strejker som riktar sig mot annan än arbetsgivaren skyddas. Antagligen heller inte sympatiåtgärder.

[362] Se Charte 4192/00 CONVENT 18 27 mars 2000 s. 7.
[363] Se s. 441 ff.
[364] Se kap. 11 s. 376 ff.

När det gäller möjligheten för unionen att inskränka rätten att vidta stridsåtgärder blir artikel 52:1 tillämplig.[365] Det kan ifrågasättas om artikel 52:1 motsvarar de begränsade inskränkningsmöjligheter som medges enligt Europarådets sociala stadga och ILO-konvention 87.[366]

EG-lagstiftarna[367] har, redan innan EU-stadgans antagande, till viss del sökt värna strejkrätten i förhållande till den fria rörligheten av varor. Enligt Orlandini kunde dock fortfarande en nationell stridåtgärds legitimitet i förhållande till den fria rörligheten för varor prövas av unionsinstitutionerna. Orsaken därtill sades vara avsaknaden av ett erkännande av strejkrätten på gemenskapsnivå.[368] Utan att närmare gå in på hans resonemang kan man dock nu säga att strejkrätten är erkänd på unionsnivå och att detta erkännande kan tillämpas i förhållande till även andra gemenskapsrättsliga regler än den fria röligheten för varor såsom exempelvis den fria röligheten för tjänster (artikel 49 EGF) och för arbetstagare (artikel 39 EGF). Avgörande för dess betydelse blir tillämpningen av artikel 52:1.

Strejker som faller utanför kärnområdet som exempelvis sympatiåtgärder och politiska strejker skulle enligt detta resonemang vara oskyddade.

Det skall dock även noteras att någon transnationell stridsrätt inte säkerställdes genom stadgan. Strejkrätten i artikel 28 saknar hänvisning till *lämpliga nivåer* eller dylikt. Presidiet angav tydligt att frågan om stridsåtgärder kan genomföras parallellt i olika länder är en fråga som avgörs nationellt.[369]

[365] Jfr resonemanget på s. 474.

[366] Se s. 158 ff och 285 ff.

[367] Förordningen (2679/98) om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna. I förordningens ingress anges att förhindrandet av hinder för den fria rörligheten av varor inte får påverka utövandet av grundläggande rättigheter, inklusive strejkrätt eller frihet att strejka (ingress skäl 4) I förordningens artikel 2 anges att: Denna förordning får inte tolkas som att den på något sätt inverkar på utövandet av de grundläggande rättigheterna, inklusive strejkrätt eller frihet att strejka såsom de erkänns i medlemsstaterna. Dessa rättigheter kan också inbegripa rätt eller frihet att vidta andra åtgärder som omfattas av de särskilda relationerna mellan parterna på arbetsmarknaden.

[368] Orlandini, The free movement of Goods as a Possible 'Community' limitation on industrial conflict, s. 361–362.

[369] Se Germanotta & Novitz, Globalisation and the Right to Strike: The Case for European-level Protection of Secondary Action, s. 77–78.

12.4.8 Stadgans inverkan på omfattningen av artikel 7 och 49 EUF – Exkurs

Stadgan kan också tänkas få betydelse i ett helt annat avseende än de just behandlade. Några ord skall sägas om stadgans betydelse för omfattningen av det skydd för grundläggande rättigheter som varje EU-medlemstat måste garantera sina innevånare.

I artikel 6:1 anges att Unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna.

Rådet kan under vissa förutsättningar enligt artikel 7:1 EUF fastslå att en medlemstat allvarligt åsidosätter principer som anges i artikel 6:1 och lämna rekommendationer till denna stat. Dessutom kan rådet enligt artikel 7:2 slå fast att medlemsstaten *allvarligt och ihållande* åsidosätter principer som anges i artikel 6:1. Efter ett fastslående enligt artikel 7:2 kan rådet enligt artikel 7:3 besluta om att tillfälligt upphäva vissa av de rättigheter som den ifrågavarande medlemsstaten har till följd av tillämpningen av fördraget, inbegripet rösträtten i rådet.

Enligt artikel 49 i EUF kan varje europeisk stat som respekterar de principer som anges i artikel 6:1 få ansöka om att bli medlem av rådet.

Det är tydligt att innehållet i artikel 6:1 är av stor betydelse både för stater som redan är EU-medlemmar och för stater som vill bli EU-medlemmar. Omfattningen av de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter artikel 6:1 åsyftar är oklar. Ordalydelsen tyder på att innehållet sammanfaller med artikel 6:2 i detta avseende.

En rad stater i framförallt Central- och Österuropa väntar på att bli upptagna som medlemmar i den Europeiska unionen. De kriterier ansökarländerna måste uppfylla där för återfinns i de s.k. Köpenhamnskriterierna som antogs av Europeiska rådet i Köpenhamn i juni 1993.

De *politiska* kriterierna berör frågan om skyddet för de grundläggande rättigheterna i ansökarländerna. För att bli upptagen som medlem så måste staten ha stabila institutioner som garanterar demokrati, rättssäkerhet, mänskliga rättigheter samt respekt för och skydd av minoriteter.

I kommissionens senaste strategirapport rörande ansökarländernas framsteg angavs att sedan ikraftträdandet av Amsterdamfördraget i maj 1999 så har de politiska kriterierna "been enshrined as comnstitutional principles in the Treaty of the European Union, and have been emphasised in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, that was proclaimed at Nice European council in December 2000".[370] När det gäller begreppet mänskliga rättigheter så tycks det således ges ett

[370] The Copenhagen Criteria i Stategy report 2002 s. 1.4.

innehåll genom EU-stadgan. Det finns anledning att anta att artikel 6:1 och det begrepp grundläggande rättigheter som återfinns där är synonymt med detta begrepp.

Det är därmed troligt att stadgan inte bara kan anses fylla funktionen som skyddsnät i förhållande till EU:s verksamhet. Stadgan kommer också att utgöra måttstock för varje medlemslands nationella skyddsnivå.

Även om möjligheten för EU att förmå ett land som redan blivit EU-medlem att respektera de grundläggande fri- och rättigheterna nationellt inte är så stora så är dock utgångspunkten att samma skydd skall garanteras nationellt som EU inte får kränka i sin verksamhet enligt artikel 6:2 EUF och enligt EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.

12.5 Sammanfattning – skyddet för den fackliga föreningsfriheten som grundläggande rättighet i gemenskapsrätten

På vilket sätt kan då gemenskapsrätten komma att påverka skyddet för den folkrättsligt betingade fackliga föreningsfriheten i Sverige? Det konstaterades att det fanns möjlighet för gemenskapen att beröra detta skydd. Frågor rörande kollektiv förhandling kan regleras med stöd av artikel 137 EGF och frågor rörande strejkrätt och föreningsrätt kan beröras med stöd av andra kompetensbestämmelser i EG-fördraget.

Eftersom Sverige enligt artikel 10 EGF måste agera lojalt med gemenskapen och säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördragen och av åtgärder som gemenskapens institutioner vidtagit så skall gemenskapsbaserade bestämmelser tillämpas oavsett om de står i konflikt med andra bestämmelser i nationell rätt. Gemenskapens institutioner och medlemsstaterna då de tillämpar gemenskapsrätt är dock förhindrade att vidta åtgärder som kränker de grundläggande rättigheterna som är en del av gemenskapsrättens allmänna principer enligt artikel 6:2 EUF. Omfattningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten som grundläggande rättighet enligt artikel 6:2 EUF har synliggjorts genom artiklarna 12 och 28 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna som proklamerades i Nice år 2000. Gemenskapens institutioner och medlemsstaterna när de tillämpar gemenskapsrätt är därför förhindrade att kränka de rättigheter som där kommer till uttryck.

Artikel 12 i EU-stadgan sammanfaller till stor del innehållsmässigt med Europakonventionens artikel 11. Även den praxis Europadomstolen utvecklat rörande dess innehåll borde inbegripas. Därutöver skyddas föreningsfriheten på alla nivåer. Det innebär exempelvis att EU inte får vidta

några åtgärder som kränker europafackens föreningsfrihet. De rättigheter som gäller på den nationella nivån får i den mån de kan transformeras till EU-nivån. Särskilt viktig därvidlag är dessa organisationers interna autonomi. Organisationerna skall fritt utan inblandning från EU anta stadgar och handlingsprogram. De skall också kunna göra anspråk på att bli hörda, i Europakonventionens mening, av EU-organen när de så begär.

Man kan däremot inte utgå ifrån att EU-stadgan säkerställer att EU avstår från att inskränka moment i den fackliga föreningsfriheten som utgår från andra internationellt instrument än Europakonventionen. Moment i ILO-konventionerna och i Europarådets sociala stadga som inte säkerställs i Europakonventionen är inte säkrade från ingrepp. Omfattningen av skyddet för den negativa fackliga föreningsfriheten är ett särskiljande exempel.[371] När det gäller kollektiv förhandling och rätten att ingå kollektivavtal som behandlas i EU-stadgans artikel 28 har jag argumenterat för att EU om den berör dessa rättigheter i sin verksamhet måste respektera en omfattning av dem som motsvarar det skydd dessa aspekter åtnjuter i den folkrättsliga självständiga fackliga föreningsfrihetens kärna.

I artikel 28 skyddas utövandet av rätten att förhandla kollektivt och ingå kollektivavtal på lämpliga nivåer det vill säga både på nationell och europanivå. Det innebär att EU är förhindrad att inskränka förhandlingsfriheten för dessa parter på bägge nivåerna. EU får inte lägga sig i själva förhandlingen och försöka påverka förhandlingsresultatet. Det är dock bara de mest representativa fackföreningarna som skall tillerkännas denna rätt. EU får heller inte vidta några åtgärder som medför att giltiga kollektivavtal på EU- eller nationell nivå ogiltigförklaras.

Strejkrätten skyddas också i artikel 28 i EU-stadgan. Omfattningen av detta skydd sammanfaller också med den självständiga fackliga föreningsfrihetens strejkrättskärna som behandlades i kapitel 10. I viss mån har dock även det europeiska perspektivet fått inverka på tolkningen av artikelns omfattning.

I den del av artikel 28 som behandlar rätten att vidta kollektiva åtgärder inklusive strejk nämns ingenting om vilken nivå skyddet avser. Det är dock i första hand nationella stridsåtgärder som skall respekteras. I enlighet därmed skall EU respektera stridsåtgärder både när de organiseras av fackföreningar och av andra arbetstagargrupperingar utan juridisk status. En strejk skall enligt kärnan få vidtas i syfte att tillvarata arbetstagarnas intressen. Detta oavsett om det gäller att påverka arbetsvillkoren eller de fackliga relationerna. Strejk skall alltid kunna riktas mot den egentlige

[371] Mot bakgrund av att Gemenskapsstadgans förespråkande av ett omfattande skydd för den negativa föreningsfriheten i medlemsländerna är det dock inte så rimligt att EU väljer att kränka just denna aspekt.

arbetsgivaren. Däremot torde inte stridsåtgärder som riktar sig mot annan än den egna arbetsgivaren skyddas. Politiska strejker och sympatiåtgärder faller därför sannolikt utanför skyddet.

Det skall dock hållas i minnet att dessa rättigheter kan inskränkas med stöd av artkel 52:1 i EU-stadgan. Även om jag ställer mig tveksam till om det är möjligt att inskränka den kärna som exempelvis värnas i artikel 28 utan att rättigheternas väsen omintetgörs så måste denna möjlighet hållas i minnet.

12.6 Diskrimineringsdirektiven – exempel på inskränkning av den kollektiva föreningsfriheten och förstärkning av den individuella

Det här avsnittet illustrerar hur EU genom antagandet av direktiv kan beröra både den fackliga föreningsfriheten i den mening som avses i artikel 137:5 EGF och rätten att förhandla kollektivt och ingå kollektivavtal. De direktiv som skall behandlas har dock tagits med stöd av andra kompetensbestämmelser än artikel 137. Bestämmelserna förutsätts respektera de grundläggande rättigheterna. Det är emellertid tydligt att de stärker den individuella dimensionen av den fackliga föreningsfriheten på bekostnad av den kollektiva. Syftet är att motverka diskriminering och gynna likabehandling. Detta syfte griper in i och förändrar många parters sedan tidigare oinskränkta bestämmanderätt. Direktiven berör förutom fackföreningarnas självbestämmanderätt också arbetsgivares fria anställningsrätt, hyresvärdars rätt att välja hyresgäster och utbildningsanstalters val av elever.

De direktiv som behandlas är direktivet om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung[372] direktivet om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet[373] och direktivet om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.[374]

[372] Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

[373] Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet. För presentation av dessa två direktiv se Nyström, EU och arbetsrätten, 2002, s. 198–203.

[374] Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Direktiven från år 2000 togs med stöd av artikel 13 EGF enligt vilket rådet givits kompetens att anta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Direktivet från år 2002 togs dock med stöd av artikel 141:3 i EGF enligt vilket rådet skall besluta om åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och lika behandling av kvinnor och män i frågor som rör anställning och yrke, inklusive principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete.

De tre direktiven behandlas fortsättningsvis samfällt eftersom de bestämmelser jag är intresserad av är så likartade i dem. Fokus ligger på direktivens inverkan på den fackliga föreningsfriheten.

Redan i direktivens ingresser framkommer att de på något sätt berör den fackliga föreningsfriheten. I det femte skälet i direktivet om etnisk likabehandling anges nämligen att "Det är viktigt att respektera. ... grundläggande rättigheter, däribland rätten till föreningsfrihet". I det allmänna likabehandlingsdirektivet och i direktivet om könsbaserad likabehandling har motsvarande ingresskäl fått en något annorlunda utformning. Däri anges att direktiven inte kränker/inskränker rätten till föreningsfrihet, inbegripet rätten för var och en att tillsammans med andra bilda fackföreningar och att ansluta sig till dessa för att skydda sina intressen.[375] Dessa ingresskäl kan tolkas såsom att det i direktiven tagits hänsyn till de skyldigheter att respektera de grundläggande rättigheterna som åvilar gemenskapen enligt artikel 6:2 EUF.

Det könsbaserade likabehandlingsdirektivet är det enda av dessa direktiv som antogs efter det att EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna utropades. I dess ingresskäl 3 anges att i direktivet respekteras de grundläggande rättigheterna och iakttas de principer som erkänns särskilt i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

I ett skäl i alla direktivens ingresser anges att likställdhet inför lagen och skydd mot diskriminering utgör en grundläggande rättighet som erkänns i en rad i direktiven namngivna internationella MR-konventioner. Det påpekas att alla medlemsstater undertecknat alla dessa instrument.[376]

Syftet med direktiven om etnisk och allmän likabehandling är enligt respektive artikel 1 att fastställa en ram för bekämpning av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung/religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning för att genomföra principen om

[375] Direktiv 2000/78 skäl 5, direktiv 2002/73 ingressens skäl 7.
[376] Skäl 3 direktiv 2000/43, skäl 4 direktiv 2000/78, skäl 2 direktiv 2002/73.

likabehandling i medlemsstaterna. Syftet i det könsbaserade likabehandlingsdirektivet är något annorlunda formulerat. Det kvarstår från sin ursprungliga lydelse i 1976 års direktiv och anges vara att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och, enligt de villkor som nämns i punkt 2 social trygghet.[377]

I direktiven anges vidare att med principen om likabehandling menas att det inte får förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på någon av de grunder som anges i respektive artikel 1.[378] Trakasserier förbjuds också.[379] Begreppen direkt och indirekt diskriminering har givits en likartad innebörd i respektive direktiv. Direkt diskriminering anses förekomma när en person på någon av de grunder som anges i respektive artikel 1 behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Indirekt diskriminering anses förekomma när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder, en viss sexuell läggning, av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung eller av ett visst kön jämfört med andra personer (av annat kön) om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt motiveras av ett berättigat mål och om medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga. Därutöver förekommer vissa direktivspecifika variationer.

I respektive artikel 3 anges tillämpningsområdet. Tillämpningsområdet omfattar olika aspekter av arbetslivet. Direktivet om etnisk likabehandling har dock ett vidare tillämpningsområde.[380] I direktiven om allmän och etnisk likabehandlings anges i respektive artikel 3:1 d att inom ramen för gemenskapens befogenheter skall direktiven tillämpas på alla personer, såväl inom det offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ, bland annat i fråga om *medlemskap och medverkan i en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation inbegripet de förmåner dessa organisationer tillhandahåller.*

Motsvarande bestämmelse i direktivet om könsbaserad likabehandling är något annorlunda formulerad. Där anges att tillämpningen av

[377] Artikel 1 direktiv 2000/ 43, artikel 1 direktiv 2000/ 78, artikel 1:1 2002/73, 76/207.

[378] Artikel 2:1 i alla direktiv.

[379] Artikel 2:3 i alla direktiv.

[380] Direktiv 2000/43 artikel 3:1(e–h), socialt skydd inklusive social trygghet samt hälso- och sjukvård, sociala förmåner, utbildning, tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster som är tillgängliga för allmänheten, inklusive bostäder.

principen om likabehandling innebär att det inte får förekomma direkt eller indirekt diskriminering på grund av könstillhörighet i den offentliga eller privata sektorn, inbegripet offentliga organ i fråga om bland annat *medlemskap och medverkan i en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation, inbegripet de förmåner som dessa organisationer tillhandahåller.*

Vissa undantagsbestämmelser finns dock som exempelvis föreskriver att särbehandling ibland kan vara acceptabel om den syftar till att exempelvis säkerställa jämställdhet mellan kvinnor och män (artikel 2:8 direktiv 2002/73), eller förhindra att personer på någon av de grunder som anges i artikel 1 missgynnas eller kompenseras för ett sådant missgynnande (artikel 7:1–2 direktiv 2000/78).

Medlemsstaterna skall vidare ge sig själva möjlighet att ogiltigförklara eller ändra bestämmelser, som finns i individuella avtal eller kollektivavtal och i interna regler för arbetstagar- eller arbetsgivarorganisationer, som strider mot principen om likabehandling.[381]

De återgivna bestämmelserna berör den fackliga föreningsfriheten. Enligt direktiven får fackföreningarna vare sig direkt eller indirekt diskriminera medlemmar eller göra medlemskapet beroende av något av de i direktiven förbjudna särbehandlingsgrunderna. Dessutom skall myndigheterna ge sig själva möjlighet att ogiltigförklara bestämmelser i kollektivavtal och fackföreningars stadgar som strider mot principen om likabehandling.

Bestämmelser inskränker fackföreningarnas möjligheter att organisera sin interna verksamhet, både när det gäller rätten att avgöra kriterier för medlemskap och medverkan i föreningen. Dessutom får inte förmåner utgå på ett diskriminerande sätt vilket exempelvis medför att kollektivavtalsbestämmelser skall kunna ogiltigförklaras. Bestämmelserna kan också sägas stärka den individuella fackliga föreningsfriheten eftersom de säkerställer att individen skall kunna åtnjuta sin fackliga föreningsfrihet utan diskriminering på angivna grunder.

Direktivet om allmän likabehandling kan också av andra skäl beröra den fackliga föreningsfriheten. I dess artikel 1 anges att direktivet förbjuder diskriminering bland annat på grund av religion eller *övertygelse*. Val av medlemskap i fackförening kan beröra en persons övertygelse. Europadomstolen angav i målet Young, James and Webster att:

> "The protection of personal opinion afforded by Articles 9 and 10 in the shape of freedom of thought, conscience and religion and of freedom of expresseion is also one of the purposes of freedom of association as guaran-

[381] Artikel 14 direktiv 2000/43, artikel 16 direktiv 2000/78, artikel 3:2 direktiv 2002/73.

teed by article 11. Accordingly it strikes at the very substance of this article to excert pressure, of the kind applied to the applicants, in order to compel someone to join an association contrary to his conviction".[382]

Artikel 9 i Europakonventionen skyddar tankefriheten, samvetsfriheten och religionsfriheten. Artikelns tillämpningsområde har nära kopplingar till det begrepp som återfinns i EG-direktiv 2000/78.[383] Skall man förstå direktivets övertygelsemoment i ljuset av Europakonventionens artikel 9 så kan det allmänna likabehandlingsdirektivet komma att medföra ett kompletterande skydd mot diskriminering med facklig koppling. Enligt direktivet förbjuds ju även direkt och indirekt diskriminering på någon av de i artikel 1 angivna grunderna vid *tillträde* till anställning, vid *befordran*, i *anställnings- och arbetsvillkor*, inklusive *avskedande* och *löner*, artikel 3 a och c.

Enligt EG:s rättsordning kan alltså föreningsrätten beröras när bestämmelser antas med stöd av andra kompetensbestämmelser än artikel 137. De i de behandlade direktiven behandlade bestämmelserna kan påverka utformningen av den fackliga föreningsfriheten i medlemsländerna. Även om gemenskapen berört föreningsrätten genom dessa direktiv så behöver inte de grundläggande rättigheter gemenskapen är ålagd att respektera ha kränkts. Det förefaller som om bestämmelserna är förenliga med bestämmelserna i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Så detaljerade föreskrifter är dock inte explicit erkända i stadgan men kan härledas till de normer som Europarådets sociala stadgas övervakningsorgan och Europadomstolen utvecklat på området. Om vi jämför direktivens bestämmelser med EU-stadgans artikel 12 så ligger en inskränkning av fackföreningens frihet att själv bestämma sin verksamhet av de skäl som direktiven föreskriver i linje med Europakonventionens praxis enligt vilken en fackförening inte får missbruka en dominerande position.[384] Jag argumenterade i avsnittet om Europakonventionen om att diskriminering på någon av de grunder som anges i Europakonventionens artikel 14 mycket väl skulle kunna utgöra exempel på orimliga stadgebestämmelser som medför att fackföreningen missbrukat en dominerande position. En skillnaden uppenbaras dock när man jämför de diskrimineringsgrunder som räknas upp i artikel 14 EKMR och de diskrimineringsgrunder som formuleras i EG-direktiven. Vare sig funk-

[382] Young, James and Webster, p. 57.
[383] För tolkning av artikel 9 se Danelius, 2002, s. 297f som utgår ifrån att det är livsåskådningsövertygelse som avses i artikel 9, liksom Cameron 4u, s. 104–106 och van Dijk & van Hoof s. 541–543.
[384] Se s. 301 och 304f.

tionshinder, ålder eller sexuell läggning nämns i artikel 14 EK. Artikeln anses emellertid inte vara uttömmande.[385] Det kan därför antas att det är förenligt med Europakonventionen och således med EU-stadgans artikel 12 att förbjuda diskriminering på de angivna grunderna.[386] En annan fråga är dock i vilken omfattning EG-direktivens diskrimineringsbegrepp sammanfaller med Europakonventionens. Europakonventionen förhåller sig egentligen bara till direkt diskriminering. Diskriminering enligt artikel 14 kan ske för att eliminera ojämlikhet eller ha andra objektiva och rimliga skäl.[387] Huruvida Europakonventionens diskrimineringsbegrepp innefattar indirekt diskriminering är oklart.[388]

Europeiska kommittén för sociala rättigheter har också angivit att bestämmelserna i Europarådets sociala stadga skall tillämpas utan diskriminering.[389] Att direktiven respekterar de grundläggande rättigheterna röran-de den fackliga föreningsfriheten enligt artikel 12 i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna står därför rätt klart.

På en punkt finns det dock anledning att ställs sig något skeptisk. Skepticismen gör sig gällande i förhållande till de regler som anger att medlemsstaterna åläggs att ogiltigförklara kollektivavtalsbestämmelser som står i strid med direktiven. Att ogiltigförklara giltiga kollektivavtal är inte tillåtet och berör själva kärnan i rätten till kollektiv förhandling och rätten att ingå kollektivavtal enligt artikel 28 EU-stadgan. Detta förutsätter att kollektivavtalen slutits innan den aktuella bestämmelsen trätt i kraft. En sak är att kollektivavtal med sådant innehåll inte får slutas efter det att direktivet är implementerat. En annan sak är de kollektivavtal som slutits innan denna tidpunkt. De måste tillåtas löpa ut oavsett om en bestämmelse av otillåten art kan återfinnas i det.[390]

[385] Danelius, 2002, s. 370 ff och van Dijk & van Hoof s. 730.
[386] Se dock om hur domstolen behandlar diskriminering på grund av kön och sexuell läggning olika i Lerwall Könsdiskriminering, s. 102.
[387] van Dijk & van Hoof s. 729–730.
[388] Lerwall, Könsdiskriminering, s. 118, 130.
[389] Se s. 253, 259 f.
[390] Se kap. 10.

13 Svensk rätt i belysning av Sveriges internationella åtaganden

13.1 Inledning – enskilda aspekter

I det föregående har omfattningen av den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet behandlats. Det har framkommit att rättigheten gestaltar sig olika i skilda internationella instrument. EU:s möjligheter att påverka Sveriges möjligheter att uppfylla dessa åtaganden har också berörts. I det följande skall vissa aspekter av föreningsfriheten i svensk rätt belysas ur ett internationellt perspektiv. Syftet med avsnittet är att undersöka om den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet återspeglas i den svenska rättsordningen på ett sådant sätt att enskilda kan komma i åtnjutande av den. Om så inte visas vara fallet undersöks, mot bakgrund av mina resonemang i inledningen, i vilken mån den fördragskonforma tolkningen kan säkerställa ett sådant skydd.[1]

Den svenska fackföreningsrörelsens historia kan ses som en framgångssaga.[2] Framgången har till stor del sin förklaring i att arbetstagarna tidigt slöt sig samman i få stora förbund som hade och har nära kopplingar till det under lång tid regerande socialdemokratiska arbetarpartiet. En samarbetsanda utvecklades mellan dessa fackföreningar och regeringen.[3] Statsmakten avhöll sig vidare länge i huvudsak från att intervenera i relationen och mellan arbetsmarknadens parter.[4] Åttio procent av alla arbetstagare

[1] Se s. 38f.

[2] Se ILO Governing Body om Sverige Minutes of the 260th Session, Geneva, June 1994 s. III/8: "This problem had arisen in a country that had been exemplary with regard to its industrial relations and cooperation in the labour market".

[3] Se Bruun, Den Nordiska modellen, s. 17–19, 21, 23 och Fahlbeck, Industrial Relations and Collective Labour Law, s. 96. Jfr Nycander som särskilt pekar på vikten av att statsmakten höll sig utanför parternas förehavanden, s. 14.

[4] Fahlbeck, Industrial relations, s. 95–95, Nycander, s. 14, Undantag är 1928 års lag om kollektivavtal och 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt.

är i dag huvudsakligen anslutna till ett förbund tillhörande något av de tre centrala fackföreningarna. Synen på det fackliga medlemskapet illustreras väl av detta citat:

> "Facklig organisering utgör inte i den nordiska välfärdsstaten något uttryck för att personen i fråga fattat ett på personlig övertygelse baserat val i högre grad än då medborgaren väljer att teckna en försäkring för att undgå vissa personliga eller sociala risker ..."[5]

De etablerade arbetstagarorganisationerna åtnjuter vidsträckta möjligheter att tillvarata sina medlemmars löne- och arbetsvillkorsrelaterade intressen. Arbetsgivaren har dock lämnats ett fredat område – rätten att leda och fördela arbetet.[6]

Ursprungligen var ett fredande av arbetsledningsrätten ett villkor för att arbetsgivarna överhuvudtaget skulle erkänna arbetstagarnas rätt att sluta sig samman. Arbetstagarnas – och för den delen arbetsgivarnas rätt att sluta sig samman i föreningar kom för första gången till uttryck i den s.k. decemberkompromissen, det centrala avtal som slöts mellan LO och SAF år 1906. Arbetstagarsidan fick för att få till stånd ett erkännande av att föreningsrätten skulle lämnas okränkt lov att erkänna de för SAF centrala principerna om arbetsgivarnas rätt att leda och fördela arbetet, att fritt antaga och avskeda arbetare samt att använda arbetare oavsett om dessa var organiserade eller ej.[7]

Skyddet av föreningsfriheten har således sin grund i 1906 års avtal mellan SAF och LO. Någon lagreglering av föreningsfriheten fanns inte. Efter Arbetsdomstolens tillkomst år 1929 kom en rad föreningsfrihetsrelaterade mål att avgöras av AD. En praxis om föreningsfrihetens innebörd växte fram.[8] Exempelvis klargjordes att ett avskedande av en arbetstagare på grund av dennes fackliga medlemskap eller aktivitet utgjorde en föreningsrättskränkning.[9] Vidare angav AD att arbetsgivaren var skyldig att respektera föreningsrätten även om kollektivavtalet inte innehöll någon uttrycklig regel om denna fråga. Föreningsrätten ansågs följa av kollektivavtalets natur *men bara för de som tillhörde den förening arbetsgivaren erkänt som avtalsslutande part.*[10]

[5] Bruun, Den Nordiska modellen, s. 31.
[6] Se dock om hur yttre krav inskränker denna rätt t.ex. Rönnmar, The Right to Direct and Allocate work. From employer prerogatives to objective grounds, och Ruth Nielsen, Employers' Prerogatives – in a European and Nordic perspective.
[7] Se t.ex. Schmidt, Kollektiv arbetsrätt, 4 u, 1962, s. 53, 225. Glavå, s. 440 ff.
[8] Schmidt, 1962, s. 156.
[9] AD 1931 nr 107.
[10] AD 1933 nr 94, Schmidt, 1962, s. 156.

Samtidigt med AD:s tillkomst antogs en lag om kollektivavtal år 1928. I lagen formulerades kollektivavtalets rättsverkningar. Bland annat reglerades omfattningen av den fredsplikt som följde av ett kollektivavtal.[11]

Under 1930-talet inleddes en diskussion om att införa lagstiftning till skydd för föreningsrätten. Till stor del var det tjänstemännen som önskade en lagstiftning till stöd för sina föreningssträvanden. Politisk turbulens omgav lagstiftningsprocessen. Oenighet rådde bland annat i frågan om oorganiserade arbetstagare skulle skyddas mot påtryckningar att organisera sig. Socialdemokraterna ville bara skydda rätten att *tillhöra* en förening och i deras proposition angavs att föreningsrätten skulle regleras så långt som var nödvändigt för att säkerställa förhandlingsrätten.[12] Propositionen gick dock ej igenom bägge kamrarna i denna del och resultatet blev en lag som saknade en definition av föreningsrätten, lagen om förenings- och förhandlingsrätt (FFL).[13] Initiativ togs snart till en översyn av FFL.[14] Översynen ledde till lagändringar genom vilka föreningsrätten år 1940 fick en tydligare utformning som kom till uttryck i 3 § FFL.[15] Enligt 3 § FFL innefattade föreningsrätten en rätt för arbetsgivare och arbetstagare att tillhöra förening, utnyttja medlemskap i förening samt verka för förening och bildande av sådan. FFL medförde alltså en utvidgning av skyddet för föreningsrätten i jämförelse med tidigare praxis. Inte bara arbetstagare som var anslutna till en organisation som erkänts som avtalspart åtnjöt skydd utan alla arbetstagare. Syftet med föreningsrätten ändrades dock inte. Föreningsrätten förblev ett medel för att skydda förhandlingsrätten.

Denna koppling mellan skyddet för föreningsrätten och förhandlingsrätten präglar fortfarande skyddet av föreningsrätten i svensk rätt.[16] Under 1970-talet antogs ny lagstiftning, MBL, som rörde relationerna på arbetsmarknaden. Orsaken till lagstiftarens ingrepp i arbetsmarknadsrelationerna har länge ansetts vara att arbetstagarparterna inte ansåg sig kunna erhålla tillräckligt inflytande i företagen på egen hand.[17] De rättigheter som erövrades genom ingreppet tillkom dock bara de kollektiv-

[11] Sigeman, Facklig arbetsrätt, 1997 s. 24.
[12] Prop. 1936:240.
[13] Schmidt, 1962 s. 157.
[14] Se motion AK 1939:245.
[15] Se också SOU 1939:49.
[16] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 205 f.
[17] Prop. 1975/76:105 s. 192 ff. Se Bruun, Nordisk modell, s. 37, Flodgren, Fackföreningen och rätten, s. 44–45, 90–91. Jfr dock Nycander s. 284. Saltsjöbadsavtalet från 1938 hade dessförinnan borgat för att, vid sidan av lagen om förenings- och förhandlingsrätt, parterna själva fick ta ansvar för relationerna dem emellan, se Sigeman, Facklig arbetsrätt, s. 24.

avtalsslutande organisationerna. Därigenom befästes de framträdande organisationernas ställning på arbetsmarknaden.[18]

Anna Christensen menade att så långtgående rättigheter, som de kollektivavtalsslutande organisationerna fick, bara kunde ges till de fackliga organisationer som statsmakten kände – och i stort sett hade förtroende för. Genom att dessa organisationers ställning förstärktes försvagades de andra organisationernas ställning.[19]

Liknande tendenser kan skönjas i flera nordiska länder och det har hävdats att många drag i det nordiska arbetsmarknadssystemet endast kan förklaras utifrån fackets strävan att se till att konkurrerande organisationer slås ut eller åtminstone vid behov kan slås ut. Det är värt att notera att facken fått stöd av både arbetsgivare och statsmakt i dessa strävanden. En enhetlig struktur underlättar samverkan med facket för dessa aktörer.[20]

Genom antagandet av MBL gavs i huvudsak de kollektivavtalsslutna fackföreningarna rätt att förhandla om frågor inom området för arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Beslutanderätten låg dock kvar hos arbetsgivaren.

Under tiden mellan 1906 års decemberkompromiss och antagandet av MBL kan man säga att AD på vissa punkter befäste principen om att arbetsgivarpartens arbetsledningsrätt skulle lämnas okränkt.[21] AD utsträckte den fredsplikt som träffandet av ett kollektivavtal medförde för parterna till att inte bara omfatta det område som kollektivavtalet uttryckligen reglerade utan även området för arbetsgivarens arbetsledningsrätt.[22] Denna praxis ändrades i princip inte efter MBL:s ikraftträdande.[23] Arbetstagarna kan därför sällan utnyttja stridsåtgärder för att söka påverka arbetsgivaren inom detta område.

Det rådande systemet för skyddet av föreningsrätten i svensk rätt baserar sig på avvägningar mellan olika parters intressen. Å ena sidan en avvägning mellan arbetsgivarnas och arbetstagarnas intressen och å andra sidan en avvägning mellan arbetstagarmajoritetens intressen och arbetstagarminoritetens intressen. En fråga som kommer att behandlas i det

[18] Se Bruun, Nordisk modell, s. 33 "För facket har regelsystemet framförallt varit medlet genom vilket man kunnat uppnå en rad mål" "Rätten kan utnyttjas som ett medel att befästa uppnådda positioner och begränsa konkurrensmöjligheterna".

[19] Se t.ex. Anna Christensen, Den etablerade fackföreningen och minoritetsorganisationen, s. 15, "Minoritetsorganisationernas krav på att få sluta kollektivavtal stöter alltså på strukturella hinder i systemet. De hindrande strukturerna är så djupgående att det vill till en närmast revolutionär förändring för att ändra läget". Se också Flodgren s. 128–129.

[20] Bruun, Den nordiska modellen, s. 51, Flodgren, s. 128.

[21] Sigeman, Facklig arbetsrätt, s. 25.

[22] Se AD 1933 nr 159, se vidare Göransson, Facklig arbetsrätt, s. 256–258.

[23] Se Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, 350–352 och 355ff. Se dock reglerna om kvardröjande stridsrätt 44 § MBL, se s. 582.

följande är om sådana avvägningar kan göras helt fritt. Det är nämligen möjligt att ett tagande i ena sidan för att ge i den andra kan ifrågasättas i ljuset av den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet. Vid en närmare undersökning av de olika val lagstiftaren gjort inom detta område så visar det sig exempelvis att den enskildes arbetstagarens valfrihet systematiskt underordnats de etablerade fackföreningarnas handlingsfrihet i det svenska systemet.

Skyddet för den fackliga föreningsfriheten kan också komma att hotas av helt andra skäl. Det kan handla om en stats överväganden rörande vad som bäst gynnar landet. Även sådana åtgärder kan stundtals ifrågasättas utifrån ett internationellt perspektiv. I det följande skall jag undersöka hur det svenska rättssystemet förhåller sig till vissa folkrättsliga och andra åtaganden Sverige gjort av grundrättighetskaraktär.

De enskilda aspekter som jag skall ta upp är:

- fackföreningars möjlighet att utesluta medlemmar
- arbetssökandes föreningsfrihet
- den negativa föreningsfriheten
- kollektivavtalsutrymmet och möjligheten för staten att ogiltigförklara kollektivavtal
- strejkrättens subjekt
- fredsplikt och dolda klausuler.

De olika aspekterna avser att på olika sätt skildra de spänningsförhållanden och avvägningar jag inledningsvis pekade på. Innan denna analys görs skall dock en allmän översikt av föreningsfrihetens utformning i svensk rätt ges.

13.2 Föreningsfriheten i svensk rätt

13.2.1 Regeringsformen

I den svenska grundlagen skyddas de grundläggande fri- och rättigheterna i regeringsformens andra kapitel. I 2 kap. 1 § 5 p. RF anges att varje medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad:

> "föreningsfrihet: frihet att sammansluta sig med andra för allmänna eller enskilda syften".

Syftet med bestämmelsen är alltså att tillse att det *allmänna* inte kränker den enskildes frihet att sluta sig samman med andra. Med det allmänna avses de normgivande organen det vill säga riksdagen då den utövar sin normgivningsmakt på det offentligrättsliga området, regeringen då den

utfärdar förordningar och andra myndigheter då de utövar sin föreskriftsmakt. Normgivning på det privaträttsliga området omfattas alltså inte. Även de rättstillämpande och förvaltande myndigheterna innefattas i begreppet. När de meddelar beslut eller vidtar faktiska åtgärder får de inte kränka de enskildas rätt att sluta sig samman. Även kommunala folkvalda församlingar och förvaltningsorgan inbegrips samt de privaträttsliga organ som delegerats ansvar för offentlig förvaltningsuppgift enligt RF 11:6 tredje stycket.[24]

Orsaken bakom myndighetsingripandet måste dock tas med i beräkningen. Agerar det allmänna till följd av en avtalsrelation mellan enskilda, i exempelvis domstol, anses inte agerandet falla in under det aktuella allmänbegreppet.[25]

Bärarna av rättigheterna är svenska medborgare och utlänningar som vistas i riket i den mån inte annat stadgas i lag, RF 2:22. I första hand omfattas fysiska personer men även juridiska personer kan i den mån det är relevant tillerkänns rättigheterna.[26]

Alla typer av föreningar omfattas av skyddet i RF, formen och syftet är likgiltigt, föreningen skyddas likväl som aktiebolaget. Arbetsgivarnas och arbetstagarnas organisationer är att anse som föreningar. Något krav på att föreningen skall utgöra en juridisk person uppställs inte.[27] Ett visst mått av beständighet på och organisation av sammankomsten krävs dock för att den inte skall falla in under mötesfriheten. Föreningsfriheten innefattar inte någon rätt för en sammanslutning att bli erkänd som en juridisk person.[28]

Vissa formkrav ställs dock för att föreningar skall erhålla rättskapacitet och alltså vara kapabla att sluta avtal och föra talan inför domstol.[29] Vad som gäller för ideella föreningar som fackföreningar utgör framkommer längre fram.

Vad skall då det allmänna avhålla sig ifrån? Förarbetena ger inte någon vidare vägledning i detta avseende. Det tycks som om grundlagsberedningen (GB), som utarbetade förslaget till det första rättighetskapitel som intogs i RF, utgick ifrån att formkrav angivna i lag skulle kunna inskrän-

[24] Se Petrén och Ragnemalm, Sveriges grundlagar, s. 41, för diskussion se Bull 1997 s. 355 ff.

[25] Prop. 1975/76:209 s. 140, Bull, s. 357.

[26] Se betänkande av 1973 års fri- och rättighetsutredning, SOU 1975:75 s. 185 och prop. 1975/76:209 s. 141. För diskussion se Bull s. 347–348.

[27] Se Petrén & Ragnemalm s. 46. Se också prop. 1973:90 s. 239–240, se också prop. 1975/76:209 s. 112–113, 144 och SOU 1975: 75 s. 316.

[28] Sou 1975:75, s. 316–317.

[29] För ideella föreningar se bl.a. Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, s. 20.

ka föreningsfriheten. Formkraven för exempelvis aktiebolag och ekonomiska föreningar angavs nämligen *inte* vara begränsningar av föreningsrätten i grundlagens mening eftersom deras funktion var att ange de rättsliga ramarna för de som ville begagna sig av en särskild juridisk konstruktion. För övrigt förekommer inga allmänna formkrav i den svenska rättsordningen.

Direkt förbud mot en förening att bildas och verka ansågs dock utgöra en inskränkning i föreningsfriheten. I utredningen uppgavs nämligen som exempel på inskränkningar i föreningsrätten förbudet mot olovlig kårverksamhet i BrB 18:4 samt den då gällande lagen om förbudet mot politiska uniformer.[30]

Staten får heller inte upplösa föreningar eller bestämma hur föreningarna skall organisera sin verksamhet vad exempelvis gäller avfattande av stadgar. De ideella organisationerna har också stor frihet att avfatta sina stadgar.[31] I paragrafen anges att föreningar får bildas för enskilda och allmänna syften. Den positiva föreningsfriheten i RF omfattar därför såväl rätten att bilda som rätten att verka gemensamt inom ramen för en sammanslutning.[32]

I vilken mån föreningarna skall få vidta åtgärder för att tillgodose dessa syften utan att hindras därav av staten är oklart. Utgångspunkten är dock att föreningarna måste följa rättsordningens gällande föreskrifter då åtgärder vidtas. Exempelvis inte kränka andra individer, begära tillstånd för demonstration på allmän plats och så vidare.[33]

I regeringsformen RF 2:12 anges att föreningsfriheten får inskränkas genom lag i den utsträckning som RF 2:13–16 medger. Det framkommer

[30] Prop. 1973:90 s. 239–240, se också prop. 1975/76:209 s. 112–113. Observera dock att lagen om förbud mot politiska uniformer är upphävd. Se också Hemström, Fackföreningarna och de anställda, s. 8, han kommer fram till denna slutsats efter analys av förarbetena.

[31] Då det gäller grund för uteslutning av medlemmar får dssa ej vara uppenbart otillbörliga såsom exempelvis diskriminering p.g.a. av ras eller religion, NJA 1990 s. 687 eller då det gäller fackföreningar och andra ideella föreningar vars uteslutningsbeslut kan prövas av domstol ej heller vara oskäliga enligt 36 § avtl. Se Hemström Organisationernas rättsliga ställning, s. 111. Se också EG-direktiven på området och dess betydelse för denna fråga s. 482 ff.

[32] Prop. 1975/76:209 s. 144, se också Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, s. 113.

[33] SOU 1975:75 s. 317. Detta är extra tydligt då det gäller fackliga organisationer i AD 1981 nr 26 anges att "vi i vårt land tillerkänt arbetsmarknadens organisationer frihet att i intressekonflikter främja sin ståndpunkt genom fackliga stridsåtgärder, i princip utan några begränsningar så länge stridsåtgärden inte tar sig sådant uttryck att den innefattar straffbar handling".

där att föreningsfriheten bara får begränsas såvitt gäller sammanslutningar vilkas verksamhet är av militär eller liknande natur eller innebär förföljelse av folkgrupp av viss ras, med viss hudfärg eller av visst etniskt ursprung, RF 2:14 2 st. Lag eller annan föreskrift får dock inte innebära att någon medborgare missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör minoritet eller på grund av sitt kön, om inte föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män eller kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt, RF 2:15–16

Inskränkningar i föreningsfriheten får dock enbart tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får därutöver aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och ej heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Begränsning får ej göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan åskådning. RF 2:12 2 st.

Det i brottsbalken intagna förbudet mot olovlig kårverksamhet, som tidigare nämnts, utgör ett exempel på sådan inskränkning som uppfyller kraven på godtagbar inskränkning av föreningsfriheten i RF.

När det gäller föreningar av arbetstagare och arbetsgivare finns det dock ett grundlagsstadgande som direkt åsyftar deras verksamhet och som inte berörs av de ovan behandlade begränsningsbestämmelserna. I RF 2:17 anges att:

> "Förening av arbetstagare samt arbetsgivare och förening av arbetsgivare äger rätt att vidtaga fackliga stridsåtgärder, om annat ej följer av lag eller avtal."

De angivna subjekten har alltså rätt att vidta fackliga stridsåtgärder. Rättigheten är en kollektiv rättighet för arbetstagarna eller tillkommer om man så vill en förening. Den avsåg att ta sikte på förhållandena på den svenska arbetsmarknaden och rikta sig till arbetsmarknadens parter.[34] Domstolar och myndigheter får inte, genom RF 2:17, i den mån inte annat stadgas i lag eller avtal, hindra arbetsmarknadens parter från att tillgripa stridsåtgärder mot varandra.[35] Rättigheten bör också äga tillämp-

[34] Stadgandet tillkom sent i beredningsarbetet med anledning av att några motioner väcktes med anledning av propositionen. KU beslöt att tillsätta en särskild utredning i frågan KU 1973:26 s. 51–52 och utskottet föreslog en lydelse som antogs av rksdagen och som återfinns i RF 2:17 (rsk 1973:265, KU 1974:8, rskr 1974:19). Se dock också prop. 1975/76:209 s. 59 och SOU 1975:75 s. 151.

[35] Sigeman 1981 och Källström, Facklig arbetsrätt s. 222 och Cameron, Swedish Case Law on the ECHR, s. 42 och SOU 1993:40 Del A s. 133 och prop. 1975/76:209 s. 59.

lighet i relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare. Den åberopas dock i allmänhet inte i domstol.[36]

Rätten till kollektiv förhandling och strejkrätt ingår inte i den av RF 2:1 skyddade föreningsfriheten. Strejkrätten skyddas av ett specifikt grundlagsstadgande och den kollektiva förhandlingen behandlas i MBL. Diskussioner har förts om att införa ett särskilt skydd för den fackliga förhandlingsrätten i 2 kap. RF. Av olika skäl har man dock avstått från detta.[37] Det befarades bland annat att en grundlagsreglering av förhandlingsrätten snabbt skulle bli föråldrad och i stället komma att utgöra en broms för fortsatt utveckling.[38]

Många aktiviteter som vidtas inom en förening kan dock beröra andra fri- och rättigheter som yttrandefriheten och demonstrations- och mötesfriheten. Dessa rättigheter kommer dock inte att behandlas här.[39]

I regeringsformen finns också en bestämmelse om den negativa föreningsfriheten. RF 2:2 lyder:

> "Varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot tvång att giva till känna sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende. Hän är därjämte gentemot det allmänna skyddad mot tvång att deltaga i sammankomst för opinionsbildning eller i demonstration eller annan meningsyttring eller att tillhöra politisk sammanslutning, trossamfund, eller annan sammanslutning för åskådning som avses i första meningen."

Stadgandet är absolut vilket innebär att bestämmelsen inte kan inskränkas på annat sätt än genom grundlagsändring.[40]

[36] Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 329 och Sigeman 1981 s. 28–29.

[37] Se prop. 1975/76:209 s. 60–62. Fri och rättighetsutredningen motiverade sitt ställningstagande med att begreppet vid tidpunkten var alltför oklart på grund av arbetet med utformningen av MBL. Dessutom frågade utredningen LO, TCO och SACO/SR om de ansåg att det vara lämpligt att införa ytterligare regler om fackliga rättigheter i grundlag. De tre organisationernas jurister förklarade då att de inte önskade ytterligare grundlagsregler av den typ som diskuterades. I SOU 1993:40 s. 145–146, hänvisade man också till pågående utredningar (1992 års arbetsrättskommitté) och angav att man därför borde avvakta att grundlagsreglera området fackliga fri- och rättigheter. I utredningen angavs dock att de fackliga fri- och rättigheterna – främst strejkrätten – utgör en väsentlig del av de medborgerliga fri- och rättigheterna. Man angav dock att dessa rättigheter vid sidan av strejkrätten stadsfästs i vanlig lag i Sverige och inte *uttryckligen* i grundlag (min kursivering).

[38] Prop. 1975/76:209 s. 123.

[39] Om mötes och demonstrationsfriheten se Bull.

[40] Se prop. 1975/76:209 s. 48–49, 116–117 och SOU 1993:40 s. 147, 153. Se diskussionen om detta skydd skall vara absolut eller inte i prop. 1973:90 s. 244–245. Behandlas dock mer utförligt i senare förarbeten. Skyddet blev absolut först 1976.

Bestämmelsen tar bara sikte på offentligrättsligt tvång. Det allmänna får alltså inte tvinga någon att tillhöra en sådan förening som avses i stadgandet. Grundlagsberedningen angav att rätten att stå utanför en förening påverkas av föreskrifter i föreningsstadgar, avtal eller dylikt. Sådana begränsningar ansågs emellertid vara en "angelägenhet för civilrättslig lagstiftning" och faller därmed utanför grundlagsstadgandet.[41]

Med tvång avses direkt våldsanvändning från en offentlig befattningshavares sida eller hot om särskild sanktion, straff vite etc. Huruvida psykisk påverkan omfattas då legala tvångsmedel saknas är tveksamt. Så har dock ansetts vara fallet, om den enskilde befinner sig i ett starkt beroendeförhållande till myndighet eller offentlig funktionär, t.ex. elever i den obligatoriska skolan eller vårdtagare på offentliga vårdinrättningar, och därmed känner sig nödgad att ansluta sig till viss förening.[42] Att uppställa villkor för att få en förmån utgör dock inte tvång. Därför är lagregler vilka förutsätter medlemskap i viss organisation för att få utöva inflytande på sin arbetsmiljö eller bostadssituation inte oförenliga med RF 2:2.[43]

Den negativa föreningsfriheten omfattar dock bara föreningar som företräder en *åskådning*. På så sätt hänger regeln samman med den negativa yttrandefriheten som också skyddas i RF 2:2. I artikeln talas om åskådningar av politisk, religiös, kulturell eller annat sådant hänseende. Med åskådning avses ett något så när sammanhängande komplex av åsikter inom ett visst område. Personer som sluter sig samman för att förmå politikerna att gå med på att införa en maxhastighet på 30 km/h anses inte företräda en åskådning. Tvånget för studenter vid vissa högskolor att ansluta sig till studentsammanslutningar faller också utanför stadgandets område eftersom de sammanslutningarna inte verkar för viss åskådning.[44]

Det förefaller därför som om stadgandet inte hindrar det allmänna från att tvinga arbetstagare att ansluta sig till en fackförening så länge fackföreningen inte företräder en särskild åskådning. Om bestämmelsen skulle kunna tolkas på så sätt tillförsäkrar emellertid Europakonventionen individerna ett kompletterande skydd.[45]

[41] Prop. 1973:90 s. 240.
[42] Petrén &Ragnemalm, s. 49.
[43] Petrén & Ragnemalm, s. 49.
[44] Petrén &Ragnemalm, s. 50. Prop. 1975/76:209 s. 116–117. För uppräkning av organisationstvång som ej omfattas av stadgandet se SOU 1993:40 s. 154–155.
[45] Se s. 342ff.

13.2.2 Medbestämmandelagen

Den fackliga aspekten av föreningsfriheten regleras särskilt i medbestämmandelagen 7–9 §§. MBL. Lagen är tillämplig i relationen mellan enskilda. I 7 § MBL anges att:

> "Med föreningsrätt avses rätt för arbetsgivare och arbetstagare att tillhöra arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation, att utnyttja medlemskapet och att verka för organisationen eller för att sådan bildas."

Föreningsrätten i MBL aktualiserats först när ett anställningsförhållande etablerats. Arbetssökande omfattas inte. Skyddet gäller också enbart gentemot motparten i anställningsförhållandet och omfattar enbart den positiva föreningsrätten. Rätten att vara oorganiserad innefatts inte. Skyddet tillkommer inte föreningen i sig utan bara medlemmen.[46]

Den enskilde arbetstagaren skall alltså ha rätt att tillhöra en organisation, att bilda eller verka för att en organisation bildas, att utnyttja sitt medlemskap och att verka för organisationen.

I 8 § MBL anges att:

> "Föreningsrätten skall lämnas okränkt. Kränkning av föreningsrätten föreligger, om någon på arbetsgivar- eller arbetstagarsidan vidtager åtgärd till skada för någon på andra sidan för att denne har utnyttjat sin föreningsrätt eller om någon på ena sidan vidtager åtgärd mot någon på andra sidan i syfte att förmå denne att icke utnyttja sin föreningsrätt. Sådan kränkning föreligger även om åtgärden vidtages för att åtagande mot annan skall uppfyllas.
>
> Arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation är icke skyldig att tåla sådan kränkning av föreningsrätten som innebär intrång i dess verksamhet. Finns både lokal och central organisation, gäller vad som nu sagts den centrala organisationen.
>
> Sker kränkning av föreningsrätten genom avtalsuppsägning eller annan sådan rättshandling eller genom bestämmelse i kollektivavtal eller annat avtal, är rättshandlingen eller bestämmelsen ogiltig."

För att en kränkning skall vara för handen måste det föreningskränkande syftet styrkas. Det vill säga syftet att förmå någon att inte utnyttja sin föreningsrätt eller att ingripa mot någon därför att denne utnyttjat sin föreningsrätt.[47] Eftersom det är ytterst svårt att bedöma vilket syfte som ligger bakom en åtgärd, bevisningen därav är i princip omöjlig, har AD i mål som rört påstående om att avskedande eller uppsägning inneburit föreningsrättskränkning delat upp bevisbördan mellan parterna så att

[46] SOU 1975:1 s. 212–213, 752–753. Prop. 1976/76:105 bil. 1 s. 344 och Berqkvist/Lunning/Toijer s. 137–142.
[47] SOU 1975:1 s. 755.

arbetstagarparten har att visa sannolika skäl för att en kränkning av föreningsrätten föreligger och att, om sådana skäl framlagts, arbetsgivarparten har att styrka, att för avskedandet förelegat en skälig orsak oberoende av föreningsrättsfrågan.[48]

Exempel på kränkande åtgärder är uppsägningar och avsked till följd av fackligt medlemskap.[49] Omflyttning av arbetstagaren kan också utgöra kränkning men bara då omflyttningen medför skada för arbetstagaren liksom indragning av kafferaster, företräde till övertidsarbete och uttalanden i arbetsbetyg.[50]

I 9 § MBL anges att:

> "Det åligger arbetsgivar- och arbetstagarorganisation att söka hindra, att medlem vidtager åtgärd som kränker föreningsrätten. Har medlem vidtagit sådan åtgärd, är organisationen skyldig att söka förmå honom att upphöra därmed."

Frågan om fackföreningarnas interna förhållanden omfattas inte av föreningsrätten i MBL och därmed inte relationen mellan organisationen och dess medlemmar. Normer därom har dock utvecklats i rättspraxis eftersom reglering avseende ideella organisationer, som fackföreningar utgör, i allmänhet saknas i den svenska rättsordningen.[51] Utgångspunkten är dock att den ideella föreningen fritt får organisera sin verksamhet och anta de stadgar de vill.[52]

I 6 § MBL anges att med arbetstagarorganisation avses sådan sammanslutning av arbetstagare som enligt sina stadgar skall tillvarataga arbetstagarnas intressen i förhållande till arbetsgivaren. Med arbetsgivarorganisation avses enligt paragrafen motsvarande sammanslutning på arbetsgivarsidan.

Utgångspunkten för att en förening skall vara av den typ som MBL avser är att "sammanslutningen skall vara så fast organiserad att den kan tillerkännas rättskapacitet, dels skall ha till uppgift att företräda medlemmarna i deras egenskap av arbetsgivare eller arbetstagare".[53]

[48] SOU 1975:1 s. 757–758 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 150–152. Se bland andra AD 1958 nr 20.

[49] Fackföreningsmedlemskap eller aktivitet för fackörening utgör inte saklig grund för uppsägning, se LAS-prop, redan innan LAS tillkomst hade emellertid detta faktum etablerats av rättspraxis.se exempel i SOU 1975:1 s. 755–766, Bergqvist/Lunning/Toijer s. 143.

[50] SOU 1975:1 s. 756 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 143–144.

[51] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 344 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 131–132.

[52] Se t.ex. Hemström, Fackföreningen och de anställda, s. 10. Se mer s. 507 ff.

[53] SOU 1975:1 s. 607. Se också Bergqvist/Lunning/Toijer s. 125.

För att en förening skall tillerkännas rättskapacitet krävs att ett antal rättssubjekt – fysiska eller juridiska personer – gått samman för att i organiserade former under viss tid eller tills vidare samverka för att nå en viss målsättning. Föreningen måste ha antagit stadgar som innehåller föreningens namn och ändamål samt bestämmelser om hur beslut i föreningens angelägenheter skall fattas (NJA 1987 s. 394). Vidare brukar krävas, att det i en förening finns en styrelse som kan företräda föreningen.[54] Några krav på minimiantal medlemmar finns inte. Troligt är dock att medlemmarna måste vara minst två.[55]

Vissa lagstadgade rättigheter tillkommer dessa föreningar. Enligt 10 § MBL har arbetstagarorganisation rätt till förhandling med arbetsgivare i fråga rörande förhållandet mellan arbetsgivaren och sådan medlem i organisationen, som är eller har varit arbetstagare hos arbetsgivaren. Arbetsgivare har enligt paragrafen motsvarande rätt att förhandla med arbetstagarorganisation. Motsvarande förhandlingsrätt som tillkommer och riktar sig mot arbetsgivare tillkommer också arbetsgivarorganisation. Det enda krav som ställs för att ha rätt att förhandla enligt 10 § MBL är alltså att förhandlingsfrågan berör minst en av organisationens medlemmar och att anknytning finns till ett anställningsförhållande mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisations medlem.[56] Området för förhandling omfattar därmed arbets- och anställningsvillkor i mer inskränkt bemärkelse och frågor som gäller arbetsgivarens verksamhet i vidsträckt mening. Området sammanfaller med ämnesområdet för kollektivavtal enligt 23 § MBL.[57]

Under utarbetandet av MBL diskuterades krav på att de *mest representativa* fackföreningarna även skulle få rätt att förhandla med arbetsgivare hos vilka föreningen *saknade* medlemmar. Arbetsplatser som saknar anställda med fackligt medlemskap och vars arbetsgivare inte tillhör arbetsgivarföreningar berörs ju inte av § 10 i MBL. Departementschefen ansåg att införandet av en sådan regel skulle utgöra en betydande avsteg från principen om lika grundläggande rättigheter för alla organisationer att bedriva facklig verksamhet. Att införa krav på representativitet inom visst eller vissa områden av arbetsmarknaden skulle vara främmande för regleringen av det svenska arbetsmarknadssystemet.[58]

[54] Källström, Facklig arbetsrätt, s. 96. Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 1988 s. 19 och 45, angående stadgekravet se NJA 1973 s. 341. Johansson, Nials svensk associationsrätt, s. 36.
[55] Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 2000, s. 95.
[56] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 349 och Lunning/Bergqvist/Toijer/ s. 164.
[57] Lunning/Bergqvist/Toijer s. 165–166.
[58] Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 s. 227–228 och Lunning/Bergqvist/Toijer s. 164.

Vad innebär det då att ha en rätt till förhandling? För det första motsvaras rätten att förhandla av en skyldighet för motparten att delta i förhandlingen.[59] I 15 § MBL beskrivs vad som ligger i skyldigheten att förhandla. Där anges att den förhandlingsskyldige har informationsplikt. Vidare anges att förhandlingsskyldig part skall själv eller genom ombud inställa sig vid förhandlingssammanträde och, om det behövs, lägga fram ett motiverat förslag till lösning av den fråga som förhandlingen avser. Parterna kan också enligt bestämmelsen välja annan form för förhandling än sammanträde. Lunning påpekar att förhandlingsskyldigheten inte innefattar någon rättslig skyldighet att visa kompromissvilja eller att verkligen komma fram till en lösning, vare sig i kollektivavtal eller i annan form, inte ens om parterna är överens i sak.[60] Part har dock skyldighet att ange och motivera sin ståndpunkt och att lyssna till motpartens argument och att delge motpart skriftligt material som åberopas.[61]

I 11–13 §§ MBL regleras den så kallade förstärkta förhandlingsrätten. Rättigheterna i paragraferna 11 och 12 tillkommer med ett par undantag bara arbetstagarorganisation som har etablerat ett kollektivavtalsförhållande med arbetsgivaren.[62] Enligt 11 § MBL är arbetsgivaren tvingad att inleda s.k. primärförhandling med arbetstagarorganisation i fall då arbetsgivaren avser att vidta *viktigare* förändring av verksamheten *eller* då arbetsgivaren avser att besluta om viktigare förändring av arbets- eller anställningsförhållandena för arbetstagare som tillhör organisationen. Syftet med dessa förhandlingar är att en uppgörelse skall nås mellan parterna om vilket beslut som skall fattas. Ämnet för den primära förhandlingsskyldigheten ligger dock inom det område där arbetsgivaren ensam har beslutanderätt. Nås inte enighet kan alltså arbetsgivaren fatta det beslut han eller hon önskar.[63]

En avgörande fråga för samverkansförhandlingar är *när* arbetsgivaren måste inleda förhandling. Avsikten är att förhandlingen skall äga rum i så god tid att förhandlingen blir ett naturligt och effektivt led i beslutsprocessen hos arbetsgivaren. Det som anförs av arbetstagarsidan skall ha reella möjligheter att ingå på ett meningsfullt sätt i beslutsunderlaget.[64]

[59] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 348 och Lunning/Bergqvist/Toijer s. 163.

[60] Bergqvist/Lunning/ Toijer s. 166–167 och prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 350. Se också Källström, Facklig arbetsrätt s. 143. Se dock uttalandena i prop. 94/95:102 s. 59 och s. 72 rörande implementeringen av det s.k. överlåtelsedirektivet 77/187/EEG och 92/56/EEG och direktivet om kollektiva uppsägningar 75/129/EEG och innebörden av förhandling i direktivens mening.

[61] Källström, Facklig arbetsrätt s. 142 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 261.

[62] Förklaring därtill i prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 351–352.

[63] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 357 och Källström, Facklig arbetsrätt, s. 158 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 200.

[64] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 355–356, Bergqvist/Lunning/ Toijer s. 190 f.

Källström menar dock att praxis talar för att förhandlingsskyldighet först inträder när arbetsgivaren utrett frågan så att de konkreta handlingsalternativen kan presenteras. Förhandlingarna kan alltså inte, menar Källström, alltid drivas förutsättningslöst och arbetsgivaren har rätt att ha en klar uppfattning när förhandling påkallas.[65] Arbetsgivaren har också rätt att under förhandlingarna ange att det inte längre finns tid att förhandla eftersom beslut måste fattas. Under vissa omständigheter kan dock fackföreningen kräva arbetsgivaren på skadestånd. t.ex. vid förhandlingsovilja eller dålig planering. Det av arbetsgivaren fattade beslutet står ändock fast.[66]

Enligt 12 § MBL får organisation som är bunden av kollektivavtal själv påkalla förhandling i andra fall än de som nämns i § 11. Arbetsgivaren måste då i princip förhandla innan han fattar eller verkställer beslut som rör medlem i organisationen. 12 § MBL aktualiseras i princip när det *inte* rör sig om *viktigare* förändringar rörande verksamheten. Förhandlingsframställningen skall dock avse ett särskilt fall.[67] Fortfarande avses sådan verksamhet inom vilken arbetsgivaren har ensam beslutanderätt. Arbetsgivaren har dock "väsentligt större handlingsfrihet" i dessa fall. Arbetsgivaren kan anta och verkställa beslut innan förhandlingsskyldigheten är uppfylld så snart *särskilda skäl*, vilket Källström menar kan likställas med praktiska olägenheter, så föranleder.[68] Skälet därtill är att arbetsgivaren inte kan utgå från dessa förhandlingar när verksamheten planeras. Dessa förhandlingar behöver inte vara förutsägbara.[69]

Som framgått rör reglerna om samverkansförhandlingar i 11 och 12 §§ MBL bara arbetsgivare och arbetstagarorganisationer som står i kollektivavtalsförhållande till varandra. Detta innebär att reglerna inte har någon verkan på kollektivavtalslösa arbetsplatser eller kan utnyttjas av arbetstagarorganisationer som inte erhållit något kollektivavtal på arbetsplatsen. Även oorganiserade arbetstagare som arbetar på arbetsplats där kollektivavtal gäller mellan viss organisation och arbetsgivaren faller utanför reglerna.

Till viss del har dessa arbetstagargrupper kompenserats genom antagandet av 13 § MBL. Arbetsgivaren är nämligen skyldig att primärförhandla med en minoritetsorganisation rörande beslut som *särskilt angår* arbets- eller anställningsförhållandena för sådan organisations medlem. Den ämnesmässiga avgränsningen av förhandlingsskyldigheten i 13 §

[65] Källström, Facklig arbetsrätt s. 161. Jfr prop. 1975/75:105 bil. 1 s. 356 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 190.
[66] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 359, Källström, Facklig arbetsrätt s. 164.
[67] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 359–360 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 250.
[68] Källström, Facklig arbetsrätt, s. 166.
[69] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 360 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 250.

MBL är av stor betydelse.[70] Som Källström påpekar är förhandlingsskyldigheten enligt 13 § MBL mer begränsad än vad lagtexten ger vid handen.[71] En omplacering av en medlem i en minoritetsorganisation medför exempelvis bara skyldighet att ta initiativ till förhandling om motivet till omplacering är hänförligt till arbetstagaren *personligen*. Om arbetsgivaren anger att *driftsmässiga skäl* ligger till grund för omplaceringen så kan § 13 MBL inte åberopas. Frågor som rör företagsledningsområdet innefattas inte i 13 § MBL.[72]

För att säkerställa att svensk rätt till fullo implementerade innehållet i överlåtelsedirektivet[73] och direktivet om kollektiva uppsägningar[74] infogades ett andra stycke till 13 § MBL. På arbetsplatser där det helt saknas kollektivavtal är arbetsgivaren enligt 13 § 2 st. skyldig att förhandla med alla organisationer om frågor rörande uppsägningar på grund av arbetsbrist eller vid övergång av verksamhet som regleras i 6 a § LAS. Därmed är arbetsgivarna stundtals skyldiga att förhandla om företagsledningsfrågor med organisationer som saknar kollektivavtal. Men bara i sådana fall då arbetsplatsen helt saknar kollektivavtal och organisationen har en medlem på arbetsplatsen.[75]

Ytterligare en bestämmelse av stor betydelse för det svenska förhandlingssystemet skall beröras, 19 § MBL om informationsplikten. Bestämmelsen reglerar den informationsplikt som arbetsgivaren har till den organisation i förhållande till vilken han eller hon är bunden av kollaktivavtal.

Syftet med informationsplikten är att skapa större likställdhet vid förhandling. De avtalsbärande organisationerna skulle därför ges samma insyn och överblick av verksamheten som arbetsgivarna.[76] Arbetsgivarna skall således enligt 19 § forlöpande hålla aktuell arbetstagarorganisation underrättad om hur verksamheten utvecklas produktionsmässigt och ekonomiskt liksom om riktlinjerna för personalpolitiken. Arbetsgivaren skall också bereda arbetstagarorganisation tillfälle att granska, böcker, räkenskaper och andra handlingar, som rör arbetsgivarens verksamhet, i den omfattning som organisationen behöver för att tillvarataga medlemmarnas gemensamma intressen i förhållandet till arbetsgivaren. Enligt Källström bör informationen vara av sådan art att enskilda arbetstagare

[70] Källström, Facklig arbetsrätt s. 166–167.
[71] Källström, Facklig arbetsrätt s. 167.
[72] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 361 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 252–253 och Källström, Facklig arbetsrätt s. 167.
[73] Direktiv 77/187/EEG och 92/56/EEG om överlåtelse av företag.
[74] Direktiv 75/129/EEG om kollektiva uppsägningar.
[75] Prop. 1994/1995: 102 s. 59 ff, 72–73 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 255–256.
[76] Källström, Facklig arbetsrätt s. 171 och Bergqvist/Lunning/Toijer s. 277.

får en god bild av företagets verksamhet i stort och hur den enskildes insatser passar in i ett större sammanhang.[77]

19 § MBL avser i första hand att komplettera underlaget för de kollektivavtalsbärande organisationerna vid samverkansförhandlingar. Det hindrar förstås inte att de kollektivavtalsbärande organisationerna kan använda den här informationen också vid avtals- och intresseförhandlingar enligt 10 § MBL. Under förhandling enligt 10 § MBL kan dock organisationerna inte kräva att få ut information för detta syfte.[78]

Ett kollektivavtal kan alltså enligt 23 § MBL träffas om arbetsvillkor för arbetstagare eller om förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Finns det då några begränsningar för det kollektivavtalsbara området. Enligt 4 § 1 st. MBL är ett kollektivavtal ogiltigt i den mån det upphäver eller inskränker rättighet eller skyldighet enligt MBL. Avvikelser får dock göras från vissa bestämmelser enligt 4 § 2 st. MBL. Därutöver får ett kollektivavtal generellt sätt inte strida mot tvingande lag eller mot god sed på arbetsmarknaden eller på annat sätt vara otillbörligt.[79] Gränsdragningen gentemot konkurrensrätten har i detta avseende vållat visst huvudbry.[80]

Staten anser sig genom tvingande lag kunna inskränka det kollektivavtalsbara utrymmet. Staten anser sig också ha möjlighet att genom lag ogiltigförklara redan gällande kollektivavtal.[81]

När det gäller rätten att vidta stridsåtgärder erkänns den som nämnts i RF 2:17. Begränsningar skall anges i lag eller avtal. När stridsåtgärder vidtas måste hänsyn tas till lagregler. Stridsåtgärder får exempelvis inte kränka stadganden i BrB som olaga intrång och ofredande.[82] För parter som är bundna av kollektivavtal är 41 § MBL av central betydelse i strejkrättshänseende. I 41 § MBL anges att arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal inte får vidta eller delta i arbetsinställelse

[77] Källström, Facklig arbetsrätt, 171.

[78] Eftersom förhandlingsrätten i 10 § MBL tillkommer alla arbetstagarorganisationer skulle det enligt AD framstå som främmande att anta att lagstiftaren skulle ha avsett att ge de kollektivavtalsbärande organisationerna ett särskilt försteg framför andra förhandlingsberättigade arbetstagarorganisationer när det gäller rätt till information av betydelse för förhandlingsfrågan, AD 1989 nr 94. Se också Källström, Facklig arbetsrätt s. 171.

[79] Se mer om detta i Lunning/Bergqvist/Toijer s. 296ff som hänvisar till en rad rättsfall och till prop. 75/76:105 bil. 1, s. 370, 490 och 532.

[80] Se t.ex. Malmberg, Collective Agreements and Competition Law in Sweden, s. 194–198.

[81] 67-års pension se s. 566ff och SFS 1993:1496 om förlängda perioder för tidsbegränsade anställningar vid arbetsanhopning och förlängda perioder för provanställning, se s. 564ff.

[82] SOU 1975:1 s. 454–455.

(lockout eller strejk), blockad, bojkott eller annan därmed jämförlig stridsåtgärd, om avtalet har ingåtts av en organisation och denna organisation inte i behörig ordning har beslutat åtgärden, om åtgärden strider mot en bestämmelse om fredsplikt i kollektivavtal eller om åtgärden har till ändamål

1. att utöva påtryckning i en tvist om ett kollektivavtals giltighet, bestånd eller rätta innebörd eller i en tvist huruvida ett visst förfarande strider mot avtalet eller mot denna lag,
2. att åstadkomma ändring i avtalet,
3. att genomföra bestämmelse, som är avsedd att tillämpas sedan avtalet upphört att gälla, eller
4. att stödja någon annan när denne inte själv får vidta stridsåtgärd.

Stridsåtgärder av ovanstående art är olovliga enligt svensk rätt. Företar medlem i en kollektivavtalsbunden organisation en olovlig stridsåtgärd är organisationen skyldig att försöka få stridsåtgärden att upphöra, 42 § MBL. I kollektivavtalslösa relationer föreligger få lagstadgade begränsningar av stridsrätten.[83]

Fackliga företroendemän åtnjuter enligt svensk rätt i Lagen om facklig företroendeman ett särskilt skydd. Lagen är enbart tillämplig på förtroendeman som representerar organisation som är eller brukar vara bunden av kollektivavtal med arbetsgivaren, 1 § FML.[84]

13.3 Några enskilda jämförelser mellan svensk rätt och internationella åtaganden rörande facklig föreningsfrihet

13.3.1 Inledning

I det följande kommer enskilda företeelser i svensk rätt att diskuteras utifrån de behandlade folkrättsliga åtaganden Sverige gjort med avseende på den fackliga föreningsfriheten. Förändringar som EU-medlemskapet och inkorporeringen av Europakonventionen medfört för svensk rätt

[83] Se dock 41 a och b § MBL, 42 § 1 st MBL, 45 § MBL, 47 § MBL, 23 § LOA, se vidare Sigeman, Facklig arbetsrätt s. 229 ff och Bergqvist/Lunning/ Toijer s. 413 ff och Nyström, Stridsåtgärder på en modern arbetsmarknad och Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden, 428 ff.

[84] Se Göransson, Facklig arbetsrätt, s. 126 ff.

kommer också att belysas. Nedslagen i svensk rätt avser att illustrera två saker. För det första uppmärksammas att utformningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten redan genomgått förändringar på grund av yttre influenser betingade av EU-medlemskapet och inkorporeringen av Europakonventionen som svensk lag. För det andra uppmärksammas att utformningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten i svensk rätt på vissa punkter kan ifrågasättas mot bakgrund av behandlade folkrättsliga åtaganden.

13.3.2 Interna förutsättningar för medlemskap, finns det externa regler?

13.3.2.1 Inledning

Den 30 november 1999 publicerade de fyra största svenska dagstidningarna en artikel i vilken ett antal aktiva nazister namngavs. Artikeln hade sin grund i att svenska nazister då nyligen hade gjort sig skyldiga till ytterst allvarligt våld mot enskilda. Bland annat hade en svensk fackföreningsman blivit mördad. Motivet bakom mordet misstänktes vara hämnd för att fackföreningsmannen bidragit till att en man med nazistsympatier sagts upp.[85] Detta mord föranledde den svenska fackföreningsrörelsen att samla sig i kampen mot nazism och rasism. Aktiviteterna tog sig många uttryck, bland annat uteslöts medlemmar som uppmärksammats i tidningsartikeln den 30 november.[86] För att en uteslutning av en fackföreningsmedlem skall vara godtagbar enligt svensk rätt måste den vara stadgeenlig. Många fackföreningar ändrade därför sina stadgar för att göra det möjligt att utesluta nazister och rasister.

Oavsett den avsky man kan känna för den samhällsordning dessa uteslutna nazister förespråkat och det våld de gjort sig skyldiga till så aktualiserar händelserna frågan om fackföreningar helt fritt kan utesluta medlemmar? Finns det några normer som reglerar förutsättningarna för denna typ av beslut? För att söka svaret på dessa frågor skall svensk rätt på området behandlas i ljuset av tillämpliga europarättsliga regler och vissa folkrättsliga åtaganden. Relationen mellan en förening och dess medlemmar

[85] LO:s nyhetsarkiv år 2000/oktober.

[86] LO-förbund hade den 14 oktober år 2000 uteslutit tio medlemmar. Metall fyra st, samt stoppat en från att bli medlem, Handels två st och Byggnads fyra st. LO:s nyhetsarkiv 2000/oktober. http://www.lo.se/nyheter/nyhindex.htm Industrifacket uteslöt två medlemmar, en i november 2000 och en i januari 2001, www.industrifacket.se, nyhetsarkivet november 2000 och januari 2001. Metall ytterligare två medlemmar 21 februari 2001, www.metall.se nyhetsarkiv.

ligger utanför den föreningsrätt som regleras i MBL.[87] I Europakonventionen och Europarådets sociala stadga innefattas dock denna problematik i regleringen av den fackliga föreningsfriheten. Tre EG-direktiv har också antagits som berör relationen mellan medlem och fackförening.

Frågeställningen berör relationen mellan den enskildes fackliga föreningsfrihet och fackföreningens kollektiva handlingsfrihet.

13.3.2.2 Svensk rätt före 1995

Enligt svensk rätt är en fackförening en ideell förening. Den finns ingen lagstiftning som reglerar de ideella föreningarnas verksamhet. Tanken är att de ideella föreningarna fritt skall sätta ramarna för sin verksamhet. När diskussioner förts om att i lag inta normer för ideella föreningars verksamhet har fackföreningarna motsatt sig sådan reglering.[88] Vissa externa normer har dock utvecklats av praxis. Även doktrinen har formulerat vissa ramar.

En förening är till skillnad från ett bolag en öppen association, föreningen är alltså en organisation för ett växande antal medlemmar.[89] Rätt till medlemskap föreligger dock inte generellt i ideella föreningar – de kan alltså i stor utsträckning hållas slutna i enlighet med önskemålen i den enskilda föreningen.[90] Kriterierna för medlemskap och uteslutning bör framgå ur stadgarna. En uteslutning ur en ideell förening måste vara förenlig med stadgarna.[91]

Utgångspunkten i svensk rätt är att ideella organisationer står helt fria att anta de stadgar de vill. Innebär det då att så länge fackföreningarna följer sina stadgar så kan de helt fritt anta och utesluta medlemmar?

Länge ansågs att de ideella föreningarna skulle bedriva sin verksamhet helt fritt utan extern inblandning. Interna förehavanden, som relationen mellan föreningen och medlemmen, skulle därför inte bli föremål för domstolsprövning. Åtminstone inte då det gällde den sakliga grunden för beslut. *Formella* aspekter kunde prövas. Efterhand reviderades emellertid denna uppfattning. I takt med att medlemskap i vissa ideella föreningar kom att bli ekonomiskt betydelsefulla för medlemmarna började domstolar överpröva uteslutningsbeslut även ur *sakligt* hänseende. Trenden

[87] Bergqvist/Lunning/Toijer s. 131–132.
[88] SOU 1975:1 s. 606.
[89] Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 2000 s. 95 och Johansson, Nials s. 35–36.
[90] Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 2000 s. 98 och Johansson, Nials s. 266.
[91] Johansson, Nials s. 266.

bröts i och med att *fackföreningars* uteslutningsbeslut prövades.[92] Genom denna praxis har gränser för stadgarnas omfattning utvecklats.

En domstolsprövning kan äga rum när medlemskapet har betydelse för utövande av yrkesverksamhet eller på annat sätt är av *ekonomisk betydelse* för medlemmarna. Uteslutningsbeslutet prövas på grundval av föreningens stadgar enligt avtalsrättsliga grunder.[93]

Att medlemskap i en fackförening generellt har betydelse för en arbetstagares *yrkesutövning* även om det inte är en förutsättning för möjligheten att utöva yrket kan konstateras. Fackföreningsmedlemskapet är klart av *ekonomisk* betydelse för arbetstagarna. Syftet med medlemskapet brukar ju just vara att främja arbetstagarnas yrkesmässiga förhållanden på det ena eller det andra sättet. Fackföreningars uteslutningsbeslut kan därför generellt prövas i domstol.[94]

Vad är det då som skall prövas av domstolen? Utgångspunkten för ideella föreningars verksamhet är, som nämnts, stadgarna. Föreningarna utgår därför i regel från sina stadgar vid uteslutningsbeslut.[95] Uteslutningsgrunderna kan räknas upp i stadgarna. Uteslutning kan exempelvis grundas på att medlem inte betalar medlemsavgift eller följer föreningens beslut om strejk. Denna typ av uteslutningsgrund kan kallas objektiv. Uteslutning kan också ske om medlemmen agerar illojalt med förening-

[92] För en översikt av utvecklingen se Svennegård, Fackföreningarnas frihet, i SvJT 1950 s. 10–34, se t.ex. i NJA 1945 s. 290 och 1946 s. 83. Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 2000 s. 131. Se också NJA 1956 s. 554 där det anges i hovrätten dit målet återförvisats att prövning skall äga rum då det är fråga om en "yrkesförening, som har till väsentligt syfte att främja medlemmarnas ekonomiska intressen" och som till sin art avser att stå öppen för alla kvalificerade yrkesutövare inom föreningens verksamhetsområde", återgivet i Hemström, 1971 s. 217.

[93] För utveckling av frågan se NJA 1977 s. 129, NJA 1990 s. 687 och NJA 1998 s. 292. Tidigare rådde uppfattningen att i fall då medlemskapet bedömts ha en *avgörande* betydelse för den uteslutnes yrkesutövning eller i övrigt en *påtaglig* ekonomisk betydelse för den uteslutne ansetts vara möjligt att i materiellt hänseende få medlemskapet prövat av allmän domstol. Denna tolkning av praxis framförs av föredraganden i NJA 1998 s. 293. Hemström 1998 s. 103, se dock också 2000 s. 98, "För föreningar i vilka medlemskapet är av stor betydelse för den enskildes försörjning och vilka enligt sina stadgar står öppna för alla som är verksamma inom yrket gäller emellertid, att de, liksom ekonomiska föreningar, är öppna i den bemärkelsen, att ett beslut att utestänga en sökande av denne kan underställas domstols prövning och beslut" men framförallt s. 131.

[94] Detta hävdade Hemström redan 1971, i Uteslutning ur ideell förening s. 211–212, 225. Se också Hemström, JT 1998/99 s. 955.

[95] Se Hemström, Uteslutning ur ideell förening, s. 95. Jfr de beslut om uteslutning ur fackliga organisationer som gjordes åren 2000 och 2001 och som grundande sig på att nazistisk verksamhet stod i strid med grunderna för fackföreningarnas verksamhet. Flera organisationer ändrade också sina stadgar för att möjliggöra uteslutning av medlemmar som är nazister och som agerar i strid med demokratiska värderingar.

en. En sådan uteslutningsgrund anses vara subjektiv eftersom en värdering ofta behöver göras. I LO-förbundens stadgar återfinns traditionellt en paragraf om den värdegrund verksamheten bygger på.[96] Många TCO- och SACO-förbund har också under senare år formulerat och infört en värdegrund i stadgarna som fackföreningens verksamhet anges utgå ifrån.[97] Exempelvis Jusek har också därutöver explicit angivit att om en medlem ger offentligt uttryck för att inte dela de värderingar som Juseks verksamhet bygger på kan medlemmen uteslutas.[98] Uteslutningsbeslut som bygger på dessa bestämmelser torde också bli subjektiva.

Huvudregeln är att om föreningen följer sina stadgar i materiellt och formellt hänseende vid uteslutning så är uteslutningen godtagbar enligt avtalsrättsliga principer.

Vissa undantag finns dock. Beslutet får inte utgöra en diskriminering av den uteslutne på grund av dennes ras, religion eller annan liknande omständighet eller vara grundad på annat jämförbart förhållande som får anses göra uteslutningen *uppenbart otillbörlig*.[99]

En stadgebestämmelse kan också enligt svensk rätt anses vara oskälig enligt 36 § AvtL. Hemström hävdar att skönsmässiga uteslutningar som baserar sig på stadgebestämmelser av typen – styrelse kan utesluta den den vill – inte bör kunna tillämpas om uteslutningen kan prövas i domstol. Ett uteslutningsstadgande, som är oskäligt kan med stöd av 36 § avtalslagen jämkas eller lämnas utan avseende.[100] Stadgebestämmelserna bör heller inte kunna ålägga en medlem att agera i strid med lag.[101]

Medlem som agerar illojalt mot föreningens syfte kan dock uteslutas utan *uttrycklig* stadgegrund. När det gäller sådana subjektiva uteslutningsskäl såsom att medlemmen "motverkat föreningens intressen" prövar domstolen om det aktuella beteendet verkligen kan anses ha motverkat föreningens intressen. I ett mål ansågs exempelvis inte föreningen ha styrkt att medlemmen agerat på ett sätt som motverkat föreningens intressen.

[96] I förbundens målparagrafer anges att de skall verka för en samhällsutveckling på demokratisk socialistisk grund, se te x fastighetsanställdas förbunds stadgar 1 § 2 mom, Kommunals stadgar 2 § 2 mom. Jfr NJA 1946 s. 83 som återger typografförbundets stadgar vid denna tid, återgivet på s. 510.

[97] Se SKTFs stadgar 1 § 2 mom, SIF stadgar 1 § 1, JUSEKs stadgar 1 § 3 st.

[98] Juseks stadgar 6 b §

[99] Se NJA 1998 s. 293, NJA 1990 s. 68. Målet gällde uttryckligen idrottsföreningar men torde också gälla andra ideella föreningar. Påstås en uteslutning baseras på sådana uppenbart otillbörliga principer kan en prövning i domstol göras oavsett vilken ideell förening det är fråga om

[100] Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 2000 s. 111.

[101] Hemström, Uteslutning ur ideell förening, s. 129–132.

Att till andra medlemmar framföra kritik mot föreningens styrelse och funktionärer ansågs inte utgöra illojalt agerande mot föreningens syfte.[102]

Den specifika frågan om uteslutning på grund av politisk hemvist och dess koppling till lojalitetskriteriet prövades av HD i två mål under mitten av fyrtiotalet. I NJA 1945 s. 290 hade smidesarbetare Larsson uteslutits ur Svenska metallindustriarbetarförbundet utan särskild motivering. I målet framkom emellertid att Larsson inte velat att hans sektion, smidesarbetaresektionen skulle fästa något avseende vid en skrivelse från förbundet med innebörden att "medlemmar av kommunistiska partiet icke finge kandidera och icke kunde väljas till eller innehava förtroendeposter inom förbundet. Därest de trots detta valdes, skulle de på kommunisterna avgivna rösterna förklaras ogiltiga". Förbundsstyrelsen godkände sedermera inte avdelningens val till avdelningsstyrelse eftersom kommunistsympatisörer valts däribland Larsson. Det var Larssons handlande rörande förbundsskrivelsen som lades honom till last vid uteslutningen. Handlandet påstods uppfylla kriterierna för uteslutning. I den åberopade stadgegrunden föreskrevs att uteslutning kan ske om medlem vägrar följa avdelningens eller förbundsstyrelsens föreskrifter eller eljest uppträder illojalt mot organisationen.

Larson själv hävdade att han blivit utesluten för att han utnyttjat sin yttrandefrihet och rösträtt. Han hade aldrig varit kommunistiskt verksam, vare sig inom eller utom fackföreningen, han tillhörde heller ingen kommunistisk sammanslutning och hade aldrig uppträtt illojalt mot förbundet eller dess syften.

Högsta domstolen ansåg heller inte att det i målet var visat att "Larson låtit komma sig till last förfarande av beskaffenhet som jämlikt stadgarna för förbundet berättigat förbundets styrelse att utesluta Larsson ur förbundet".[103]

I NJA 1946 s. 83 var frågeställningen likartad. Uteslutningen rörde korrekturläsare Sylvin som var medlem i svenska typografförbundet samt i ett parti som fackförbundet påstod var nationalsocialistiskt. I förbundets stadgar återfanns en identisk uteslutningsgrundsparagraf som den i metallindustriarbetarförbundet. Uteslutning kunde alltså enligt stadgarna ske om medlem vägrade följa avdelningens eller förbundsstyrelsens föreskrifter eller eljest uppträdde illojalt mot organisationen. Dessutom angavs att ett av förbundets syften var att "målmedvetet fostra arbetarna i kampen för samhällets omdaning på socialistisk grundval och inrikta arbetet på produktionens socialisering". Landsorganisationen till vilken

[102] Se NJA 1977 s. 129.
[103] NJA 1945 s. 290, s. 294.

förbundet var anslutet hade därutöver vid en kongress 1936 uttalat att medlemmar av nationalsocialistiska partier inte hade rätt till anslutning i något av organisationens förbund.

Sylvin var ansluten till socialistiska partiet. Den 5 mars 1942 erhöll Sylvin en skrivelse från sin förening där han underrättades om att medlemskap i nämnda parti, vilket enligt förbundets uppfattning var nationalsocialistiskt, var oförenligt med medlemskap i förbundet, samt att Sylvin skulle uteslutas ur förbundet om han inte inom 14 dagar utträdde ur det aktuella partiet. Sylvin följde inte uppmaningen och uteslöts därmed ur förbundet.

Sylvin väckte talan mot beslutet och yrkade att det måste förklaras ogiltigt därför att det stod i strid med stadgarna. Sylvin hävdade att det socialistiska partiet inte var ett nationalsocialistiskt parti. Sylvin pekade vidare på orimligheten i att en facklig instans kunde ha befogenhet att betygsätta de politiska partiernas syften och karaktärer. Han pekade vidare på att förbundet behandlat honom annorlunda än andra medlemmar som inte förklarat sig vilja verka för samhällets omdaning på socialistisk grundval men vars medlemskap inte ifrågasatts. Till sist erinrade han om de allvarliga konsekvenser en uteslutning skulle medföra för hans möjlighet att fortsätta sin yrkesutövning.

Enligt förbundet var det parti Sylvin var medlem i klart antidemokratiskt och överstyrelsen hade ansett partiets strävanden fientliga mot hela det svenska samhället och därmed även mot förbundet.

RR:n och HovR:n fann det dock *inte visat att Sylvin låtit komma sig till last förfarande av beskaffenhet att jämlikt berörda stadgar berättiga förbundet att utesluta honom. Uteslutningsbeslutet förklarades därför vara utan verkan.* Högsta domstolen var dock oenig. Två domare utgick från att det socialistiska partiet var nationalsocialistiskt och ansåg mot bakgrund av det hot mot fackföreningarnas självständighet som nationalsocialismen innebar att medlemskapet medförde att ett illojalt beteende i enlighet med stadgarna låg Sylvin till last. En domare ansåg dock att oavsett uteslutningens förenlighet med stadgarna så skulle en uteslutning framstå som obillig på grund av förbundets art och omfattning "ävensom betydelsen för Sylvin och hans framtida utkomst av att tillhöra en fackförening". Han fastställde därmed hovrättens dom. Två ytterligare domare gillade det av revisionssekreteraren hemställda betänkandet att hovrättens dom skulle fastställas.

På grund av dessa domars ytterst knapphändiga och delvis splittrade domskäl är det inte helt enkelt att dra några allmänna slutsatser. Det avgörande tycks dock ha varit frågan om Larssons och Sylvins beteende kunde subsumeras under stadgarna eller inte. Att Larsson antagligen ge-

nom sin röst och genom sin till allmänheten uttryckta uppfattning var kommunist verkar dock inte räcka för att han kan anses ha agerat illojalt med fackföreningen. Inte ens i kombination med att han agiterat mot ett beslut av förbundsstyrelsen som gick ut på att hålla kommunister borta från de beslutande organen i förbundet och avdelningarna. Hemström påpekar att förbudsstyrelsens skrivelse att frånta en politisk grupp förvaltningsuppgifter inom organisationen skulle kunna komma i strid med den allmänna likhetsgrundsats som gäller ideella föreningar. Den går ut på att föreningen måste behandla alla medlemmar lika. För att ett frångående av likhetsgrundsatsen skall kunna accepteras måste enligt Hemström "utomordentligt starka skäl – t.ex. en akut kris – kunna åberopas för att man skall kunna acceptera en så kraftig inskränkning i likhetsgrundsatsen som det här var fråga om". Hemström menar att det förefaller som om domstolen inte ansett att beslutet var av sådan art att en vägran att efterfölja det berättigade till uteslutning. Detta kan bero på att beslutet stod i strid med likhetsgrundsatsen och inte låg i linje med föreningens målsättning så som den kom till uttryck i stadgarna.[104]

När det gällde Sylvin tycktes också den avgörande frågan ha varit om Sylvins beteende kunde subsumeras under stadgarna eller inte. Hur långt kan en klausul med innebörden att "målmedvetet fostra arbetarna i kampen för samhällets omdaning på socialistisk grundval och inrikta arbetet på produktionens socialisering" sträcka sig?

Hemström påpekar att även i detta fall måste man fråga sig om stadgarna uttalar sig för visst slag av politisk orientering.[105] I det förra fallet kunde man knappast hävda att förbundets målsättning var att verka för demokrati och mot kommunism. NJA 1946 s. 83 skiljde sig dock från det förra målet i detta avseende eftersom stadgarna talade om att målmedvetet fostra arbetarna i kampen för samhällets omdaning på socialistisk grundval. Hur långt denna klausul sträckte sig är dock ej självklart vilket HD:s oenighet vittnar om.

I dessa fall var domstolarna tvungna att försöka avgöra stadgarnas egentliga innebörd. Hemström har föreslagit några tolkningsprinciper för stadgetolkning vid uteslutningsbeslut. Exempelvis att *föreningstvång* och en *förenings dubbla målsättning* talar för gentemot föreningen stränga krav. I sin analys av NJA 1946 s. 83 påpekar Hemström att nationalsocialismen vid tidpunkten inte utgjorde något dödligt hot mot fackföreningsrörelsen. Dessa faktorer synes enligt Hemström lämpligen kunna låtas samverka på så sätt, att ju mera vittomfattande målsättning en förening

[104] Hemström, Fackföreningarna och de anställda, s. 141–142, se om likhetsgrundsatsen Hemström, Uteslutning ur ideell förening, s. 102–103.
[105] Hemström, Uteslutning ur ideell förening, s. 147.

har, ju ofarligare är illojaliteten för föreningen, och ju allvarligare uteslutningen verkar för den uteslutne medlemmen, desto större krav bör ställas för att ett visst beteende skall kunna subsumeras under grunden. Hemström påpekar att det är viktigt att särskilja mellan verksamhet som är farlig för föreningen och sådan som inte är det.[106] Att avskeda någon därför att vederbörande förlorat sitt fackliga medlemskap är inte längre tillåtet enligt svensk rätt.[107] Däremot kan fackligt medlemskap få betydelse vid rekryteringstillfället om en organisationsklausul är tillämplig.[108]

Sammanfattningsvis då det gäller normerna för uteslutning av medlemmar så är huvudregeln att om föreningen följer sina stadgar i materiellt och formellt hänseende vid uteslutning så är uteslutningen godtagbar enligt avtalsrättsliga principer. Vissa undantag finns dock. Beslutet får inte utgöra en diskriminering av den uteslutne på grund av dennes ras, religion eller annan liknande omständighet eller vara grundad på annat jämförbart förhållande som får anses göra uteslutningen *uppenbart otillbörlig*.[109] Vad som skulle kunna innefattas i *annan liknande omständighet* är oklart. Frågan om exempelvis viss politisk åsikt kan utgöra annan liknande omständighet är oavgjord.

Agerar en medlem illojalt mot fackföreningen kan medlemmen emellertid uteslutas utan uttryckligt stadgestöd. Det har prövats om politisk hemvist kan utgöra sådan illojalitet och grund för uteslutning. Någon klar slutsats kan inte dras från praxis. Hemström har föreslagit några tolkningsprinciper för stadgetolkning vid uteslutningsbeslut utan uttryckligt stadgestöd. Exempelvis att *föreningstvång* och en *förenings dubbla målsättning* talar för gentemot föreningen stränga krav. Dessa faktorer synes enligt Hemström lämpligen kunna låtas samverka på så sätt, att ju mera vittomfattande målsättning en förening har, ju ofarligare är illojaliteten för föreningen, och ju allvarligare uteslutningen verkar för den uteslutne medlemmen, desto större krav bör ställas för att ett visst beteende skall kunna subsumeras under grunden. Hemström påpekar att det är viktigt att särskilja mellan verksamhet som är farlig för föreningen och sådan som inte är det.

[106] Hemström, Uteslutning ur ideell förening, 1971 s. 147–148. Jfr Svennegård, Fackföreningarnas frihet I, SvJT 1950 s. 10–34.
[107] Enligt LAS anses det vara osaklig grund för uppsägning, prop. 1973:129 s. 128 och 233 ff, Bergqvist/Lunning/Toijer s. 139.
[108] Se s. 522 ff.
[109] NJA 1990 s. 68, (se också NJA 1998 s. 293) Se också Hemström JT 1998/99 s. 955. Målet gällde uttryckligen idrottsföreningar men torde också gälla andra ideella föreningar. Påstås en uteslutning baseras på sådana uppenbart otillbörliga principer kan en prövning i domstol göras oavsett vilken ideell förening det är fråga om.

Framgår det explicit ut stadgarna att uteslutning skall ske enligt vissa premisser torde inte Hemströms överväganden vara tillämpliga. I så fall måste i stället frågan ställas om uteslutningen utgör otillåten diskriminering eller på annat sätt är otillbörlig.

13.3.2.3 Svensk rätt efter 1995

År 1995 Sverige gick med i den Europeiska unionen och blev därmed bunden av unionens rättsakter. Samma år inkorporerades Europakonventionen i svensk rätt som svensk lag.[110] Sverige är numera bundet av föreskrifter som utgår från dessa källor. Det innebär att i den mån EU behandlat en fråga i bindande rättsakter måste den implementeras eller direkt tillämpas i svensk rätt. Vidare utgör Europakonventionens bestämmelser och Europadomstolens praxis direkt en del av svensk rätt.

Europakonventionen

I Europakonventionens artikel 11 ryms den enskildes rätt att kvarvara i en förening. Kommissionen för mänskliga rättigheter har prövat frågor om uteslutningsbeslut. Frågan i det aktuella fallet var om och i så fall i vilken utsträckning staten enligt artikel 11 var skyldig att skydda den enskilde medlemmen mot åtgärder vidtagna mot honom av hans fackförening. Den individuella rätten att ansluta sig till och kvarvara i fritt vald fackförening vägdes mot den kollektiva fackliga rättigheten att anta sina egna stadgar, regler och beslut.

I den aktuella stadgebestämmelsen föreskrevs att en arbetstagares byte av fackförening inom samma federation skulle godkännas av den fackförening arbetstagaren utträdde ur. Detta hade inte skett i förevarande fall och därför krävde den fackliga federationens tvistelösningsorgan att den fackförening som arbetstagaren bytt till skulle utesluta arbetstagaren enligt gällande regler. Det var arbetstagaren som klagat till kommissionen. Regeln hade antagits av federationen *för att undvika dispyter rörande medlemskapsrättigheter mellan fackföreningarna inom federationen*

Kommissionen angav att rätten att ansluta sig till en fackförening inte kan tolkas som en allmän rätt att få ansluta sig till den fackförening man önskar oberoende av fackföreningens interna regler. Under utövandet av sina rättigheter enligt artikel 11 måste fackföreningar vara fria att fatta beslut, i enlighet med sina stadgar, om frågor rörande inträde i och uteslutning ur fackföreningen. Kommissionen konstaterade vidare att skyddet som artikeln uppställer huvudsakligen avser statligt intrång. Inte desto mindre måste staten skydda individen mot en fackförenings missbruk

[110] SFS 1994:1219.

av sin dominerande ställning.[111] Sådant missbruk kan enligt kommissionen vara för handen när uteslutning inte är förenlig med de fackliga reglerna, eller när reglerna är fullständigt orimliga eller godtyckliga eller om uteslutningen medför exceptionella svårigheter såsom förlust av arbete vid förekomsten av organisationsklausuler. Kommissionen ansåg inte att de fackliga regler som låg bakom uteslutningen i det aktuella fallet var orimliga. Därutöver noterade kommissionen att uteslutningen inte medförde förlust av arbetet eftersom någon organisationsklausul inte var tillämplig. Fallet kunde alltså inte aktivera statens ansvar och avvisades därför av kommissionen.[112]

Utgångspunkten enligt Europakonventionen är alltså att stadgarna inte får vara fullständigt orimliga eller godtyckliga eller så får beslutet inte medföra att någon utsätts för exceptionella svårigheter på grund av uteslutningen såsom förlust av arbete. Denna situation kan uppstå om en organisationsklausul är gällande på arbetsplatsen.

Enligt Europakonventionens artikel 14 skall åtnjutandet av konventionens fri- och rättigheter tryggas utan åtskillnad av något slag såsom bland annat på grund av kön, ras hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Föreningsfriheten i artikel 11 får således inte tillämpas diskriminerande. Det finns anledning att anta att om sådan diskriminering som förbjuds i artikel 14 föreskrivs i en fackförenings stadgar så skulle en uteslutning på sådan grund kunna medföra att stadgarna bedömdes vara fullständigt orimliga.

Förbudet mot diskriminering på grund av politisk eller annan åskådning intar vidare en särskild plats i Europadomstolens praxis. Den enskildes åsiktsfrihet har också ställts mot en fackförenings handlingsfrihet.[113] I målet utgick domstolen inte från artikel 14 utan från åsiktsfriheten enligt artiklarna 9 och 10 i Europakonventionen. Tre arbetstagare, Young, James och Webster, hade förlorat sina arbeten därför att de inte ville agera i strid med sin övertygelse och vara organiserade i viss fackförening. Kravet på uppsägning utgick från en bestämmelse som avsåg att gagna fackföreningens och arbetstagarnas intressen i allmänhet.

När domstolen skulle bedöma om det intrång i föreningsfriheten som här gjorts uppfyllde de kriterier som uppställs i artikel 11:2 EK angav domstolen:

> "pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a 'democratic society' ... Although individual interests must on occation be subordinated

[111] Kommissionen hänvisar här till Europadomstolens dom i Young, James and Webster, p. 63.
[112] Applic no 10550/83 Ernest Dennis Cheall v the UK.
[113] Young, James and Webster, p. 57.

> to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position. Accordingly, the mere fact that the applicants' standpoint was adopted by very few of their collegues is again not conclusive of the issue now before the Court."[114]

Den fråga som föranledde dessa uttalanden var om det kunde anses nödvändigt i ett demokratisk samhälle att göra de aktuella avskedandena lagliga under de omständigheter som rådde.[115] Domstolen kom fram till att så inte var fallet. Pluralismargumentet var bara ett av de argument som ledde fram till domslutet. Målet visar dock att pluralismargumentet kan komma att få betydelse i ärenden där den enskildes föreningsfrihet hamnar i strid med fackföreningens handlingsfrihet.

En avvägning torde i ett uteslutningsfall göras mellan medlemmens åsiktsfrihet och individuella föreningsfrihet och föreningens rätt att organisera sin verksamhet och besluta om antagande och uteslutande av medlemmar.

EU

I EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna anges i dess artikel 21:1 att all diskriminering på grund av bland annat, kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning skall vara förbjuden. Det innebär att EU inte får kränka denna rättighet när den vidtar åtgärder. Inte heller får medlemsländerna kränka bestämmelsen när de vidtar åtgärder för att implementera EG-rätt. Enligt artikel 39:1 EGF skall fri rörlighet för arbetstagare säkerställas inom gemenskapen. Enligt förordningen (68/1612/EEG) om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen skall arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat och som är anställd inom en annan medlemsstats territorium få lika behandling vad avser medlemskap i fackföreningar och därmed sammanhängande rättigheter, artikel 8. Det är dock acceptabelt att inskränka denna rätt med hänsyn till allmän ordning, artikel 39:3. En sådan inskränkning får dock aldrig baseras på någon av de otillåtna diskrimineringsgrunderna i EU-stadgans artikel 21.

Mer direkt betydelse för relationen mellan fackföreningsmedlem och fackförening har dock de tre relativt nyantagna direktiven om likabehandling. Det vill säga det nya direktivet 2002/73/EG om likabehandling

[114] Young, James and Webster, p. 63.
[115] Young, James and Webster, p. 62.

mellan kvinnor och män, direktivet 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet och direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.[116] Dessa direktiv förbjuder som nämnts fackföreningar att diskriminera sina medlemmar direkt eller indirekt på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning. I respektive direktivs artikel 3:1 d anges att inom ramen för gemenskapens befogenheter skall direktiven tillämpas på alla personer, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, inklusive offentliga organ i fråga bland annat om: *medlemskap och medverkan i en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation eller i andra organisationer vars medlemmar utövar ett visst yrke, inbegripet de förmåner dessa organisationer tillhandahåller.*

Vid den tidpunkt direktivens bestämmelser skall vara implementerade skall således dessa normer säkerställas i svensk rätt. Man kan dock fråga sig om diskriminering på grund av politisk övertygelse omfattas av något direktiv. Något uttryckligt skydd för politisk övertygelse återfinns inte. Den mest näraliggande grunden tycks vara *religion eller annan övertygelse*. Övertygelsemomentet skulle kunna tänkas omfatta politisk övertygelse men kan också syfta på livsåskådningsövertygelse. EU-lagstiftaren har inte diskuterat betydelsen av, *eller övertygelse,* i något offentligt material. Övertygelsegrundens sammanbindning med religion tyder dock enligt min mening på att det snarare är livsåskådningsövertygelse som avses än politisk övertygelse. Visst stöd därför kan hämtas från artikel 21 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Där räknas ju både *religion och övertygelse* samt *politisk eller annan åskådning* upp. Man tycks uppfatta begreppsparen som separata. Liknande uppdelning görs också i andra MR-instrument.

I den svenska utredningen om hur direktivet skall implementeras i svensk rätt gavs direktivets övertygelsemomentet följande innebörd "med övertygelse avses grundläggande värderingar i livsåskådningsfrågor eller andra frågor av etisk karaktär".[117] Politisk övertygelse anses alltså inte inbegripas i övertygelsegrunden. Om någon nekas fackligt medlemskap på grund av politisk övertygelse så utgör det därför inte, enligt utredningen, otillåten diskriminering.[118] Om medlemskap nekas på grund av uppfattningar som tangerar både livsåskådningsövertygelse och politisk övertygelse som exempelvis ett avståndstagande mot dödsstraff så utgör emellertid nekandet diskriminering i direktivets och utredningens mening.

[116] Se s. 482ff.
[117] SOU 2002:43 s. 27, § 4 i den nya föreslagna lagen.
[118] SOU 2002:43 s. 258.

Det är ett flertal frågor som kan sägas höra hemma i bägge övertygelsegrupperna. Gränsen mellan begreppsparen är inte knivskarp. Hur skall man exempelvis kategorisera ett krav på att inte offentligt ge uttryck för att inte dela de värderingar som kännetecknar en demokratisk rättsstat, sådana de kommit till uttryck i svensk grundlag, Förenta Nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna?[119]

Att utgångspunkten i en verksamhet är övertygelsen om människans lika värde kan ju lika väl sägas vara av livsåskådningskaraktär som av politisk karaktär. Sådana krav skulle rimligen kunna omfattas av direktivet.

När direktiven skall vara implementerade måste således svensk rätt innefatta ett skydd mot att diskriminering tillämpas vid medlemskap och medverkan i arbetstagarorganisation. Från och med 2 december 2003 skall diskriminering på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder, sexuell läggning, ras eller etniskt ursprung vara förbjuden.[120] År 2005 skall även det reviderade direktivet om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män vara implementerat. Direktiven förhindrar fackföreningarna att på laglig grund diskriminera sina medlemmar på i direktiven angivna grunder.[121] Direktiven medför en förstärkning av skyddet för den enskildes fackliga föreningsfrihet i relation till fackföreningarnas kollektiva handlingsfrihet.

13.3.2.4 Folkrättsliga åtaganden

Utgångspunkten enligt internationella normer är att fackföreningarna i princip skall ha full frihet att själva avfatta sina stadgar och organisera sin verksamhet utan inblandning från det allmänna. I både ILO-konvention 87 artikel 2 och i FN-konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter artikel 8 1 a anges att var och en skall ha rätt att ansluta sig till en fackförening efter eget val *om annat ej följer av den aktuella föreningens stadgar*. Utgångspunkten är alltså att fackföreningen själv skall ha rätt att avgöra vem som skall bli och kvarvara som medlem. Innebär det då att fackföreningen enligt dessa instrument kan anta vilka godtyck-

[119] Att offentligt ge uttryck för något som står i strid med denna värdegrund kan läggas till grund för uteslutning ur Jusek, se s. 509.

[120] När det gäller ålder och funktionshinder kan dock implementeringstiden skjutas upp ytterligare tre år. Se art. 18.

[121] Direktiv 2000/43 artikel 16, 19 juli 2003; direktiv 2000/78 artikel 18, 2 december 2003; direktiv 2002/73 artikel 2, 5 oktober 2005.

liga stadgebestämmelser som helst? Svaret blir i princip ja. ILO:s föreningsfrihetskommitté har nämligen klargjort att interna dispyter mellan fackföreningen och dess medlemmar ligger utanför tillämpningsområdet för ILO-konventionerna nr 87 och nr 98 och därmed utanför kommitténs kompetens.[122]

Kommittén har dock berört frågeställningen utifrån ett annat perspektiv. Nämligen när den bedömer om statliga föreskrifter utgör otillbörliga inskränkningar i fackföreningens rätt att fritt avfatta sina stadgar och organisera sin verksamhet enligt artikel 3 ILO-konvention 87. Föreningsfrihetskommittén har angivit att de enda begränsningar som staten får uppställa rörande fackföreningars stadgar är sådana som enbart syftar till att *skydda medlemmarna* och garantera föreningens demokratiska organisering.[123] När det gäller begränsningar rörande stadgarnas utformning har ILO:s expertkommitté angivit att

> "the right of organisations to draw up their consitutions and rules must be subject to the need to respect fundamental rights ... This means that it would not be inconsistent with the requirements of the Convention to require that union rules must not discriminate against members or potential members on grounds of race or sex".

Det står således inte i strid med artikel 3 ILO-konvention 87 att i lag föreskriva att fackliga regler inte får vara diskriminerande mot medlemmar eller blivande medlemmar på köns- eller rasmässig grund.[124] Det är troligt att detta resonemang också kan tillämpas på andra diskrimineringsgrunder.[125] Något krav på att stadgarna skall vara förenliga med de mänskliga rättigheterna kan dock inte härröras från ILO-konvention 87.

FN-konventionerna tar inte ställning i frågan.

Enligt Europarådets sociala stadga måste en medlemsstat lagstifta för att förhindra att medlemmar utesluts ur fackföreningar på grund av deras ras, färg, kön, religion, politiska uppfattning, nationella eller sociala ursprung.[126] Kommittén har dock godtagit att ett sådant skydd utgår från praxis.[127]

[122] Digest 1996 p. 967, 972.
[123] Digest 1996 p. 331, 339, 343.
[124] EK sess. 76, 1989, UK, s. 236–237.
[125] Se exempelvis ILO-konvention 111 artikel 1 och ILO-rekommendation nr 111 artikel 2 f. I rekommendationen anges i den angivna paragrafen att fackföreningar inte skall utöva diskriminering med avseende å beviljande eller bibehållande av medlemskap i desamma eller deltagande i dessas fackliga angelägenheter. Denna bestämmelse hålls dock utanför den fackliga föreningsfriheten.
[126] Human Rights Social Charter monographs – No. 5, The Rights to organise and to bargain collectively, 2001 s. 15, härleder sin slutsats från C III s. 93, C IV s. 122–123, C V UK s. 132. Se också Kahn-Freund, 1972, s. 139–140.
[127] C XV-1, 2000, vol. 2, Sweden, s. 558.

Europarådets sociala stadga går därmed in i relationen mellan fackföreningen och dess medlemmar och begränsar fackföreningens handlingsfrihet till förmån för skyddet av de individuella aspekterna av den fackliga föreningsfriheten.

13.3.2.5 Sammanfattande kommentar

De kringgärdande normerna för fackföreningens rätt att fritt anta och utesluta medlemmar har utvecklats i svensk rätt sedan rättsordningen präglats av europeiska influenser. Uttalandet i praxis[128] om att uteslutning inte får vara diskriminerande på grund av ras, religion eller annan liknande omständighet eller vara grundad på annat jämförbart förhållande som får anses göra uteslutningen uppenbart otillbörlig har fått ett mer konkret innehåll. Fackliga uteslutningsbeslut får inte, oavsett om de har explicit eller implicit stöd i stadgarna, utgöra diskriminering på grund av ras, religion, kön, hudfärg, språk, politisk och annan åskådning, nationell eller social härkomst, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt eller annan liknande omständighet.[129] När EG:s tre diskrimineringsdirektiv implementerats i svensk rätt skall också skydd mot diskriminering på grund av funktionshinder, ålder, sexuell läggning och ett ännu starkare skydd mot diskriminering på grund av kön, och religion eller annan övertygelse säkerställas.[130, 131]

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att svensk rätt numera (och i än större utsträckning från och med år 2003 och år 2005) hindrar fackföreningar från att agera diskriminerande i sin verksamhet på flera grunder. För att återkoppla till den på politisk grund baserade uteslutningen så kan konstateras att göra medlemskap i en fackförening beroende av uttryckt övertygelse kan under vissa omständigheter hamna i strid med både Europakonventionens artikel 11 och EG-direktiv 2000/78.

De folkrättsliga svenska åtagandena på området kan sägas antingen godta, som i ILO-fallet, eller påbjuda, som enligt Europarådets sociala stadga, denna utveckling av svensk rätt.

Vad innebär då dessa normer i praktiken? Juseks nyligen ändrade stadgar skall tas som exempel. Enligt stadgarna bygger förbundets verksam-

[128] NJA 1998 s. 293, NJA 1990 s. 68, Europakonventionen Application no 10550/83 Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom, Young, James and Webster v UK.

[129] Europakonventionen artiklarna 11 och 14 och Application no 10550/83 Ernest Dennis Cheall v the United Kingdom, Young, James and Webster v UK.

[130] Direktiven 2000/78/EG, 2000/43/EG, 2002/73/EG.

[131] Se s. 482 ff. Se också exempelvis Lisa Waddington & Mark Bell, More equal than others: Distingguishing European Union Equality Directives, s. 600–601.

het på de *värderingar* som kännetecknar en demokratisk rättsstat, sådana de kommit till uttryck i svensk grundlag, Förenta Nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Stadgarna anger vidare att person som *offentligt ger uttryck för att inte dela de värderingar* som anges i stadgarnas inledande paragraf kan uteslutas. Att uteslutning på en sådan grund skulle kunna utgöra ett angrepp på åsiktsfriheten tycks uppenbart. Medför exempelvis stadgebestämmelsen att en medlem, som i en offentlig debattartikel föreslår att Sverige bör avträda Europakonventionen om Europadomstolen finner att svenska normer står i strid med konventionen, skulle kunna uteslutas?[132] Ett sådant beslut skulle under alla omständigheter knappast vara förenligt med svensk rätt. Enligt artikel 16 i direktiv 2000/78/EG anges dessutom att medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att bestämmelser i interna regler för arbetstagarorganisationer som strider mot principen om likabehandling förklaras ogiltiga eller ändras.

När det gäller våldsförespråkande åsikter skyddas de dock i allmänhet inte av internationellt betingade normer.[133]

Enligt LO tycks grunden för ställningstaganden rörande uteslutning av nazister vara att nazistiska åsikter bara är uteslutningsgrundande om de kompletteras med *aktiv handling*. De uteslutna har begått brott till stöd för sina åsikter.[134] Ingen som *verkar aktivt* för nazistiska idéer kan vara medlem i ett LO-förbund. LO-förbundens syfte är att verka för en samhällsutveckling på grundval av politisk, social och ekonomisk demokrati, en medlem får inte motverka förbundets syfte.[135]

Det är dock inte bara nazister och rasister som kan tänkas motverka de samhällsutvecklingssyften som återfinns i LO:s stadgar. Får exempelvis en moderat valstugefunktionär vara medlem i ett LO-förbund? Man skulle ju kunna säga att denne valstugefunktionär aktivt verkar för en annan samhällsstruktur än LO. Bestämmer man sig för att dessa val bottnar: värderelaterade bedömningar med livsåskådningsanknytning så är en sådan uteslutning inte rättsligt möjlig.

[132] Se exempelvis Kurt Junesjös artikel *Europadomstolen, ett hot mot strejkrätten?*. Finns återgiven på www.kurt.nu.

[133] Antingen faller sådana förbud in under de godtagbara inskränkningsgrunderna eller så framkommer det på annat sätt, se t.ex. ILO GS 1996 Equality in Employment and Occupation p. 45.

[134] Se t.ex. www.industrifacket.se nyhetsarkiv från november 2000 och januari 2001 som anger grunderna för uteslutning av två av deras medlemmar.

[135] Lag & Avtal nr 1/2000 LO:s kanslichef Erland Olauson i Handling avgör facklig uteslutning, EÖ, s. 11.

Fackföreningarna bör alltså iaktta försiktighet då de uppställer åsiktsrelaterade krav på individer som söker sig till det arbetsrelaterade skydd de kan tillhandahålla. Kampen mot rasism och nazism får inte öppna upp för kränkningar av de fundamentala värden kampen i sig är ägnad att säkerställa.

Det vore dock fel att uppfatta detta avsnitt som ett upprop mot fackföreningars vana att utesluta medlemmar av för verksamheten ovidkommande skäl. Det ligger förstås snarare i fackföreningarnas intresse att kvarhålla och rekrytera medlemmar. Avsnittet avser dock att spegla hur den individuella fackliga föreningsfriheten i detta avseende stärkts i förhållande till fackföreningens kollektiva handlingsfrihet. Fackföreningarna spelar i dag en så pass central roll i den europeiska samhällsstrukturen att de måste underordna sig spelregler som gäller för samhället i stort.

13.3.3 Arbetssökande

13.3.3.1 Inledning

Enligt RF 1:1:5 har *var och en* rätt att ansluta sig till en förening utan att hindras av det allmänna. När det gäller det särskilda föreningsrättsliga skydd som MBL tillhandahåller gäller vissa begränsningar rörande personkretsen. Arbetssökande omfattas exempelvis inte av MBL:s skydd.[136] Det är om de arbetssökande detta avsnitt kommer att handla.

13.3.3.2 Svensk rätt före 1995

Eftersom något skydd för de arbetssökandes föreningsrätt inte finns i svensk rätt finns inget rättsligt hinder mot att privata arbetsgivare diskriminerar arbetssökande vid rekrytering därför att den arbetssökande är fackföreningsmedlem, medlem i fel fackförening eller inte är medlem i någon fackförening alls. Frågan om de arbetssökandes föreningsrätt berör alltså både rätten att stå utanför en fackförening och rätten att tillhöra fritt vald fackförening. Diskriminering kan förekomma av båda skälen.[137] Offentliga arbetsgivare är dock bundna av särskilda regler som gör att

[136] Bergqvist, Lunning, Toijer, s. 138.

[137] Vissa undantag från denna regel återfinns dock i företrädesrättsreglerna i LAS, se också SOU 1994:141 där det påpekas att skyddet vid företrädesrätt i LAS inte medför föreningsrättskränkning om organisationstillhörighet får betydelse vid återanställning. Däremot skulle skadeståndsskyldighet enligt LAS kunna uppkomma s. 164. Skydd finns också då arbetsgivaren försöker förmå den arbetssökande att ändra sin organisationstillhörighet eller avsaknad av densamma SOU 1975:1 s. 236, hänvisning görs till uttalanden i prop. 1940:106 s. 21.

föreningsbaserad diskriminering inte får förekomma vid rekrytering till statliga arbetsplatser (RF 1:9, 11:9, LOA § 4).

Något föreningsrättsligt skydd för arbetssökande fanns inte heller före MBL:s tillkomst. Skyddet för föreningsfriheten erkändes, som nämnts, först i det centrala kollektivavtalet mellan SAF och LO 1906, den s.k. decemberkompromissen. I avtalet skyddades föreningsrätten i *anställningen.* Arbetsgivarens rätt att *fritt anställa* och avskeda arbetare lämnades dock intakt. Inte förrän år 1936 antogs en lag om föreningsrätten. Lagen fick namnet lagen om föreningsrätt och förhandlingsrätt. Namnet speglar det bakomliggande synsättet. I proposition 1935:31 lanserades idén om att förhandlingsrätten och föreningsrätten skulle ses som en enhet.

> "Det skydd för föreningsrätten, som jag sålunda föreslår skola beredas parterna såväl på arbetsmarknaden som på andra ekonomiska områden, synes böra utsträckas till att avse även rätt för arbetare och andra anställda att ingå i förhandling om en kollektiv reglering av arbetsvillkoren. Kravet på kollektivavtal är nämligen det naturliga uttrycket för organisationernas framträdande såsom representant för personalen vid förhandlingar om arbetsvillkoren".[138]

Detta synsätt har präglat utformningen av skyddet för föreningsfriheten sedan dess.

Utgångspunkten för diskussionerna när det gällde arbetssökandes föreningsfrihet var arbetsgivarens fria anställningsrätt. Arbetsgivaren hade dock möjlighet att genom avtal avsäga sig den fria anställningsrätten och förbinda sig att bara anställa en viss fackförenings medlemmar. Fokus i de följande diskussionerna hamnade på sådana organisationsklausulers tillåtlighet och parternas rätt att exempelvis genom stridsåtgärder förmå andra individer på samma sida att ansluta sig till viss organisation. Organisationsklausulerna sågs vid denna tid som en viktig del av den fackliga verksamheten. Argumentet mot att förbjuda dessa var att ingrepp inte skulle göras i de fackliga organisationernas rätt att i konkurrens med varandra genom avtal med arbetsgivare tillförsäkra sina medlemmar *arbetstillfällen.*[139] SAF hade en annan syn på organisationsklausulerna och var allmänt kritisk till dess förekomst. Organisationen ansåg att lagen borde bereda ett effektivt skydd mot förfaranden, som var direkt ägnade att monopolisera arbetstillfällena för viss arbetstagarorganisations medlemmar, och skydda arbetsgivare mot stridsåtgärder som ytterst hade sin grund i konkurrenstvister mellan arbetstagarorganisationer.[140]

[138] Prop. 1935:31, s. 59.
[139] SOU 1975:1 s. 217, SOU 1933:36 111 f.
[140] SOU 1934:10

I den propositionen som ledde till FFL:s antagande angavs att frågan om organisationstvång inte hörde systematiskt hemma i en lagstiftning om förenings- och förhandlingsrätt i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare; organisationstvång hänförde sig nämligen inte till förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare utan till förhållandet mellan arbetstagare inbördes, respektive arbetsgivare inbördes.[141]

Inför revideringen av FFL behandlade den utredningsansvarige organisationsklausulerna utifrån en något annorlunda perspektiv och angav att man endast i ett vidare sammanhang kunde bedöma betydelsen för arbetsmarknaden av förslag, som kunde medföra att organisationsklausuler blev ogiltiga i vad de avsåg åläggande för arbetsgivare att vid anställning av arbetstagare hålla sig till viss organisation. Mot denne bakgrund kunde inte den sakkunnige lägga fram förslag som innebar hinder för arbetsgivare att systematiskt undvika att anställa arbetstagare tillhörande viss förening.[142] Vid sidan av organisationsklausulerna höll man dock fast vid värnandet av arbetsgivarens fria anställningsrätt. Departementschefen angav inför revideringen av FFL rörande föreningsrättens koppling till anställningen att:

> "Väl bör föreningsrätten icke kunna inkräkta å arbetsgivarens fria val vid anställandet av arbetskraft; en arbetsgivare, vilken vägrar att anställa sådana arbetstagare, som äro organiserade eller äro organiserade i visst förbund, bör sålunda därigenom icke göra sig skyldig till kränkning av föreningsrätten. Men om en arbetsgivare, då fråga är om anställandet av viss arbetstagare, därvid vidtager en åtgärd direkt i syfte att förmå arbetstagaren att icke inträda i eller att utträda ur en arbetstagarorganisation, bör kränkning av föreningsrätten kunna anses vara för handen".[143]

Innebörden av detta uttalande har angivits vara oklart. Den har heller inte klargjorts i praxis. Det kan dock tolkas som att det står arbetsgivaren fritt att välja bort en arbetstagare på grund av dennes fackliga tillhörighet men inte direkt uttala att vederbörande får anställningen om han eller hon utträder ur viss organisation.

Motionärer i riksdagen hemställde även efter revideringen av FFL om ytterligare en översyn av lagen bland annat därför att medveten underlåtenhet att anställa medlemmar i en facklig organisation inte utgjorde föreningsrättskränkning.[144] LO yttrade sig i frågan och angav att det saknades anledning att frångå den ståndpunkt LO tidigare intagit att, hän-

[141] Prop. 1936:240
[142] SOU 1939:49, s. 68.
[143] Prop. 1940:106, s. 21.
[144] Motion FK 1951:45 och AK 1951:65. Se också AK 1966:715 behandlad i L2U 1966:74.

synen till organisationsklausulerna nödvändiggjorde en konstruktion av lagen enligt vilken vägran att anställa organiserade eller medlemmar av viss organisation inte var föreningsrättskränkning.[145] Motionerna föranledde ingen åtgärd vare sig år 1951 eller år 1966.

Krav på att arbetssökande skulle omfattas av det föreningsrättsliga skyddet väcktes även senare.[146] När frågan togs upp av arbetsrättskommittén (ARK) som utarbetade förslaget till MBL var det tydligt att frågeställningens principiella karaktär och dess betydelse för värnandet av den enskildes föreningsfrihet ansågs tämligen ointressant. Kommittén framhöll att det inte fanns några juridiska eller logiska skäl som nödvändiggjorde att det lagstadgade skyddet utvidgades till att omfatta de arbetssökande och konstaterade att systematisk vägran av arbetsgivare att anställa arbetstagare som står utanför viss organisation knappast torde förekomma i praktiken med mindre arbetsgivarens handlande berodde på en för honom bindande organisationsklausul. Frågeställningen behandlades därför tillsammans med den om organisationsklausulers lovlighet. ARK instämde i tidigare utredningars ståndpunkt att bedömningen från föreningsrättslig synpunkt av systematisk underlåtenhet att anställa oorganiserade eller medlemmar i viss organisation inte borde få utfalla olika beroende av om arbetsgivaren var bunden av organisationsklausul eller inte.[147] Varför ARK bara intresserade sig för systematisk diskriminering framkom inte.

Syftet med föreningsrättsreglerna i FFL, den lag som föregick MBL, var menade ARK, att skydda mot sådana angrepp som var ägnade att hindra eller försvåra utövandet av rätten att *förhandla* genom organisation. Om denna inriktning skulle bibehållas i den nya lagen fanns inga skäl att under föreningsrättsskyddet inbegripa anspråket att få vara oorganiserad. Oorganiserade var ju inte involverade i fackföreningsbaserad kollektiv förhandling. Kommittén medgav i och för sig att dessa argument inte gällde organiserade arbetssökande. De menade emellertid att lagstiftningstekniska skäl och praktiska överväganden motiverade att gränsen drogs vid träffandet av anställningsavtalet. Några juridiska eller logiska skäl nödvändiggjorde ju inte att det lagstadgade skyddet utvidgades till att gälla även den negativa föreningsrätten eller till att omfatta även de organiserade arbetssökandes positiva föreningsrätt. Frågan var i stället att se som en *värderingsfråga* (min kursivering) och vid dess bedömande fick man överväga de lagtekniska möjligheterna som stod till buds för att

[145] L2U 1951:31 s. 16ff.
[146] Se t.ex. SOU 1975:1, s. 230.
[147] SOU 1975:1 s. 230 hänvisar till SOU 1939:49 s. 72; jfr LO i yttrande till andra lagutskottet, L2U 1951:31 s. 23.

åstadkomma det eftersträvade resultat och undersöka vilka återverkningar på regelsystemet i övrigt som en utvidgning på en eller flera punkter kunde få. Kommittén tog som exempel upp den effekt en utvidgning av föreningsrättsskyddet skulle få för den gränsdragning – i gällande rätt av grundläggande betydelse – som gjordes mellan det område där part bör ha frihet att med fackliga stridsmedel hävda sin ståndpunkt i intressefrågor, och det område där skilda förfaranden skall anses utgöra kränkning av den föreningsrätt som tillkommer någon på motsidan.[148]

Arbetsrättskommittén ansåg att en regel som innebar att arbetsgivare inte fick vägra anställa någon på grund av organisationstillhörighet eller brist därpå skulle få mycket långtgående verkningar. Det skulle nämligen vara så svårt att bevisa vilket det verkliga syftet bakom en anställningsvägran var att en bevisregel motsvarande den som AD tillämpade i föreningsrättsmål därför skulle krävas. Kommittén menade att en sådan bevisregel skulle medföra en allmän skyldighet för arbetsgivaren att, åtminstone i konkurrens mellan organiserade och oorganiserade eller mellan arbetssökande med olika facklig hemvist, anställa den efter något särskilt kriterium mest meriterande. Kommittén ansåg dock inte att utbildandet av regler för meritvärdering var något som lämpade sig för lagstiftning i föreningsrättsliga sammanhang. Kommittén ansåg också att en sådan regels långtgående verkningar i de nämnda konkurrensfallen skulle te sig märkliga om i andra fall principen om arbetsgivarens fria anställningsrätt skulle bibehållas. Vidare angav kommittén att i princip enbart underlåtenhet att anställa borde vara att jämställa med vägran att anställa, "torde vidare om det över huvud skall vara möjligt att nå full likstämmighet mellan de förut berörda kategorierna av arbetssökande, vara nödvändigt att införa obligatorisk arbetsförmedling eller något liknande system." En lösning på problemet låg enligt kommittén tydligt utanför uppdraget. Därmed lämnades frågan om en allmän regel om skydd för de arbetssökandes föreningsrätt.[149]

Kommittén studerade de internationella åtaganden på området och gick igenom ILO-konventionerna 87 och 98, Europakonventionen, Europarådets sociala stadga, FN:s konventioner om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och om medborgerliga och politiska rättigheter. Frågan om hur de arbetssökandes föreningsrätt behandlats i dessa instrument berördes dock inte.[150]

[148] SOU 1975:1 s. 230–231.
[149] SOU 1975:1 s. 235–236. Kommittén diskuterade mindre ingripande regler men ansåg att de skulle öppna upp för kringgående och bevissvårigheter och slå alltför ojämnt.
[150] SOU 1975:1 s. 258–267.

Departementschefen ansåg att ARK framfört övertygande skäl för att en lagstiftning om föreningsrättsskydd för arbetssökande inte skulle fylla sitt syfte.[151] Departementschefen inledde dock sitt avsnitt om föreningsfriheten med att ange ändamålet med reglerna om skydd för föreningsrätten i lagen (1936:506) om förenings- och förhandlingsrätten. Ändamålet angavs vara att ge stöd åt arbetstagarnas anspråk på att utan ingrepp från arbetsgivarsidan få sluta sig samman och bedriva verksamhet i fackliga organisationer. Föreningsrättsskyddet hade till uppgift att slå fast själva principen om rätten för arbetstagarna att företrädas av fackliga organisationer i förhållande till arbetsgivaren. Det hade påpekade departementschefen uppfattats som en förutsättning för eller, om man så vill, en del av den i lag fastslagna rätten för arbetstagarna att förhandla kollektivt med arbetsgivaren.[152] Det tycks som om departementschefen ville nyansera bilden av föreningsrättsskyddets syfte något och inte bara framställa den som ett medel för att uppnå målet – kollektivavtalet. Det är dock värt att notera att ingenting sades om arbetstagarens *fria val* av fackförening. Departementschefen godtog kommitténs förslag att inte utvidga den rådande omfattningen av föreningsrätten mot bakgrund av dess koppling till förhandlingsrätten.[153]

En ny arbetsrättskommitté (NARK) tillsattes snart efter MBL:s ikraftträdande. Den behandlade ånyo de arbetssökandes föreningsrätt.[154]

NARK påpekade att det var skyddet för de oorganiserade och för de fackliga minoriteterna som saken i första hand gällde vilket bestyrktes av att kraven på lagändring inte framställts av de stora organisationerna på arbetsmarknaden. De stora organisationerna ansåg sig kunna lita till de fackliga maktmedel som låg i rätten att vidta fackliga stridsåtgärder i form av blockad mot arbetsgivare som vägrade anställa dem som organiserat sig fackligt och som vägrade teckna kollektivavtal. Detta bestyrktes också av utformningen av de förslag till lagstiftning som lagts fram av dem som begärde en förändring av lagen.[155]

NARK angav att kärnfrågan rörande skyddet av arbetssökandes föreningsrätt var om man skulle stifta lag för att resa hinder mot att arbetsgivare vägrar anställa arbetstagare på grund av deras medlemskap i en viss

[151] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 201, 205–206.
[152] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 205.
[153] A.a. s. 206.
[154] SOU 1982:60 s. 7, 10, 277. Kommittén tillsattes för att studera vissa frågor som inte löstes av arbetsrättskommittén samt studera tillämpningen av den nya medbestämmandelagstiftningen.
[155] (Jfr t.ex. den motion som behandlades i InU 1975/76:45 s.29 och som innehöll ett förslag som närmast hade karaktären av ett förbud mot organisationsklausuler). SOU 1982:60 s. 282.

facklig organisation eller på grund av att de är oorganiserade. I realiteten var frågan om ett hinder skulle resas mot att arbetsgivare i kollektivavtal förbinder sig att ge företräde till anställning åt den kollektivavtalsslutande arbetstagarorganisationens medlemmar, eller med andra ord att arbetsgivaren träffar avtal om en organisationsklausul. Hindret skulle resas till förmån för medlemmar i konkurrerande fackliga organisationer (i regel "fackliga minoriteter") och därmed, vara en vidgning av det positiva föreningsrättsskyddet men det skulle också gälla till förmån för oorganiserade och därmed vara "ett negativt föreningsrättsskydd" för arbetssökande. Det som skulle bedömas i sak var därför om det borde stiftas lag mot organisationsklausuler.[156] *En lag till skydd för arbetssökande måste påpekade NARK, för att ha någon mening, sätta föreningsrättsskyddet för arbetssökande framför arbetsgivares och arbetstagarorganisationernas rättsliga möjlighet att träffa och upprätthålla avtal om företräde till arbete för arbetstagarorganisationens medlemmar.*[157]

Förutom den ovan kursiverade kärnfrågan gjorde kommittén ett andra grundkonstaterande och gick tillbaka till det faktum att de stora organisationerna inte ställt krav på föreningsrätt för arbetssökande och att det antogs bero på deras möjlighet att tillskansa sina medlemmar ett sådant skydd genom *stridsåtgärder*. Kommittén menade att denna aspekt lyfte upp det faktum att det någonstans måste gå en gräns mellan området för tillåtna fackliga stridsåtgärder och det område där skilda förfaranden skall anses utgöra en kränkning av själva grundsatsen om de fackliga organisationernas rätt att fritt bedriva sin verksamhet. Det är svårt att dra gränsen mellan vad som är en fråga om rätt att bedriva facklig verksamhet och vad som är en intressefråga i förhållandet mellan två parter på arbetsmarknaden. Kommittén anförde att:

> "(i) själva verket kan det med hänsyn till gränsdragningssvårigheterna vara nödvändigt att avstå från att söka utvidga det i lagen föreskrivna föreningsrättsskyddet till att omfatta allt som i och för sig skulle kunna vara ett angrepp på den fackliga verksamheten som sådan och i stället lita till andra medel, bland dem den allmänna opinionsbildningen och den principiellt fria rätten för arbetsmarknadens organisationer att hävda sina legitima intressen med fackliga påtryckningsåtgärder. ... Problemet var gränsen skall dras mellan det av lagen skyddade området och området för det fria spelet mellan olika intressen och intressegrupper på arbetsmarknaden möter för övrigt också när den grundläggande motsättningen ligger i konkurrensen mellan fackliga organisationer".

[156] SOU 1982:60 s. 282–283.
[157] A.a. s. 283.

Kommittén pekade ju här på att grundsatsen om tillämpningen av den fria rätten att tillgripa ekonomiska påtryckningsåtgärder i s.k. intressetvister sätts i fråga: "I vad mån det finns skäl att lagstiftningsvägen begränsa den rätten är en fråga för sig av större omfattning och i det väsentliga av annan innebörd än dem som vi nu har behandlat".[158]

När det gällde överväganden av lagteknisk natur angav kommittén att en lagregel om föreningsrättsskydd för arbetssökande skulle medföra att man införde rättsliga begränsningar av långtgående art i den principiellt sett fria anställningsrätten på den privata arbetsmarknaden. Kommittén tog upp den förra kommitténs argument om meritvärdering och obligatorisk arbetsförmedling och konstaterade å ena sidan att så långtgående verkningar inte borde övervägas. Andra lösningar skulle å andra sidan då i stället bli verkningslösa.[159] Den nya arbetsrättskommittén fann därför inte anledning att dra andra slutsatser av det föregående än den tidigare arbetsrättskommittén. Kommittén påpekade dock att bilden delvis hade förändrats något i och med att jämställdhetslagen tillkommit genom vilken diskriminering av arbetssökande på könsmässig bas förbjöds. Kommittén angav visserligen att jämställdhetslagen visar att lagstiftning som ställer stora krav på objektivitet vid anställningstillfället är genomförbar, även om objektivitetskravet inte är generellt utan tar sikte på viss form av diskriminering. Inte desto mindre visade lagen vilka svårigheter som var förbundna med lagstiftning av denna kraktär. Dessutom var det inte säkert, angav kommittén, att den lösning som valts i jämställdhetslagen utan vidare kunde överföras till föreningsrättsområdet. Den nya arbetsrättskommittén avslutade dessa överväganden med att ange att "(d)et avgörande skälet för oss att dela den förra arbetsrättskommitténs mening om sådana direkt på ... föreningsrättsskyddet för arbetssökande inriktade lagregler som här diskuterats är emellertid vad vi har sagt i det föregående om lagstiftningsfrågans reella innebörd, nämligen huruvida man bör eller inte bör överväga ett ingripande i lag mot organisationsklausuler".[160]

Både ARK och NARK behandlade enskilt frågan om organisationsklausulernas framtida tillåtlighet. Enligt svensk rätt erhöll organiserade arbetstagare skydd mot organisationsklausulers tillämplighet *under* anställningen genom 1940 års ändringar i FFL och oorganiserade i och med anställningsskyddslagens ikraftträdande år 1974.[161] I förarbetena till LAS anges att brist på organisationstillhörighet inte utgör saklig grund för upp-

[158] SOU 1982:60 s. 284.
[159] SOU 1982:60 s. 285.
[160] SOU 1982:60 s. 286.
[161] Prop. 1973:129 s. 127–128.

sägning.[162] Därmed kunde organisationsklausuler enbart tillämpas vid rekryteringar. Arbetsrättskommittén diskuterade ett särskilt förbud mot organisationsklausuler och kom fram till att något förslag om lagstiftning rörande organisationsklausuler inte borde läggas fram.[163] Arbetsrättskommittén påpekade att det allmänna betraktelsesättet som de ansåg präglade arbetsmarknadens parter var att föreningsmedlemskapet i princip fritt borde få avgöras av den enskilde. Kommittén angav att dess bestämda uppfattning var att facklig anslutning principiellt borde ske frivilligt och bero av den enskildes bestämmanderätt. Avsaknad av lagstadgat skydd fick inte medföra missbruk av den avtalsfrihet som rådde på området.[164]

Det som konkret kom att diskuteras var ett allmänt förbud mot organisationsklausuler och om en begränsning av rätten att vidta stridsåtgärder för att genomdriva sådana klausuler.[165]

Kommittén ansåg att ett lagstadgat förbud mot organisationsklausuler inte skulle hindra arbetsgivare och arbetstagarorganisationer att, trots att saken inte var kollektivavtalsreglerad, likväl enas om att låta enbart medlemmar i organisationen vara anställda hos arbetsgivaren – och inget hinder skulle föreligga för arbetsgivare att frivilligt uppfylla en i och för sig ogiltig organisationsklausul i kollektivavtal. Dessutom påtalades lättheten att kringgå den nu avsedda ogiltighetsregeln genom avtal om diskriminering i andra former av oorganiserade och medlemmar i konkurrerande organisationer – främst genom avtal om att tillämpa sämre anställningsförmåner för dem. ARK ansåg att om en lagstiftning på området skulle göras effektiv så måste den även nå dessa fall. En sådan lagstiftning skulle dock enligt kommittén nödvändiggöra fastslåendet av en princip om likabehandling av olika kategorier arbetstagare eller med andra ord en sådan lagregel om kollektivavtalets normerande verkan inför vilken kommittén reser tvekan.[166]

NARK konstaterade att organisationsklausulerna betydelse mätt i antalet arbetstagare var på ständig nedgång. De återfanns då främst i hängavtal på sådana områden som kännetecknades av att det fanns ett stort antal små och tillfälliga arbetsplatser, som exempelvis byggbranschen. Organisationsklausulerna motiverades där med att de bidrog till att möjliggöra för de fackliga organisationerna att övervaka att arbetsgivarna på ett riktigt sätt följde gällande lagar och allmänt vedertagna normer för arbetslivet. Bevakningen var ju beroende av att det fanns medlemmar

[162] Prop. 1973:129 s. 127–128, SOU 1975:1 s. 237.
[163] SOU 1975:1 s. 241.
[164] SOU 1975:1 s. 241–242.
[165] SOU 1975:1 s. 241.
[166] SOU 1975:1 s. 241.

på arbetsplatsen. Därigenom motverkades osund konkurrens dvs. social dumpning. Dessutom anfördes att alla anställda bör bidra till det fackliga arbete som gynnar alla.[167]

NARK kom till samma ställningstagande som ARK och någon lagstiftning föreslogs inte.[168]

Båda arbetsrättskommittéernas ställningstagande innefattade enligt dem själva ett bestämt och enhälligt uttalat stöd för grundsatsen att facklig anslutning principiellt bör ske frivilligt och bero av den enskildes bestämmanderätt. Den grundsatsen var emellertid i deras tycke inte liktydig med att man borde ingripa med lagstiftning om organisationsklausuler, med det ingrepp i avtalsfriheten som det innebar. De menade att missbruk av avtalsfriheten inte fick tillåtas. Något missbruk tycktes inte enligt kommittéerna förekomma vid något av utredningstillfällena.[169]

I det material som publicerades av 1992 års arbetsrättskommitté återfinns inga diskussioner om de arbetssökandes föreningsrätt. Däremot diskuterades organisationsklausulerna och den negativa föreningsfriheten något.[170] Kommittén konstaterade att organisationsklausuler tillämpades av AD så sent som år 1986 i AD 1986 nr 68. Arbetsgivaren fick då betala skadestånd till organisationen därför att han underlåtit att tillämpa en organisationsklausul vid nyanställning som innebar att företräde skulle ges viss organisations medlemmar vid nyanställning.

Kommittén angav att bruket av organisationsklausuler var på ständig tillbakagång och fick betrakas som relativt sällsynta. De förekom dock exempelvis i hängavtal i byggbranschen.[171] Kommitténs arbete ledde inte till några förslag eller förändringar på området.[172]

Arbetssökande saknar fortfarande ett explicit föreningsrättsligt skydd i svensk rätt. Ett fåtal organisationsklausuler är fortfarande i kraft. Utgångspunkten för lagstiftarens överväganden i denna fråga synes ha varit dess övertygelse om att diskriminering av arbetssökande är ett i praktiken föga förekommande problem. De etablerade organisationerna förfogar nämligen över tillräckliga maktmedel för att tillse att deras medlemmar inte diskrimineras. Förekommer diskriminering tycks den i första

[167] SOU 1982.60 s. 289.
[168] SOU 1982:60 s. 289.
[169] SOU 1982.60 s. 289.
[170] SOU 1994:141 s. 176–177.
[171] SOU 1994:141 s. 175–176.
[172] Regeringen beslutade den 27 oktober 1994 att 1992 års arbetsrättskommitté skulle upphöra. Vid denna tid hade kommittén inte gjort något slutligt ställningstagande i de frågor som här är av intresse.

hand drabba minoritetsorganisationers medlemmar och oorganiserade. Systematisk diskriminering av dessa grupper förekommer bara i den mån organisationsklausuler är tillämpliga. Bruket av organisationsklausulerna är dock på väg att avta. Den diskriminering av medlemmar i minoritetsorganisationer och av oorganiserade som förekommer anses inte vara av sådan omfattning att den kan föranleda viss förflyttning av gränserna för tillåtligheten av den kollektiva förhandlingen och rätten att vidta stridsåtgärder. Ett i lag angivet skydd för arbetssökandes föreningsfrihet skulle nämligen inkräkta på de fackliga organisationernas möjligheter att genom stridsåtgärder och kollektiv förhandling ge företräde åt sina egna medlemmar vid rekryteringen. Men eftersom förekomsten av organisationsklausuler är på väg att ebba ut fyller värnandet av dessa kollektiva principer inte någon påtaglig praktisk funktion. Lagstiftaren anser dock att värnandet av dessa principers okränkbarhet, det vill säga principen om den fria förhandlingsrätten och den fria strejkrätten, väger tyngre än värnandet av föreningsfriheten vid rekrytering för medlemmar i minoritetsorganisationer och för oorganiserade.

De argument som anförts rörande de praktiska svårigheter ett sådant diskrimineringsförbud skulle medföra får nog anses vara överspelade i och med de ingrepp i arbetsgivarens fria anställningsrätt som införts och kommer att införas i och med antagandet av alla de diskrimineringslagar som har tillämplighet vid rekrytering.[173] Även om dessa regler kompletteras med andra åtgärder får man utgå ifrån att de inte antagits om de inte avsåg att fylla ett väsentligt syfte.

I detta sammanhang är det egentligen inte min uppgift att analysera dessa arguments hållbarhet.[174] Min uppgift är i stället att undersöka om rättsläget förändrats i och med Europakonventionens införlivande i svensk rätt och i och med EU-medlemskapet samt förhålla rättsläget till internationella åtaganden på området.

[173] 1999 års diskrimineringslagar, EG-direktiven2000/43, 2000/78, 2002/, SOU 2002:43 s. 183–186, se Glavå kap. 3.4 s. 218ff.

[174] För sådana argument se Anna Christensen, Den etablerade fackföreningen och minoritetsorganisationen, i perspektiv på arbetsrätten, vänbok till Axel Adelcreutz, 1983 s. 15–19 Anna Christensen pekade redan 1983 på ihåligheten i lagstiftarens resonemang mot att skydda föreningsfriheten för arbetssökande. Hennes slutsats blev att "(a)ntingen måste det vara så att lagstiftaren – tvärtemot vad han påstår – gillar och accepterar den pågående diskrimineringen, som ju tenderar att försvaga minoritetsorganisationerna, eller så anser lagstiftaren att frågan inte är så viktig, att den är värd en konflikt med de etablerade fackliga organisationerna i de branscher, där organisationsklausuler och diskriminering förekommer", s. 18.

[175] Rådets direktiv 2000/78/EG av den 7 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet EGT nr L 303 02/12/2000 s. 16–22 och EGT nr L 2 05/01/2001 s. 42.

13.3.3.3 Svensk rätt efter 1995 a

Har EU-medlemskapet medfört någon förändring av rättsläget? I direktiv 2000/78 om förbud mot diskriminering i arbetslivet[175] anges att diskrimineringsförbudet är tillämpligt på villkor för tillträde till anställningen, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, (artikel 3 1 a). Direktivet är således tillämpligt på arbetssökande. Arbetssökande får inte utsättas för indirekt eller direkt diskriminering på någon av de grunder som direktivet anger, det vill säga inte på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Kan dessa grunder omfatta diskriminering på grund av fackligt medlemskap eller avsaknad av fackligt medlemskap? Det är återigen kriteriet *annan övertygelse* som för detta syfte skall studeras närmare. Att övertygelsemomentet snarare kopplas till livsåskådningsövertygelse än politisk sådan har angivits. Det har också uppmärksammats att många frågor kan anses utgöra både livsåskådningsfrågor och politiska åskådningsfrågor. Frågan är då om val av fackföreningsmedlemskap kan anses beröra någon typ av åskådning? Att frågor om medlemskap i en fackförening kan kopplas till livsåskådningsfrågor framgår av Europadomstolens praxis. Europadomstolen har hänvisat till både artiklarna 9 och 10 i Europakonventionen då det gäller åskådningsfrågor kopplade till val rörande fackligt medlemskap.

> "The protection of personal opinion afforded by Articles 9 and 10 in the shape of freedom of thought, conscience and religion and of freedom of expression is also one of the purposes of freedom of association as guaranteed by article 11. Accordingly it strikes at the very substance of this article to excert pressure, of the kind applied to the applicants, in order to compel someone to join an association contrary to his conviction".[176]

Artikel 9 skyddar tankefriheten, samvetsfriheten och religionsfriheten. Artikelns tillämpningsområde måste anses ha nära kopplingar till det begrepp som återfinns i EG-direktiv 2000/78.[177] Det förefaller sålunda som om det allmänna likabehandlingsdirektivet skulle kunna medföra ett visst skydd för arbetssökandes föreningsfrihet. Anför den arbetssökande att valet i fackföreningsfrågan är av övertygelsekaraktär så torde arbetsgivaren vara förhindrad att diskriminera den arbetssökande på denna grund.[178]

[176] Young, James and Webster, p. 57.

[177] För tolkning av artikel 9 se Danelius, 2002, s. 296–297 som utgår ifrån att det är livsåskådningsövertygelse som avses liksom Cameron, 4th ed, s. 104–106 och van Dijk & van Hoof s. 541–543.

[178] Se s. 340f om målet Sibson där övertygelsemomentet ej aktualiserades enligt domstolen.

Europakonventionens innehåll i detta avseende behandlas längre fram. Dess innehåll måste nämligen förhållas till andra internationella instrument.

13.3.3.4 Folkrättsliga åtaganden

Formerna för det skydd som fackliga medlemmar och aktiva skall åtnjuta mot facklig diskriminering kommer i ILO-sammanhang huvudsakligen till uttryck i ILO-konvention 98 om organisationsrätten och kollektiv förhandling.

Eftersom jag i detta skede enbart är intresserad av arbetssökandes situation så vill jag fästa uppmärksamheten på den aspekt av bestämmelsen som rör själva rekryteringsförfarandet. Artikel 1:2 a i ILO-konvention 98 ger enligt ordalydelsen intryck av att kunna tillämpas då någon avskedas därför att vederbörande förbundit sig att inte tillhöra någon fackförening under anställningen men ändå under denna tid kvarblivit eller inträtt i en fackförening. Staten får inte göra sådana avtalsvillkor giltiga enligt konventionen. Om man därmed kan dra slutsatsen att arbetsgivaren inte får göra urvalet vid själva rekryteringen på basis av ett fackföreningsmedlemskaps vara eller inte vara är därmed inte självklart. Expertkommittén har emellertid klargjort att bestämmelsen innebär att arbetstagare skall åtnjuta ett adekvat skydd mot antifacklig diskriminering både "at the time of taking up employment and in the course of employment".[179] Arbetsgivaren får alltså inte göra frånvaron av fackföreningsmedlemskap till ett anställningsvillkor. Enligt föreningsfrihetskommittén och expertkommittén skall skyddet gälla både vid själva rekryteringen och under anställningen.[180] Kommittéerna pekar dock på de bevissvårigheter som uppenbarar sig för den arbetssökande vid antifacklig diskriminering. I länder där det exempelvis förekommer svartlistning av fackligt aktiva hos arbetsgivarna, krävs att regeringen vidtar kraftfulla åtgärder för att eliminera sådant bruk.[181] Kommittén ålägger staten att i allmänhet vidta aktiviteter som gör att bevisproblematiken åtgärdas genom att exempelvis justera bevisbördans placering.[182] Expertkommittén har också angivit att

[179] ILO GS 1994 p. 203

[180] ILO GS 1994 p. 210, ILO Digest 1996 p. 695, 710, se också ILO EK, 88 sess, 2000. Guinea, s. 237, se också Tajgman & Curtis, Freedom of Association: A user's guide, Standards, principles and procedures of the International Labour Organization, 2000 s. 33.

[181] ILO GS 1994 p. 211, Digest 1996 p. 709–711.

[182] GS 1994 p. 217.

lagstiftningen skall innehålla särskilda föreskrifter i syfte att skydda arbetstagare mot antifacklig diskriminering vid rekrytering och under anställningen. Dessa föreskrifter skall vara åtföljda av effektiva och snabba procedurer och tillräckligt avskräckande sanktioner.[183]

Det skall hållas i minnet att antifacklig diskriminering anses ytterst allvarligt i ILO-sammanhang. Ett oriktigt avsked som beror på fackligt engagemang måste enligt ILO:s övervakningsorgan behandlas mer strängt än andra uppsägningar. Detta beror på att den fackliga föreningsfriheten är en grundläggande rättighet.[184]

Utgångspunkten är alltså att även arbetssökande skall garanteras en *positiv* föreningsfrihet. Rätten att stå utanför fackföreningarna garanteras inte av ILO-konventionerna. Den frågan ligger i princip utanför konventionernas tillämpningsområde.

Enligt ILO är frågan om arbetssökandes föreningsrätt separerad från frågan om organisationsklausuler. ILO:s övervakningsorgan har nämligen inte ansett det vara problematiskt att samtidigt skydda arbetssökandes föreningsrätt och inte ta ställning till organisationsklausuler överhuvudtaget. Det är förståeligt att ILO intar denna position, inte minst mot bakgrund av att sådana klausuler bara förekommer i ett fåtal av organisationens medlemsländer.

Det klargjordes redan under förarbetena till konventionen och har därefter bekräftats av övervakningskommittéerna att organisationsklausulernas vara eller icke vara *inte* avgörs av konvention 98. Konventionen skall inte tolkas som vare sig "authorizing or prohibiting trade union security clauses".[185] Organisationsklausulerna faller utanför tillämpningsområdet och får således helt avgöras nationellt.

Även om förekomsten av organisationsklausuler kan inskränka det skydd konventionen tillhandahåller arbetssökande så kvarstår den grundläggande principen att rekrytering inte får baseras på facklig diskriminering. För de fall organisationsklausuler inte är tillämpliga är staten således skyldig att anta effektiva föreskrifter för att skydda arbetstagare mot antifacklig diskriminering vid rekrytering.

För att leva upp till åtagandena rörande ILO-konvention 98 måste således de ratificerande staterna säkerställa att inte diskriminering på grund

[183] EK, 88 sess, 2000 Guinea s. 237, Lebanon s. 242, Libyan Arab Jamahiriya, s. 244, Paraguay s. 249, Rwanda s. 252.
[184] Se t.ex. GS 1994 p. 202.
[185] ILC, 32nd Session, 1949, Record of Proceedings, s. 468, GS 1994 s. 205, Digest 1996 p. 321–330.

av fackligt medlemskap äger rum vid rekrytering. FFK har angivit att det inte spelar någon roll vilken metod som utnyttjas så länge skyddet är effektivt.[186] Expertkommittén har vid flertal tillfällen förespråkat ett lagstadgat skydd. Bestämmelsen skall då kompletteras med effektiva sanktioner.[187] Det är dock upp till de ratificerande staterna att avgöra om bestämmelsen skall kunna åsidosättas genom kollektivavtal. ILO-konvention 98 avstår således från att avgöra konflikten mellan konventionens kollektiva och individuella sida i detta avseende.

I artikel 5 i Europarådets sociala stadga anges att för att främja och säkerställa arbetstagarnas frihet att bilda och tillhöra sammanslutningar för att tillvarata sina ekonomiska och sociala intressen förbinder sig de fördragsslutande staterna att varken utforma eller tillämpa den nationella lagstiftningen på sådant sätt att denna frihet kränks.

Skyddet mot diskriminering på facklig grund vid rekrytering har framförallt aktualiseras när expertkommittén behandlat frågan om organisationsklausuler. Kommittén har vid ett antal tillfällen angivit att tillåtligheten av tillämpning av organisationsklausuler vid rekrytering står i strid med stadgans artikel 5.[188] Kommittén menar att bruket av sådana klausuler står i strid med den *negativa* föreningsfriheten. I detta fall antas den negativa föreningsfriheten inbegripa skydd mot att tvingas tillhöra *viss* förening oavsett om alternativet är att ansluta sig till en annan fackförening eller att inte vara ansluten till någon fackförening alls.[189]

Frågan om arbetsgivare i allmänhet är förhindrade att diskriminera arbetssökande vid rekrytering på grund av fackligt medlemskap eller avsaknad av facklig medlemskap har inte ägnats så mycket utrymme. Expertkommittén har emellertid angivit att arbetstagare måste åtnjuta ett skydd mot antifacklig diskriminering vid rekrytering.[190]

För att situationen skall vara förenlig med Europarådets sociala stadga torde krav ställas på att arbetsgivare, även då organisationsklausuler inte är gällande, förhindras att diskriminera arbetssökande av fackliga skäl.

[186] Digest 1996 p. 737.
[187] Se s. 256.
[188] Se t.ex. C XIV-1, 1998, vol. 1, Iceland, s. 381, Ireland s. 413, vol. 2 Sweden s. 731.
[189] Jfr Sigeman, Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 49–50.
[190] Se t.ex. i Sith report on certain provisions of the Charter which have not been accepted, 1998 s. 11 och C XV-1, 2000, Denmark, s. 143–144 och Samuels, 2u, s. 119 och Gomien, Harris & Zwaak, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, 1996, s. 391.

13.3.3.5 Svensk rätt efter 1995 b – Europakonventionen

När det gäller Europakonventionen har frågan om arbetssökande skall tillerkännas facklig föreningsfrihet inte explicit behandlats. Det är emellertid klarlagt att staten måste tillhandahålla skydd mot antifacklig diskriminering i anställningsförhållandet.[191] Europadomstolen har också prövat om *avsaknad* av fackligt medlemskap kan föranleda avsked och omplacering. Avskedet ansågs kränka den enskildes föreningsfrihet enligt artikel 11 men inte omplaceringen. I dessa fall var det alltså den negativa föreningsfriheten som prövades. Domstolen har angivit att den låter det vara osagt i vilken utsträckning den negativa föreningsfriheten "is on an equal footing" med den positiva föreningsfriheten.[192] Utgångspunkten är enligt min uppfattning att den positiva föreningsfriheten åtminstone åtnjuter ett likvärdigt skydd som den negativa.

När det gäller skyddet mot facklig diskriminering i anställningen tycks Europadomstolen ha hämtat inspiration både från Sociala stadgans oberoende expertkommitté och från ILO:s föreningsfrihetskommitté. I ILO-konventionerna och Europarådets sociala stadga återfinns också ett skydd för arbetssökande mot facklig diskriminering.

Europadomstolen har angivit att Europarådets sociala stadga åtminstone inte bör tillhandahålla ett mindre omfattande skydd av den fackliga föreningsfriheten än Europakonventionen. Europarådets sociala stadga var inte avsedd att utgöra "a retrograde step in this domain".[193] Det vore därför intressant om en fråga som den förevarande kom inför domstolens prövning. Hur skulle domstolen förhålla sig till det faktum att Europarådets sociala stadga ger den individuella rättigheten företräde framför den kollektiva. Europarådets sociala stadga kan nämligen sägas ha till syfte att i relation till Europakonventionen faktiskt värna de kollektiva rättigheterna. Denna aspekt kan få betydelse för en bedömning i Europadomstolen.

De EG-direktiv jag tidigare behandlat förbjuder diskriminering även vid rekryteringssituationen. Och som sagt kan fackligt föreningsmedlemskap omfattas av direktiv 2000/78. Tillsammans med den ovan åberopade internationella praxisen utgör direktiven en tydlig markering om vart utvecklingen är på väg. Att Europadomstolen stundtals tar intryck av en sådan utveckling visades rörande utvecklandet av skyddet för den negati-

[191] Wilson & Palmer v UK, 2 juli 2002, p. 46–48, se också Vogt v Tyskland, 26 september 1995, p. 65, 68, som rörde avsked av offentliganställd jfr dock Application No. 4125/69, X. against Ireland-the law.

[192] Gustafsson v Sweden, p. 45.

[193] National Union of Belgian Police, 1 oktober 1975, p. 38, Swedish Engine Drivers' Union, 6 februari 1976, p. 39.

va föreningsfriheten.[194] Särskilt eftersom den här aspekten också kan sägas röra artikelns åsiktsfrihetssida är det fullt möjligt att en prövning av frågan skulle följa utvecklingen i andra fora.

När det särskilt gäller organisationsklausuler så påtalade Europadomstolen i målet Young, James and Webster att kravet på viss organisationstillhörighet inte var i kraft vid själva anställningen. Detta skulle kunna tyda på att organisationsklausuler skulle kunna vara acceptabla om de arbetssökande var medvetna om dem vid själva rekryteringen.[195] Åtminstone kan antas att en avvägning skulle göras enligt artikel 11:2 mellan den arbetssökandes intresse av få sin fackliga föreningsfrihet fredad under rekryteringen och fackföreningens intresse av att genomdriva bestämmelserna i kollektivavtalet.

Det tycks dock vara alltför djärvt att därmed dra slutsatsen att även arbetssökande omfattas av Europakonventionens skydd mot facklig diskriminering. Någon slutgiltig ståndpunkt när det gäller de arbetssökandes föreningsfrihet enligt artikel 11 i Europakonventionen kan inte nås.

13.3.3.6 Sammanfattande kommentar

Att ILO under alla omständigheter förutom vid förekomst av organisationsklausuler och Europarådets sociala stadga även vid förekomst av organisationsklausuler säkerställer arbetssökandes föreningsfrihet står därmed klart. Har då dessa instruments övervakningsorgan haft någonting att erinra mot svenska förhållanden?

Europeiska kommittén för sociala rättigheter som övervakar efterlevnaden av Europarådets sociala stadga har framfört kritik mot Sverige. Kritiken rörde brister i skyddet av den negativa föreningsrätten. Kritiken rörde både avsaknad av lagstadgat skydd för den negativa föreningsrätten och förekomst av organisationsklausuler.[196] En diskussion om förhållandena fördes i regeringskommittén (RK). Den svenska regeringsrepresentanten meddelade då att bruket av organisationsklausuler är på upphållningen. Eftersom den svenska regeringen respekterar organisationernas autonomi så förklarade regeringen att den sökte påverka organisationerna genom en dialog. Regeringskommittén beslöt att avstå från att utfärda en varning till Sverige och noterade i samband därmed den svenska regering-

[194] Sigurjónsson, 30 juni 1993, p. 35.
[195] Young, James and Webster, 13 August 1981, p. 55, se dock min kommentar av detta kriterium s. 347 f.
[196] CIE C XIV-1, 1998, vol. 2, Sweden, s. 731–733.

ens intention att "pursue the question of closed shops with the social partners through dialogue, with a view to the elimination of this practice".[197]

Europeiska kommittén för sociala rättigheter upprepade dock sin kritik i den följande övervakningscykeln då det gällde avsaknaden av lagstadgat skydd för den negativa föreningsfriheten. Avseende det specifika bruket av organisationsklausuler noterade kommittén med tillfredsställelse regeringens framgångar i sin dialog med de organisationer som tidigare tillämpade organisationsklausuler i sina kollektivavtal. Kommittén ville vidare informeras om hur dialogen fortskred med Byggnads där fortfarande organisationsklausuler tillämpas i hängavtal.[198] Regeringskommittén tog i sin följande rapport fasta på vad den Europeiska kommittén för sociala rättigheter (tidigare den oberoende expertkommittén) kommit fram till. Fokus överfördes från organisationsklausulerna till avsaknaden av lagstadgat skydd för den negativa fackliga föreningsfriheten.

> "The Committee, while taking into consideration the positive developments as regards the situation in practice, noted that problems still existed in practice, but more importantly, that no measures had been taken to bring the situation in law into conformity with the Charter. It also noted that the Swedish Government had given no sign of any intention in this respect. The Committee regretted this situation and strongly appealed to the Swedish Government to take measures to bring the situation in law into conformity with Article 5 of the Charter."[199]

Regeringskommittén utfärdade dock inte någon varning. Detta kan bero på att regeringskommittén visste att avsaknad av fackligt medlemskap inte kunna utgöra saklig grund för uppsägning. I sådana fall hade nämligen RK rörande andra rättssystem tidigare gått vidare med sin kritik. Dessutom var RK medveten om att bruket av organisationsklausuler vid rekryteringssituationer var på upphällningen.[200] Det förefaller alltså som om det i praktiken inte förekommer någon diskriminering av oorganiserade vid rekrytering och under anställningen. Eftersom regeringskommittén inte gör sina bedömningar utifrån rent rättsliga aspekter utan också

[197] Governmental Committee 14th report (I) s. 60–61.

[198] C XV-1, 2000, vol. 2, Sweden, s. 558–559, 562.

[199] Governmental Committee 15th report (1) p. 189.

[200] När det gäller den enskilda frågan om organisationsklausulerna tog den dåvarande biträdande näringsministern Mona Sahlin sedermera initiativ till ett möte med Byggnadsarbetarförbundet som resulterade i att Byggnads informerade de arbetsgivare vilka bands av hängavtalets regler att krav på organisationsklausulernas genomdrivande inte skulle höjas. I kommande konklusioner framkommer om expertkommittén därmed låter sig nöjas se Lag & Avtal nr 3/2001 s. 13, Lag & Avtal nr 8/2001 s. 9. Se vidare C-2002 s. 232–233.

tar hänsyn till socialt politiska hänsyn fokuserar de mer på situationer som föranleder konkreta kränkningar av enskildas rättigheter än principiella juridiska brister.

De till Europarådets sociala stadga kopplade kommittéerna har koncentrerat sin kritik kring den negativa föreningsfriheten. Det är dock tveksamt om kommittéerna är medvetna om att svensk rätt inte skyddar arbetssökande mot diskriminering på grund av fackliga medlemskap. Någon konkret fråga därvidlag har inte ställts. Ingenstans i de svenska rapporterna rörande efterlevnaden av stadgan nämns de arbetssökande.[201] En fackförening skulle dock kunna uppmärksamma kommittén på denna brist genom det kollektiva klagomålsförfarandet.[202] Därmed vinner man också fördelen med att få svaret på frågeställningen.

Inte heller ILO:s expertkommitté har uppmärksammat avsaknaden av skydd för arbetssökande i det svenska rättssystemet. Expertkommittén har inte ställt några frågor rörande de arbetssökande. I frågeformuläret kopplat till ILO-konvention 98 anges att regeringarna skall ange "how adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment is ensured to workers".[203] I de svenska rapporterna rörande efterlevnaden av ILO-konvention 98 har frågan emellertid berörts indirekt. I regeringens första rapport rörande ILO-konvention nr 98, anges att skydd ges till alla anställda.[204] I rapporter från mitten av 1970-talet tas frågan om arbetssökande upp. Det anges att den kommande arbetsrättskommittén skall behandla frågan.[205] Regeringen kan därmed sägas ha antytt att skydd vid rekrytering saknas. Under den tiden hade emellertid inte ILO:s praxis utvecklats till att också omfatta rekryteringssituationen. ILO:s övervakningsorgan har således inte uppmärksammat bristerna i den svenska rättsordningen. Det går dock därför *inte* att dra slutsatsen att svensk rätt därför är förenlig med ILO-konventionerna på denna punkt. Många gånger behöver övervakningsorganen erinras om eventuella brister för att närmare studera frågan. Återigen vilar ett ansvar på de parter som har rätt att kommentera regeringsrapporterna eller inlämna klagomål till föreningsfrihetskommittén. Det är inte alltid så att regeringarna självmant lägger alla korten på bordet.

[201] Arbetstagare nämns dock i RAP/Cha/SW/VI(78) 2, s. 2.
[202] Se s. 78.
[203] Report form for the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No.98). Appl. 22.98, s. 2.
[204] Report för period 1 July 1952–30 June 1953.
[205] Perioden 1974–1976. Detsamma sägs i rapporten för July 1976–30 th June 1977, s. 5.

Svensk rätt tycks således inte till fullo leva upp till de folkrättsliga åtaganden på denna punkt. Även om implementeringen av EG-direktiv 2000/78 kommer att medföra ett visst fackligt skydd för arbetssökande så påkallar andra åtaganden att kompletterande åtgärder vidtas. ILO-konvention 98 kräver att ett skydd skall finnas för den positiva föreningsfriheten vid rekryteringssituationen. Det enda godtagbara undantaget är förekomst av organisationsklausul. Europarådets sociala stadga accepterar emellertid inte något sådant undantag utan ställer krav på ett heltäckande skydd för arbetssökande mot facklig diskriminering vid rekryteringen. För att till fullo leva upp till dessa åtaganden bör således skyddet för föreningsfriheten utsträckas till att gälla även för arbetssökande.

13.3.4 Negativ föreningsfrihet

13.3.4.1 Inledning

I det föregående behandlades de arbetssökandes fackliga föreningsfrihet. Rätten för arbetssökande att stå utanför en fackförening aktualiserades. Den negativa fackliga föreningsfriheten aktualiseras dock även för anställda arbetstagare. Det är om deras negativa föreningsrätt detta avsnitt kommer att handla.

I RF 2:2 skyddas den enskildes åsiktsbaserade negativa föreningsfrihet mot angrepp från det allmänna. Det allmänna får inte tvinga någon att tillhöra politisk sammanslutning, trossamfund eller annan sammanslutning för åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende. Med åskådning menas ett något så när sammanhängande komplex av åsikter inom visst område.[206] Stadgandet är absolut, vilket innebär att det inte kan bli föremål för inskränkningar genom lag (RF 2:12 ec).

Det här avsnittet har dock huvudsakligen ett annat fokus än det område regeringsformen skyddar. Avsnittet kretsar kring förhållandena på arbetsmarknaden och möjligheterna för ett privat subjekt att tvinga in ett annat privat subjekt i en förening. I svensk rätt har det inte funnits något skydd för den negativa föreningsfriheten mellan privata subjekt. I och med inkorporeringen av Europakonventionen har rättsläget i viss mån förändrats. Det är dock oklart hur långt detta skydd egentligen sträcker sig. Oklarheten rör både arbetstagarnas och arbetsgivarnas situation. Innan denna fråga behandlas skall emellertid bakgrunden till rättsläget före Europakonventionens inkorporering återges. Gamla överväganden åskådliggör nämligen vilka rättsliga konflikter diskussionen om införandet av ett skydd för den negativa föreningsfriheten mellan privata subjekt aktualiserar i svensk rätt.

[206] SOU 1975:75 s. 114.

13.3.4.2 Svensk rätt före 1995

Införandet av ett skydd av den enskildes negativa föreningsrätt på arbetsmarknaden har diskuterats sedan förra seklets början.[207] Frågan lämnades orörd med hänsyn till bland annat avtalsfriheten och till arbetsgivarens fria anställningsrätt. I propositionen till lagen om föreningsrätt och förhandling framgick att departementschefen ansåg att lagens primära syfte var förhandlingsrätten. Föreningsrätten skulle skyddas i den mån som krävdes för förhandlingsrättens effektivitet. Skyddet av den negativa föreningsrätten ansågs inte nödvändigt för att uppfylla detta syfte.[208]

Diskussionen om omfattningen av den föreningsrätt som skulle skyddas var dock därmed inte avslutad utan har kontinuerligt pågått. Jag kommer i det följande att återge de argument som angivits från och med arbetsrättskommitténs utredningar till våra dagar.

Arbetsrättskommittén (ARK) påpekade att frågeställningens principiella innebörd inte ägnats så mycket uppmärksamhet efter det att 1938 års huvudavtal mellan SAF och LO slöts.[209] I stället inriktades diskussionen på praktiska problem som organisationsklausuler och föreningsrätt för arbetssökande.[210] ARK anslöt till detta angreppssätt. ARK:s utgångspunkt var att det inte fanns några juridiska eller logiska skäl som nödvändiggjorde att det lagstadgade skyddet utvidgades till att gälla även den negativa föreningsrätten.

> "Att föreningsrätten säges ha en positiv och en negativ sida innebär inte att det skulle vara i någon objektiv mening oriktigt att begränsa lagstiftningen till att omfatta enbart den positiva."[211]

Frågan om en utvidgning av föreningsrättsskyddet utöver vad som följer av FFL var att se som en värderingsfråga.[212] Detta synsätt delades av nya arbetsrättskommittén.[213]

ARK menade att en lagregel som skyddade den negativa föreningsrätten i relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare skulle få begränsad praktisk betydelse. I förarbetena till den då nyligen antagna anställnings-

[207] Se historisk exposé i SOU 1975:1 s. 213ff.
[208] Se SOU 1975:1 s. 223.
[209] I SAF:s stadgar fanns nämligen ett förbud mot att sluta organisationsklausuler, Källström, Facklig arbetsrätt, s. 114. Genom huvudavtalet vann SAF erkännande för sin hållning. De såg sig då ej längre föranledda att driva frågan om den negativa föreningsfriheten.
[210] SOU 1975:1 s. 229.
[211] SOU 1975:1 s. 231.
[212] SOU 1975:1 s. 231.
[213] SOU 1982:60 s. 279.

skyddslagen framkom nämligen att uppsägning eller avsked till följd av fackföreningsmedlemskap eller avsaknad av föreningsmedlemskap inte var godtagbart. Ett explicit skydd av den negativa föreningsrätten skulle därför bara få praktiska effekter i den mån det krävdes utöver själva anställningsskyddet.[214] Effekten av ett sådant skydd skulle bli att oorganiserade arbetstagare inte skulle kunna missgynnas i exempelvis lönehänseende på grund av avsaknad av föreningsmedlemskap. Det skulle överhuvudtaget bli svårt att sluta kollektivavtal med bättre villkor för de organiserade om ett skydd för den negativa föreningsrätten infördes. ARK menade att en allmän regel om skydd för den negativa föreningsrätten uppenbarligen skulle tendera att få samma verkan som en i lag intagen uttrycklig regel om likabehandling. ARK påpekade att en sådan bestämmelse skulle få återverkningar på det fackliga organisationsväsendet som manade till försiktighet.[215]

Bevisbördeproblematiken togs också upp. I föreningsrättskränkningsärenden hade bevisbörderegeln modifierats för att underlätta för den påstått kränkte att styrka sin talan. Kan den kränkte visa sannolika skäl för sitt påstående måste motparten visa att han haft ett av föreningsrättsfrågan oberoende, objektivt godtagbart skäl för sin påtalade åtgärd. En sådan bevisregel skulle dock enligt kommittén bli svår att hävda i fall av kränkning av den negativa föreningsrätten. Kommittén menade till och med att en allmän regel om skydd för den negativa föreningsrätten till följd av nödvändiga bevisningssvårigheter blir praktiskt taget verkningslös om den inte kompletteras med långtgående presumtioner t.ex. innebärandes att varje särbehandling av oorganiserade utgör angrepp mot deras rätt att inte tillhöra förening. Sådana presumtioner ansåg ARK vara principiellt olämpliga och i hög grad diskutabla från saklig synpunkt. *Detta sammanhängde enligt kommittén med den svåra frågan om gränsdragningen mellan det område, som bör vara skyddat av föreningsrätten, och det område där part har frihet att med fackliga stridsmedel hävda sin ståndpunkt i intressefrågor.* Denna fråga föranledde problem redan rörande den positiva föreningsrätten men skulle föranleda än större problem visavi den negativa föreningsrätten. Kommittén påpekade dock att man skulle kunna komma runt problematiken genom att konkretisera vissa åtgärder som skulle kunna utgöra kränkning av den negativa föreningsrätten. Kommittén ansåg dock att det inte skulle gå att bryta ut de kränkande åtgärderna, gränsdragningssvårigheterna skulle bli för omfattande. Sammantaget angav ARK att dessa omständigheter utgjorde avgörande skäl

[214] SOU 1975:1 s. 233, se prop. 1973:129 s. 128.
[215] SOU 1975:1 s. 234.

för att inte i förevarande lagstiftningssammanhang lägga fram förslag till lagreglering av den negativa föreningsrätten.[216]

Nya arbetsrättskommittén underströk att frågan om den negativa föreningsrätten inte behandlades därför att man önskade ifrågasätta arbetstagarnas rätt att organisera sig och företrädas av sina organisationer i förhandlingar och kollektivavtal med arbetsgivarna eller att sätta i fråga betydelsen för arbetsmarknaden och för samhället i stort av att arbetstagarnas stora flertal är organiserade i starka och enhetliga fackliga organisationer. Skälet till att frågan behandlades var det principiella att varje människa bör ha frihet både gentemot organisationer och enskilda att själv bestämma om han eller hon skall tillhöra en organisation på arbetsmarknaden eller inte.[217] Principen som sådan var också enligt NARK i det väsentliga oomstridd. Frågan var därmed inte om frivilligprincipen borde gälla utan om det borde stiftas lag i saken. För att besvara den frågan undersöktes om det fanns ett *praktiskt behov* av lagstiftning eller om det till äventyrs skulle finnas *skäl av allmän natur som talade emot* ett ingripande i arbetsmarknadens förhållanden genom lagstiftning om negativ föreningsrätt. Skulle det visa sig att en lagstiftning av dessa skäl skulle behövas måste nackdelar med en sådan lagstiftning också övervägas.[218] NARK påpekade att om man skulle införa ett lagstadgat skydd för den negativa föreningsrätten var syftet inte att likställa skyddet då det gällde medbestämmande på arbetsplatsen.[219]

För övrigt torde enligt NARK inte rättsläget medge att oorganiserade behandlades annorlunda av arbetsgivarna på sätt som motiverade lagstiftning. NARK syftade på LAS regler om saklig grund för uppsägning, om turordningsreglerna vid arbetsbrist och om företrädesrätt till ny anställning samt det faktum att kollektivavtalen regelmässigt tillämpades lika för alla. Erfarenheten gav heller inget stöd enligt NARK för att arbetsgivare i praktiken diskriminerade oorganiserade i bestående anställningsförhållanden på ett sådant sätt att det skulle utgöra något problem för lagstiftaren. NARK drog därmed slutsatsen att något lagstadgat skydd

[216] SOU 1975:1 s. 234–235.
[217] SOU 1982:60 s. 279.
[218] SOU 1982:60 s. 279–280.
[219] Det skulle ju nämligen innebära att man övergav den grundval för hela det arbetsrättsliga systemet som ligger i att rätten till medbestämmande utövas kollektivt genom de fackliga organisationerna på medlemmarnas vägnar. "Kravet på skydd för den negativa föreningsrätten skulle då vara liktydigt med att man gjorde ingrepp i de fackliga rättigheter som tillkommer de organiserade. Att de fackliga organisationerna i vissa för hela arbetsplatsen betydelsefulla frågor har att ta till vara alla de anställdas intressen är för övrigt en princip som kommer till uttryck i MBL:s förarbeten." SOU 1982:60 s. 280–281.

inte föranleddes av något faktiskt behov, förutsätt att man inte önskade omskapa grundvalarna för medbestämmandet.[220]

Några lagtekniska aspekter rörande ett möjligt skydd för den negativa föreningsrätten diskuterade dock. Utvidgningen skulle kunna lösas så att man i 7 § MBL införde en passus om att föreningsrätten inte bara omfattade rätten att tillhöra en organisation utan också rätten att inte tillhöra en organisation.[221] En sådan regel skulle dock mot vad som enligt NARK var berättigat i sak tendera att bli en allmän regel om likabehandling även såvitt gäller materiella anställningsvillkor av oorganiserade och organiserade arbetstagare. En sådan regel skulle få återverkningar på hela det fackliga organisationsväsendet som manade till försiktighet. Vidare upprepade NARK ARK:s argument om bevissvårigheter. Därutöver angavs att ett mer begränsat förbud om avsked och uppsägningar skulle vara praktiskt svårt att genomföra och reducera värdet av skyddet. Sammantaget kom NARK till slutsatsen att inte föreslå någon lagstiftning rörande den negativa föreningsrätten.[222]

1992 års arbetsrättskommitté påpekade att AD klarlagt att det är acceptabelt att anställda tillhörande minoritetsorganisationer eller oorganiserade åtnjuter lägre lön än de arbetstagare som är anslutna till kollektivavtalsbärande organisation. Kommittén påpekade att Arbetsdomstolen slagit fast att föreningsrätten inte innefattar någon rätt till likabehandling i lönehänseende. För att det skulle kunna bli fråga om att bedöma ett sådant agerande som en föreningsrättskränkning krävdes att det skulle finnas ett anspråk på likabehandling på annan grund än föreningsrätten exempelvis i ett enskilt anställningsavtal.[223] Vidare diskuterades granskningsarvoden och mätningsarvoden. Enligt AD:s praxis utgjorde inte arvode som motsvarade verkliga kostnader för mätning av ackordsarbete föreningsrättskränkning vid löneavdrag för någon som inte tillhörde den mätande organisationen.[224] Några förslag eller överväganden återgavs inte i den av kommittén publicerade SOU:n på detta område.

Frågan om den negativa föreningsrätten har också behandlats i grundlagssammanhang. Fri- och rättighetskommittén som tillsattes år 1991 ifrågasatte om det var praktiskt möjligt att i grundlag ta in en klar och meningsfull regel om skyddet för föreningsfriheten mellan enskilda parter.

> "För att få ett fullgott skydd för sin negativa föreningsfrihet bör ju den enskilde åtnjuta skydd mot diskriminerande handlingar inte bara från en organisation utan också mot sådana åtgärder från exempelvis sin arbetsgiva-

[220] SOU 1982:60 s. 281.
[221] SOU 1982:60 s. 284.
[222] SOU 1982:60 s. 285.
[223] SOU 1994:141 s. 166, AD 1971 nr 34.
[224] SOU 1994:141 s. 167.

re och sina arbetskamrater. För att ett sådant skydd skall vara fullgott krävs också att eventuella kränkningar av en negativ föreningsfrihet på något sätt sanktioneras, men detta låter sig inte med lätthet göras i grundlagen."

Dessutom ansågs gränsdragningen mot avtalsfriheten vara alltför komplicerad, exempelvis gentemot förekomsten av organisationsklausuler. Fri- och rättighetskommittén ansåg att principen om avtalsfriheten var så viktig att den inte skulle inskränkas annat än i de fall då avtalsfriheten klart missbrukades. Det skulle bli alltför svårt att tillse att avtalsfriheten skulle skyddas. Därför avstod kommittén från att lägga fram något förslag om den negativa föreningsfriheten.[225]

Sammanfattningsvis kan man konstatera att något praktiskt behov att införa ett lagstadgat skydd inte ansetts föreligga. Förekom diskriminering ansågs det inte förekomma i en sådan utsträckning att det aktualiserade lagstiftarens engagemang. Avsked och uppsägning på denna grund var ju redan förbjuden. Dessutom ansågs de lagstiftningstekniska hindren oöverstigliga. I första hand befarades nämligen ett sådant skydd inskränka fackföreningarnas möjligheter att tillförsäkra sina medlemmar bättre anställningsvillkor. Skulle ett lagstadgat skydd av den negativa föreningsfriheten införas skulle inskränkningar i förhandlingsfriheten och stridsåtgärdsrätten behöva göras. Att inskränka två sådana fundamentala principer i svensk rätt kunde inte anses motiveras då något praktiskt behov av ett sådant skydd inte ansågs föreligga. I ARK påtalades att inskränkningar av dessa principer redan behövt göras för att skydda den positiva föreningsrätten. Ett exempel som anfördes var löneförhandlingarna. I 1992 års arbetskommitté sammanställningar framkom dock att AD fastställt att lönen kunde utfalla olika beroende på om man tillhörde kollektivavtalsslutande organisation eller annan facklig organisation. ARK:s farhågor var kanske därför något överdrivna och missvisande. Under den tid som passerat sedan de två första arbetsrättskommittéernas verksamhet har diskrimineringsförbud generellt kommit att bli en naturlig del av den svenska arbetsrätten. Begränsningar i förhandlingsrätten har införts till förmån för den enskildes rätt att inte diskrimineras.

Arbetsgivares negativa föreningsrätt har dock inte aktualiserats i dessa utredningar. Frågan om begränsningar av stridsåtgärder för att få till stånd kollektivavtal har fram till Gustafssonsfallets dagar klätts i en annan språkdräkt än den negativa föreningsfrihetens.

[225] SOU 1993:40 Del A s. 173–175.

13.3.4.3 Svensk rätt efter 1995

Europakonventionen

Vid Europakonventionens inkorporering återfanns alltså inget generellt skydd av den negativa föreningsrätten i svensk rätt. Vissa aspekter skyddades genom lagregler och praxis. Avsked och uppsägning på grund av avsaknad av organisationstillhörighet var olagliga.[226] Turordningslösningar vid arbetsbrist och företrädesrätt till ny anställning fick inte tillämpas på sådant sätt att oorganiserade diskriminerades. För övrigt fanns inget skydd mot diskriminering i själva anställningen. Oorganiserade kunde exempelvis tvingas betala avgifter till fackföreningar de inte var medlemmar i.[227] Offentliganställda kunde dock påräkna visst skydd genom RF 1:9 och 11:9.[228]

På vilket sätt ändrades då rättsläget i och med inkorporeringen av Europakonventionen i svensk rätt. AD har konstaterat att det skydd som enligt svensk rätt finns för den negativa föreningsfriheten uteslutande grundas på Europakonventionen.[229] I artikel 11 i Europakonventionen garanteras föreningsfriheten och som en aspekt därav uttryckligen också den fackliga föreningsfriheten. Något uttryckligt skydd för den negativa föreningsfriheten tillhandahåller inte artikeln. Vid inkorporeringstillfället hade emellertid Europadomstolen genom Sigurjónssonfallet klarlagt att artikel 11 innefattar en negativ föreningsfrihet. Omfattningen av den var och är oklar. Artikel 11 skyddar emellertid mot *lagbaserat tvång* att tillhöra en privaträttslig organisation då medlemskapet är avgörande för möjligheten att utöva sitt yrke.

Den negativa föreningsfrihet som skyddades av artikel 11 hade också givits betydelse för relationen mellan enskilda. I Young, James and Webster hade domstolen klargjort att om man tolkade artikel 11 som att den tillät varje form av tvång avseende fackföreningsmedlemskap skulle situationen "strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee".[230] Domstolen menade att om man antog att artikel 11 inte garanterade den negativa aspekten av föreningsfriheten samma skydd som den positiva så behövde ett tvång att ansluta sig till en särskild fackförening inte alltid vara i strid med konventionen. Ett tvång som *inbe-*

[226] LAS prop. 1973:129 s. 128 och 233 ff, se Bergqvist/Lunning/Toijer s. 139.

[227] Oorganiserades skyldigheter därvidlag har inte direkt prövats men AD har i obiter dicta angivit att de inte åtnjuter motsvarande skydd som organiserade i minoritetsorganisationer se SOU 1994:141 s. 166–167, AD 1977 nr 222 och AD 1979 nr 110, AD 1985 nr 108, se Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser, s. 42–43.

[228] Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser, s. 53–54.

[229] AD 2001 nr 20. Se också AD 1998 nr 17.

[230] Young, James and Webster, p. 52.

grep hot om avsked innebärandes att man berövats möjligheten att försörja sig var emellertid ett tvång av allvarligaste karaktär. I Young, James and Webster riktades tvånget mot personer som anställts av British Rail innan bestämmelsen om skyldigheten att ansluta sig till viss fackförening infördes. Ett sådant tvång, under rådande omständigheter slog mot själva kärnan i den frihet som artikel 11 garanterar enligt domstolen. Därför kunde ett intrång i denna frihet konstateras enbart utifrån dessa grunder avseende de tre klagande.[231] Domstolen pekade vidare på att artikel 11 också skulle belysas utifrån artiklarna 9 och 10 i Europakonventionen. Dessa tillvaratar tanke- och samvetsfriheten samt yttrandefriheten. Det slog även mot artikelns kärna att utöva påtryckning av det slag som de klagande utsatts för i syfte att förmå dem att ansluta sig till en förening i strid med deras övertygelse. Även i detta avseende kunde ett intrång i artikel 11 vara för handen åtminstone för herrarna Young och Webster.[232] Domstolen ansåg inte att intrånget var nödvändigt i ett demokratiskt samhälle enligt artikel 11:2.[233]

Omplacering på grund av avsaknad av facklig föreningsfrihet hade också prövats av domstolen i det så kallade Sibsonfallet. Den aktuella omplaceringen ansågs emellertid inte ha kränkt den negativa föreningsfriheten. Det som särskilde detta fall från Young, James and Webster angavs vara att omplaceringen inte föranledde påtagligt försämrade anställningsvillkor, att någon organisationsklausul inte var i kraft och att inte Sibson motiverade sitt utanförskap med övertygelseskäl.[234]

En ytterligare aspekt av den negativa föreningsfriheten kom att aktualiseras efter inkorporeringen genom det så kallade Gustafssonfallet. Här ställdes frågan om de maktmedel arbetstagarorganisationerna givits i Sverige för att tillgodose sina medlemmars intressen på något sätt kunde komma i konflikt med *arbetsgivarnas negativa föreningsfrihet*. I det aktuella fallet hade kraftfulla stridsåtgärder vidtagits för att få till stånd ett hängavtal med en arbetsgivare. Den springande punkten i domstolen var om intvingande i kollektivavtalssystemet kunde likställas med ett tvång att ansluta sig till en organisation. Kommissionen ansåg att så var fallet. Ett ramaskri höjdes i Sverige inför risken att domstolen skulle komma till samma slutsats.[235] Som vi har sett i de svenska statliga utredningar som behandlat frågan om den negativa föreningsfriheten har risken med att inkräkta på parternas frihet att vidta stridsåtgärder varit ett av de avgörande skälen till att avstå från att införa ett lagstadgat skydd.

[231] Young, James and Webster, p. 55.
[232] Young, James and Webster, p. 57.
[233] A.a. s. 25–26 para 64–65
[234] Sibson p. 29.
[235] Se t.ex. Kurt Junesjös artikel i ämnet som återfinns på www.kurt.nu.

Att arbetstagarpartens rätt att vidta stridsåtgärder för att få till stånd ett kollektivavtal skall lämnas okränkt är en grundpelare i svensk kollektiv arbetsrätt. Denna grundpelare sattes nu i gungning. Inför domstolsförhandlingarna lade den nya regeringen, ett regeringsskifte hade just ägt rum, stor vikt vid att försöka få domstolen att förstå den svenska arbetsrättens uppbyggnad och kollektivavtalets speciella position i detta system. Domstolen angav dock att tvång att sluta kollektivavtal inte är samma sak som att tvingas ansluta sig till en förening. Visserligen berördes föreningsfriheten i detta fall men när staten skall ställas till ansvar för den negativa föreningsfriheten måste föreningsfrihetens kärna beröras och det gjorde den inte i detta fall.

Gustafssonfallet blev även efter domslutet föremål för mycket diskussion.[236] Kunde domen medföra någon begränsning för arbetstagarparterna då det gällde deras rätt att vidta stridsåtgärder för att få till stånd ett kollektivavtal om omständigheterna var lite annorlunda än de som styrkts i Gustafssonfallet? Frågan ställdes på sin spets när kärandesidan sökte göra gällande att domen byggde på felaktiga omständigheter. Kärandesidan sökte revision därför att de ansåg sig kunna visa att andra omständigheter var för handen än de anförda. Fallet togs ånyo upp till prövning men de nya argumenten ansågs inte beröra en fråga som haft avgörande betydelse för utgången av målet. Gustafsson fick därför inte resning.

Kan man säga att de principer som utvecklats genom Europadomstolen medfört någon förändring av svensk rätt då det gäller den negativa föreningsrättens ställning för arbetstagare och arbetsgivare? I Sigurjónsson fastslog Europadomstolen att artikel 11 Europakonventionen innefattar en negativ föreningsrätt. Om denna rätt är likvärdig med den positiva föreningsrätten tar domstolen inte ställning till.[237] Om intrånget berör föreningsfrihetens kärna anses emellertid artikel 11 kränkt. Intrånget i Sigurjónssonfallet ansågs exempelvis beröra "the very substance of the right guranteed by article 11" och utgjorde därmed ett intrång i artikel 11.[238] Även i Young, James and Webster, Sibson och Gustafsson var det avgörande om "the very substance of the freedom guaranteed by article 11" berörts.[239]

[236] Se Fahlbeck, Gustafsson mot Sverige – båda förlorade Lag & Avtal nr 6 1996, Junesjö, Svensk arbetsrätt vann i Europadomstolen, Lag & Avtal nr 7 1996.
[237] Sigurjónsson p. 35
[238] Se Sigurjónsson p. 36.
[239] Young, James and Webster p. 55, Sibson p. 29. I Gustafssonfallet uttryckte sig domstolen något annorlunda och utgick ifrån att staten bara kunde åläggas att vidta positiva åtgärder om klagomålet "significantly effect the enjoyment of that freedom" Gustafsson p. 52.

I Gustafsson framkom också att i de fall klagomålet föranleder domstolen att ta ställning till lämpligheten av statligt intrång i syfte att begränsa stridsåtgärder som syftar till att utvidga ett kollektivavtalssystem så åtnjuter medlemsstaterna ett stort handlingsutrymme.[240]

Att denna rätt åtminstone skyddar mot ett i lag angivet tvång att ansluta sig till en privaträttslig organisation med hot om att mista sin försörjningsmöjlighet framgår av rättsfallet Sigurjónsson.[241] Eftersom målet rörde ett direkt statligt ingrepp i den enskildes negativa föreningsfrihet kan man jämföra hur principen förhåller sig till RF 2:2. Genom RF 2:2 hindras det allmänna från att tvinga in en enskild i en åsiktsbaserad förening. Kan då fackföreningar eller privaträttsliga föreningar av den karaktär som var för handen i Sigurjónsson anses utgöra *åsiktsbaserade* föreningar i RF 2:2:s mening? I de flesta fall skulle de nog det. Skulle emellertid en lag om tvång att ansluta sig till viss fackförening antas skulle den strida mot Europakonventionen artikel 11 men kanske inte mot RF 2.2. I de lägen där grundlag och Europakonventionen ger olika skydd har emellertid lagstiftaren angivit att den bestämmelse som tillförsäkrar den enskilde längstgående skydd skall tillämpas.[242]

Konsekvensen av inkorporeringen torde i detta avseende åtminstone säkerställa att det allmänna är förhindrat att tvinga in en enskild i en privaträttslig organisation med hot om att annars inte kunna utöva sitt yrke oavsett om en sådan organisation omfattas av det skydd RF 2.2 tillhandahåller det vill säga oavsett om föreningen utgör en åsiktsbaserad förening i regeringsformens mening.

Vad har då artikel 11 medfört då det gäller skyddet av den negativa föreningsfriheten i relationen mellan enskilda? Omfattningen är oklar men vissa utgångspunkter kan utkristalliseras.

Enligt svensk rätt var arbetsgivare redan sedan tiden före Europakonventionens införlivande förhindrad att *säga upp* eller *avskeda* arbetstagare därför att denne var oorganiserad. En sådan grund ansågs inte saklig enligt lagen om anställningsskydd. Detta gäller oavsett om en organisationsklausul var gällande eller inte. Det skydd som Europakonventionen utvecklade genom domen i Young, James and Webster tycks inte förändra det svenska rättsläget.

När det gäller andra åtgärder som arbetsgivaren vidtar i förhållande till arbetstagaren är utgångspunkten i svensk rätt att arbetsgivaren har rätt att leda och fördela arbetet.[243] Enligt 29/29-regeln har arbetsgivaren

[240] Gustafsson p. 45.
[241] Sigurjónsson p. 36.
[242] Prop. 1993/94:117 s. 39–40.
[243] Om begreppet arbetsledningsrätten se Glavå s. 440 ff

inom vissa gränser rätt att bestämma vilka arbetsuppgifter arbetstagaren skall utföra.[244] När det gäller *ingripande omplaceringar* måste arbetsgivaren emellertid ange godtagbara skäl för sin åtgärd. En ingripande omplacering sker av skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen och får särskilt ingripande verkningar för arbetstagaren med hänsyn till såväl arbetsuppgifter som anställningsförmåner samt anställningsförhållandet i övrigt.[245] Huruvida en ingripande omplacering skulle kunnat ske därför att arbetstagaren var oorganiserad är oklart. Å ena sidan liknas en ingripande omplacering vid en uppsägning. Å andra sidan anges att kravet på godtagbara skäl inte är likvärdigt med saklig grund som är kravet i 7 § LAS för uppsägning.[246] Kravet på saklig grund i LAS omöjliggör ju uppsägning på grund av avsaknad av fackföreningsmedlemskap. Osäkerheten på denna punkt har dock till viss del eliminerats genom Europakonventionens införlivande.[247] I de fall Europadomstolen funnit att en arbetstagares negativa föreningsfrihet kränkts har det aktuella tvånget antingen orsakat förlust av arbete eller omöjliggjort utövande av yrket. Detta skall jämföras med kriterierna för en ingripande omplacering. Omplaceringen för den enskilde skall vara jämförlig med en uppsägning. Eftersom sådana ingripande omplaceringar är att likställa med uppsägningar är det rimligt att anta att dessa ingripande omplaceringar inte sedan inkorporeringen av Europakonventionen får ske därför att någon inte anslutit sig till viss fackförening utan föredrar att vara oorganiserad. I Sibson-fallet fäste ju Europadomstolen särskild vikt vid att den omplacering Sibson blev föremål för inte medförde arbetsvillkor som var påtaligt mindre förmånliga än de vid den ursprungliga arbetsplatsen.[248] Man får utgå ifrån att om en omplacering medför arbetsvillkor som är påtaligt mindre förmånliga än de tidigare så är åtgärden att likställa med förlust av arbete.

Enligt Europakonventionen måste emellertid ingreppet i artikel 11 prövas enligt artikel 11:2. En avvägning görs då mellan de motstående intressena.

När det gäller mindre ingripande omplaceringar kan de enligt svensk rätt ifrågasättas rättsligt om de står i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden.[249] Lagbaserade begränsningar återfinns bland annat i 7 och

[244] Eklund i Schmidts, Löntagarrätt, s. 228, Glavå s. 448 ff.

[245] Se Malmberg, Anställningsavtalet, 1997, s. 250 och i not 22 angivna rättsfall, Ds 2002:56 s. 355 ff.

[246] Se Malmberg, Anställningsavtalet, 1997, s. 250 och i not 22 angivna rättsfall.

[247] Sigeman menar att åtminstone efter inkorporeringen av Europakonventionen kan knappast avsaknad av föreningstillhörighet utgöra ett sådant godtagbart skäl, se Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt. s. 61.

[248] Sibson, 20 April 1993, p. 29.

[249] Malmberg, Anställningsavtalet 1997 s. 251. AD 1983 nr 46.

8 §§ MBL och i diskrimineringslagarna.[250] Något skydd för omplacering på grund avsaknad av fackligt medlemskap torde inte ha funnits före inkorporeringslagens ikraftträdande.

Skyddet av den negativa föreningsfriheten i omplaceringsfall utgående från Europakonventionen är dock begränsat. I Sibsonfallet angavs som ett skäl till att den negativa föreningsfriheten inte kunde anses kränkt i det fallet att omplaceringen inte medförde påtagligt sämre anställningsvillkor för Sibson. Han utsattes alltså inte för ett tillräckligt ingripande tvång. En ytterligare förmildrande omständighet i det fallet var emellertid att Sibson saknade övertygelseskäl till att ansluta sig till den aktuella fackföreningen. Han skulle nämligen ha återinträtt om han fått en ursäkt av föreningens ledning. Omplaceras en person därför att vederbörande inte ansluter sig till en fackförening på grund av övertygelseskäl kan det hända att kraven rörande omfattningen av tvånget mildras något.[251] Det torde dock inte ligga inom den svenska rättstillämparens ansvarsområde att uttolka omfattningen av en sådan situation. Ett skydd av den negativa föreningsfriheten vid mindre omplaceringar som utgår från Europakonventionens artikel 11 torde därför anstå till dess att Europadomstolen prövat en sådan situation.

När det gäller andra omständigheter under själva anställningen som skydd mot diskriminering av oorganiserade vid befordran och vid fastställande av anställningsvillkor tycks det svårt att härleda något direkt skydd ut Europakonventionens artikel 11. Eftersom tvångskriteriet har kopplats till möjligheten att försörja sig bör frågeställningen analyseras utifrån den aspekten. Åtnjuter exempelvis oorganiserade anställningsvillkor som är så undermåliga att den anställde inte kan försörja sig eller utsätts för hälsofara kan situationen liknas vid en uppsägning och en kränkning kan aktualiseras om förhållandena utgör diskriminering på grund av avsaknad av fackligt medlemskap. En befordringsvägran kan också komma att liknas vid en sådan åtgärd om befordringen utgör ett naturligt led i ett anställningsförhållande.[252]

En fråga som behandlats av AD är den om Europakonventionens införlivande i svensk rätt har påverkat möjligheten att utkräva granskningsoch mätningsarvoden. Gränserna för denna verksamhet har utarbetats i

[250] Jämställdhetslagen 20 §, lagarna om förbud mot etnisk diskriminering i arbetslivet, om förbud mot diskriminering på grund av funktionshinder och sexuell läggning se Göransson & Karlsson, Diskrimineringslagarna, 2000 s. 70 och Malmberg, Anställningsavtalet s. 253.

[251] Se också Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 62–63.

[252] Jfr Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 63–65.

AD. Principen för den här typen av avgifter är att arbetstagarna skall betala viss avgift till en lokal avtalsbärande fackförening därför att fackföreningen utfört visst arbete. Premisserna för avgiftsuttaget fastställs normalt i kollektivavtal. Utgångspunkten är att arbetsgivarna skall göra detta löneavdrag också från arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalsbärande organisationen. I sådana fall måste alltså arbetstagarna ge pengar till en förening de inte är medlemmar i. Den fråga som AD tagit ställning till är om detta bidrag på något sätt berört föreningsfriheten för de arbetstagare som inte tillhör den avtalsslutande föreningen. AD har härvidlag klargjort att avgörande är om avgiftsuttaget avser att kompensera för en tjänst vars utförande kommer den enskilde arbetstagaren till del. Mätningsavgifter som avsåg att kompensera för utredning av de faktorer som enligt fasta ackordprislistor eller särskilda ackordsöverenskommelser bestämmer ackordlönens storlek, nämligen arbetets art och myckenhet har ansetts godtagbara.[253] AD menade att detta mätningsförfarande och det därtill knutna mätningsarvodet utgjorde en integrerad del i själva lönesystemet, som knappast kunde undvaras, om lönesystemet skulle kunna fungera på ett smidigt sätt i praktiken.[254] Arvodet får dock bara avse kostnaderna för det tekniska mätningsförfarandet och inte bidra till den allmänna fackliga verksamheten. Annars kan föreningsrättskränkning vara för handen.[255] Mätningsarvoden som tas ut när arbetsplatsen tillämpar fasta tidlöner bedöms därför annorlunda. Några särskilda åtgärder behövs då inte för att fastställa hur mycket arbete som utförts och av vilket slag det var. Granskningen i detta fall tog sikte på att kontrollera ett kollektivavtals efterlevnad. Resultatet av granskningen tjänade också som underlag i den lönestatistik som användes i byggnadsarbetareförbundets löneförhandlingar med arbetsgivaren. Granskningen främjade med andra ord i helt annan utsträckning än mätningsförfarandet den allmänna fackliga verksamheten.[256] Det gjorde att avdraget på syndikalistiskt organiserades arbetares lön för granskningsarvode, avseende granskning som utförs av en annan arbetstagarorganisation, därför objektivt sett ansågs innefatta en kränkning av dessa arbetares föreningsrätt. Domstolen har nämligen tidigare angivit att tvångsvis uttaget bidrag av denna karaktär, av arbetstagare som tillhör en annan fackförening, ses som en påtryckning att utträda ur den förenings man är medlem i. För att undgå att betala avgift till två föreningar måste man ju utträda ur den man är medlem i.[257]

[253] AD 1947 nr 50 och 1948 nr 78 och AD 1954 nr 19 och nr 20.
[254] Se resonemanget i AD 1977 nr 222.
[255] AD 1979 nr 158.
[256] Se också AD 1979 nr 110.
[257] Se AD 1977 nr 222, AD 1954 nr 19 och 20.

Om arbetsgivaren med arbetstagarens vetskap kompenserar arbetstagarna lönemässigt med motsvarande belopp som granskningsarvodet anses inte sådan påtryckningseffekt ha förelegat som krävs för att en föreningskränkande åtgärd skall vara för handen.[258] För att en kränkning skall ha ägt rum måste också arbetsgivaren ha haft ett föreningskränkande syfte. För att ett sådant syfte skall föreligga räcker det om arbetsgivaren visste om att arbetstagaren tillhörde en annan förening.[259]

Dessa principer gäller arbetstagare tillhörande annan fackförening. Då kränks den positiva föreningsfriheten. Eftersom något skydd inte finns för den negativa föreningsfriheten omfattas inte oorganiserade arbetstagare av dessa principer. Oorganiserade arbetstagare kan därför tvingas utstå löneavdrag som tillfaller en fackförenings allmänna verksamhet.[260]

I det AD-mål som aktualiserades efter Europakonventionens införlivande i svensk rätt hävdade kärandeparten att om oorganiserade får utstå löneavdrag för granskningsarvode kränks deras negativa föreningsrätt enligt artikel 11 Europakonventionen. Det aktuella löneavdraget utgjorde enligt kollektivavtalet 1,5 procent av lönesumman. Det var arbetsgivaren som drev målet eftersom han inte ansåg sig kunna tillämpa kollektivavtalets bestämmelser på de oorganiserade av de ovan angivna skälen.[261] AD konstaterade i målet att det skydd som enligt svensk rätt fanns för den negativa föreningsfriheten uteslutande grundas på Europakonventionen. Eftersom alla utredningar som dessförinnan utrett frågan om intagande av ett skydd för den negativa föreningsfriheten avstått från att föreslå ett sådant skydd och regeringens delat denna uppfattning fann AD att den skulle agera med viss försiktighet i rättstillämpningen. Skyddet bör inte enligt AD vara starkare än vad som *framgår* av Europadomstolens praxis.[262]

AD:s utgångspunkt var att granskningsarvodet var av sådan art att det i föreningsrättsliga sammanhang inte fanns någon anledning att göra en åtskillnad mellan granskningsverksamheten och den allmänna fackliga verksamheten.[263] AD avgjorde i sin bedömning huruvida löneavdraget

[258] AD 1977 nr 222, AD 1979 nr 110.

[259] AD 1979 nr 159. I det aktuella fallet angav arbetsgivaren att löneavdragen gjordes innan rättsläget klargjorts genom AD 1977 nr 222. AD angav då att en rättsvillfarelse från arbetsgivarens sida – om än aldrig så ursäktlig, inte beaktas vid bedömningen av om en föreningsrättskränkning har ägt rum. AD hänvisade till AD 1948 nr 21 och 1969 nr 25.

[260] AD 1977 nr 222, AD 1978 nr 94, AD 1985 nr 108, se också AD 1986 nr 26.

[261] AD 2001 nr 20.

[262] AD 2001 nr 20 s. 10.

[263] AD 2001 nr 20 s. 18.

kunde jämställas med tvångsanslutning eller om det utgjorde ett tvång eller åtminstone en stark påverkan på de oorganiserade arbetstagarna att ansluta sig till förbundet eller till någon annan facklig organisation.[264] AD konstaterade att löneavdraget inte medförde att arbetstagarna blev medlemmar i förbundet. För medlemskap i en ideell förening krävs ansökan om medlemskap som accepteras av föreningen. Tvångsanslutning var enligt AD bara för handen när någon utsatts för stark press att bli medlem i en organisation och på grund härav gick in i organisationen trots att han eller hon inte önskade detta. Så var inte situationen i det föreliggande fallet. AD framhöll vidare att det förhållandet att den oorganiserade arbetstagaren tvingats bidra till förbundets fackliga verksamhet inte ensamt kunde motivera att man jämställde förfarandet med en tvångsanslutning till förbundet. Medlemskap medför ju enligt AD typiskt sätt även andra skyldigheter, såsom att vara lojal mot föreningens verksamhetsändamål och att betala medlemskapsavgift. Däremot fortsatte AD skulle det ur föreningsrättslig synvinkel kunna vara av betydelse om det förhöll sig så att den oorganiserade arbetstagaren genom bidragen i någon utsträckning associerades till förbundets ideologi. AD påpekade dock att avdragen för granskningsarvode emellertid var en följd av arbetsgivarens förpliktelser gentemot förbundet på grund av kollektivavtalet. AD angav att den oorganiserade arbetstagaren hade valt att inte vara medlem i förbundet och han fick vidkännas avdraget för granskningsarvode som en konsekvens av arbetsgivarens bundenhet av kollektivavtalet. AD ansåg att det därmed var svårt att se att arbetstagaren genom löneavdraget på något vis förknippades med förbundets ideologi. AD påpekade med anledning härav att de oorganiserade arbetstagarna inte anförde några ideologiska skäl, såsom principiellt avståndstagande från facklig verksamhet i allmänhet eller från de värderingar som förbundets verksamhet vilade på, bakom viljan att inte vidkännas löneavdraget utan bara rent ekonomiska. Vidare angav AD att avdraget utgjorde bidrag till fackföreningens allmänna verksamhet. Det kan dock inte bortses från att de oorganiserade också åtnjöt viss motprestation för bidraget.

Det hittills framförda pekade enligt AD på att löneavdragen för granskningsarvodet inte borde betraktas som stridande mot Europakonventionen. Avgörande för målet var dock enligt AD:s mening frågan om dessa löneavdrag var ägnade att utgöra en stark påtryckning mot de oorganiserade arbetstagarna att bli medlemmar i förbundet. Någon sådan påtryckningseffekt fann inte domstolen. Någon kränkning av den negativa föreningsfriheten ansågs därmed inte vara för handen.

[264] AD 2001 nr 20 s. 18.

Sveriges byggindustrier har fört målet vidare till Europadomstolen där de har åberopat artiklarna 10 och 11 samt 14 och egendomsskyddet i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1.[265]

Jag skall i det följande resonera kring förutsättningarna i målet och ange vilka frågeställningar jag bedömer blir avgörande för målets utgång i Europadomstolen.[266]

För att avgöra om den negativa föreningsrätten är kränkt undersöker domstolen vilken form av tvång som är för handen och vad tvånget syftar till. Tvånget måste utgöra en reell påtryckning av den enskilde att utföra den handling tvånget syftar till. Ett tvång som innefattar förlust av försörjning[267] och ett tvång som innefattar omfattande stridsåtgärder[268] lever upp till kriteriet. Ett tvång som omfattar en omplacering med likartade arbetsvillkor anses inte tillräckligt allvarligt.[269]

I mätes- och granskningsarvodesfallen är bedömningen av tvångsaspekten komplicerad. Eftersom arbetsgivaren förbundit sig i kollektivavtal att göra löneavdrag kan den enskilde bara undgå löneavdraget genom att säga upp sig. Den enskilde har inte några möjligheter att påverka tillämpningen av avtalet. Ett tillräckligt omfattande tvång borde därför vara för handen.

Syftar då tvånget till att förmå någon att göra något som berör kärnan i föreningsfriheten. Tvång som syftar till att någon skall ansluta sig till en förening rör denna kärna om tvånget är av tillräckligt ingripande karaktär.[270] Ett tvång som däremot syftade till att förmå en arbetsgivare att ansluta sig till ett kollektivavtalssystem ansågs visserligen beröra föreningsfriheten i artikel 11 men inte i tillräcklig utsträckning.[271] Att tvingas sluta ett kollektivavtal berör inte kärnan av föreningsfriheten. Är det då någon skillnad mellan att tvingas teckna ett avtal som utarbetats av en organisation man ej vill tillhöra och tvingas bidra finansiellt till denna organisation? Frågan är inte lätt att besvara. Man skulle kunna säga att kollektivavtalet bara utgör *ett* enskilt utflöde av föreningsverksamheten. Ett ekonomiskt bidrag gynnar *hela* verksamheten. Kollektivavtalet är dock föreningens främsta mål. När det gäller kollektivavtalet hade ar-

[265] Se Lag & Avtal nr 8 /2001, s. 10. Se också Kent Brorson Lag & Avtal nr 3/2003 s. 6 och Gustav Herrlig s. 8 samt Kurt Junesjö och Staffan Holmertz i Lag & Avtal nr 2/2003.
[266] Se även Lunning, Berqkvist, Toijer, s. 142.
[267] Young, James and Webster, p. 55 och Sigurjónsson, p. 36 och 41.
[268] Gustafsson, p. 44, 52.
[269] Sibson, p. 29.
[270] Se Young, James and Webster p. 55 och Sigurjónsson p. 36 och 41.
[271] Gustafsson, p. 52.

betsgivaren vissa om än bara teoretiska möjligheter att påverka avtalets innehåll. Någon möjlighet att påverka granskningsarvodets storlek eller vad pengarna skulle bidra till fanns inte. Någon rätt att påverka föreningens verksamhet medför vare sig kollektivavtalet eller granskningsarvodet. Ur uppoffringssynpunkt är dock arvodet närbesläktat med en medlemsavgift som ofta föregår medlemskap. Även om arvodet inte är lika omfattande som medlemsavgiften så är det av identisk karaktär.[272] Det skulle kunna tyda på att granskningsarvodet åtminstone är närmare kärnan i föreningsfriheten än hängavtalet i Gustafssonsmålet.

Om vi antar att granskningsarvodet träffar föreningsfrihetens kärna och en kränkning därmed aktualiseras måste en prövning enligt artikel 11:2 göras. Det skall då prövas om intrånget anges i lag och om det motsvarar något av de godtagbara skäl som räknas upp i bestämmelsen. Detta torde det inte föranleda någon tvist. Tvisten aktualiseras med frågan om intrånget kan anses vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. I detta skede kommer den positiva föreningsfriheten att prövas mot den negativa. Bestämmelsen om löneavdraget är ju ett utflöde av kollektiv förhandling. I svensk rätt har lagstiftaren valt att ge fackföreningen rätten att förhandla kollektivt för att tillvarata medlemmarnas intressen. Kollektivavtalet utgör därför resultatet av fackföreningens utnyttjande av sin positiva föreningsfrihet.[273] För att avgöra proportionalitetsbedömningen är det lämpligt att hämta stöd från domstolens argumentation i Young, James and Webster. Fallet är likartat eftersom den påstådda kränkningen är ett utflöde av tillämpningen av ett kollektivavtal. Den organisationsklausul arbetsgivaren tillämpade gentemot Young, James och Webster återfanns också i ett kollektivavtal. Domstolen gjorde där en avvägning mellan den positiva och den negativa föreningsrätten. Domstolen konstaterade att den aktuella fackföreningen inte skulle hindras att tillvarata sina medlemmars intressen genom tillämpandet av det aktuella kollektivavtalet om lagstiftningen i kraft inte hade gjort det tillåtligt att tvinga oorganiserade anställda, med invändningar som de klagande, att ansluta sig till särskilt fackförening.[274] Om en liknande prövning görs på löneavdragsfallen måste man fråga sig om den aktuella fackföreningen kan tillvarata sina medlemmars intressen genom det aktuella kollektivavtalet om lagstiftningen inte gör det tillåtligt att tvinga oorganiserade att betala

[272] Jfr resonemanget om avgiftens betydelse för arbetstagare tillhörande annan organisation än den till vilken han tvingats utge arvode i AD 1979 nr 110 och nr 159, se också Sigeman, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 67–68.
[273] Jfr s. 310f.
[274] Young, James and Webster, p. 64–65.

en avgift till en fackförening de inte tillhör. Om de oorganiserade anför att övertygelseskäl ligger bakom oviljan att betala måste fackföreningens intresse av att genomdriva bestämmelsen vara mer påtaglig. Den skada som de oorganiserade arbetstagarna fått utstå skall också mätas. De har tvingats bidra med en ansenlig summa pengar till en organisation vars verksamhet de är indifferenta inför. Att de inte åberopat några ideologiska skäl behöver dock inte innebära att sådana saknas. Denna fråga avgör dock inte utgången i målet men kan påverka kravet på det motstående intressets styrka.

Observera att i avvägningen måste avgöras om vikten för fackföreningen att erhålla dessa granskningsarvoden väger tyngre än den oorganiserades rätt att slippa bidra till en förening de inte vill vara medlem i. I bedömningen av denna typ av frågor skall hållas i minnet att staterna åtnjuter ett stort handlingsutrymme. Tvingas arbetstagaren bidra med ett ansenligt belopp till en fackförening och han står utanför denna fackförening av ideologiska skäl finns det nog dock skäl att anta att en kränkning av den negativa föreningsfriheten ägt rum.[275]

I AD 2001 nr 20 angav AD att den avgörande frågan var om avdraget för granskningsarvodet var ägnat att utgöra en stark påtryckning mot de oorganiserade arbetstagarna att bli medlemmar i förbundet. Domstolen ansåg inte att löneavdragen skulle ha en sådan påtryckningseffekt. Domstolen konstaterade också att bidraget inte kunde likställas med tvångsanslutning.[276] Den första frågan tycks utgå från premisserna för skyddet av den positiva föreningsrätten i svensk rätt. Att arbetstagare tillhörande annan fackförening än den kollektivavtalsslutande tvingas betala ett granskningsarvode av aktuell karaktär anses ju enligt svensk praxis utgöra en påtryckning att utträda ur den egna fackföreningen. Den andra frågan om tvångsanslutning närmar sig frågan om kärnan i föreningsfriheten berörts. AD konstaterar dock bara att bidraget inte kan likställas med en medlemsanslutning.

Enligt AD:s synsätt kan därmed löneavdraget både utgöra själva tvånget och tvångets syfte. Enligt min mening, som jag utgick från i min analys av fallet, ligger det närmare till hands att pröva frågan genom att dela upp kriterierna tvång och syfte. I det här fallet blir då det centrala om syftet rör föreningsfrihetens kärna.

En ytterligare aspekt berörs dock och det är diskrimineringsförbudet i Europakonventionen artikel 14. Man skulle kunna hävda att eftersom

[275] Se också Sigemnan, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt, s. 68–69.
[276] AD 2001 nr 20 s. 20.

fackligt anslutna inte behöver bidra till en annan fackförenings allmänna verksamhet så skall heller inte oorganiserade behöva göra det. Om det sker tillämpas principerna om föreningsfriheten diskriminerande.[277, 278]

Sammanfattningsvis kan man konstatera att Europakonventionen infört ett explicit skydd för den negativa föreningsfriheten i svensk rätt. Omfattningen är oklar. Man kan ändock konstatera att det medfört att lagstiftaren inte kan ställa som krav att någon måste ansluta sig till en privaträttslig organisation för att få utöva sitt yrke. I privaträttsliga förhållanden har inkorporeringen medfört att det i princip står klart att arbetsgivaren inte kan vidta en ingripande omplacering därför att arbetstagaren är oorganiserad. Inga åtgärder i anställningen får vidtas på denna grund som kan likställas med en uppsägning. Därutöver torde det kunna ifrågasättas om granskningsarvoden som går till en fackförenings allmänna verksamhet kan utkrävas.

EU

När det gäller svensk rätt skall dock några ord sägas om *EU-rättens* krav på området. I 1989 år stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare skyddas den negativa föreningsfriheten i artikel 11. Det anges där att det skall stå varje arbetsgivare och varje arbetstagare fritt att ansluta sig till eller förbli utanför sådana organisationer, utan att därför lida skada personligen eller i arbetslivet.

Stadgan är emellertid inte rättsligt bindande för medlemsstaterna. Den anger dock att utgångspunkten är att en negativ föreningsfrihet skall skyddas i medlemsstaterna.[279]

Genom likabehandlingsdirektivet 2000/78 kan dock ett visst skydd för den negativa föreningsfriheten påfordras. Utgångspunkten för det antagandet är förbudet mot diskriminering på grund av religion eller övertygelse. Enligt den argumentation jag förde i avsnittet om arbetssökande anser jag att frågan om medlemskap i en fackförening kan röra frågor av livsåskådningskaraktär. Avgörande blir då hur arbetstagaren själv ser på medlemskapet. I likabehandlingsdirektivet förbjuds direkt och indirekt diskriminering på de angivna grunderna i fråga om villkor för tillträde till anställning, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran

[277] Om frågan om vem som kan väcka talan se Cameron, An introduction, 2002, s. 51 f, och van Dijk &Van Hoof s. 48–56.

[278] Se även van Dijk & van Hoof s. 56–58.

[279] Om 1989 års stadga se s. 412 ff.

(artikel 3:1 (a)), anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner (artikel 3:1 (c)). Vissa undantag från huvudregeln återfinns i paragrafen 4.[280]

13.3.4.4 Folkrättsliga åtaganden

Då det gäller den negativa föreningsfriheten och svenska folkrättsliga åtaganden är det framförallt i Europarådets sociala stadga som frågeställningen aktualiserats. Det har tidigare framkommit att Europeiska kommittén för sociala rättigheter angivit att skyddet för den negativa föreningsfriheten skall anges i lag. Den negativa föreningsfriheten skall skyddas under anställningen och oorganiserade får inte diskrimineras då det gäller anställningsvillkor, befordran osv.

Hur har då kommittén agerat gentemot de svenska förhållandena.

Den svenska rättsordningen har under många år ansetts stå i strid med Europarådets sociala stadga artikel 5. Det är just den negativa föreningsfriheten som stått i fokus. Som tidigare påpekats har förekomsten av organisationsklausuler kritiserats. Även det faktum att det i lag saknas skydd för den negativa föreningsfriheten har emellertid blivit föremål för kritik.[281]

När det gäller diskriminering av oorganiserade under anställningen har kommittén tagit upp frågan om löneskillnader mellan kollektivavtalsanslutna arbetstagare och andra. Kommittén godtog då premisserna för tillåtligheten av denna typ av löneskillnader i Sverige som har etablerats av AD.[282] Kommittén ställde i den förevarande övervakningscykeln också frågan om diskriminering vid befordran av oorganiserade. Denna fråga behandlades inte av den svenska regeringen i sin rapport och kommenterades heller inte vidare av expertkommittén.[283]

Regeringskommittén fokuserade i sin senaste rapport på det bristfälliga rättsliga skyddet av den negativa föreningsfriheten i Sverige. SAF gjorde ett inlägg i diskussionen där de lade fram sin syn på saken och bland annat pekade på avsaknaden av rättsligt skydd i lag av den negativa föreningsfriheten. Den svenska regeringsrepresentanten angav då att:

> "The Swedish delegation considered that the issues raised by the Swedish Employers' Confederation were legal issues rather than issues related to policy considerations. Therefore the Governmental Committee was not

[280] Se dock diskussion om de verkligen utgör några undantag SOU 2002:43 s. 279–280.
[281] C XIV-1, 1998, vol. 2, Sweden, s. 731–732, C XV-1, 2000, vol. 2, Sweden, s. 558, 562.
[282] C XV-1, 2000, vol. 2, Sweden, s. 559–560.
[283] Se den 19:e svenska regeringsrapporten.

the correct forum. The allegations must first be examined by the European Committee of Social Rights. She underlined that following the incorporation of the ECHR into Swedish law, there was a protection of the negative freedom of association."[284]

Inte alltför förvånande mot bakgrund av den kritik de erhållit i samma fråga så stöttade de danska, isländska och irländska regeringsrepresentanterna den svenska representantens linje.

Flera andra länder beklagade dock avsaknaden av skydd i lag och erinrade också om att Europeiska kommittén för sociala rättigheter har understrukit att omfattningen av artikel 11 i Europakonventionen och artikel 5 i ESS inte var identiska och att den senare föreskriften gick längre än artikel 11 såsom den tolkats av Europadomstolen

I sin sammanfattande kommentar angav Regeringskommittén att den tagit hänsyn till de förbättrade förhållandena rörande organisationsklausuler men noterade också att vissa problem fortfarande förelåg. Men

"more importantly, that no measures had been taken to bring the situation in law into conformity with the Charter. It also noted that the Swedish Government had given no sign of any intention in this respect. The Committee regretted this situation and strongly appealed to the Swedish Government to take measures to bring the situation in law into conformity with Article 5 of the Charter."[285]

Regeringskommittén gav alltså tydligt uttryck för att den delade sociala kommitténs uppfattning i denna fråga. Att den inte utfärdade någon varning torde bero på att sådana bara utfärdades när mer påtagliga kränkningar tycktes äga rum i praktiken. Frågan om diskriminering av oorganiserade utgjorde ett praktiskt problem i Sverige hade inte väckts. Frågan framstår därför såsom varande huvudsakligen av principiell natur eftersom avsked på denna grund är otillåtet enligt förarbetena i LAS.

ILO skyddar den enskilde mot statligt etablerade fackföreningsmonopol. Staten får alltså inte föreskriva att arbetstagare skall vara medlem i viss fackförening. Därutöver skyddas inte den negativa föreningsfriheten. ILO-organen tar exempelvis inte ställning till organisationsklausuler.[286]

[284] Report of the Governmental Committee, 12 December 2000, T-SG (2000) 17 def p. 183.
[285] Report of the Governmental Committee, 12 December 2000, T-SG (2000) 17 def p. 189.
[286] GS 1994, p. 205.

13.3.4.5 Sammanfattande kommentar

Det har framkommit att svensk rätt numera innefattar ett skydd av den negativa fackliga föreningsfriheten. Skyddet utgår från Europakonventionen och bör också komma att utgå från den lag genom vilken bland annat det allmänna likabehandlingsdirektivet skall implementeras. Omfattningen av skyddet i dessa instrument är dock oklart. Skyddet tycks emellertid inte motsvara de krav som ställs för att förenlighet med Europarådets sociala stadga artikel 5 skall nås. För att svensk rätt skall överensstämma med det åtagande ratifikationen av artikel 5 i Europarådets sociala stadga medbör måste ett lagbaserat generellt skydd för den negativa fackliga föreningsfriheten antas.

13.3.5 Statens rätt att ogiltigförklara kollektivavtal och inskränka förhandlingsutrymmet

13.3.5.1 Inledning

Två frågor som rönt viss uppmärksamhet under senare år är de om statens möjlighet att via lagstiftning inskränka det för arbetsmarknadsparterna förhandlingsbara utrymmet och att via lag göra ingrepp i gällande kollektivavtal.

13.3.5.2 Svensk rätt

Enligt 23 § MBL avses med kollektivavtal ett skriftligt avtal mellan arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare och arbetstagarorganisation om anställningsvillkor för arbetstagare eller om förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det område som kan bli föremål för kollektivavtalsreglering sammanfaller med förhandlingsutrymmet enligt 10 § MBL.[287] Kollektivavtalsutrymmet begränsas av tvingande lag och av god sed på arbetsmarknaden och innehållet i kollektivavtalet får inte på annat sätt vara av otillbörlig natur.[288] EG-rätt kan också begränsa det förhandlingsbara utrymmet som de nyantagna likabehandlingsdirektiven visar.

Några hinder för lagstiftaren att disponera över detta utrymme tycks inte finnas enligt svensk rätt. Inte heller tycks den svenska rättsordningen uppställa absoluta hinder för riksdagen att göra ingrepp i träffade kollektivavtal. Visserligen upprätthålls principen att den största restriktivitet skall iakttas när tvingande regler får slå igenom på bestående rättsförhål-

[287] Se Bergqvist, Lunning, Toijer s. 293 f.
[288] Bergqvist, Lunning, Toijer, s. 296.

landen.[289] När det gäller dispositiv arbetsrättslig lagstiftning anses det emellertid numera vara etablerad praxis att sådana bestämmelser får retroaktiv verkan i förhållande till kollektivavtal i de fall då det anses vara ytterst angeläget att de nya reglerna får snabbt genomslag på hela arbetsmarknaden. I arbetsrättsliga sammanhang har övergångsbestämmelser med denna innebörd antagits exempelvis vid MBL:s och jämställdhetslagens tillkomst.[290] Sedan 1990-talet har emellertid två bestämmelser som medför att ingångna kollektivavtalsbestämmelser med visst innehåll kan ogiltigförklaras blivit föremål för intensiv kritik.

Den 16 december 1993 fattade riksdagen beslut om ändringar i anställningsskyddslagen rörande förlängning av den tillåtna tiden för visstidsanställning vid arbetsanhopning och provanställning från 6 till 12 månader. Enligt övergångsbestämmelserna skulle ingångna kollektivavtal som stipulerade kortare visstids- och provanställningstider än 12 månader bli utan verkan. Den nya lagen var liksom den tidigare *dispositiv* vilket innebar att nya kollektivavtal med samma innebörd kunde slutas efter lagens ikraftträdande.[291] Den 16 maj 2001 fattade riksdagen beslut om en ny *tvingande* lagregel i anställningsskyddslagen, § 32 a, som ger arbetstagare rätt att kvarstå i anställningen till 67 års ålder. Bestämmelsen innebär att det från och med den 1 september 2001 inte längre är tillåtet att träffa kollektivavtal om skyldighet att lämna anställningen före 67 års ålder.[292] Dessutom infördes en övergångsbestämmelse med innebörden att kollektivavtal om avgångsskyldighet före 67 års ålder, som ingåtts före den 1 september 2001 bara gäller avtalsperioden ut och längst till och med utgången av år 2002.[293] Arbetsmarknadsparterna avstyrkte de återgivna bestämmelserna.[294]

Europakonventionen

Nielsen och Rehof anser att det är rimligt att anta att Europakonventionen artikel 11 skyddar ingångna avtal.[295] De baserar sitt resonemang på antagandet att artikel 11 medför en förpliktelse för staterna att ge parter-

[289] Se mer i lagrådet i prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 520, prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 125–126, Bernitz, Retroaktiv lagstiftning i europaperspektiv – om betydelsen av allmänna rättsgrundsatser, s. 136 ff. Bernitz påpekar att synen på tillåtligheten av retroaktiv lagstiftning har förändrats som en konsekvans av EU-medlemskapet, s. 146 f. Se också Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 3:e uppl 1988 s. 312–314.

[290] Se t.ex. lagrådet i prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 520–524, och departementschefen s. 540 f. (SFS 1976:580) och (SFS 1979:1118).

[291] Punkt 2 i övergångsbestämmelserna till Lag SFS 1993:1496.

[292] Se vidare Numhauser-Henning, Rätt att gå vid 67?

[293] SFS 2001:298 ögb p. 2.

[294] Se exempelvis remisserna från LO, TCO och SAF respektive SN.

[295] Nielsen & Rehof s. 163 f.

na på arbetsmarknaden frihet att ingå kollektivavtal. Denna förpliktelse tycks de härleda ur doktrinen det vill säga från Betten och van Dijk & van Hoof. Betten drar med stöd av Europadomstolens dom i Lokförarmålet (Swedish Engine Drivers' Union) slutsatsen att domstolen erkänt att föreningsfriheten implicerar rätten till fri kollektiv förhandling.[296] van Dijk & van Hoof anger att parterna skall ha frihet att sluta kollektivavtal. Som framkommit tidigare gör jag en annan bedömning av praxis. Min slutsats är i stället att Europakonventionen artikel 11 inte innefattar en rätt till kollektiv förhandling. Däremot utgör kollektiv förhandlingen av de godtagbara metoder som staterna kan välja för att uppfylla artikelns krav på att fackföreningarna skall kunna tillgodose sina medlemmars intressen.[297] Har dock staten givit fackföreningarna möjlighet att träffa bindande kollektivavtal, kan man fråga sig hur Europadomstolen skulle förhålla sig till ogiltigförklarande av ingångna avtal. Troligen skulle de ställa frågan om ogiltigförklarandet medförde att arbetstagarna berövats möjligheten att tillvarata sina yrkesmässiga intressen. Utgången av den bedömningen är oklar. Det är därför svårt att avgöra om Europakonventionen inskränkt den svenska lagstiftarens handlingsutrymme då det gäller ogiltigförklarande av ingångna avtal och inskränkningar i det avtalsbara området.

13.3.5.3 Folkrättsliga åtaganden

a) Retroaktivt ogiltigförklara gällande kollektivavtal, ILO

Efter antagandet av lagen om förändringar rörande tillåtligheten av visstidsanställningar år 1993 anmälde LO, TCO och FFI den svenska regeringen till ILO:s föreningsfrihetskommitté. Arbetstagarorganisationerna hävdade att regeringen kränkt sina åtaganden enligt ILO-konventionerna 98 och 154 som Sverige ratificerat genom antagandet av lagregeln som medförde ogiltigförklarande av ingångna kollektivavtal.[298] Särskilt åberopades artikel 4 i ILO-konvention 98 enligt vilken åtgärder lämpade efter landets förhållanden skall, där så är erforderligt, vidtagas för att uppmuntra och främja utvecklandet och utnyttjandet i största möjliga omfattning av anordningar för frivilliga förhandlingar mellan arbetsgivare eller arbetsgivarorganisationer, å ena, och arbetstagarorganisationer, å andra sidan, i syfte att få till stånd en reglering av anställningsvillkoren genom kollektivavtal.

[296] Betten, International Labour Law, s. 109–110. Rörande Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, hänvisar hon till punkt 16.

[297] Se s. 312.

[298] Se anmälan till ILO:s generalsekreterare den 17 februari 1994.

Arbetsmarknadsparterna hävdade att om staten har rätt att ogiltigförklara gällande kollektivavtal så blir i praktiken arbetsmarknadsparternas rätt till fri förhandling mycket svag. Dessutom berövas parterna därigenom sin autonomi och tilltron till ingångna avtal kan förloras. LO, TCO och FFI menade att staten inte hade rättfärdiga skäl att intervenera i utövandet av den fria förhandlingen och att de aktuella frågorna rörande visstidsanställning och provanställning inte heller kunde motivera ett sådant ingrepp. Enligt ILO-konvention 154 skall åtgärder vidtas för att främja kollektiva förhandlingar. LO och TCO menade att ogiltigförklarandet av ingångna kollektivavtal också stod i strid med denna konvention. Klagomålet syftade till att förmå Sverige att ändra den aktuella bestämmelsen och därmed leva upp till sina internationella åtaganden.

I regeringen svaromål beskrevs bakgrunden till och fördelarna med förlängningen av de aktuella anställningsperioderna. Särskilt betonades den svåra arbetslöshetssituationen och förhoppningen om att de nya reglerna skulle göra arbetsgivarna mer benägna att våga anställa. Särskilt hoppades man att lagstiftning skulle gynna utsatta grupper som ungdomar. Regeringen påpekade också att både lagrådet och arbetsmarknadsutskottet godtagit bestämmelserna om lagens retroaktiva verkan eftersom dess bakomliggande skäl var acceptabla. Regeringen framhöll vidare den tradition av reglering av anställningsvillkor genom kollektivavtal som fanns i Sverige. Dessutom påpekades att den nya lagen var dispositiv och att möjligheten att sluta kollektivavtal inom området fortfarande gällde. Däremot ville man att kollektivavtalen skulle förhålla sig till de nya lagreglerna. Regeringen ansåg heller inte att lagreglerna stod i strid med ILO-konvention 154 eftersom det förhandlingsbara utrymmet kvarstod. Slutligen betonades behovet av att de nya lagreglerna skulle få ett snabbt genomslag på den svenska arbetsmarknaden i syfte att komma tillrätta med den utomordentligt svåra arbetslöshetssituation som rådde.[299]

Föreningsfrihetskommittén behandlade ärendet under sommaren 1994 och kom fram till att i den mån de aktuella lagreglerna åsidosatte tidigare träffade kollektivavtal så utgjorde lagen ett intrång som kränkte principen om parternas autonomi i kollektivförhandlingsprocessen. *Kommittén krävde att regeringen i fortsättningen skulle avstå från att i lag göra sådana intrång.* För framtiden krävdes att regeringen ändrade 1993 års lag så att kollektivavtal träffade innan dess ikraftträdande inte skulle åsidosättas och att kommittén skulle hållas underrättad om utvecklingen.[300]

[299] Arbetsmarknadsdepartementet 2 maj 1994, Ref. ILO TUR 1-58-2, Our ref. A94/364/AL.

[300] Föreningsfrihetskommittén Case No. 1760 294th Report, The Committee's recommendation, p. 571.

Kommittén motiverade sin slutsats med att principen om rätten för fackföreningar och arbetsgivare att förhandla fritt med varandra utgör ett oundgängligt element i föreningsfriheten och att de statliga myndigheterna skall avhålla sig från intrång som kan begränsa eller hämma det lagliga utövandet därav. Dessutom underströk kommittén den vikt den lade vid principen om parternas självständighet i den kollektiva förhandlingsprocessen, en princip som allmänt erkändes i de förberedande diskussionerna som ledde till antagandet av ILO-konvention 154. Kommittén noterade de skäl av ekonomisk- och socioekonomisk karaktär som regeringen angav låg bakom lagen. Kommittén ansåg dock inte att det var dess uppgift att ange om de ekonomiska skälen var rättfärdiga eller inte. *Sådana överväganden påverkar heller inte det faktum att kollektivavtal åsidosätts. Att lagstiftning tidigare antagits med denna effekt i svensk rätt föranledde kommittén att påpeka att upprepad hemfallenhet åt rättsliga inskränkningar kan i det långa loppet bara inverka menligt på och destabilisera klimatet för arbetsmarknadsrelationerna.* Om lagstiftaren intervenerar för att upphäva utövandet av de rättigheter fackföreningar och dess medlemmar tillerkänts så kommer detta att få en menlig effekt på arbetstagarnas och arbetsgivarnas intresse av att organisera sig. Av dessa skäl kom kommittén till den tidigare angivna slutsatsen.[301] ILO:s styrelse antog föreningsfrihetskommitténs rekommendation.[302] Internationella arbetsbyrån begärde några månader senare in information om vilka åtgärder regeringen vidtagit för att tillmötesgå rekommendationen. Regeringen kunde då meddela att den kritiserade lagregeln var föremål för förslag om ändring (prop 1994/95:76). Föreningsfrihetskommittén mottog denna information med intresse och tillfredställelse.[303] Den svenska regeringsrepresentanten kunde sedermera meddela att lagändringarna antagits[304] och föreningsfrihetskommittén och ILO:s styrelse kunde därmed lägga ärendet till handlingarna.[305]

Problematiken aktualiserades ånyo och utvidgades vid 2001 års lagändringar rörande pensionsåldern. 2001 års regel medför att en arbetstagare har rätt att kvarstå i anställningen till 67 års ålder (§ 32a LAS).[306] Lagen är tvingande vilket medför att det från och med dess ikraftträdande inte

[301] FFK, 294th Report, June 1994 p. 565–570.
[302] International Labour Office, Governing Body, Minutes of the 260th Session, June 1994.
[303] FFK, 297th Report, Geneva, March–April 1995, p. 33.
[304] Arbetsmarknadsdepartementet, 20 april 1995, Ref. ILO TUR 1-58-2 Our ref. A94/364/AL.
[305] FFK, 299th Report, p. 20, Governing Body 263rd Session.
[306] SFS 2001:298

längre är tillåtet att träffa avtal om skyldighet att lämna anställningen före 67 års ålder. Detta gäller såväl kollektivavtal som enskilda avtal.

Enligt övergångsbestämmelserna p. 2 anges att kollektivavtal som har ingåtts före lagens ikraftträdande gäller utan hinder av 32a § till dess avtalet löpt ut dock längst till och med utgången av år 2002.

Enligt LO och TCO bröt dessa bestämmelser mot ILO:s grundläggande principer om arbetsmarknadsparternas rätt att verka som oberoende självständiga organisationer med rätt att reglera sina förhållanden i kollektivavtal. Lagändringen inskränkte nämligen avtalsfriheten för arbetsmarknadens parter eftersom de förbjöds träffa avtal om avgångsskyldighet före 67 års ålder. Vidare ogiltigförklaras kollektivavtal som föreskriver tidigare avgångsskyldighet och vars giltighetstid sträcker sig längre än utgången av 2002.[307]

Arbetstagarorganisationerna angav en rad fördelar som en skyldighet att avgå före 67 års ålder kunde medföra för vissa arbetstagare. De påtalade vidare att denna inskränkning i avtalsfriheten skedde utan någon överenskommelse med arbetsmarknadens parter. Detta ansågs vara anmärkningsvärt eftersom frågan traditionellt har varit en sak för parterna att reglera i kollektivavtal. Enligt LO:s och TCO:s uppfattning måste statsmakten i ett fall som det nu aktuella inom ramen för ett trepartssamarbete göra stora ansträngningar för att nå en överenskommelse och om en överenskommelse inte nås är de skyldiga att respektera träffade kollektivavtal. Parterna menade att retroaktivitetsregeln också är anmärkningsvärd mot bakrund av kritiken från ILO år 1994. En hänvisning görs också till lagrådsremissen i vilken det ifrågasattes om åsidosättandet av ingångna avtal kunde anses vara förenligt med Sveriges internationella åtaganden.

Enligt LO och TCO är principerna om arbetsmarknadens parters självständighet av så grundläggande art att statsmakten har ett mycket begränsat utrymme att göra ett intrång av detta slag. En uppenbar fara måste föreligga för samhällsekonomin, den nationella säkerheten eller demokratin för att inskränkningar skall kunna ske. Det föreligger dock inga exceptionella skäl av sådan art som skulle tillåta Sverige att göra dessa inskränkningar och därmed bryter Sverige mot sina egna ratificerade konventionsåtaganden gentemot ILO om främjande av kollektivavtal som regleringsmetod.[308]

Fallet är när detta skriva inte avgjort i föreningsfrihetskommittén. 2001 års lagändring skall dock här analyseras mot bakgrund av ILO:s praxis. Det skall också undersökas hur övriga internationella åtaganden förhåller sig till denna form av ingrepp i förhandlingsrätten.

[307] Se skrivelse från LO och TCO den 20 november 2001 till ILO:s generaldirektör, s. 1.
[308] Skrivelse från LO och TCO den 20 november 2001 till ILO:s generaldirektör, s. 6.

I Ds 1999:39 anges att frågan om att göra ingrepp i gällande kollektivavtal är en fråga som bör hanteras med stor försiktighet inte minst mot bakgrund av Sveriges internationella åtaganden. Denna ståndpunkt anför även regeringen i sitt utlåtande till ILO.[309] När det gäller ILO:s normer kan detta uttalande snarast betraktas som ett "understatement". Av föreningsfrihetskommitténs ställningstagande rörande de svenska tidsramarna för visstidsanställning och provanställning får man klart intryck av att möjligheten att göra ingrepp i gällande kollektivavtal överhuvudtaget inte kan vara förenligt med föreningsfriheten så som den kommer till uttryck i ILO:s konventioner.[310] Denna hållning har också därefter bekräftats av expertkommittén som angivit att det inte är acceptabelt att expandera intrånget i kollektiv förhandling genom att dra tillbaka ett godkännande av hela eller delar av kollektivavtal p.g.a. av att det kommit att stå i strid med lagstiftning som antagits *efter* godkännandet.[311]

Att anta lag som retroaktivt ogiltigförklarar ingångna kollektivavtal tycks således under alla omständigheter vara i strid med ILO-konventionerna 98 och 154.[312]

b) Principen för inskränkningar i det förhandlingsbara området, ILO

Den nya bestämmelsen inskränker också det förhandlingsbara området eftersom ingen arbetstagare skall kunna tvingas att avgå före 67 års ålder.

Enligt ILO-konvention 98 artikel 4 skall det förhandlingsbara utrymmet omfatta arbetsvillkor och staterna åtar sig att främja möjligheterna att sluta sådana kollektivavtal. I ILO-konvention 154 artikel 2 anges att med kollektiva förhandlingar avses förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter som syftar till att bestämma arbets- och anställningsvillkor och/eller att reglera relationerna mellan arbetsgivare och arbetstagare och/eller att reglera relationerna mellan arbetsgivare och deras organisationer och en eller flera arbetstagarorganisationer. Enligt artikel 5 p. 2 b innefattas i främjandebegreppet att den kollektiva förhandlingen skall utsträckas till alla frågor som anges i artikel 2.

Att myndigheterna inskränker det förhandlingsbara området rörande arbetsvillkor anses stå i motsättning till främjandekravet i ILO-konvention 98.[313] Enligt expertkommittén får inte ratificerande stater i stället för

[309] Ds 1999:39, s. 16. Statement in Case No 2171 Ref. ILO TUR 1-58-3, p. 24.
[310] FFK, Case No 1760, 294th Report, The Committee's recommendation p. 565–571, se också Digest 1996 p. 877, 810. Jfr dock Numhauser-Henning s. 288 f.
[311] EK, sess. 86, 1998, Argentina, s. 221.
[312] Se också Nielsen & Rehof, s. 161–163, 168 f. Fallet är nu avgjort och beslutet bekräftar denna princip. Sverige ansågs kränka ILO-konventionerna. ILO GB 286/11 (Part II) case 2171 p. 1053.
[313] EK GS 1983, p. 311 och EK GS 1994, p. 250.

att uppmuntra och främja "take away or substantially restrict this right". För att bedöma sådana ingrepp undersöks om området var föremål för fri förhandling dessförinnan och om förhandling inom området är vanlig i andra länder.[314] Trepartsdiskussioner för förberedande av, på frivillig basis, antagande av riktlinjer för den kollektiva förhandlingen anses vara ett lämpligt alternativ som föredras framför inskränkningar.[315]

Frågan är om pensionsavgång bör kunna anses utgöra ett sådant anställningsvillkor som inte får undantas från det förhandlingsbara området.[316] Kommittén anser att de områden som har *viktiga och direkta effekter på en arbetstagares anställning*, inte skall anses ligga utanför det förhandlingsbara området.[317]

Att inskränka det förhandlingsbara utrymmet är emellertid inte alltid till nackdel för arbetstagarna. En inskränkning i det förhandlingsbara området som utgör en förbättring av arbetsvillkoren är förenlig med ILO-konventionernas krav. Det ansågs därför acceptabelt att i lag ange att den normala arbetstiden inte fick överstiga 40 timmar per vecka. En sådan inskränkning utgjorde en förbättring av arbetsvillkoren och det stod fortfarande parterna fritt att avtala om kortare arbetstid.[318]

Utifrån denna genomgång förefaller det rimligt att anta att frågor om avgångsskyldighet vid pension ligger inom det område inom vilket kollektiv förhandling fritt skall kunna utövas. Avgörande för om bestämmelsen om förbud att förhandla om avgångsskyldighet före 67 års ålder är förenlig med ILO-bestämmelserna måste vara om lagen kan anses medföra en förbättring av arbetsvillkoren. LO och TCO påpekar i sin skrivelse till ILO att bestämmelsen kan försämra villkoren för vissa grupper arbetstagare.[319] Det skall dock påpekas att kollektivavtal fortfarande kan slutas som ger arbetstagarna en rätt att avgå med pension tidigare än vid 67 års ålder. Lagändringen syftade till att få till stånd en anpassning av pensionsavgången till det nya pensionssystemet. Enligt detta skulle man kunna få högre pension ju senare man slutade arbeta.[320] Det har även i doktrinen påpekats att i realiteten riskerar denna bestämmelse att medföra nack-

[314] EK, sess. 61, 1976, Singapore, s. 145 och förarbetena till konventionen (Report IV(2) International Labour Conference, 32nd Session, 1949, p. 30, and Record of Proceedings vid samma möte p. 470–471.
[315] EK GS 1994, p. 250,
[316] EK sess. 59, 1974, Malaysia, s. 165 och EK sess. 60, 1975 Japan, s. 131 och EK, sess. 58, 1973, Japan, s. 146 och EK sess. 61, 1976, Singapore s. 146 och Digest 1996 p. 811.
[317] EK, sess. 61, 1976, Singapore, s. 147.
[318] EK, sess. 86, 1998, Portugal, s. 256.
[319] S 4 i skrivelsen.
[320] DS 1999:39 s. 8. Regeringens utlåtande till ILO, p. 19.

delar för det stora flertalet, åtminstone på kort sikt.[321a] I LO:s och TCO:s skrivelse till ILO framförs också kritik mot det nya pensionssystemet. Denna kritik ligger dock utanför det område som ILO kan ha synpunkter på i detta avseende.

Anser inte föreningsfrihetskommittén att lagregeln avser att förbättra arbetsvillkoren och anses frågan om tidpunkt för avgångsskyldighet innefattas i det område som skall vara förhandlingsbart måste regeringen visa att den gemensamt med arbetsmarknadens parter försökt enas om riktlinjer parterna skulle förhålla sig till vid förhandlingarna. Till saken hör då att regeringen sökt förmå de aktuella klagande parterna att genom förhandling anpassa kollektivavtalen till de nya pensionsförutsättningarna. Detta lyckades man emellertid inte med. Att genom lag anta för arbetstagarna försämrande inskränkningar i det förhandlingsbara utrymmet godtas egentligen bara under exceptionellt svåra ekonomiska förhållanden och då bara under begränsad tid. Det torde vara svårt att anföra att något sådant tillstånd är rådande.[321b]

Andra folkrättsliga åtaganden

Intrång i *Europarådets sociala stadgas* bestämmelser behandlas enligt artikel 31 (G i den reviderade stadgan). Intrång av typen lönetak behandlas identiskt som i ILO. Intrång i gällande kollektivavtal har inte explicit kommit till kommitténs kännedom. Att sådana skulle komma att behandlas som i ILO tycks rimligt. Begränsning av det förhandlingsbara utrymmet skulle då bedömas utifrån artikel 31/G. Kommittén brukar i och för sig inte ha synpunkter på vilka områden som kan bli föremål för kollektiv förhandling. En inskränkning av det förhandlingsbara utrymmet skulle dock vara svårt att förena med bestämmelsens främjandekrav.

FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter skyddar visserligen rätten att bedriva kollektiv förhandling. Inskränkningar godtas bara i den mån inskränkningsbestämmelserna medger. Det torde innebära att intrång i rådande kollektivavtal bara kan göras i den mån artikel 22:2 medger. Vilka områden som skall vara föremål för kollektiv förhandling anges inte. Intrång i det förhandlingsbara utrymmer borde dock också bedömas enligt artikel 22:2. En inskränkning i det förhandlingsbara utrymmet utgör onekligen ett intrång i rätten att förhandla kollektivt.

Frågan om omfattande begränsningar i förhandlingsutrymmet är förenliga med *FN:s konvention om ekonomiska och sociala och kulturella* rät-

[321a] Se diskussion i Numhauser-Henning s. 295 ff.

[321b] FFK har nu avgjort ärendet. Inskränkningen ansågs kränka föreningsfriheten. Se vidare not 312 i detta kapitel.

tigheter har berörts av KESKR. Sådana åtgärder har föranlett oro i kommittén.[322]

Att de svenska inskränkningarna av kollektivavtal och av det kollektivavtalsbara området skulle behandlas annorlunda i de ovan angivna instrumenten än i ILO tycks inte troligt.

13.3.5.4 Sammanfattande kommentar

När det gäller frågan om inskränkning av det kollektivavtalsbara området och ogiltigförklarande av träffade kollektivavtal är det i första hand ILO:s regler som är av betydelse. Det framgår ur övervakningskommittéernas praxis att det aldrig är förenligt med den fackliga föreningsfriheten att ogiltigförklara kollektivavtal som trätt i kraft. I de fall detta skett i svensk rätt har Sverige sålunda agerat i strid med sina folkrättsliga åtaganden.

När det gäller inskränkningar av det kollektivavtalsbara området är det i princip inte godtagbart att inskränka områden som rör anställningsförhållandet och som inte förbättrar förutsättningarna för arbetstagarna. Frågan om den aktuella inskränkningen utgör en försämring eller en förbättring av arbetsvillkoren avgör dess konventionsförenlighet.

13.3.6 Vem eller vad har rättsligt sett tillgång till strejkvapnet?

13.3.6.1 Inledning

De kodifierade reglerna rörande stridsrättens utövande är få i den svenska rättsordningen. I RF 2:17 anges dock att förening av arbetstagare äger rätt att vidta fackliga stridsåtgärder om ej annat följer av lag eller avtal. I lag har förbud för kollektivavtalsslutande organisationer att vidta stridsåtgärd under vissa förhållanden angivits i 41 § MBL, viss form av arbetsgivarstridsåtgärd förbjudits i § 41 a och viss form av arbetstagaråtgärd förbjuds i 41 b § MBL. Vidare anges vissa ytterligare föreskrifter i 42–49 §§ MBL. Medlingsinstitutet kan numera fatta beslut om uppskjutande av varslad stridsåtgärd i 14 sammanhängande dagar (49 § MBL). För statligt, kommunalt och landstingsanställda är också vissa begränsningar angivna i LOA § 23 rörande politiska och partiella stridsåtgärder. I 25 § LOA anges också att arbetstagare bara får delta i stridsåtgärd efter beslut av den arbetstagarorganisation som har anordnat stridsåtgärden. Därutöver sak-

[322] Se t.ex. CO CESCR Mauritsius U.N. Doc. E/C.12/1994/8 (1994), 31 may 1994, p. 10. Summary Record of the 22nd meeting: Mauritsius. 24/05/94 E/C.12/1994/SR.22 p. 55 och 56, Mr Simma.

nas i princip föreskrifter rörande stridsåtgärder. Kan man därmed utgå ifrån att stridsrätten därutöver är fri? Nej knappast, lagstiftaren har överlåtit åt rättstillämparen och arbetsmarknadens parter att själva reglera dessa frågor och en rad normer har utvecklats i domstolarnas praxis.[323] Den fråga som jag här skall beröra, frågan om vem som har rätt att vidta en stridsåtgärd, har exempelvis för privatanställda som ej är bundna av kollektivavtal inte lagreglerats men berörts i praxis.

13.3.6.2 Svensk rätt

Några år innan RF 2:17 infördes i regeringsformen skrev Folke Schmidt en uppsats om rättsläget vid vilda strejker.[324] Med vild strejk åsyftades en strejk som *inte var organiserad* av en fackförening. Schmidt konstaterade att om arbetstagarna var oorganiserade eller anslutna till en organisation som inte hade kollektivavtal med arbetsgivaren var den vilda strejken alltid lovlig.[325] Eftersom strejk erkändes som ett lovligt stridsmedel så blev en arbetsvägran i samband med lovlig strejk fri från påföljd.[326]

Högsta domstolen gav år 1974 uttryck för en annan uppfattning. I NJA 1974 s. 36 angavs att bara strejker som beslutats av en facklig organisation kan vara lovliga.[327] Detta sades bero på det faktum att strejkrätten är kopplad till förhandlingsrätten som bara tillkommer förening av arbetstagare eftersom bara sådan kan vara part i kollektivavtal. Domstolen angav att rättsordningen i princip tar avstånd från strejker som ej är anordnade av fackförening eller annan liknande förening av arbetstagare.[328]

Det grundlagsstadgande som nu återfinns i RF 2:17 trädde i kraft 1 januari 1975.[329] Där anges att *förening av arbetstagare* äger rätt att vidta fackliga stridsåtgärder. I förarbetena anges att stadgandet bör i överensstämmelse med den ordning som i detta hänseende gäller i vårt land ta sikte på arbetsmarknadens parter. Utgångspunkten tycks vara att enhet

[323] Allmänt om normerna som omgärdar strejkrätten se, Sigeman och Göransson kap. 11 och 12 i Facklig arbetsrätt, Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, Nyström, Stridsåtgärder på en modern arbetsmarknad, Glavå, Arbetsrätt s. 149 ff

[324] Schmidt, Rättsläget vid vilda strejker, s. 701–721.

[325] Schmidt, Rättsläget vid vilda strejker, s. 703.

[326] Schmidt, Rättsläget vid vilda strejker, s. 707.

[327] NJA 1974 s. 36.

[328] Denna slutsats har kritiserats av Göransson och Victorin. Vicorin menade att den enda slutsats som kunde dras var att organisationsmässiga åtgärder var privilegierade av rättordningen, Victorin, 1976, s. 660–661. Göransson delade Victorins uppfattning och menade att RF 2.17 antogs i linje därmed: "Stadgandet kan endast sägas ge uttryck för att det är den organisationsmässiga fackliga stridsåtgärden som är gynnad av lagstiftaren", Göransson Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 332.

[329] Då återfanns det under RF 2:5.

som kan vara part i kollektivavtal avses.[330] Subjektet på arbetstagarsidan i RF 2:17 sammanfaller sannolikt med arbetstagarsubjektet i § 6 MBL.

RF 2:17 avser inte att skydda de oorganiserades strejkrätt. Det innebär dock inte att grundlagsstadgandet i sig medför något förbud för andra enheter än fackföreningar att strejka. Däremot medför organisationsprivilegiet att stridsåtgärder som inte beslutats av fackförening kan inskränkas på annat sätt än genom lag och avtal, exempelvis genom praxis och förordning.[331] Någon motsättning mellan HD:s dom från 1974 och RF 2:17 finns därför inte.

Åtnjuter då oorganiserade arbetstagare någon strejkrätt? I förarbetena till MBL framkommer att departementschefen fann starka skäl som talade för att det var den fackligt organiserade åtgärden som åtnjöt rättsordningens stöd. Departementschefen ansåg att även utanför kollektivavtalsreglerade områden var det naturligt med en rättstillämpning som innebar att det även där blev en förutsättning för tillåtligheten av arbetsinställelse att denna företogs i organiserade former, dvs. i princip av en fast organiserad facklig sammanslutning.[332] AD har anammat denna linje vilket bland annat framgår av AD 1981 nr 26 och AD 1984 nr 91 där förarbetena till MBL åberopas på denna punkt och det konstateras att en allmän princip råder på arbetsmarknaden innebärandes att det är de avtalsbärande organisationerna som förfogar över rätten till stridsåtgärder. Bergqvist, Lunning och Toijer går emellertid inte längre än att ange att:

> "Kanske får det också krävas för att man skall tala om en tillåten stridsåtgärd att åtgärden har beslutats av en facklig organisation."

Författarna motiverar sin vaga slutsats med att stridsåtgärden annars inte kan ha en sådan anknytning till det organiserade förhandlings- och avtalsväsendet som kan *påstås* vara en förutsättning för att en tillåten facklig stridsåtgärd skall anses föreligga.[333]

Huvudregeln tycks således vara att oorganiserade saknar rätt att vidta stridsåtgärd. Det innebär att oorganiserade arbetstagare inte undgår an-

[330] I KU 1973:26 s. 51–52 sägs att stadgandet bör i överensstämmelse med den ordning som i detta hänseende gäller i vårt land ta sikte på arbetsmarknadens parter och förhållandena på arbetsmarknaden. Se också Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 328. I SOU 1993:40 Del A s. 133 talas det bara om att bestämmelsen tar sikte på förening av arbetstagare och inte på den enskilde arbetstagaren. Se också Glavå s. 176ff.

[331] Sigeman, Fri stridsrätt i princip men många regler begränsar även lovliga stridsåtgärder, 1981, s. 29.

[332] 1975/76:105 bilaga 1 s. 272–273.

[333] Bergqvist/Lunning/Toijer s. 415.

svar för avtalsbrott om de vidtar en arbetsnedläggelse.[334] Om oorganiserade deltar i en strejk som anordnats av en organisation och som enligt lag och kollektivavtal är lovlig så får emellertid de oorganiserade delta på samma villkor som de organiserade.[335]

Fackföreningar skyddas således av reglerna i RF 2:17. Det innebär att deras stridsrätt bara kan begränsas genom lag och avtal. Det förefaller därför märkligt att arbetsrättskommittén angav att den överlämnade frågor om strejkrättens lovlighet utanför kollektivavtalsreglerade förhållanden åt rättstillämparna.[336] Arbetsdomstolen har dock intagit en återhållsam attityd då det gäller att inskränka stridsrätten i utomobligatoriska förhållanden.[337] Detta förhållningssätt är mot bakgrund av RF 2:17 som exempelvis Malmberg påpekat naturligt.[338]

För den privata arbetsmarknaden finns det få i lag angivna begränsningar för fackföreningar som inte är bundna av kollektivavtal att vidta stridsåtgärder. Enligt 41 b § MBL är fackföreningar dock numera återigen förhindrade att vidta stridsåtgärd mot enmans- och familjeföretag.[339] Enligt 42 § MBL är arbetstagarorganisation också förhindrad att understödja eller på annat sätt delta i olovlig stridsåtgärd. Sympatiåtgärder får alltså ej vidtas för att stödja kollektivavtalsluten organisation som vidtar stridsåtgärd i strid med 41 § MBL.

För fackföreningar som är bundna av kollektivavtal är möjligheterna att vidta stridsåtgärder emellertid påtagligt begränsade genom fredspliktsbestämmelserna i 41–42 §§ MBL.

Av 41 § MBL framgår att de bara får vidta eller delta i arbetsinställelse (lockout eller strejk), blockad, bojkott eller annan därmed jämförlig stridsåtgärd om avtalet ingåtts av en organisation och denna organisation i behörig ordning har beslutat om stridsåtgärden. Därutöver får stridsåtgärden inte strida mot fredsplikten i kollektivavtal eller på annat sätt ha ett enligt 41 § MBL otillbörligt ändamål. Det innebär att dessa arbetstagare bara får delta i stridsåtgärd som beslutats i den ordning som anges

[334] NJA 1974 s. 36. För offentliganställda finns dock en uttrycklig regel i LOA om att stridsåtgärd är förbjuden i den mån den inte beslutats av en facklig organisation, LOA 25 §, se också AD 1987 nr 157. Glavå s. 177.
[335] NJA 1974 s. 36, SOU 1975: 1 s. 459 ff, Victorin, 1976, s. 662.
[336] SOU 1975:1 s. 458.
[337] Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 330–331 och Malmberg, Metoder att motverka låglönekonkurrens i Sverige, s. 12–13, 22.
[338] Malmberg, Metoder att motverka låglönekonkurrens i Sverige, s. 13.
[339] SFS Lag 2000:166.

i de för den berörda organisationen gällande stadgarna. Detta betyder att det inte alltid är den sammanslutning som står som part i det fredspliktsgrundande kollektivavtalet som också skall fatta beslut om stridsåtgärd.[340] I AD 1999 nr 65 framkommer dock att en praxis, rörande vem som beslutar om stridsåtgärd, som inte är i strid med stadgarna men heller inte framgår av stadgarna kan accepteras som behörig ordning. "Enligt Arbetsdomstolens mening torde ... utrymmet vara mycket begränsat för att finna att lagens krav på behörigt beslut inte är uppfyllt när organisationens ledning fattat beslutet och, utan invändning från andra i organisationen, hävdar att beslutet har fattats i enlighet med organisationens interna beslutsordning".[341]

Sammanfattningsvis kan konstateras att strejkrätten tillkommer fackföreningar men inte andra grupperingar av arbetstagare. Hur förhåller sig då dessa förhållanden till våra internationella åtaganden?

13.3.6.3 Folkrättsliga åtaganden

Utgångspunkten för bedömningen av strejkrätten inom ILO anges vara

> "the principles of the supervisory bodies cover only legal strikes, that is, strikes which are carried out in compliance with national legislation where this does not undermine the basic guarantees of the right to strike as have been described in the preceding sections on the principles of freedom of association in connection with strikes".[342]

I de fall den nationella lagstiftningen kritiseras anses den alltså underminera de grundläggande garantierna för strejkrätten.

I de ILO-konventioner där strejkrätten ansetts ingå har rättigheterna för arbetstagarnas del att vidta åtgärder enbart rört *arbetstagarorganisationer*. Föreningsfrihetskommittén har angivit att det är förenligt med konventionerna att bara fackföreningar får vidta stridsåtgärder.[343] Föreningsfrihetskommittén har dock i sin senaste "digest" angivit att även så kallade vilda strejker bara får begränsas i den mån de upphör att vara fredliga. Med vilda strejker avses sådana som inte sanktioneras av någon fackförening.[344] Det är oklart om både fackföreningsmedlemmar som vidtar stridsåtgärden utan stöd av fackföreningens beslutande organ och oorganiserade skall skyddas i detta avseende. Den här frågan har mig

[340] Lunning, Bergqvist, Toijer s. 422.
[341] AD 1996 nr 65.
[342] ILO-principles, Gernigon, Odero och Guido s. 42.
[343] Digest 1985 p. 361.
[344] Digest 1996 p. 497.

veterligen inte blivit föremål för bedömning på annat sätt. Inte ens i de refererade fallen anges omfattningen av begreppet "wild-cat strikes".[345] Det är därför svårt att närmare ange vad som omfattas. Det kan dock konstateras att föreningsfrihetskommittén inte anser att sådana strejker får förbjudas.

När det gäller Europarådets sociala stadga är utgångspunkten för konstruktionen av de fackliga rättigheterna något annorlunda. Den Europeiska kommittén för sociala frågor har klargjort att vissa rättigheter kopplade till den kollektiva förhandlingen *inte* bara tillkommer fackföreningar. Kollektivavtalet får förbehållas fackföreningarna. Det är emellertid många omständigheter som enligt kommittén vid sidan av kollektivavtal kan föranleda kollektiv förhandling. T.ex. när uppsägningar har annonserats eller övervägs av en arbetsgivare och en grupp arbetstagare vill försöka förhindra uppsägningarna eller få de uppsagda att återanställas. *All förhandling mellan en eller flera arbetsgivare och en grupp arbetstagare (oavsett de facto och de jure) som syftar till att lösa ett problem av gemensamt intresse oavsett frågans karaktär skall betraktas som kollektiv förhandling i artikel 6 mening. I den omfattning en stats lagstiftning inte tillåter strejkåtgärd vid alla tillfällen då sådan kollektiv förhandling är förhanden är den i strid med stadgans föreskrifter.*[346]

I svensk rätt kan kollektivavtal slutas i alla frågor som arbetstagarorganisationerna kan förhandla kollektivt om. Eftersom bara fackföreningar kan sluta kollektivavtal så har bara fackföreningar rätt att förhandla kollektivt och vidta stridsåtgärder som påtryckning.[347]

Enligt Europarådets sociala stadga behöver inte den kollektiva förhandlingen syfta till ett kollektivavtal. Vilken grupp arbetstagare som helst skall kunna söka överlägga med arbetsgivaren för att få denne att förbättra arbetsmiljön eller återanställa en uppsagd oorganiserad kollega och dessa arbetstagare skall ha rätt att vidta stridsåtgärder för att söka påverka arbetsgivaren. Dessa utgångspunkter är nödvändiga att ha i bakhuvudet för att förstå de olika systemen. Kontentan är dock att enligt Europarådets sociala stadga är det inte bara fackföreningar som har rätt att vidta stridsåtgärder.

[345] FRK Case no 1089, Burkina Faso, Report No 217, år 1982, p. 238.
[346] C IV, Federal Republic of Germany, 1975, s. 50, C XIII-4, 1996, Germany, s. 361.
[347] Jfr Flodgren, Fackföreningen och rätten, Norstedts 1978 s. 145.

13.3.6.4 Bedömning av svenska förhållanden

Det svenska rättsläget blev föremål för särskild granskning i samband med att expertkommittén i sin fjortonde rapport väckte frågan om oorganiserade arbetstagare hade rätt att initiera en strejk i Sverige. Kommittén passade i sammanhanget på att erinra om att eftersom alla arbetstagare skall ha rätt till kollektiv förhandling så skall alla arbetstagare därför ha rätt till stridsåtgärder för att kunna sätta kraft bakom dessa krav.[348]

I den efterföljande svenska regeringsrapporten angavs att en grupp oorganiserade arbetstagare *inte* kan utlysa en lovlig stridsåtgärd enligt svensk rättordning. Det påpekades emellertid att det var lätt för en grupp arbetstagare att bilda en fackförening. Det angavs att det räckte med att ett antal arbetstagare möttes och antog stadgar innehållande bland annat organisationens syfte och beslutsprocess samt antagligen tillsatte en styrelse.[349]

I sina därpå följande slutsatser godtog kommittén det svenska systemet. Kommittén förklarade att trots att den givit uttryck för att ett system som förbjuder strejk som inte organiserats av en fackförening kränker stadgans artikel 6:4 så är situationen i Sverige förenlig med stadgan eftersom en facklig organisation kan bildas av ett fåtal arbetstagare utan betungande formaliteter. Inga krav uppställs på registrering, avgifter, minimimedlemsantal eller dylikt. Under dessa omständigheter då en grupp arbetstagare kan bilda en organisation som har rätt att förhandla kollektivt och inleda en strejk så ansåg kommittén att situationen var förenlig med stadgan.[350]

I de senaste konklusionerna, som för Sveriges åtagande rörde Europarådets reviderade sociala stadga, frångick emellertid kommittén det funktionalistiska synsättet till förmån för det formalistiska. De angav att eftersom bara de som var kapabla att träffa kollektivavtal hade rätt att vidta stridsåtgärder enligt svensk rätt och därmed oorganiserade arbetstagare inte hade rätt att vidta stridsåtgärder så var rättsläget *inte* förenligt med artikel 6:4. Enligt stadgan skall ju varje grupp arbetstagare, inklusive en vanlig grupp arbetstagare utan rättslig status ha rätt att strejka.[351]

En sak måste i detta sammanhang hållas i minnet då det gäller förhållandet mellan svensk rätt och de internationella åtagandena. Domstolarna

[348] C XIV-1, 1998, Sweden, s. 735–736.
[349] Nineteenth report on the implementation of the European Social Charter submitted by the Government of Sweden, Cykle XV-1, 1999, RAP/Cha/SW/XIX(99) s. 19–20.
[350] C XV-1, 2000 Sweden, s. 566.
[351] Conclusions 2002, European Social Charter (Revised), Sweden, s. 185.

kan och bör, i den mån det är möjligt, det vill säga då inte beslutet hamnar i strid med svensk lag, döma fördragskonformt. Strejkrätten utanför kollektivavtalsreglerade förhållanden är i huvudsak oreglerad i svensk lag. Normerna bygger i stället på rättsgrundsatser som utvecklats i praxis.[352] Dessa normer är öppna och vaga. Ämnesområdet kan sägas vara öppet för fördragskonform tolkning. Skulle ett visst folkrättsligt åtagande peka i en viss riktning och ingen uttrycklig lagregel står i strid med denna lösning torde en fördragskonform tolkning vara att föredra.[353]

I nuläget anses alltså svensk rätt stå i strid med Europarådets sociala stadga på denna punkt. Området har varit föremål för viss turbulens inom den Europeiska kommittén för sociala rättigheter. Kravet att tillerkänna vilken grupp arbetstagare som helst strejkrätt förefaller naturligt mot bakgrund av uppbyggnaden av normerna kring den kollektiva förhandlingen i artikel 6 ESS. Det tycks därmed rimligt att anta att kommittén håller fast vid denna linje. Möjligheten står också öppen för de svenska rättstillämparna att tolka in denna rätt i svensk rätt.

Utformningen av Europarådets sociala stadga har i detta avseende också betydelse för utformningen av de kärnmoment som innefattas i artikel 28 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. Sociala stadgan har ju inspirerat urformningen av rättigheterna i Europeiska unionens stadga. När man talar om den sfär som unionen inte får kränka utgör svaret på frågan vem som skall ha rätt att vidta stridsåtgärder en del i kärnan. EU-stadgan kan också som jag tidigare påpekat komma att påverka tolkningen av andra rättsakter inom EU.[354] Det skulle exempelvis kunna innebära att svenska myndigheter skulle vara förhindrade att stoppa oorganiserades strejker därför att de exempelvis skulle hindra den fria rörligheten av varor eller tjänster.

13.3.7 Fredsplikt och dolda klausuler

13.3.7.1 Inledning

Normalt medför ett kollektivavtal fredsplikt för parterna. Omfattningen av denna fredsplikt är ämnet för detta avsnitt.

[352] Se t.ex. NJA 1974 s. 36.
[353] Sigeman, Löntagarrätt, 1994 s. 29–30.
[354] Se s. 427 ff.

13.3.7.2 Svensk rätt

Enligt RF 2:17 har förening av arbetstagare samt arbetsgivare och förening av arbetsgivare rätt att vidta *fackliga* stridsåtgärder om ej annat följer av lag eller avtal.[355] Vad innefattas då i begreppet facklig stridsåtgärd ur ett syftesperspektiv? Sigeman anger att "det skulle vara förenligt med det uttrycket och även i övrigt följdriktigt, om domstol inskränkte skyddet till att gälla åtgärder vidtagna i syfte att genomdriva anspråk som kan regleras med bindande verkan i kollektivavtal".[356] Detta antagande får tjäna som utgångspunkt i det följande.

Enligt 23 § MBL avses med kollektivavtal ett skriftligt avtal mellan arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare och arbetstagarorganisation om anställningsvillkor för arbetstagare eller om förhållandena i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Kollektivavtal kan omfatta alla frågor som rör anställningsvillkoren för enskilda arbetstagare, såväl när det gäller vilket arbete som skall utföras som i fråga om lön och annan ersättning för arbete. Även frågor som gäller hävande och ingående av anställningsavtal samt påföljd för brott mot anställningsavtalet omfattas. Liksom alla frågor inom området för arbetets ledning och fördelning och i övrigt de förhållanden under vilka arbetet utförs. Därutöver omfattas frågor som betecknas som företagsledningsfrågor i det kollektivavtalsmöjliga området. Utanför området faller i huvudsak arbetsgivarens personliga ekonomi och personliga förhållanden i övrigt.[357]

Kollektivavtal kan slutas i alla frågor som det kan förhandlas om enligt 10 § MBL. Eklund formulerar sambandet såsom att "varje förhandlingsfråga skall i princip kunna lösas genom en överenskommelse som parterna kan välja att ge formen av ett kollektivavtal".[358]

Arbetstagarorganisation har rätt att vidta stridsåtgärder i samma frågor som de har rätt sluta kollektivavtal om. Denna rätt kan dock enligt RF

[355] Innebörden av bestämmelsen ansågs vid MBL:s tillkomst inte vara helt klar. Bland annat frågan om betydelsen av en strejks syfte ansågs oklar, se SOU 1975:1 s. 448, 451.

[356] Sigeman, Facklig arbetsrätt, 1997, s. 233. Därmed tycks Sigeman inta uppfattningen att stridsåtgärder inte får vidtas exempelvis för att få till stånd medinflytandeavtal för frågor som uttryckligen ligger utanför MBL:s tillämpningsområde enligt 2 § MBL. Lagrådet förespråkade denna uppfattning vid MBL:s tillkomst. Departementschefen ville dock inte ta definitiv ställning i frågan, se prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 473 f, 526–527, se också om förbud för stridsåtgärd som syftar till undanträngande av kollektivavtal, dock ej förbud mot att vidta stridsåtgärd som syftar till erkännande som kollektivavtalspart, se Sigeman, Facklig arbetsrätt. s. 233 f.

[357] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 370, 326–327.

[358] Eklund, Facklig arbetsrätt, s. 178, Bergqvist/Lunning/Toijer s. 165–166.

2.17 inskränkas enligt lag eller avtal. Med avtal tycks både de enskilda anställningsavtalen och kollektivavtal avses.[359]

Är en arbetstagarorganisation bunden av ett kollektivavtal är rätten att vidta stridsåtgärder starkt beskuren. För kollektivavtalsbunden organisation gäller fredsplikt enligt 41–42 §§ MBL. Det innebär att dessa arbetstagare inte får vidta eller delta i arbetsinställelse, blockad, bojkott eller annan därmed jämförlig stridsåtgärd om åtgärden strider mot en bestämmelse om fredsplikt i kollektivavtal eller om åtgärden har till ändamål

- att utöva påtryckning i en tvist om ett kollektivavtals giltighet, bestånd eller rätta innebörd eller i en tvist huruvida ett visst förfarande strider mot avtalet eller mot denna lag,
- att åstadkomma ändring i avtalet,
- att genomföra bestämmelse, som är avsedd att tillämpas sedan avtalet upphört att gälla, eller
- att stödja någon annan, när denne inte själv får vidta stridsåtgärd.

Ingen annan organisation eller enskild arbetstagare får delta i en olovlig stridsåtgärd enligt 42 § MBL.

Kollektivavtalet är således ett kraftfullt fredspliktsinstrument. När kollektivavtal är gällande får inte arbetstagarna vidta någon stridsåtgärd för att ändra på avtalets innehåll.[360]

I AD 1980 nr 15 angav AD att en arbetsgivare dock aldrig med hänsyn till arbetsskyldigheten enligt kollektivavtalet kan lägga rättsliga hinder i vägen för lovliga stridsåtgärder i *oreglerade* intressefrågor. I praktiken är det dock ovanligt att någon fråga numera betraktas som en oreglerad intressefråga under avtalsperioderna för de allmänna kollektivavtalen om löner och allmänna anställningsvillkor.[361]

Genom utarbetandet av doktrinen om dolda klausuler har arbetsdomstolen utvidgat det fredspliktsgrundade området till att också omfatta områden som inte explicit regleras i kollektivavtalet.[362] I AD 1986 nr 127 anges:

> "Vid tiden för tillkomsten av MBL och LOA hade för den privata arbetsmarknadens del sedan länge gällt den i arbetsdomstolens praxis fastlagda

[359] Se SOU 1975:1 s. 447–448 och Sigeman, Fri stridsrätt i princip men många regler begränsar även lovliga stridsåtgärder. Jfr dock Glavå s. 160.

[360] Om fredsplikt i ett europeiskt perspektiv se Nielsen, EU-arbejdsret, s. 20 f.

[361] Bergqvist/Lunning/Toijer s. 427

[362] Kritik av detta bruk i Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 349, 399–400, 406, se också motiveringen i prop. 1975/75:105 bil. 1 s. 244, arbetsfreden vikt för samhället.

principen för tolkning av kollektivavtal om löner och allmänna anställningsvillkor, att arbetsgivarnas befogenhet att besluta i frågor som hör till ledningen av företaget och arbetets ledning och fördelning ansågs omfattad av kollektivavtalet och skyddad av den av kollektivavtalet åtföljande fredsplikten utan hinder av att saken inte berördes i avtalens text".

Detta innebar att arbetstagarna var förhindrade att tillgripa stridsåtgärder mot arbetsgivaren för att uttrycka missnöje med någon arbetsledningsfråga om de var bundna av ett kollektivavtal.

Arbetsrättskommittén angav att AD uttalat att med yrkande om ändring i kollektivavtal måste jämställas varje krav varigenom åsyftas att beröva motparten rättighet som genom avtalet tillförsäkrats honom eller som utan avtal lagligen tillkommer honom och från vilken han inte har avstått genom avtalet (jfr AD 1964 nr 5). Arbetsrättskommittén såg det som sin uppgift att utreda om bruket av dolda klausuler i praxis medfört att fredsplikten utsträckts allför långt och rättsosäkerhet blivit följden.[363] Departementschefen angav dock att:

"Om man t.ex tänkte sig frihet för arbetstagarnas lokala sammanslutningar att gå till strid varje gång oenighet uppstod i en arbetsmiljöfråga eller i en fråga om omplacering av en enskild arbetstagare eller i någon annan liknande fråga, skulle självfallet förutsättningarna för en gynnsam uppgörelse med arbetsgivaren i det enskilda fallet många gånger vara goda. Men man kan inte enbart se till det enskilda fallet. Det är uppenbart att regler som generellt gav en sådan frihet skulle innebära, att man inte längre kunde räkna med sammanhängande perioder av fred på arbetsmarknaden. Man skulle med andra ord dra undan grunden för det system av samordnade förhandlingar och avtal, och därav följande fredsperioder, som hittills utvecklats och som enligt allmän uppfattning är av största värde både för parterna på arbetsmarknaden och för samhället som helhet. Det är enligt min mening ett för högt pris att betala. Regelsystemet måste även i fortsättningen byggas upp så att det är möjligt och naturligt för arbetsmarknadens parter att genom förhandlingar och avtal säkra sammanhängande perioder av arbetsfred".[364]

I och med MBL:s tillkomst kompletterades emellertid praxisen med två lagregler §§ 32 och 44. Dessa regler grundar sig på det i § 32 kodifierade faktum att arbetstagarna och arbetsgivarna bör om arbetstagarna så vill träffa kollektivavtal om medbestämmanderätt för arbetstagarna i frågor som avser ingående och upphörande av anställningsavtal, ledningen och fördelningen av arbetet och verksamhetens bedrivande i övrigt. Detta

[363] SOU 1975:1 s. 400.
[364] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 244.

gäller dock bara för parter som träffar kollektivavtal om löner och allmänna anställningsvillkor.

Om arbetstagarna ger uttryck för en vilja att förhandla om sådant medbestämmandeavtal samtidigt som förhandling om lön och anställningsvillkor pågår men medbestämmandeavtal ej träffas har dock arbetstagarorganisationen så kallad kvardröjande stridsrätt enligt 44 § MBL. Om arbetstagarna väcker frågan om medbestämmandeavtal vid annan förhandling kan de vid ett senare tillfälle sätta in kraft i kravet på medbestämmandeavtal.[365]

Stadgandets främsta funktion sägs ha blivit att stadgandet motsatsvis innebär att fredsplikt skall råda i de frågor som kan hänföras till 23 § MBL och som inte erhållit en materiell reglering i kollektivavtal.[366]

Bruket av dolda klausuler i kollektivavtal har rönt kritik.[367] Det har också angivits att det är oklart om detta bruk är förenligt med grundlagsstadgandet i RF 2.17.[368] Jag skall i det följande inte ta ställning till dessa spörsmål utan rikta in mig på frågan hur bruket av dolda klausuler i kollektivavtal och dess inverkan på rätten att vidta stridsåtgärder överensstämmer med Sveriges internationella åtaganden.

13.3.7.3 Folkrättsliga åtaganden

ILO:s övervakningsorgan har tagit ställning till frågan om kopplingen mellan kollektivavtal och fredsplikt. Den allmänna uppfattningen är att en allmän fredsplikt kopplad till ett kollektivavtal är förenlig med konventionen.[369] Det tycks inte som någon skillnad görs i bedömningen av om principerna om den allmänna fredsplikten under kollektivavtals löptid utarbetats av lagstiftaren, genom kollektivavtal eller av domstolspraxis.[370]

Europarådets sociala stadgas övervakningskommitté har dock ställt sig mer avvisande till en sådan lösning. Europeiska kommittén för sociala rättigheter har angivit att det måste föreligga en rätt att få strejka angående frågor som förhandlats men ej medtagits i det för tillfället rådande

[365] Enligt Göransson har inte § 44 fyllt någon som helst praktisk betydelse, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 396 och 349.
[366] Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 398.
[367] Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 240.
[368] Sigeman, Fri stridsrätt i princip men många regler begränsar även lovliga stridsåtgärder, s. 29
[369] EK GS 1994 p. 166, arbetstagarna skall dock ha kvar rätten att delta och initiera proteststrejker mot regeringens politik som påverkar deras ekonomiska och sociala förhållanden.
[370] ILO-principles s. 34.

kollektivavtalet, frågan antar då karaktär av intressekonflikt.[371] Kommittén har i sin senaste övervakningscykel klart angivit att en fredsplikt som omfattar andra frågor än de som kollektivavtalet explicit behandlar inte får utgå från rättspraxis eller lagregler. Danmark, Malta, Norge och Tyskland kritiserades på denna punkt.[372] Sverige granskades inte vid det tillfället.[373]

Bruket av dolda klausuler som inskränker stridsrätten står således i strid med Europarådets sociala stadga, såvitt de inte avtalats om av parterna.

13.3.7.4 Bedömning av svensk rätt

Hur förhåller sig då svensk rätt till normerna i Europarådets sociala stadga? Kan exempelvis 44 § MBL anses ha någon betydelse för bedömningen?

Enligt 44 § MBL ges kollektivavtalssluten arbetstagarorganisation en kvardröjande stridsrätt under vissa omständigheter. Där anges att part vid förhandling om kollektivavtal begärt att fråga som avses i 32 § också skall regleras avtalet så har den parten rätt att vid senare tillfälle vidta stridsåtgärder för att få frågan reglerad i särskilt avtal om den inte reglerades när kollektivavtal träffades mellan parterna.[374]

Den princip som kommer till uttryck i § 44 ligger i linje med den Europeiska sociala stadgans krav. I § 32 MBL anges att mellan parter som träffar kollektivavtal om löner och allmänna anställningsvillkor bör, om arbetstagarparten begär det, även träffas kollektivavtal om medbestämmanderätt för arbetstagare i frågor som avser ingående och upphörande av anställningsavtal, ledningen och fördelningen av arbetet och verksamhetens bedrivande i övrigt.

Sålunda kan arbetstagarpart genom att vid förhandling om kollektivavtal begära att få sluta ett medbeslutandeavtal försäkra sig en kvardröjande stridsrätt då det gäller att uppnå ett medbestämmandeavtal enligt § 32.[375] Däremot medför bestämmelserna *inte* att någon kvardröjande stridsrätt föreligger i enskilda ärenden där arbetsgivaren exempelvis utnyttjar sin rätt att leda och fördela arbetet. Vissa aspekter av doktrinen om de dolda klausulerna rörande arbetsgivarens arbetsledningsrätt har

[371] C XIII-2, 1995, Malta s. 283.

[372] C XVI-1 vol. 1 Denmark, vol. 2 Malta, Norway, Germany.

[373] Därför att Sverige numera prövas enligt den reviderade stadgan.

[374] Det har sagts att lagstiftaren kan sägas ha implicit godtagit bruket av dolda klausuler i kollektivavtal i och med tillkomsten av 44 § MBL, se Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 350 som hänvisar till Sigeman, 1977, s. 229, se också AD 1980 nr 15.

[375] Se Bergqvist/Lunning/Toijer s. 452, som är lite svårtydda då det gäller frågan om enskilda ärenden och kvardröjande stridsrätt.

därmed lämnats intakta.[376] Därmed kan knappast svensk rätt vara förenlig med normerna i Europarådets sociala stadga. Domstolarna skulle dock kunna utnyttja sin möjlighet till fördragskonform tolkning och göra praxisen förenlig med detta internationella åtagande.

[376] Den här frågan har mig veterligen inte prövats av domstol, den anses inte utgöra något praktiskt problem se SOU 1982:60 s. 298–299.

14 Avslutning

14.1 Två rättigheter

Den fackliga föreningsfriheten är en internationellt erkänd mänsklig rättighet. Föreliggande undersökning syftar till att generera kunskap om denna mänskliga rättighet från ett svenskt perspektiv.

Den fackliga föreningsfriheten skyddas i ett flertal internationella konventioner som avser att skydda de mänskliga rättigheterna. I undersökningen framkommer att dessa konventioner skyddar den fackliga föreningsfriheten i två olika former, som en självständig rättighet och som en aspekt av den allmänna föreningsfriheten. Jag har mot denna bakgrund valt att se den fackliga föreningsfriheten som två mänskliga rättigheter, den självständiga fackliga föreningsfriheten och den som är en aspekt av den allmänna föreningsfriheten.

Rättigheternas innehåll är omfångsrikt. Sverige har åtagit sig att säkerställa dessa rättigheter i den nationella rättsordningen. Undersökningens folkrättsliga del kan därför sägas utgöra en referenspunkt för svensk rätt.

De båda mänskliga rättigheterna är rättsligt sett likartade. Förutom att de hindrar staten att kränka åtnjutandet av rättigheterna så ålägger de båda staten att säkerställa dess åtnjutande. Den självständiga fackliga föreningsfriheten ålägger också i viss mån staten att inrätta rättsinstitut – som medlingsinstitut – och vidta åtgärder för att säkerställa att normerna får genomslag. Några ytterligare resurser behöver inte tillskjutas för att uppfylla åtagandena.

Rättigheterna skall kunna utövas både i relationen mellan stat och individ och i relationen mellan enskilda. Rättigheterna skall också i stor utsträckning kunna utkrävas i domstol.[1]

De två fackliga föreningsfriheterna utgår från instrument med olika syften. Den självständiga fackliga föreningsfriheten återfinns i ILO-konventionerna nr 87 och nr 98, i den Internationella konventionen om de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna och i Europarådets sociala

[1] Se kap. 11.

stadga. I dessa instrument är ett av den fackliga föreningsfrihetens främsta syften att skapa möjligheter att reglera arbetsvillkor genom kollektivavtal.

Den fackliga föreningsfrihet som utgör en aspekt av den allmänna fackliga föreningsfriheten återfinns i den Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och i Europakonventionen. Dessa instrument har i första hand ett medborgerligt och åsiktsfrihetsrelaterat syfte vilket avspeglar sig i omfattningen av skyddet för deras fackliga föreningsfrihet.

Undersökningen har visat att innehållet i de två olika mänskliga rättigheterna delvis skiljer sig åt. Skillnaderna rör huvudsakligen omfattningen av fackföreningarnas rätt att vidta externa åtgärder.

De två fackliga föreningsfriheterna skyddas både på det internationella och på det europeiska planet. En innehållsmässig skiljelinje kan också dras mellan dessa nivåer. Denna skiljelinje rör spänningsförhållandet mellan den fackliga föreningsfrihetens individuella och kollektiva sida. Skillnaden mellan nivåerna gör sig framförallt gällande i regleringen av relationen mellan enskilda. På den internationella nivån lämnas detta spänningsförhållande utanför regleringen. På den europeiska nivån inkluderas det och den fackliga föreningsfrihetens individuella aspekt prioriteras ofta när den kommer i konflikt med den fackliga föreningsfrihetens kollektiva aspekt. Någon konflikt mellan det internationella och det europeiska planet föreligger dock inte.

Trots att den fackliga föreningsfriheten skyddas i många olika instrument och också skyddas av två olika rättigheter och på två skilda nivåer så överensstämmer instrumenten innehållsmässigt på många punkter.

14.2 Innebörden av den fackliga föreningsfriheten och dess förhållande till svensk rätt

I undersökningen har vissa aspekter av den fackliga föreningsfriheten ägnats särskilt utrymme. Omfattningen av dessa aspekters innehåll har studerats. Likheter och skillnader i de olika instrumenten har uppdagats.

När det gäller friheten att bilda, ansluta sig och avstå från att ansluta sig till en fackförening skyddar alla instrument denna aspekt i relationen mellan stat och individ. En stat får således inte enligt något av de behandlade instrumenten hindra en individ från att bilda eller ansluta sig till fritt vald fackförening. Inte heller får staten *tvinga* någon *att* organisera

sig. Både den positiva och den negativa aspekten av den fackliga föreningsfriheten skyddas i detta avseende i alla de behandlade konventionerna.[2]

Avseende skyddet för dessa aspekter i relationen mellan enskilda ser bilden lite annorlunda ut. Skillnaden gör sig framförallt gällande i förhållandet till organisationsklausuler. En organisationsklausul kan inskränka friheten att välja fackförening och inskränka friheten att avstå från att organisera sig. Det är bara på det europeiska planet som det tas ställning till om organisationsklausulerna är förenliga med den fackliga föreningsfrihetens krav på individuell valfrihet. Enligt Europarådets sociala stadga står förekomsten av organisationsklausuler i konflikt med stadgans rättigheter. Detta förbud avser även liknande företeelser som tvång att avge bidrag till organisation man ej är medlem i. Den negativa föreningsfriheten skall åtnjuta skydd i lag.[3] Enligt Europakonventionen har organisationstvång i form av organisationsklausul ansetts stå i strid med konventionens bestämmelser. Skyddet är dock inte lika absolut som det i Europarådets sociala stadga utan den enskildes intresse av att vara oorganiserad vägs mot de intressen som ligger bakom antagandet av organisationsklausulen.[4]

Sverige har åtagit sig att följa dessa normer. Europakonventionen är vidare en del av svensk rätt. På en punkt har brister uppdagats. Bristerna gäller skyddet av den negativa föreningsfriheten i relationen mellan enskilda. I svensk rätt utgår det skyddet enkom från Europakonventionens bestämmelser. Europakonventionens bestämmelser är dock inte synonyma med de åtaganden som ratifikationen av Europarådets sociala stadga medför. Den svenska rättsordningen brister i uppfyllelse av detta åtagande på grund av dess avsaknad av lagstadgat skydd för den negativa föreningsfriheten och för att den tillåter tillämpningen av organisationsklausuler och andra liknande arrangemang som medför att oorganiserade tvingas bidra finansiellt till organisationer de ej är medlemmar i.[5]

Det har konstaterats att friheten för fackföreningen att fritt bestämma sin interna verksamhet är ett av den fackliga föreningsfrihetens grundläggande drag. Denna aspekt skyddas i alla de behandlade instrumenten.[6] Frågan har dock ställts om denna rätt kan komma i konflikt med den enskildes rätt att ansluta sig till fritt vald fackförening. Frågeställningen ligger utanför den internationella dimensionen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten men omfattas av den europeiska. Enligt Europakonventionen får inte fackföreningen missbruka en dominerande

[2] Se s. 365.
[3] se s. 254ff.
[4] Se s. 334ff.
[5] Se s. 257 och 560f.

position gentemot arbetstagaren. Detta innebär bland annat att fackföreningarna inte får diskriminera sina medlemmar genom uteslutning på vissa angivna otillbörliga grunder. Denna norm gäller också enligt Europarådets sociala stadga.[7] Tre EG-direktiv som också berör denna fråga har tagits under de senaste åren. Enligt dessa direktiv får fackföreningarna inte diskriminera medlemmar på ytterligare ett antal förbjudna grunder.[8]

Enligt svensk rätt har tidigare inte relationen mellan medlem och fackförening innefattats i den fackliga föreningsrätten. Det var dock på andra grunder förbjudet för fackföreningarna att utesluta medlemmar om uteslutningen utgjorde diskriminering på grund av ras eller religion eller var av annan otillbörlig natur.[9] Genom Europakonventionen har förhållandet mellan medlem och fackförening influtit i det svenska skyddet av den fackliga föreningsfriheten. Det har vidare klarlagts på vilka punkter fackföreningen inte får agera diskriminerande mot medlemmarna. Den enskildes fackliga föreningsfrihet har därigenom stärkts. På motsvarande sätt har fackföreningarnas handlingsutrymme inskränkts. De folkrättsliga instrumenten medger eller förespråkar en sådan förskjutning av tyngdpunkten i skyddet av den fackliga föreningsfriheten.[10]

I denna fråga uppdagas således inga brister i svensk rätt. I stället påvisas europeiseringens effekter.

Ett ytterligare grundläggande moment i den fackliga föreningsfriheten som utkristalliserats är att arbetstagarna måste skyddas från att diskrimineras i anställningen på grund av sitt fackföreningsmedlemskap. Denna aspekt återfinns i alla de behandlade konventionerna.[11]

Att detta skydd skall vara tillämpligt under anställningen och vid anställningens upphörande är allmänt erkänt.[12] Enligt de instrument som skyddar den självständiga fackliga föreningsfriheten skall skyddet även utsträckas till rekryteringssituationen. Det är dock bara i den självständiga föreningsfrihetens europeiska dimension som detta skydd har företräde framför parternas rätt att tillämpa kollektivavtal innehållandes organisationsklausuler.[13] Den internationella nivån tillåter dock en sådan prioritering.[14]

[6] Se s. 367 f.
[7] Se s. 368.
[8] Se s. 480 ff.
[9] Se s. 509.
[10] Se s. 568 f.
[11] Se s. 369.
[12] Se s. 369 f.
[13] Se s. 370.
[14] Se s. 371.

I svensk rätt återfinns ett starkt skydd mot facklig diskriminering. På en punkt lever emellertid inte svensk rätt upp till de internationella åtagandena. De arbetssökande saknar skydd mot facklig diskriminering vid rekryteringssituationen.[15] Visst skydd där för bör dock implementeringen av det allmänna likabehandlingsdirektivet medföra.[16]

Frågan om rätten till kollektiv förhandling och strejkrätt utgör en del av den fackliga föreningsfriheten har behandlats. Rätten till kollektiv förhandling skyddas i alla instrument utom Europakonventionen. Den Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter innefattar dock ett mindre utvecklat skydd än det som tillhandahålls genom den självständiga fackliga föreningsfriheten.[17] Strejkrätten skyddas enbart i de instrument som härbärgerar den självständiga fackliga föreningsfriheten.[18]

Rätten till kollektiv förhandling medför *inte* en rätt för fackföreningarna att förhandla med arbetsgivaren eller att sluta ett kollektivavtal. Rätten till kollektiv förhandling anses innefatta andra moment. I stort kan man säga att statsmakten ansvarar för att skapa de rättsliga förutsättningarna för att *möjliggöra* kollektiv förhandling. För att uppnå detta skall den kollektiva förhandlingen vila på vissa rättsliga förutsättningar. Dessa är: 1) Fackföreningarna skall kunna åtnjuta förhandlingskapacitet utan annat än rimliga formella hinder (åtminstone skall de mest representativa fackföreningarna åtnjuta denna rätt). 2) Staten skall inte få intervenera i den kollektiva förhandlingen eller ha kapacitet att ändra förhandlingsresultatet. Parternas autonomi skall således värnas. 3) Resultatet av den kollektiva förhandlingen skall binda parterna och de de representerar.[19] I viss mån ställs också krav på att staten skall främja förekomsten av kollektiv förhandling. Förutom att staten inte får motverka viljan att förhandla kollektivt är det svårt att klart ange vad detta moment innefattar.

Rätten till kollektiv förhandling är väl förankrad i den svenska rättsordningen. På en punkt kan man dock ifrågasätta statsmaktens bedömning av innebörden av de internationella åtagandena. Det gäller frågan om ogiltigförklarande av gällande kollektivavtal. Frågan aktualiserades senast vid antagandet av övergångsbestämmelsen till den nya bestämmelsen

[15] Se s. 522 ff.
[16] Se s. 533 f.
[17] Se s. 372 ff.
[18] Se s. 376.
[19] Se s. 371.

i lagen om anställningsskydd, § 32 a LAS.[20] Övergångsbestämmelsen medför att vissa kollektivavtalsbestämmelser som ingåtts före den nya regelns ikraftträdande men som inte löpt ut vid viss tidpunkt blir ogiltiga. Att ogiltigförklara gällande kollektivavtal är inte förenligt med internationella åtaganden. Ett centralt moment i skyddet av rätten till kollektiv förhandling är att kollektivavtalet – dvs. resultatet av den kollektiva förhandlingen – lämnas orört av staten.[21]

Rätten att vidta stridsåtgärder innefattas som nämnts enbart i den självständiga fackliga föreningsfriheten. Enligt ILO-konvention 87, den Internationella konventionen för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och Europarådets sociala stadga skall strejkrätten erkännas i den nationella rätten. Den kan bli föremål för reglering, men reglering får inte inskränka utövandet av strejkrätten. På en punkt skiljer sig emellertid de olika instrumentens normer rörande reglering av strejkrätten åt. Skillnaden rör i vilken mån det är förenligt med bestämmelsen att slutande av kollektivavtal automatiskt medför en total fredsplikt för parterna. Det vill säga även rörande frågor som inte berörts i avtalet. Enligt ILO-konvention 87 står en sådan regel inte i strid med åtagandet. Europarådets sociala stadga medger dock bara att fredsplikten utsträcks i sådan omfattning om det explicit framgår av kollektivavtalet.[22]

Enighet råder dock i princip i instrumenten om att strejkrätten bara får *inskränkas* när nationell katastrof är för handen och för grupper som utför oundgänglig samhällsservice eller som utför maktbefogenheter i statens namn.[23]

När det gäller frågan om vem som skall åtnjuta strejkrätt skiljer sig instrumenten återigen åt. Enligt ILO-konvention 87 tillerkänns bara fackföreningarna strejkrätt. Europarådets sociala stadga tillerkänner både fackföreningar och andra grupper av arbetstagare rätten att vidta stridsåtgärder.[24]

Avseende för vilka syften stridsåtgärder skall få vidtas återfinns också skiljelinjer. Enligt ILO-konvention 87 skall stridsåtgärder få vidtas i syfte att tillvarata arbetstagarnas intressen. Avgränsningen ges vida ramar. Stridsåtgärder skall kunna vidtas för att påverka arbetsvillkor, de fackliga relationerna och den ekonomiska och sociala politiken. Vidare skall sym-

[20] SFS 2001:298
[21] Se s. 568.
[22] Se s. 376.
[23] Se s. 377.
[24] Se s. 377.

patiåtgärder kunna vidtas om den initiala strejken är legitim. Det accepteras dock att stridsåtgärder inte får vidtas vid rättstvister.[25]

Europarådets sociala stadga skyddar uttryckligen enbart rätten att vidta stridsåtgärder i intressekonflikter. Sådana konflikter kan både vara kopplade till slutandet av kollektivavtal och vara kopplade till andra arbetstagarrelaterade frågor. Däremot skyddas varken sympatiåtgärder eller stridsåtgärder riktade mot politiska beslut.[26]

Enligt ILO-konvention 87, den Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och Europarådets sociala stadga får sådana stridsåtgärder som skall tillåtas enligt konventionerna vare sig föranleda civilrättsligt eller straffrättsligt ansvar. Anställningen skall således lämnas intakt.[27]

Strejkrätten vid kollektivavtalslöst tillstånd är till stor del inte lagreglerad i svensk rätt. Utvecklingen av normerna har delvis ägt rum i domstolarna. När part är bunden av kollektivavtal återfinns lagregler om fredspliktens omfattning. Även för detta förhållande har dock normer utvecklats i domstolarna. I allmänhet anses de normer som omgärdar den svenska strejkrätten generösa. På ett par punkter står emellertid den svenska praxisen i strid med de internationella åtagandena. Intolkningen av dolda klausuler i kollektivavtal medförande en total fredsplikt och förbehållandet av strejkrätten till fackföreningarna står i strid med normer i Europarådets sociala stadga.[28]

14.3 Måste EU respektera de behandlade folkrättsliga normerna i sin verksamhet?

Sverige är också medlem i den Europeiska Unionen. Sverige har därmed åtagit sig att tillämpa de normer som EG antar. Detta åtagande skiljer sig från de folkrättsliga eftersom det inte avser en specifik bestämmelse utan avser både redan tillämpliga normer och ett obestämbart antal normer som kan antas i framtiden. Vid rådande tidpunkt har inte några EG-normer antagits som har hamnat i konflikt med den folkrättsliga fackliga föreningsfrihet som behandlats i undersökningen. Däremot har tre diskrimineringsdirektiv antagits som kan sägas forcera in vissa moment av den folkrättsliga fackliga föreningsfriheten i svensk rätt. Direktiven förstärker den individuella aspekten av den fackliga föreningsfriheten.

[25] Se s. 152ff och 377.
[26] Se s. 274ff och 377.
[27] Se s. 378.
[28] Se s. 577 och 583.

Det har undersökts i vilken mån EU i framtiden har rättslig möjlighet att påverka de behandlade folkrättsliga åtagandena i svensk rätt. Det har då visat sig att de grundläggande rättigheter som EU måste respektera som allmänna principer i gemenskapsrätten inte till fullo motsvarar de folkrättsliga åtaganden Sverige gjort.[29] I den mån en svensk bestämmelse avser att uppfylla ett internationellt åtagande och denna bestämmelse hamnar i konflikt med en EG-rättslig bestämmelse kan således den lojalitetsplikt EU kräver av Sverige medföra att den svenska bestämmelsen måste ändras för att göras förenlig med den EG-rättsliga normen.[30]

Även om detta scenario är rättsligt möjligt finns det förstås anledning att fråga sig hur politiskt gångbart ett sådant beslut skulle vara? Den frågan skall dock inte närmare belysas här utan jag nöjer mig med att konstatera att vissa medlemsstaters rädsla för att EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, trots sitt uttalade syfte att enbart belysa begränsningar i EU:s egen verksamhet, skulle komma att utöka EU:s befogenheter och ge EU kompetens att reglera fackliga frågor nationellt medförde att de normer EU ålades att respektera inte motsvarar de internationella normer som i princip alla dess medlemsstater åtagit sig att följa. Detta kan exempelvis få den effekten att artikel 6:2 EUF och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna inte kommer att utgöra något värn mot EU-baserade åtgärder som vidtas för att få sympatiåtgärder att upphöra.[31]

14.4 Europeiseringens betydelse för de folkrättsliga normernas ställning i svensk rätt

När det gäller utformningen av svensk rätt och dess uppfyllande av de folkrättsliga åtagandena så har vissa punkter förtjänat en mer ingående diskussion. Det hindrar förstås inte att man samtidigt kan konstatera att svensk rätt på de flesta punkter lever upp till åtagandena. Vid en mer djupodlad studie av den internationella rättens innehåll uppstår dock i regel några frågetecken som det finns anledning att reda ut. I den här undersökningen har några sådana punkter uppdagats. Rörande vissa av dessa har det visat sig att svensk rätt inte till fullo lever upp till de internationella åtagandena. I vissa av dessa fall som rörande brister i skyddet för arbetsökande och för skyddet av den negativa föreningsfriheten har statsmakten valt att prioritera den kollektiva aspekten av den fackliga föreningsfriheten framför den individuella. De argument som åberopats

[29] Se s. 480 ff.
[30] Se s. 480 ff.
[31] Se s. 478 och 482.

till stöd för upprätthållandet av den fria förhandlingsrätten – det vill säga rätten att träffa avtal om organisationsklausuler – har på många punkter förlorat sin bärighet. En orsak därtill är att europeiska influenser redan påverkat utformningen av svensk rätt. Dessa har till stor del stärkt den fackliga föreningsfrihetens individuella sida. Europeiska influenser har påverkat tyngdpunkten i den svenska fackliga föreningsfriheten.

I undersökningens inledning pekade jag på olika faktorer – vid sidan av det självklara skälet att Sverige folkrättsligt är bundet att vidta dessa åtgärder – som gör det särskilt angeläget att svensk rätt lever upp till de internationella åtagandena. Globaliseringen och dess konsekvenser åberopades. De exempel som givits på hur omfattningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten redan har förändrats i svensk rätt är förstås också exempel på förändringar som globaliseringen medför. Europakonventionen är inkorporerad i svensk rätt och EG-rättsliga normer flyter med en jämn ström in och påverkar.

Troligt är att även EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna ytterligare kommer att förstärka dessa influenser. Blir stadgan bindande – vilket det mesta nu tyder på – kommer den inte bara att få betydelse för EU:s verksamhet och för medlemsstaterna när de tillämpar EG-rätten. Vi kan exempelvis jämföra med Europakonventionen och dess successiva intåg i den svenska rättsordningen. Orsaken till att Europakonventionens ställning stärktes i den svenska rätten var ju till stor del det förestående svenska EU-medlemskapet. Europakonventionen åtnjöt ett starkt skydd i det EG-rättsliga systemet. Det tedde sig olämpligt att svenska rättstillämpare skulle vara hårdare bundna av Europakonventionens regler när de skulle tillämpa EG:s normer än när annan svensk rätt skulle tillämpas. På samma sätt förefaller det rimligt att normerna i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna också bör respekteras i den nationella rätten när normer utanför den EG-rättsliga materian tillämpas. Det finns därför skäl att förvänta sig att dess betydelse kommer att flyta över på det nationella planet.

Under alla omständigheter är det lätt att se poängen med att de normer som finns i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna faktiskt tillämpas även i medlemsstaterna. För omfattningen av skyddet för den fackliga föreningsfriheten torde dock inte konsekvenserna av en sådan utveckling bli särskilt stora för svensk del. Avgörande härvidlag är dock vilken innebörd artiklarna 12 och 28 ges. Med min restriktiva tolkning blir effekterna på denna punkt begränsade.[32] Möjligheten finns dock att

[32] Se s. 459ff.

artiklarna ges ett mer omfattande innehåll och att inspirationen i större utsträckning hämtas från Europarådets sociala stadga. Då kan bilden komma att se helt annorlunda ut.

14.5 Klargörandet ligger i våra händer

Alla frågetecken rörande omfattningen av den fackliga föreningsfriheten som mänsklig rättighet har inte rätats ut i denna undersökning. I undersökningen har dock en del av den befintliga praxisen på området systematiserats och analyserats. Syftet har varit att bringa klarhet i vissa moment av den fackliga föreningsfriheten. Rörande de kvarvarande och uppkommande oklarheterna vill jag avslutningsvis erinra om de möjligheter som står öppna för att öka klarheten. Denna möjlighet aktualiseras när det gäller att bringa klarhet i om svensk rätt lever upp till de internationella åtagandena. Enskilda som tvivlar på att deras konventionsbärande rättigheter respekteras kan inlämna klagomål till ILO:s föreningsfrihetskommitté och till Europadomstolen. Arbetsmarknadens parter kan utnyttja det kollektiva klagomålsförfarande som är kopplat till Europarådets sociala stadga. Svenskt Näringsliv har utnyttjat denna möjlighet och väntar på ett utlåtande från Europeiska kommittén för sociala rättigheter om avsaknaden av skydd för den negativa föreningsfriheten i svensk rätt. Arbetsmarknadens parter har också möjlighet att kommentera regeringsrapporterna rörande efterlevnaden av åtagandena som skickas till ILO och Europarådet. Genom dessa kanaler kan inte bara enskilda söka tillförsäkra sig de rättigheter staterna åtagit sig att tillförsäkra dem utan också föra hela rättsutvecklingen framåt. Genom att konfrontera övervakningsorganen med de frågor man vill ha klargjorda utvecklas ytterligare de normer som fastställer de mänskliga rättigheternas innehåll.

Summary

Introduction

The aim of this study is to investigate the content of one of the human rights, the workers' freedom of association.

The position of human rights is continually being strengthened. In a globalised world it becomes even more important to safeguard the respect for human rights. When actors more frequently operate across borders it becomes essential to share a common normative ground. The human rights are a good starting point for establishing such a ground.

The need to respect trade union rights is emphasised internationally, especially among organisations related to international trade and enterprising. The International Labour Organisation's (ILO) core conventions is the foundation for that work. Two of those conventions concern trade union rights: The Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention 1948 (No. 87), and the Rights to Organize and Collective bargaining Convention, 1949 (No. 98). The respect for these rights is considered of ultimate importance. Trade unions can develop good working conditions for their members and play an important democratic role in their effort to balance the interests between management and labour.

To be able to safeguard the respect for human rights, knowledge about their content is – besides political will – needed. This survey should be seen in the light of that need.

The workers' freedom of association is being protected in many international human rights documents. I have looked at the most important of them, i.e. the 1948 Universal Declaration of Human Rights, the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention 1948 (No. 87) and the Rights to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), the European Convention for Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Social Charter.

Each of these legally binding conventions is complemented by a supervisory body. These investigate whether the ratifying states are fulfilling their obligations in relation to the conventions. When these bodies analyse national law in the light of the formulations of the convention-articles, a more comprehensive picture of the obligations take form. The work of these supervisory bodies is therefore of central importance for this survey.

The trade union aspect of the freedom of association is an extensive human right and I have only analysed certain aspects of its content. Firstly I have principally only considered the right's worker-aspect. The right is equally relevant for employers. That aspect has however not been analysed in any depth by the supervisory bodies. The employers' rights have probably not been threatened to the same extent. In Sweden the picture is however a little bit different. Employers have here found that the workers' rights connected to freedom of association have been too far-reaching and when put into practice violating the employers' rights connected to the freedom of association. This particular question will be touched upon.

Secondly, I am focusing on the following four topics:

- What does it mean that the worker should be free to establish and join an organisation? Is for example the right to choose which union to join included as well as the right not to join any organisation at all?
- How extensive is the trade union's rights to organise its internal affairs – how extensive is its right to choose members and treat them in any way it sees fit?
- What does it mean to have the right to establish and join an organisation in relation to the employer – in which situations should it be possible to refer to that right?
- What does it mean that the purpose of establishing a union is to defend and further the interests of the workers? To what extent does this aspect include the right to collective bargaining and the right to strike?

I have investigated the scope of these aspects in the human rights instruments and compared their content. Which are the similarities and differences?

The workers' freedom of association is recognised in a number of human rights instruments. I have chosen to divide these instruments into two groups; one which recognises an independent workers' freedom of association and another where the workers' freedom of association is part

of the general freedom of association. I will henceforth talk about the independent and the dependent right and analyse whether this difference means anything for the content of the right.

The instruments can also be categorised in another way. They originate from two different levels, the international level and the European level. In what way does this difference matter for the meaning of the right? I will especially look for differences with regard to the weighing of the individual and collective aspects of the right. A tension between these aspects can arise. Does the European tradition of giving priority to individual solutions in labour law issues spill over into the development of the workers' to freedom of association?

Knowledge about the workers' freedom of association is of importance for the Swedish legal system. Sweden has ratified all the mentioned conventions and therefore undertaken to live up to the relevant commitments. In the second part of this survey I will analyse how Swedish law fulfils those commitments.

Initially the consequences of the EU-membership are taken into account in the Swedish part. The EC legal order is a specific legal order separated from both public international law and national law. The EC legal order is also part of the Swedish law. Sweden has transferred some of its lawmaking capacity to the EU and is thus obliged to apply and give effect to EC law. The EC law has precedence over Swedish law when there is a conflict between the norms. If the national norm, when a conflict occurs, aims to fulfil an obligation derived from an international law obligation which was entered into before the state became a member of the EU the national norm has precedence according to article 307 ECT. The EU member must however take every step to dissolve the conflict.

The EU is limited in its capacity to act by article 6.2 EUT and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The EU must respect the fundamental rights protected therein. According to article 6.2 EUF is the EU obliged to respect the fundamental rights as general principles in EC law. The Charter of Fundamental Rights of the European Union is of importance to ascertain the content of these fundamental rights. It seems that this Charter will be made binding during the next governmental conference. The Charter's role as setting the limit for EU in the future should not be underestimated.

For our purpose it is important to investigate if the workers' freedom of association is included in the fundamental rights mentioned in article 6.2 EUT and in the EU Charter. The result will tell us if the EU-membership can have an effect on the Swedish human rights obligations con-

nected to the workers' freedom of association. The content of the EU fundamental rights is therefore of paramount importance for this work since they indicate to what extent the EU has to respect the international legal provisions related to the workers' freedom of association. Therefore their content will be the focus for this part of the study. The results will tell us if the EU-membership might affect our international legal obligations in this area.

When analysing Swedish law I will direct the analysis towards five topics as I will present in the end of this summary. I will investigate whether Swedish law fulfils the international legal obligations in these areas and illustrate how Swedish law can be interpreted in light of the international obligations. Swedish law is supposed to be interpreted in conformity with these obligations. I will also point to the development of Swedish law in relation to the freedom of association since 1995, when the European Convention was incorporated into Swedish law and Sweden became a member of the EU.

The content of the workers' freedom of association

The freedom to join and establish a union

According to all the conventions dealt with, all workers should be free, without governmental interference, to choose which union to establish or to join. The individual shall be able to choose between joining an existing trade union and establishing a new one that better fulfils the desired purpose. This opportunity of choice should also be open at company-level. The government or state is never allowed to decide or try to influence which trade union a worker should join or establish trade union monopolies.

According to these provisions the state can not force anyone to join a union. Everyone should have the freedom to remain or become unorganised if he or she so wishes.

This consensus is however not applicable in relations between individuals. Force to join a certain trade union, which is formulated in collective agreements – union security clauses – is left outside the scope of the ILO-conventions. Such clauses have however been considered to violate the freedom of association in the European Convention. The European Court balances the interests of the parties and its position is not absolute. This issue includes a tension between the individual and the collective aspect of the workers' freedom of association. In the European Social

Charter the position is however absolute. Both pre-entry and post-entry union security clauses are seen as violating the relevant Social Charter provisions.

This question illustrates that the individual freedom of association not always is compatible with the collective aspect of that freedom, which here takes the form of collective bargaining.

It is possible to detect a general core-content of this aspect of the right. The core covers both the dependent and the independent right and it is applicable in the relation between the state and the individual.

The dividing line relates to the protection of the right in relations between individuals and goes through the international and the European level. The individual aspect of the freedom is better secured at the European level than at the international. The international level however allows the European position.

The freedom of unions to organise their internal affairs

According to every convention that I have dealt with the union's right to organise its internal affairs is of crucial importance in the workers' freedom of association. The principal rule is that a state may never interfere with the union's right to adopt its own rules or elect its own representatives. This right can however conflict with the individual's right to choose union. The union's right to choose its members through its rules, is a fundamental part of the internal freedom of association. The question is if the relation between the union and the member is part of the freedom of association?

The position of the instruments differs in this respect. The question is for example left outside of the scope of the ILO-conventions. The ILO supervisory bodies have however accepted that the union's right to organise its internal affairs can be restricted if the purpose and effect of the restriction is to protect the members' human rights. It is therefore acceptable to forbid the unions to discriminate their members on the grounds of sex or race.

In the UN Covenants this question has not been dealt with.

According to the European Convention the relation between the member and the union is included in the freedom of association. According to the case law of the former Commission of Human Rights the union is not allowed to abuse a dominant position in relation to a member or a potential member. Such abuse occurs when the rules are not applied or when the rules are wholly unreasonable or arbitrary. Rules which are discriminating in the way mentioned in article 14 of the European Convention are supposed to be unreasonable.

According to the European Social Charter the unions are not allowed to act discriminatory against their members.

The relation between the member and the union is included in the European dimension of the freedom of association. The prohibition for the union to discriminate its members is supposed to be part of the core of the European protection for the individual freedom of association.

This issue is related to the tension between the individual and collective aspect of the freedom of association. A line can be drawn between the international and the European dimension of the right. The European understanding is however accepted by the international level. There is therefore no conflict between the two levels.

Protection against anti-union discrimination

According to every treated convention the state is responsible for protecting workers against anti-union discrimination. Union membership or union activities may never cause dismissal. According to the ILO-convention no 98 security-clauses with this meaning is however accepted. Such clauses are left outside of the scope of the ILO framework. The application of union security-clauses *can* be acceptable according to the European Convention. The European Court balances the competing interests. The security clause the court once tried was however not considered consistent with the provisions in article 11.

The protection against anti-union discrimination should according to ILO-convention no 98 and the European Social Charter also be applicable during recruitment. The protection is not synonymous in these two instruments because the ILO-convention does not deal with trade union security clauses. The European Social Charter however protects against discrimination based on such clauses.

According to the ILO-convention no 98, the European Social Charter and the European Convention anti-union discrimination can also be related to wages and other working conditions. The state is responsible for adopting legislation which make it possible for the worker to get access to remedies when there is a suspicion of anti-union discrimination.

It is not possible to detect a principal difference between the independent and the dependent right to association concerning the approach to anti-union discrimination. The differences seem to be grounded in the depth of the case law, which surrounds each instrument. Therefore it is only the independent right in ILO and ESC which include protection against anti-union discrimination during recruitment. Concerning the

position of security-clauses and the relation between the individual and the collective aspect of the freedom of association the ILO allows both sides to take precedence. At the European level the European Court can accept union security clauses. In the case law the individual aspect has however been given precedence. According to the European Social Charter the individual aspect has constant precedence.

The trade unions' freedom of organising their external activities – the right to collective bargaining and the right to strike

To what extent is the right to collective bargaining part of the workers' freedom of association? One of the primary purposes of the protection of the workers' freedom of association in the ILO-conventions and in the European Social Charter is to give the workers and employers the possibility to regulate their working conditions in collective agreements. None of the instruments include, however, a right for the unions to involve the employer in collective bargaining. Other factors seem crucial for the right. I will deal with five of them.

1) A legal system which recognises collective bargaining;
2) A capacity to negotiate;
3) Protection of the autonomy of the parties in relation to negotiation and result;
4) The binding force of the collective agreement;
5) The promotion of the use of collective bargaining and collective agreement in the relations between the parties.

1)
According to all the instruments this thesis has dealt with, except the European Convention, the national legal systems shall make it possible for the trade union to negotiate and conclude collective agreements. The ILO goes one step further and demands that the issues of working conditions should be open for collective bargaining.

2)
According to the ILO, the International Covenant of Economic, Social and Cultural rights and the European Social Charter, the main rule is that all trade unions on all levels shall have the capacity to negotiate and conclude collective agreements. Some formal conditions related to the quality of the trade union can be accepted. The European Social Charter does not secure such a right to the civil servants unions. The ILO and the European Social Charter does however accept that the negotiating capacity is reserved for the most representative trade unions. These cri-

teria must be objective and pre-determined. If no union is fulfilling these conditions every union in the unit must, according to the ILO, be able to negotiate for their members.

3)
According to the ILO and the European Social Charter the state can never nullify or modify a concluded agreement in force. The state can neither as a main rule interfere in ongoing negotiations. The exception is in exceptional economic difficulties. The interference may then only take place during a limited time. The other instruments have not touched upon this question.

4)
According to the ILO and the European Social Charter the collective agreement shall be binding for the parties and those the parties represent. The ILO has developed this principle further: individual agreements concluded between parties bound by a collective agreement that goes below the level in the collective agreement should be considered void. The parties should apply the norms of the collective agreements and the state is responsible therefore.

5)
In article 5 in the European Social Charter and in article 4 in ILO-convention 98 it is stated that collective bargaining should be promoted. In the instructions to the reports concerning the implementation of the International Covenant of Economic, Social and Cultural rights it is asked how collective bargaining is promoted. In the obligation connected to the promotion aspect there is a demand according to which the will to negotiate must never be counteracted neither by the state nor by the employer. Beyond that concrete content the promotion aspect is rather vague. Sometimes the supervisory bodies suggest different promotion activities. To establish a mediation-body is often considered effective.

To summarise: the right to collective bargaining is part of the independent workers' freedom of association *and* part of the International Covenant of Civil and Political Rights. According to these instruments the legal system shall make collective bargaining possible. It is tempting to conclude that this aspect is part of both the independent and the dependent workers' freedom of association. The European Convention is however the exception which blurs the picture.

The other aspects of collective bargaining are however only recognised in the instruments that include the independent workers' freedom of association. Therefore it would be possible to conclude that a clear line is

drawn between the independent and the dependent right. These more particular points however only specify the first point. And the position of the International Covenant of Civil and Political Rights could be related to the Human rights committee's lack of interest in developping this right at all.

The right to strike

The right to strike normally means that a worker together with other workers has the right to take action, normally by ceasing to work, to bring pressure to bear upon the employer. The right to strike is explicitly recognised in the European Social Charter and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The supervisory bodies connected to the other instruments have dealt with the question whether the right to strike is included in the respective worker's right to association or not.

According to the European Court the right to strike is one of the most important means a union can use to secure the interests of their members, but there are others. The right to strike is thus not seen as indispensable for the protection of the individual's freedom of association.

The position of the right to strike in the International Covenant on Civil and Political Rights is rather unclear. Therefore it is not possible to draw any clear conclusions related to that instrument.

The supervisory bodies connected to the relevant ILO-conventions early included a right to strike in the provisions of ILO-convention no 87. The right to strike originates in articles 3 and 10 in the convention and is therefore included in the workers' freedom of association according to ILO-convention no 87.

According to the International Covenant of Economic, Social and Cultural rights, the ILO-convention no 87 and the European Social Charter the right to strike should be recognised in national law and the rules surrounding the right should be clear. The right to strike can be regulated but not restricted. The different instruments take a different position concerning the way the right to strike can be regulated. The difference concerns the possibility of relating a total peace obligation to the conclusion of a collective agreement. According to ILO-convention no 87 it is in principle acceptable to relate a total peace obligation to the conclusion of a collective agreement. That means that it is acceptable to prohibit strikes for issues not regulated in the collective agreement. It should still be possible, however, to take strike action against the government in political matters. According to the European Social Charter such total peace obligation must explicitly be spelled out in the collective agreement.

A *total prohibition* of the right to strike is only consistent with ILO-convention no 87 during an acute national crisis such as an armed conflict or a natural catastrophe. Except for these reasons the right to strike may *be restricted* according to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and ILO-convention no 87 for public servants exercising authority in the name of the state or for workers in essential services. The latter group is included if their strike can endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population. According to the European Social Charter restrictions must be consistent with the general restriction provision in article 31/G. That means that a restriction only is acceptable if a strike puts life in danger or puts the country's economy at risk. The right for public employees to strike can also only be restricted if the restriction is consistent with article 31/G. The possibility to restrict the right to strike is a little bit wider in the European Social Charter than in the other instruments.

In the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights it is not spelled out *to whom* the right to strike is given. According to article 3 in the ILO-convention no 87 it is clear that trade unions are the bearers of the right to strike. In the European Social Charter, however, the right to strike belongs to any group of workers.

A strike should according to ILO-convention no 87 be allowed if its purpose is to secure the interests of the workers. That *purpose* can be actualised in relation to the working conditions, the relations between management and labour and the economic and social politics. It should always be possible to carry out a strike against the true employer and sympathy action should be allowed if the initial strike is legitimate. It is however consistent with the convention to prohibit strike in conflicts of rights.

According to the European Social Charter it should be possible to strike in conflicts of interests. Such conflicts can be related to the conclusion of collective agreements and also to other questions connected to the workers. The right to take sympathy action and strike for political purposes is not guaranteed in the European Social Charter.

A strike, which is considered to be legitimate according to the relevant instruments, may never cause civil nor criminal action. The employment relation should according to all instruments remain untouched.

It is obvious that the right to strike only is recognised in instruments lodging the independent worker's right to association. A line can here be drawn between the independent and the dependent right.

The norms in these instruments are quite similar. In some aspects their content however differ. A line can at those points be drawn between the

international and the European dimension. The differences relate to the questions of who may initiate the strike and for which purposes as well as the question of the extent of the peace obligation connected to the collective agreement.

The Swedish perspective

Sweden has ratified all the conventions this survey has dealt with. Therefore Sweden is obliged to fulfil the obligations connected to each instrument. One question I have raised is if the EU-membership affects these obligations.

The survey shows that there is a workers' freedom of association included in the fundamental rights the EU must respect according to the 6.2 EUT and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Its content does however not cover all the instruments that Sweden is bound by in this respect. The workers' freedom of association is divided into two rights in the EU-charter; Its article 12 is almost synonymous to article 11 in the European Convention and its article 28 safeguards certain core aspects of the right to collective bargaining and the right to strike. The content of the core elements included in article 28 is supposed to be similar to the common denominator of the ILO-conventions 87 and 98 and the European Social Charter. I have argued that maybe also aspects of these rights which are only protected in the European Social Charter could be included in article 28. The reason for this assumption is that the European Social Charter has a specific position in the EU legal framework.

A consequence of the limited protection for fundamental rights in the EU law is for example that article 6.2 EUT and the EU Charter are no protection against EU measures taken to stop sympathy actions.

A risk is thereby identified. EU has a potential possibility to rule against certain Swedish human rights obligations. This has so far never occurred.

The next question to answer is if Swedish law is fulfilling the obligations that derive from the ratified conventions. I have chosen to point at five issues;

- The possibility for unions to exclude members;
- The negative freedom of association;
- The freedom of association in recruitment;
- The space for collective bargaining and the possibility for the state to nullify collective agreements;
- Who has the right to strike;
- Peace obligation and hidden clauses.

The issues are characterised by a certain actuality. In most cases Swedish law seems to fulfil the obligations dealt with. At some points discrepancies have however been found. These are:

- In Sweden there is no legal protection for the workers' negative freedom of association and it is permissible to conclude and apply pre-entry trade union security clauses and clauses forcing unorganised workers to pay fees to unions. This is not consistent with the European Social Charter.
- There is also no protection against anti-union discrimination in recruitment. This is not consistent with ILO-convention 98 and the European Social Charter.
- The Swedish habit to declare invalid collective agreements in force when their norms comes in conflict with new adopted legislation is not consistent with ILO-convention 98 and the European Social Charter
- The Swedish habit to interpret collective agreements as including a clause making all strikes illegal irrespective of whether the strike concerns questions dealt with in the collective agreement or not, is not consistent with the European Social Charter.
- That only trade unions are the bearer of the right to strike and not any group of workers is finally not consistent with the European Social Charter.

It has also been possible to conclude that the protection of the workers' freedom of association in Swedish law has undergone certain changes since 1995 when the European Convention was incorporated into Swedish law and Sweden became a member of the EU. The individual aspect of the right has been strengthened.

Offentligt tryck m.m.

FN

"Concluding observations" och andra till dessa kopplade dokument från kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

E/1992/23, UN ESCOR Suppl no 3 CO CESCR Zaire
E/C.12/1993/6 CO CESCR Kenya
E/C.12/1993/8 CO CESCR Viet Nam
E/C.12/1993/10 CO CESCR Lebanon
E/C.12/1993/13 CO CESCR New Zealand
E/C.12/1993/15 CO CESCR Iceland
E/C.12/1993/17CO CESCR Federal Republic of Germany
E/C.12/1993/18 CO CESCR Senegal
E/C.12/1994/3 CO CESCR Uruguay
E/C.12/1994/5 CO CESCR Morocco
E/C.12/1994/7 CO CESCR Belgium
E/C.12/1994/8 CO CESCR Mauritsius
E/C.12/1994/16 CO CESCR Austria
E/C.12/1994/20 CO CESCR Gambia
E/C.12/1995/6 CO CESCR Suriname
E/C.12/1995/13 CO CESCR Norway
E/C.12/1995/18 at 41 CO CESCR Ukraine
E/C.12/1995/18 CO CESCR Phillipines

E/C.12/1/Add.1 28/05/96 CO CESCR Paraguay
E/C.12/1/Add.7/Rev.1 06/12/96 CO CESCR Belarus
E/C.12/1/Add.9 06/12/96 CO CESCR Portugal (Macau)
E/C.12/1/Add.10 06/12/96 CO CESCR Hong Kong
E/C.12/1/Add.12 20/05/97 CO CESCR Zimbabwe
E/C.12/1/Add.13 20/05/97 CO CESCR Russian Federation
E/C.12/1/Add.14 16/05/97 CO CESCR Peru
E/C.12/1/Add.15 16/05/97 CO CESCR Libyan Arab Jamahiriya
E/C.12/1/Add.17 12/12/97 CO CESCR Iraq

E/C.12/1/Add.18 22/12/97 CO CESCR Uruguay
E/C.12/1/Add.19 04/12/97 CO CESCR UK
E/C.12/1/Add.20 22/12/97 CO CESCR Azerbaijan
E/C.12/1/Add.21 02/12/97 CO CESCR Saint Vincent and the Grenadines
E/C.12/1/Add.23 13/05/98 CO CESCR Nigeria
E/C.12/1/Add.24 16/06/98 CO CESCR Sri Lanka
E/C.12/1/Add.25(1) 16/96/98 CO CESCR The Netherlands Antilles
E/C.12/1/Add.26 16/06/98 CO CESCR Poland
E/C.12/1/Add.27 04/12/98 CO CESCR Israel
E/C.12/1/Add.28 04/12/98 CO CESCR Cyprus
E/C.12/1/Add.29 04/12/98 CO CESCR Germany
E/C.12/1/Add.30 07/12/98 CO CESCR Switzerland,
E/C.12/1/Add.31 10/12/98 CO CESCR Canada
E/C.12/1/Add.34 14/05/99 CO CESCR Denmark
E/C.12/1/Add.35 14/05/99 CO CESCR Ireland
E/C.12/1/Add.37 08/12/99 CO CESCR Bulgaria
E/C.12/1/Add.38 08/12/99 CO CESCR Argentina
E/C.12/1/Add.40 08/12/99 CO CESCR Cameroon
E/C.12/1/Add.41 08/12/99 CO CESCR Mexico
E/C.12/1/Add.42 17/05/2000 CO CESCR Georgia
E/C.12/1/Add.43 23/05/2000 CO CESCR Italy
E/C.12/1/Add.44 23/05/2000 CO CESCR Egypt
E/C.12/1/Add.46 01/09/2000 CO CESCR Jordan
E/C.12/1/Add.49 01/09/2000 CO CESCR Kyrgyzstan
E/C.12/1/Add.50 01/09/2000 CO CESCR Australia
E/C.12/1/Add.55 01/12/2000 CO CESCR Morocco
E/C.12/1/Add.56 21/05/2001 CO CESCR Venezuela
E/C.12/1/Add.57 21/05/2001 CO CESCR Honduras
E/C.12/1/Add.59 21/05/2001 CO CESCR Republic of Korea
E/C.12/1/Add.60 09/05/2001 CO CESCR Bolivia
E/C.12/1/Add.62 24/09/2001 CO CESCR Senegal
E/C.12/1/Add.63 24/09/2001 CO CESCR Syrian Arab Republic
E/C.12/1/Add.64 24/09/2001 CO CESCR Panama
E/C.12/1/Add.67 24/9/2001 CO CESCR Japan
E/C.12/1/Add.68 24/9/2001 CO CESCR Germany
E/C.12/1/Add.71 30/11/2001 CO CESCR Algeria
E/C.12/1/Add.72 30/11/2001 CO CESCR France
E/C.12/1/Add.73 30/11/2001 CO CESCR Croatia
E/C.12/1/Add.74 30/11/2001 CO CESCR Colombia
E/C.12/1/Add.77 17/05/2002 CO CESCR Ireland
E/C.12/1/Add.79 15/05/2002 CO CESCR UK

E/C.12/1994/SR.22, Summary Record of the 22nd meeting 24/05/94 Mauritsius
E/C.12/1996/SR.32, p. 33–36, Summary Record of the 32nd meeting 05/03/97 Mr Costa Oliviera (Portugal) och Mr Grissa (Macau): Portugal
E/C.12/1996/SR.32, p. 39, Summary Record of the 32nd meeting 05/03/97 (Macau): Portugal.
E/C.12/1997/SR.34, p. 41 Summary Record of the 34th meeting 22/01/98 Mr Texier supported by Mr Thapalia., Iraq
E/C.12/1997/SR.34, p. 42 Summary Record of the 34th meeting 22/01/98 Mr Adekuoye, Iraq
E/C.12/1996/SR.38, Summary Record of the 38th meeting: Finland 05/03/97
E/C.12/2000/SR.69 SR CESCR 28/11/2000 Mr Belmahi, Morocco

E/C.12/Q/Australia 1 23/05/2000 List of Issuses Australia

UN ESCOR, Suppl. (No. 3), Annex IIII, at 84 UN Doc. E/1991/23 (1991) The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1). CESCR General Comment 3
E/1992/23 (1992) The right to adequate housing, (Art. 11(1), CESCR General Comment 4
E/C.12/1998/24, The domestic application of the Covenant, CESCR General Comment 9
E/C.12/1999/4, Plans of action for primary education (Art. 14), CESCR General Comment 11
E/C.12/1999/5, The right to adequate food (Art. 11), CESCR General Comment 12
E/C.12/1999/10, The right to education (Art. 13), CESCR General Comment 13
E/C.12/2000/4, The right to the highest attainable standard of health, CESCR General Comment 14

Nationella rapporter till kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

E/1990/6/Add.18 05/03/98 Second Periodic Report: Belgium
E/1994/104/Add.14 17/10/96 Third Periodic Report: Germany
E/1994/104/Add.21 23/07/98 Third Periodic Report: Mongolia
E/1994/104/add.22 23/07/98 Third Periodic Report: Australia

"Concluding observations" och andra till dessa kopplade dokument från MR-kommittén

A/34/40 HRC 1979 Chile
A/34/40 HRC 1979 Romania
A/34/40 HRC 1979 Spain
A/34/40 HRC 1979 Ukranian Soviet Socialist Republic
A/35/40 HRC 1980 Senegal
A/35/40 HRC 1980 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland
A/37/40 HRC 1982 Morocco

A/38/40 HRC 1983 Lebanon
A/38/40 HRC 1983 Mexico
A/38/40 HRC 1983 Nicaragua

A/38/40 HRC 1984 Australia
A/42/40 HRC 1987 Poland
A/42/40 HRC 1987 Tunisia
A/43/40 HRC 1988 Australia
A/43/40 HRC 1988 Denmark
A/43/40 HRC 1988 Trinidad Tobago

A/44/40 HRC 1989 Bolivia
A/44/40 HRC 1989 Cameroon
A/44/40 HRC 1989 Uruguay
A/45/40 HRC 1990 Dominican Republic
A/45/40 HRC 1990 Saint Vincent and the Grenadines
A/46/40 HRC 1991 Canada
A/46/40 HRC 1991 Madagascar
A/46/40 HRC 1991 Panama
A/46/40 HRC 1991 Sudan

CCPR/C/79/Add.31 CO HRC 18/04/94 Costa Rica
CCPR/C/79/Add.45 CO HRC 23/11/94 Libyan Arab Jamahiriya

CCPR/C/79/Add.46 CO HRC 05/04/95 Argentina
CCPR/C/79/Add.60 CO HRC 04/04/96 Mauritius
CCPR/C/79/Add.63 CO HRC 03/04/96 Guatemala
CCPR/C79/Add.65 CO HRC 24/07/96 Nigeria
CCPR/C/79/Add.66 CO HRC 16/06/96 Brazil
CCPR/C/79/Add.71 CO HRC 18/11/96 Gabon
CCPR/C/79/Add.73 CO HRC 08/11/96 Germany

CCPR/C/79/Add.74 CO HRC 01/04/97 Bolivia
CCPR/C/79/Add.75 CO HRC 01/04/97 Georgia
CCPR/C/79/Add.78 CO HRC 01/04/97 Lebanon
CCPR/C/79/Add.81 CO HRC 19/11/97 Senegal
CCPR/C/79/Add.102 CO HRC 19/11/98 Japan
CCPR/C/79/Add.104 CO HRC 30/03/99 Chile
CCPR/C79/Add.105 CO HRC 07/04/99 Canada
CCPR/C/79/Add.107 CO HRC 08/04/99 Costa Rica
CCPR/C/79/Add.114 CO HRC 01/11/99 Republic of Korea

CCPR/CO/69/KWT CO 27/07/2000 Kuwait
CCPR/CO/71/DOM CO 26/04/2001 Dominican Republic
CCPR/CO/71/VEN CO 26/04/2001 Venezuela

CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 29/03/2000 CCPR; General Comment 28, Equality of rights between men and women (Art. 3)
CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 27 02/11/99 CCPR; General Comment 27, Freedom of movement (Art. 12)
CCPR General Comment 25, The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25), 12/ 07/96
CCPR General Comment 23, The right of minorities (Art. 27), 08/04/94
CCPR General Comment 22, The Right to freedom of thought, conscience and religion (Art. 18), 30/07/93
CCPR General Comment 20, Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7), 10/03/92
CCPR General Comment 16, The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation (Art. 17), 08/04/88
CCPR General Comment 10, Freedom of Expression (Art. 19), 29/07/83
CCPR General Comment 6, The right to life (Art. 6), 30/04/82
CCPR General Comment 3, Implementation at the national level (Art. 2), 29/07/81

Klagomål till MR-kommittén enligt det fakultativa protokollet

CCPR/C/12/D/44/1979 Communication No. 44/1979: Uruguay. 09/04/81
CCPR/C/13/D/52/1979 Communication No. 52/1979: Uruguay. 29/07/81

CCPR/C/28/D/118/1982 Communication No. 118/1982: Canada. 18/07/86
CCPR/C/68/D/711/1996 Communication No. 711/1996: Angola. 18/04/2000

Diverse FN-material

A/2929, Agenda Item 28 (Part II) Annexes, 10th session, 1955, Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights
A/Res /32/130, den 16 Dec. 1977, Alternative approaches and ways and means within the united nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms
A /Res/41/128, 4 Dec. 1986, Declaration on the Right to Development
A/CONF.183/10 Final act of the United Nations diplomatic conference of plenipotentiaries on the establishment of an international Criminal Court. Done at Rome on 17 July 1998, Rome Statute of the International Criminal Court
S/Res/827 (1993) Tribunal (Former Yugoslavia)
S/Res/955 (1994) Tribunal (Rwanda)
UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 42(1994) (finns i dokument E/1989/22) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Introduction: the purpose of general comments, Compiliation of General Comments and General recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies,
E/CN.4/L.338(1954), 18 ESCOR, Supp.7, UN doc. 2573 (1954)
E/CN.4/Res/1993/77, Forced evictions C.H.R. Res 1993/77, U.N. ESCOR, Commission on Human Rights, 49th session U.N. Doc. E/CN.4/1993/122
E/CN.4/Res/1998/33. Question of the realization in all countries of the economic, social and cultural rights contained in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and study of special problems which the developing countries face in their efforts to achieve these human rights
E/C.12/1992/2 11 December 1992, Towards an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Analytical paper adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its seventh session
E/CN.4/1997/105, 18 December 1996. Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Note by the Secretary General

E/CN.4/1998/84 Report of the Secretary General on the Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
E/CN.4/1998/84 Add.1 Report of the Secretary General on the draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.
E/CN.4/1999/112 Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
E/CN.4/1999/112/Add.1 Note by the Secretariat on the draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
E/CN.4/2000/49 Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Report of the High Commissioner for Human Rights
E/CN.4/2001/49 Report of the Secretary-general submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/9
E/CN.4/2001/62 Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Report of the High Commissioner
E/CN.4/2001/62/Add.1 Draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Comments from States
E/CN.4/1987/17 Limburg principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Annex
E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2, *Daes, Erica-Irene A*, The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights
UN doc E/RES/1946/5(1) ECOSOC resolution 5(1) Establishing the Commission for human rights
ECOSOC, Resolution 277(X) of 17 February 1950 Agreement with the ILO concerning a machinery in the field of freedom of association for trade union purposes
ECOSOC, Resolution 1985/17 Establishing a Committee for economic, social and cultural rights
ECOSOC Resolution 1235 (XLII) of 6 June1967 Authorizing the Commission on Human Rights to examine information relevant to gross violations of human rights and fundamental freedoms
ECOSOC Resolution 1503 (XLVIII) of 27 May 1970 Establishing a procedure for dealing with communications relating to violations of human rights and fundamental freedoms
ECOSOC Resolution 2000/3 of 16 June 2000 Procedure for dealing with communications for human rights

Diverse annat

The Maastricht Guidlines on Violations of Economic, Social and Cultural rights, Principerna finns återgivna i HRQ, vol 20, 1998, s. 691–704

ILO

Förarbeten

ILO Record of Proceedings, International Labour Conference, 33rd Session, 1950, Geneva, appendix XII
ILO Record of Proceedings International Labour Conference, 30th Session, 1947 Geneva
ILO Record of Proceedings, International Labour Conference, 32nd Session, 1949, Geneva

Expertkommittén

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III Part IV, International Labour Conference, Session 37, 1954;
Session 38, 1955
Session 39, 1956
Session 40, 1957
Session 42, 1958
Session 43, 1959
Session 44, 1960
Session 46, 1962
Session 47, 1963
Session 48, 1964
Session 51, 1967
Session 53, 1969
Session 54, 1970

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4A) International Labour Conference, Session 56, 1971;
Session 58, 1973
Session 59, 1974
Session 60, 1975
Session 61, 1976
Session 63, 1977

Session 64, 1978
Session 65, 1979
Session 67, 1981
Session 68, 1982
Session 70, 1984
Session 71, 1985
Session 72, 1986
Session 73, 1987
Session 75, 1988
Session 76, 1989
Session 78, 1991
Session 79, 1992
Session 80, 1993
Session 81, 1994
Session 82, 1995
Session 83, 1996

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A) International Labour Conference, Session 85, 1997;
Session 86, 1998
Session 87, 1999
Session 88, 2000
Session 89, 2001
Session 90, 2002

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part IV) International Labour Conference, sess 36, 1953, Appendix V General Remarks Concerning Reports on Unratified Conventions and on Recommendations (article 19 of the Constitution)

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part IV) International Labour Conference, sess 43, 1959, Part III, Conclusions Concerning the Reports Received under Articles 19 and 22 of the Constitution of the ILO on the effect given to Conventions and Recommendations relating to Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, Collective Bargaining and Collective Agreements, Co-Operation in the Undertaking.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4) International Labour

Conference, session 53, 1969, part three, The ratification outlook after fifty years: seventeen selected Conventions, Chapter I, Basic Human Rights.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4B) International Labour Conference, session 58, 1973, General Survey on the Application of the Conventions on Freedom of Association and on the Right to Organise and Collective Bargaining.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4B) International Labour Conference session 69, 1983, General Survey on the Application of the Conventions on Freedom of Association, the Right to organise and Collective Bargaining and the Convention and Recommendation Concerning Rural Workers' Organisations.

Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 4B) International Labour Conference session 81, 1994, General Survey of the Reports on Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Conventions (No. 98), 1949.

Föreningsfrihetskommittén

Freedom of Association, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fourth revised edition, International Labour Office, Geneva, 1996.

Freedom of Association, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Third edition, International Labour Office, Geneva, 1985.

Committee on Freedom of Association (CFA), Case 28, Jamaica, Report 2, 1952,
CFA, Case 102, Union of South Africa, Report 15, 1955
CFA, Case 755, Japan, Report 142, 1974
CFA, Case 796, Bahamas, Report 187, 1978
CFA, Case 857, UK, Report 187, 1978
CFA, Case 893, Canada, Report 187, 1978
CFA, Case 918, Belgium Report 197, 1979

CFA, Case 1004, Haiti Report No 211, 1981
CFA, Case 1381, Ecuador, Report 248,1987
CFA, Case 1575, Zambia, Report 284, 1992
CFA, Case 1617, Ecuador, Report 284, 1992
CFA, Case 1760, Sweden, Report 294, 1994
CFA, Case 1765, Bulgaria, Report 305, 1996
CFA, Case 1810, Turkey, Report 303, 1996
CFA, Case 1873, Barbados, Report 307, 1997
CFA, Case 1923, Croatia, Report 308, 1997
CFA, Case 1852, UK, Report 309, 1998
CFA, Case 1951, Canada, Report 316, 1999
CFA, Case 1996, Uganda, Report 316, 1999
CFA, Case 2012, Russian federation, Report 318, 1999
CFA, Case 2018, Ukraine, Report 318, 1999
CFA, Case 1963, Australia, Report 320, 2000
CFA, Case 2046, Colombia, Report 322, 2000
CFA, Case 1980, Luxemburg, Report 324, 2001
CFA, Case 2012, Russian federation, Report 324, 2001
CFA, Case 2060, Denmark Report, 324, 2001
CFA, Case 2072, Haiti, Report 324, 2001
CFA, Case 2078, Lithuania, Report 324, 2001
CFA, Case 2091, Romania, Report 324, 2001
CFA, Case 2106, Mauritsius, Report 325, 2001
CFA, Case 2107, Chile, Report 325, 2001
CFA, Case 2116, Indonesia Report 326, 2001
CFA, Case 2110, Cyprus, Report 325, 2001
CFA, Case 2122, Guatemala, Report 326, 2001
CFA, Case 2118, Hungary, Report 327, 2002,
CFA, Case 2119, Canada, Report 327, 2002
CFA, Case 2127, Bahamas, Report 327, 2002
CFA, Case 2138, Ecuador, Report 327, 2002
CFA, Case 2149, Romania, Report 328, 2002
CFA, Case 2050, Guatemala, Report 327, 2002
CFA, Case 2158, India, Report 328, 2002
CFA, Case 2171, Sweden, GB 286/11 (Part II), 2003

Europarådet

Förarbeten till Europarådets sociala stadga

Council of Europe, European Social Charter, Collected (provisional) edition of the "Travaux préparatoires", volume I, 1953-54
- Memorandum by the Secretariat General of the Council of Europe on the role of the Council of Europe in the social field, 16 April 1953 (PW I s. 4)

Council of Europe, European Social Charter, Collected (provisional) edition of the " Travaux préparatoires", Volume III, 1956
- COE Research Directorate, Social Division, Study of the nature, definition and legal scope of social and economic rights, CE/Soc (56) 15, 26/10-1956, (PW III, s. 823)
- Committee of Ministers, Explanatory Note by the Secretariat-General, Misc (56) 86, 29/11 1956, (PW III)
- Committee of social questions, Doc 488, AS/EC (7) 21, (PW III s. 261 ff)
- Committee of general affairs, AS/AG (8) 11 C (PW III, s. 127 ff)
- Consultative assembly, Doc 536, Draft recommendation for the establishment of a European Convention on Social and Economic Rights, (PW III, s. 533 ff)
- Consultative assembly, CA Rec 104, 26th October 1956 (PW III s. 645 ff)

Council of Europe, European Social Charter, Collected (provisional) edition of the " Travaux préparatoires", Volume IV, 1957
- Social committee, memorandum and draft texts prepared by the Legal Department of the Secretariat-General for use by the Working part, CE/Soc WP II (57) 2, (PW IV, s. 179 ff)

Den Europeiska kommittén för sociala rättigheter (tidigare benämnd den oberoende expertkommittén)

Council of Europe, European Social Charter, Committee of Independent Experts on the European Social Charter, Conclusions I (C I), 1969/79, Strasbourg;
Conclusions II, 1971
Conclusions III, 1973
Conclusions IV, 1975
Conclusions V, 1977

Conclusions VI, 1979
Conclusions VII, 1981
Conclusions VIII, 1984
Conclusions IX-1, 1985
Conclusions X-1, 1987
Conclusions X-2, 1988
Conclusions XI-I, 1989
Conclusions XII-1, 1993
Conclusions XII-2, 1993
Conclusions XIII-I, 1994
Conclusions XIII-2, 1995
Conclusions XIII-3, 1996
Conclusions XIII-4, 1996
Conclusions XIII-5, 1997
Conclusions XIV-1, 1998, vol. 1
Conclusions XIV-1, 1998, vol. 2
Conclusions XIV-2, vol. 1, 1998
Conclusions XIV-2, vol. 1, 1998
Council of Europe, European Social Charter, European Committee of Social Rights, Conclusions XV-1, 2000, vol. 1
Conclusions XV-1, 2000, vol. 2
Conclusions-XV-1, Addendum, 2000
Conclusions XVI-1, 2002, vol. 1,
Conclusions-XVI-1, 2002, vol. 2,
Conclusions 2002, Revised Charter

Diverse

Third report on certain provisions of the Charter which have not been accepted, Council of Europe, Strasbourg, 1989
Human Rights Social Charter monographs – No 6, Conditions of employment guaranteed under the European Social Charter, Council of Europe, 1997
Human rights Social Charter Monographs – No. 5, The rights to organise and to bargain collectively (2nd edition), Council of Europe Publishing, 2001

Ministerkommitten

Decision on the new system for the presentation of reports. Adopted by the Committee of Ministers in September 1996 at the 573rd meeting of the Ministers' Deputies

System for the presentation of reports on the application of the revised European Social Charter. Adopted by the Committee of Ministers at the 689th meeting of the Ministers' Deputies on 24–25 November 1999. CM(99)157

Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (93) 2
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (93) 3
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (95) 2
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (95) 6
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (97) 3
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (98) 2
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (99) 1
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (99) 2
Committee of Ministers, Recommendation No. Rec ChS (2001) 1

Committee of Ministers, Resolution No ResChS (2001)2
Committee of Ministers, Resolution No ResChS (2001)5

EU

Kommissionen

COM(89) 568 final. Communication from the Commission concerning its action programme relating to the implementation of the Community charter of basic social rights for workers
COM(93)600 final. Communication concerning the application of the Ageement on social policy
KOM (96) 448 slutlig. Kommissionens meddelande angående utvecklingen av den sociala dialogen på gemenskapsnivå
KOM (98)322 slutlig. Utkast till rådets beslut om ändring av beslut 70/532/EEG om inrättande av en ständig kommitté för sysselsättningen i Europeiska gemenskaperna
KOM(2000)644 slutlig. Meddelande från kommissionen om den rättsliga statusen för Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
KOM(2002) 247 slutlig. Kommissionens meddelande – Ett projekt för Europeiska unionen
Meddelande från kommissionen, Det sociala handlingsprogrammet 1998–2000, Bryssel den 29.04.1998
Rapporten från Expertgruppen om grundläggande fri- och rättigheter som tillsattes av kommissionen, Att befästa de grundläggande fri- och

rättigheterna i Europeiska unionen: dags att agera, Ordförande Simitis, ledamöter, Bell, Betten, Frowein, Koskinen, Retorillo, Pizzorusso, Rossetto, 1999

Europaparlamentet

Europaparlamentets resolution A5-0064/2000. Europaparlamentets resolution om utarbetandet av en stadga om grundläggande rättigheter i Europeiska unionen

Sverige

Ds 1994:13 Lex Britannia
Ds 1997:65 Godkännande av en reviderad europeisk social stadga samt av ett tilläggsprotokoll till den europeiska sociala stadgan om ett kollektivt klagomålsförfarande
Ds 1999:39 Höjd ålder för avgångsskyldighet till 67 år
Ds 2001:9 Yttrandefrihet för privatanställda
Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv

SOU 1939:49 Betänkande med förslag till ändring i lagen om förenings- och förhandlingsrätt (Ove Hesselgren)
SOU 1974:100 Internationella överenskommelser och svensk rätt
SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen
SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen.
SOU 1982:60 MBL i utveckling
SOU 1988:49 Arbetsmarknadsstriden III (Sven-Hugo Ryman)
SOU 1993:40 Del A Fri- och rättighetsfrågor, Regeringsformen
SOU 1993:40 Del B Fri- och rättighetsfrågor, Inkorporering av Europakonventionen
SOU 1994:141 Arbetsrättsliga utredningar. Bakgrundsmaterial utarbetat av sekretariatet vid 1992 års arbetsrättskommitté
SOU 2002:43 Ett utvidgat skydd mot diskriminering

L2U 1951:31 Utlåtande angående väckta motioner angående viss översyn av lagen om förenings- och förhandlingsrätt
KU 1973:26 Betänkande med anledning av prop.1973:90 med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
KU 1974:8 Betänkande med anledning av vilande förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
1993/94:KU24 Inkorporeringen av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Motion AK 1939:245 Av herrar Holm och Falk angående vissa ändringar av lagen om förenings- och förhandlingsrätt
Motion FK 1951:45 Av herr Åman med angående viss översyn av lagen om förenings- och förhandlingsrätt
Motion AK 1951:65. Av herr Kyling m.fl. angående viss översyn av lagen om förenings- och förhandlingsrätt
Motion AK 1966:715 Av herrar Ullsten och Mundebo angående föreningsrätten

Prop. 1935:31 Förslag till lag om vissa ekonomiska stridsåtgärder
Prop. 1936:240 Förslag till lag om förenings- och förhandlingsrätt
Prop. 1940:106 Förslag till lag angående ändrad lydelse av 3 och 29 §§ lagen den 11 september 1936 nr 506 om förenings- och förhandlingsrätt
Prop. 1950:188 Om vissa av Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens år 1949 vid dess trettioandra sammanträffande fattade beslut
Prop. 1951:165 Om ratificering av Europakonventionen
Prop. 1962:175 Rörande godkännande av en europeisk social stadga
Prop. 1971:125 Angående godkännande av den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter samt av ett fakultativt protokoll till den senare
Prop 1973:90 Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
Prop 1973:129 Förslag till lag om anställningsskydd
Prop 1974:158 Angående godkännande av Wienkonventionen om traktaträtten
Prop 1975/76:105 bil 1 Arbetsrättsreform: Lag om medbestämmande i arbetslivet
Prop 1975/76:209 Om utvidgning av regeringsformens rättighetsregler
Prop 1988/89:106 Om tilläggsprotokollet till den europeiska sociala stadgan
Prop 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva verksamheter
Prop 2001/02:72 Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EI m.m.

Rskr 1973:265 rörande prop 1973:90 om ny regeringsform och ny riksdagsordning
Rskr 1974:19 om att riksdagen antagit vilande förslag till ny regeringsform och riksdagsordning m.m.

Rättsfall

Europakommissionen för de mänskliga rättigheterna

Application No. 4072/69 X. v Belgium, Yearbook III s. 718
Application No. 7361/76 Trade Union X. v Belgium, D&R 14 s. 47
Application No. 9792/82 A. Union v the Federal Republic of Germany, D&R 34 s. 175
Application No. 10308/83 Altun v FRG, D&R 36 s. 209
Application No. 18874/91 X v Switzerland, D&R 76-A s. 44
Application No 22726/93 Syndicat Sosyal-is et Ayfer Kodas contre la Turquie;
Application No. 26712/95 Timo Juhani Laemela v Finland, D&R 89 s. 64
Application No. 28910/95 The National association of teachers in further and higher education v the United Kingdom, D&R 93 s. 63

Europadomstolen

Application No. 29529/95 Schettini and others mot Italien, decision 9 November 2000, decision as to the admissibility, European Court of Human Rights, second section
Application No. 32980/96 Dev Maden Sen contre Turquie, le 9 décembre 1999, décision sur la recevabilité, Cour Européenne des droits de l'homme, deuxième section
Application No. 38190/97 Federation of Offshore workers' trade unions and others against Norway, decision as to the admissibility, European Court of Human Rights, third section
Application No. 53574/99 Unison against UK, decision as to the admissibility, European Court of Human Rights, third section
Languages in Education in Belgium v Belgium, judgment of 23 July 1968, Series A no. 6,
Golder v UK, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18
Schmidt and Dahlström v Sweden, judgment of 6 February 1976, Series A, no 21,
Swedish Engine Drivers' Union v Sweden, judgment 6 February 1976, Series A no. 20
Handyside v UK, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24
Airey v Irland, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32
Young, James and Webster v the United Kingdom, judgment of 13 August 1981, Series A no. 44
X and Y v The Netherlands, judgment of 23 Mars 1985, Series A no. 91

Plattform "Ärzte für das leben" v Austria, judgment of 21 June 1988, Series A no. 139
Vocaturo v Italy, judgment of 24 May 1991, Series A no. 206-C
Tavares v France, judgment of 12 Sep. 1991, Series A no.
Sibson v UK, judgment of 20 April 1993, Series A no. 258-A
Sigurdur A. Sigurjónsson v Iceland, judgment of 30 June 1993, Series A no. 264
Gustafsson v Sweden, judgment of 25 April 1996, 1996 s. 637
L.C.B v UK, judgment of 9 June 1998, 1998, s. 1390
Guerra and others v Italy, judgment of 19 February 1998,
Gustafsson (revision) v Sweden, judgment 30 July 1998, 1998 s. 2084
Osman v UK, judgment of 28 October 1998, 1998-III s. 3124
Matthews v UK, judgment of 19 February 1999, 1999-I
Chassagnou and Others v France, judgment of 29 April 1999, 1999-III s. 21
Fuentes Bobo v Spain, judgment of 29 February 2000,
Wilson & The National Union of Journalists, Palmer, Wyeth & The National Union of Rail, Maritime & Transport Workers, Doolan & Others v UK, Judgment 2 July 2002

EG-domstolen (efter målnummer)

Mål 6/64 Costa mot ENEL REG 1964 s. 585, svensk specialutgåva volym 1
Mål 29/69 Stauder REG 1969 s. 419, svensk specialutgåva volym 1
Mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft REG 1970 s. 1125, svensk specialutgåva volym 1
Mål 4/73 Nold mot kommissionen REG 1974 s. 491, svensk specialutgåva volym 2
Mål 175/73 Union Syndicale m.fl. REG 1974 s. 917 Mål 36/75 Rutili REG 1975 s. 1219, svensk specialutgåva volym 2
Mål 43/75 Defrenne 2 REG 1976 s. 455, svensk specialutgåva volym 3
Mål 149/77 Defrenne 3 REG 1978 s. 1365, svensk specialutgåva volym 4
Mål 44/79 Hauer REG 1979 s. 3727, svensk specialutgåva volym 4
Mål 322/81 Michelin mot kommissionen REG 1983 s. 3261, svensk specialutgåva volym 7
Mål 24/86 Blaizot REG 1988 s. 379, svensk specialutgåva volym 9
Målen 193/87 och 194/87 Maurissen mot Revisionsrätten REG 1987 s. 3445
Mål 374/87 Orkem mot kommissionen REG 1989 s. 3283, svensk specialutgåva volym 10
Mål C-5/88, Wachauf REG 1989 s. 2609

Målen C-297/88 och C-197/89 Dzodzi REG 1990 s. I-3763, svensk specialutgåva volym 10
Mål C-260/89 Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) REG 1991 s. I-2925, svensk specialutgåva volym 11
Mål C-345/89 Stoeckel REG 1991 s. I-4047, svensk specialutgåva volym 11
Mål C-159/90 The society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd REG 1991 s. I-4685, svensk specialutgåva volym 11
Mål C-213/90 ASTI REG 1991 s. I-3507, svensk specialutgåva volym 11
Mål C-158/91 Levy REG 1993 s. I-4287, svensk specialutgåva volym 14
Mål C-118/92 Kommissionen mot Luxemburg REG 1994 s. I-1891
Mål C-392/92 Schmidt REG 1994 s. I-1311
Mål C-383/92 Kommissionen mot Storbritannien REG 1994 s. I-2479
Mål C-13/93 Office Nationale de l'Emploi mot Madeleine Minne REG 1994 s. I-371
Mål C-324/93 The Queen v Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd REG 1995 s. I-563
Mål C-415/93 Bosman REG 1995 s. I-4921
Mål C-13/94 P v S and Cornwall County Council REG 1996 s. I-2143
Mål C-84/94 Förenade Konungariket Storbritannien och Nordirland mot Rådet REG 1996 s. I-5755
Mål C-124/95 Centro-Com REG 1997 s. I-81
Mål C-299/95 Kremzov, REG 1997 s. I-2629
Målen C-364/95 och C-365/95 T. Port GmbH & Co REG 1998 s. I-1023
Mål C 67/96 Albany REG 1999 s. I-5791
Mål C-197/96 Kommissonen mot Frankrike REG 1997 s. I-1489
Mål C-249/96 Grant REG 1998 s. I-621
Mål C-115/97, C-116/97 och C-117/97 Brentjens' Handelsonderneming REG 1999 s. I-6025
Mål C-219/97 Drijvende Bokken REG 1999 s. I-6121
Mål C-292/97 Karlsson m.fl. REG 2000 s. I-2737
Mål C-222/98 van der Woude REG 2000 s. I-7111
Mål 377/98 Nederländerna mot Europaparlamentet och Rådet REG 2001 s. I-7079
Mål C-173/99 BECTU REG 2001 s. I-4881
Mål C-274/99 P Connolly v Kommissionen REG 2001 s. I-1611
Mål C-50/00P Union de Pequeños Agricultures REG 2002 s. I-6677
Mål C-491/01 British American Tobacco (investments) and Imperial Tobacco

Yttrande

2/94 28 mars 1996, Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Rättsfall från Förstainstansrätten

Mål T-45/90 Speybrouck mot Europaparlamentet REG 1992 s. II-33
Mål T-96/92 CCE de la Société générale des grandes sources m.fl. mot kommissionen REG 1992 s. II-2579
Mål T-135/96 UEAPME REG 1998 s. II-2335
Mål T-112/98 Mannesmannröhren-Werke mot Kommissionen REG 2001 s. II-729
Mål T-54/99 max.mobil mot Kommissionen REG 2002 s. II-313
Mål T-192/99 Dunnett m.fl. REG 2001 s. II-813, IA-65, II-313
Mål T-77/01 Diputación Foral de Álava m.fl. mot Kommissionen REG 2002 s. II-81
Mål T-177/01 Jégo-Quéré mot Kommissionen REG 2002 s. II-2365

Generaladvokaten

De förenade målen C-67/96, C-115/97, C-116/97, C-117/97 och C-219/97 Albany m.fl., förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs, REG 1999 s. I-6025
Mål C-377/98 Nederländerna mot Europaparlamentet och Rådet, förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs, REG 2000 s. I-6229
Mål C-173/99 BECTU, förslag till avgörande av generaladvokat Tizzano, REG 2001 s. I-4881
Mål C-270/99 P Z. v European Parliament, förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs, REG 2002 s. I-9197
Mål 313/99 Mulligan m.fl., förslag till avgörande av generaladvokat Geelhoed, REG 2002 s. I-5719
Mål 353/99 P Hautala, förslag till avgörande av generaladvokat Léger, REG 2001 s. I-9565
Mål C-413/99 Baumbast, förslag till avgörande av generaladvokat Geelhoed
Målen C-20/00 och C-64/00, Booker Aquaculture, förslag till avgörande av generaladvokat Mischo, ej avgjort
Mål C-112/00 Schmidberger, förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs, ej avgjort
Mål C-133/00 Bowden m.fl., förslag till avgörande av generaladvokat Tizzano, REG 2001 s. I-7031

Högsta domstolen

NJA 1945 s. 290
NJA 1946 s. 83
NJA 1956 s. 554
NJA 1973 s. 341
NJA 1973 s. 423
NJA 1974 s. 36
NJA 1977 s. 129
NJA 1981 s. 1205
NJA 1984 s. 903
NJA 1988 s. 572
NJA 1990 s. 687
NJA 1991 s. 188
NJA 1993 s. 109
NJA 1993 s. 111
NJA 1998 s. 293

Regeringsrätten

RÅ 1974:121

Arbetsdomstolen

AD 1931 nr 107
AD 1933 nr 94
AD 1947 nr 50
AD 1948 nr 21
AD 1948 nr 78
AD 1954 nr 19 och 20
AD 1969 nr 25
AD 1972 nr 5
AD 1977 nr 222
AD 1978 nr 94
AD 1979 nr 110
AD 1979 nr 158
AD 1979 nr 159
AD 1981 nr 26
AD 1983 nr 46
AD 1985 nr 108
AD 1986 nr 26
AD 1987 nr 157
AD 1996 nr 65
AD 1998 nr 17
AD 2001 nr 20

Litteraturförteckning

Abrahamsson, Olle, Avgöranden från EG-domstolen – första halvåret 2001, SvJT 2001, s. 676–706

Abrahamsson, Olle, EG-domstolen och de grundläggande rättigheterna, SvJT 2002 s. 363–376

Abrahamsson, Olle, Den rättsliga grunden för Sveriges medlemskap i EU. I festskrift till Ulf Bernitz, ERT 2001

Ahlberg, Kerstin Hur blir världen rättvisare? EU & arbetsrätt nr 3/2001 s. 2–3

Ahlberg, Kerstin, Viktiga institutioner saknas när nya medlemmar skall förverkliga EUs arbetsrätt, EU & arbetsrätt, nr 4/2002 s. 3

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, Kommissionen på kollisionskurs mot finländsk fartygsbojkott, EU & arbetsrätt nr 2/2002 s. 1

Ahlberg, Kerstin, Första "frivilliga" europeiska avtalet ny norm för umgänget mellan parterna? EU & arbetsrätt nr 2/2002 s. 1

Ahlberg, Kerstin, Kommissionen underkänner implementering genom kollektivavtal, EU & arbetsrätt nr 3/2001 s. 4

Ahlberg, Kerstin, Avtalstexten ändrades i ministerrådet, EU & arbetsrätt nr 3/1999 s. 4

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas Kollektivavtal i EU. Om allmängiltiga avtal och social dumping, Juristförlaget 1996

Ahlin, Per, Gammalmodig syn på rättigheter, DN 27/10 1998 s. 2

Ahlmark, Per, Är alla friheter lika viktiga? DN 18/10 1998 s. 2

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp 1986

Alkema, E.A, The third-party applicability or "drittwirkung" of the ECHR. I Protecting Human Rights; the European Dimension, Matscher, F. och Petzold, H. (red.), Carl Heymanns Verlag 1988, s. 33 ff

Alston, Philip & Quinn, Gerard, The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly 9 (1987) s. 156–229

Alston, Philip, Manual on Human Rights Reporting, United Nations 1991

Alston, Philip, The Committee on Economic, Social and Cultural Rights. I The United Nations and Human Rights, A Critical Appraisal, Alston, Philip (red.), Oxford University Press 1992

Bartolomei de la Cruz, Héctor G & von Potobsky, Geraldo & Swepston, Lee, The International Labor Organization, Westview press, 1996.
Bellace, Janice R, The ILO Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work, The IJCLLIR vol. 17/3 2001 s. 269–287
Ben Israel, Ruth, International labour standards: the case of freedom to strike, Kluwer 1988
Bercusson, Brian, European Labour Law, Butterworths1996
Bernitz, Ulf, Retroaktiv lagstiftning i europaperspektiv – om betydelsen av allmänna rättsgrundsatser. I Festskrift till Stig Strömholm, Iustus 1997, s. 131–150
Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, Norstedts juridik 1999
Bernitz, Ulf, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr, JT 1994/95 nr 2 s. 260
Bernitz, Ulf, EU:s rättighetsstadga – hur kan den knytas till EU- och EG-fördragen?, ERT 2002 nr 3 s. 472–483
Berqvist, Olof & Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, Medbestämmandelagen, andra upplagan, Publica 1997
Besselink, Leonard F.M, The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter, 8 MJ (2001) s. 71
Betten, Lammy, International Labour Law – selected issues, Kluwer 1993.
Betten, Lammy & Grief, Nicholas, EU Law and Human Rights, Longman 1998.
Betten, Lammy, Protection of fundamental social rights in the EU. I The protection of fundamental social rights in the European union, Betten, Lammy & MacDevitte, Delma (red.), Kluwer Law International 1996
Betten, Lammy, The EU Charter on Fundamental rights: a Trojan Horse or a Mouse, IJCLLIR vol. 17/2 2001 s. 151–164
Birk, Rolf, The European Charter and the European Union. I The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst century, Blanpain Roger (red.), Kluwer Law International 2001
Blanplain, Roger & Hepple, Bob & Sciarra, Silvana & Weiss, Manfred, Fundamental Social Rights: Proposals for the European Union, Peeters 1996
Blanpain Roger The European Union, Employment, Social policy and the Law. I Institutional changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam, Blanpain, Roger (red.) Kluwer Law International, 1998
Blanpain, Roger, European Labour Law, 7 uppl, Kluwer Law International 2000

Blanpain, Roger, The European Union and Employment Law. I Comparative labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, VII uppl, Blanpain, Roger & Engels, Chris (red.), Kluwer Law International 2001

Bobbio, Roberto, Age of Rights, Polity Press 1996,

Bossuyt, Maurice, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruylant 1976

Bossuyt, Maurice, La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économic, sociaux et culturels, HRJ vol. VIII (1975) s. 783–813

Boussuyt, Maurice, Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, Martinus Nijhoff Publishers 1987

van Boven, Theo, The International System of Human Rights – an overview. I Manual on Human Rights Reporting, United Nations 1991

Brandtner, Barbara & Rosas, Allan, Human Rights and the External relations of the European Community: An analysis of Doctrine and Practice, EJIL 1998 s. 468–490.

Bring, Ove & Mahmoudi, Said, Sverige och folkrätten, Norstedts Juridik 1998

Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, fourth edition, Oxford University Press 1990

Brownlie Ian, Principles of Public International Law, fifth edition, Oxford University Press 1998

Bruun, Niklas, Den nordiska modellen för facklig verksamhet. I Den nordiska modellen, Bruun, Niklas & Flodgren, Boel & Halvorsen, Marit & Hydén, Håkan & Nielsen, Ruth, Liber 1990, s. 15–60

Bruun, Niklas, Några synpunkter på EG-rättens utmaningar för arbetsrättslig forskning. I Arbetsrätt 1999, Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt, Källström, Kent & Malmberg, Jonas (red.), Iustus 1999, s. 191–199

Bruun, Niklas, Fackliga och grundläggande rättigheter i EU, TCO 1999

Bruun, Niklas, Artikel 30, I Europeisk arbetsrätt och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna – förkortad version, Bercusson, Brian (red.), ETUI 2003

Bruun, Niklas, The Autonomy of the Collective Agreement, Labour Law Congress 2002, Reports, VII European Regional Congress, ISLLSS, Stockholm 2002

Bruun, Niklas, The future of Nordic Labour Law. I Stability and Change in Nordic Labour Law, Malmberg, Jonas & Wahlgren, Peter (red.), Scandinavian Studies in Law Volume 43, Stockholm Institute for Scandinavian Law 2002, s. 375–386

Buergenthal Thomas, The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights, HRQ 19 1997 s. 703–723
Van Bueren, Geraldine Deconstructing the Mythologies of International Human Rights Law. I Understanding Human Rights, Gearty Conor & Tomkins Adam (red.), Pinter 1996
Bercusson, Brian, European Labour Law, Butterworths, 1996
Bull, Thomas, Mötes- och demonstrationsfriheten, Iustus 1997
Cameron, Iain, Swedish Case Law on the ECHR Since Incorporation and the Question of Remedies. I Dealing with Integration vol. 2, Cameron, Iain & Simoni, Alessandro (red.), Iustus 1998, s. 9–65
Cameron, Iain, An introduction to the European Convention on human rights 4th ed, Iustus 2002
Cameron, Iain, EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna – för vem, och varför?, ERT 2001 nr 2 s. 143–150.
Chapman, Audrey R, A "Violations approach for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, HRQ 18(1996) s. 23–66
de la Cruz, Héctor G Bartolomei & von Potobsky, Geraldo & Swepston, Lee, The International Labour Organization, Westview Press 1996
Clapham, Andrew, Human Rights in the Private Sphere, Clarendon Press 1993
Clapham, Andrew, The 'Drittwirkung' of the Convention". I The European System for the Protection of Human Rights, Macdonald, R. St. J & Matscher, Franz & Petzold, H (red.), Kluwer Academic Publishers 1993, s. 163–206
Coppel, Jason & O'Neill, Aidan, The European Court of Justice: Taking Rights seriously? CMLR 29 1992 s. 669–692
Cranston, Maurice, Human Rights, Real and Supposed. I Political Theory and the Rights of Man, Raphael, D.D. (red.), Macmillan 1967, s. 43–53
Craven, Matthew, Towards an Unofficial Petition Procedure: A review on the Role of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. I Social Rights as Human Rights: A European Challenge, Drzewicki, K & Krause, Catarina & Rosas, Allan (red.), Institute for Human Rights, Åbo Akademi University 1994, s. 91 ff
Craven, Matthew, The International Covenant on Economic, Social and Cultural rights, A perspective on its Development, Clarendon Press 1995
Christensen, Anna, Den etablerade fackföreningen och minoritetsorganisationen. I Perspektiv på arbetsrätten – vänbok till Axel Adlercreutz, Juridiska föreningen i Lund 1983, s. 9–35

Daes, Erica-Irene A, The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights, United Nations 1983
Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter, 4 uppl, Norstedts Förlag 1989
Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter, 5 uppl, Fritzes AB 1993
Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, Norstedts juridik AB 1997
Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 2 uppl, Norstedts juridik 2002
Dankwa, Victor & Flinterman, Cees & Leckie, Scott, Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, HRQ 20 (1998) s. 705–730
van Dijk P & van Hoof, G.J.H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, third ed, Kluwer law international 1998
Donnelly, Jack, Universal Human Rights in Theory and Practice, Itacha University of Cornell Press 1989
Donnelly, Jack, Human Rights, Democracy and Development, HRQ 1999 nr 3 s. 608–632
Droege, Michael & Lysén, Göran, Introduktion till EU och EG-rätten, Iustus förlag 1997
Dunning, Harold, The origins of Convention no. 87 on freedom of association and the right to organize, Industrial & Labour Relations Review, april 1998 vol. 51 no 4 s. 149–168
Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Duckworth 1978
Ebbesen, Jonas, Compatibility of International and National Environmental Law, Iustus förlag 1996
Ehrenkrona, Carl Henrik, Nytt övervakningssystem enligt Europakonventionen,i SvJT 1995, nr 5-6 s. 439–453
Eide, Asbjørn, Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. I Economic, Social and Cutural Rights, Eide, Asbjørn, & Krause, Catarina & Rosas, Allan (red.), Kluwer Academic Publishers 1995, s. 21–40
Eide, Asbjørn & Alfredsson, Gudmundur, The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement, Martinus Nijhoff Publishers Kluwer law international 1999
Eide, Asbjørn, Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach, Human Rights Law Journal, Vol, 19 No 1-2 (1989) s. 35–51
Eklund, Ronnie, i Löntagarrätt, se *Schmidt*
Engels, Chris, The European Social Charter: Freedom of association and Free Collective Bargaining. European and Belgian Implementation. I

The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst Century, Blanpain, Roger (red.), Kluwer Law International 2001, s. 169–227

Engels, Chris & Salas, Lisa, Labour Law and the European Union after the Amsterdam Treaty. I Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam, Blanpain, Roger (red.), Kluwer Law International 1998, s. 69–100

Evans, Tony, Introduction: power, hegemony and the universalization of human rights. I Human Rights fifty years on – A reappraisal, Evans, Tony (red.) Manchester University Press 1998, s. 1–23

Evju, Stein, The European Social Charter. I The Council of Europe and the Social Challenges of the XXIst Century, Blanpain, Roger (red.), Kluwer Law International 2001, s. 19–32

Fahlbeck, Reinhold, Gustafsson mot Sverige – båda förlorade, Lag & Avtal 6/1996 s. 19

Fahlbeck, Reinhold, Industrial Relations and Collective Labour Law. I Stability and Change in Nordic Labour Law, Malmberg, Jonas & Wahlgren, Peter (red.), Scandinavian Studies in Law Volume 43, Stockholm Institute for Scandinavian Law 2002, s. 87–134

Flodgren, Boel, Fackföreningen och rätten, Norstedts 1978

Germanotta, Paul & Novitz, Tania, Globalisation and the Right to Strike: The Case for European Level Protection of Secondary Action, IJCLLIR vol. 18/1 2002s 67–82

Gernigon, Bernard & Odero, Alberto & Guido, Horacio, ILO principles concerning the right to strike, ILO 2000

Gernigon, Bernard & Adero, Alberto & Guido, Horacio, ILO principles concerning collective bargaining, International Labour Review vol. 139 (2000) No 1 s. 33–55

Gijzen, Marianne,The Charter: a milestone for social protection in Europe, MJ 1 2001 s. 33–48

Glavå, Mats, Arbetsrätt, Studenlitteratur 2001

Lord Goldsmith, Q.C., A Charter of Rights, Freedoms and Principles, CMLR 38, nr 5 2001 s. 1201–1216

Gomien, Donna & Harris, Davis & Zwaak, Leo, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, 1996

Gould, Mark The European Social Charter and Community Law – A comment, ELR 1989 s. 223–226

Gür, Thomas Vissa rättigheter är förmer, SvD 3/10 1998 s. 2

Gunvén, Louise, EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna – arbetet med att ge EU en "själ", ERT 2001 s. 13–27

Göransson, Håkan, i Facklig arbetsrätt. Se *Schmidt*

Göranson, Håkan, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, Juristförlaget 1988
Göransson, Håkan & Karlsson, Anders, Diskrimineringslagarna, Norstedts Juridik 2000
Hallström, Pär, Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter, SvJT 2002 s. 753–781
Hallström, Pär, Legitimt huvudsyfte avgör, Lag & Avtal nr 1/2003 s. 8
Harris, David & Darcy, John, The European Social Charter, Second edition, Transnational Publishers Inc. 2001
Harris, David, The European Social Charter. I An Introduction to International Protection of Human Rights A Textbook, Huski, Raija & Suksi, Markku (red.) Åbo förlag? 1997, s. 243–264
Harris, D J, O'Boyle, M & Warbrick, C, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, 1995
Hayek, F, A, Law, Legislation and Liberty, som bl.a. innehåller, vol. 2, The Mirage of Social Justice, och vol. 3, The Political Order of a Free People, Ruthledge & Kegan Paul 1982
Hemström, Carl, Organisationernas rättsliga ställning, sjätte upplagan, Norstedts juridik, Göteborg år 2000
Hemström, Carl, Fackföreningarna och de anställda, Norstedts 1981
Hemström Carl, Uteslutning ur ideell förening, Norstedt 1971
Hemström Carl, Uteslutning ur ideell förening – en kommentar till ett par HD-avgöranden, JT 1998/99 s. 955
Hendrickx, Frank, Fundamental Rights in the EU. I Institutional changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam, Blanpain, Roger (red.) Kluwer Law International, 1998, s. 157–182
Hepple, Bob, The implementation of the Community Charter of Fundamental Social rights, Modern Law Review 53:5 September 1990, s. 643–654
Hepple, Bob, European developments. The EU Charter of Fundamental Rights, ILJ vol. 30 no 2 june 2001 s. 225–231
Heringa, Willem & Verhey, Luc, The EU Charter: Text and Structure, 8 MJ 1 (2001) s. 11 –32
Herzfeld Olsson, Petra, Förhållandet mellan rätten att vidta stridsåtgärder och den negativa föreningsfriheten aktualiseras i Europadomstolen, JT 97–98 nr 2 s. 614
Hodges-Aeberhard, Jane & Odero de Dios, Alberto, Principles of the Committee on freedom of association concerning strikes, International Labour Review, vol. 126 No 5 september–october 1987 s. 543–563
van Hoof, G.J.H, The Legal Nature of Economic, Social and Cultural rights: a Rebuttal of Some Traditional Views. I The Right to Food,

Alston, P & Tomasevski, K (red.) Martinus Nijhoff Publishers 1984, s. 97–110

Humphrey, John, The international bill of rights: Scope and Implementation 17 Wlm&Mary L. Rev. 527–529 (1956)

Humphrey, John P, Political and Related rights. I Human Rights in International Law – Legal and Policy Issues, Theodor, Meron (red.), Clarendon press 1984

Jenks, Wilfred C., Human rights, social justice and peace – the broader significance of the I.L.O experience. I International Protection of Human rights, Eide, Asbjörn & Schou, August (red.), 1968, s. 227–260

Johnson, Glen & Symonides, Janusz, The universal Declaration of Human Rights: A History of its creation and implementation, UNESCO Publishing 1998

Johansson, Svante, Nials svensk associationsrätt, 8 uppl, Norstedts juridik 2001

Johansson, Hanna & Pehrson, Lars & Ahlberg, Kerstin, Europabolag, arbetsrätt och kollektivavtal, SALTSA Report No 3:2001

Junesjö, Kurt, Europadomstolen, ett hot mot strejkrätten? Återgiven på www.kurt.nu

Junesjö, Kurt Svensk arbetsrätt vann i Europadomstolen, Lag & Avtal nr 7/1996, s. 19

Kahn-Freund, Otto, Labour relations and International standards Some Reflections on the European social charter. I Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch: studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita, tome premier, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles 1972, s. 131–155

Kellerson, Hilary, The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights: A challenge for the future, Journal of Industrial Relations, June 1998, vol. 40 nr 2 s. 223–227

Kelly, John Maurice, A short history of western legal theory, Clarendon press 1992

Kirilova Eriksson, Maja, Skydd av mänskliga rättigheter – det interamerikanska systemet, tredje upplagan, Iustus förlag 2002

Kymlicka, Will, Liberalism, Community and Culture, Oxford 1989

Källström, Kent, Art. 23. I The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary, 2 uppl, Eide, Asbjørn & Alfredsson, Gudmundur & Melander, Göran & Rehof, Lars Adam & Rosas, Allan i samarbete med Theresa Swinehart (red.), Scandinavian University press 1993, s. 357–377

Källström, Kent, Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund. I Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden, Gustafssonmålet

i perspektiv, Agell, Anders (red.) 34 Rättsfondens skriftserie, Iustus 1999, s. 13–35
Källstrom, Kent, Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten, JT 1997/1998 nr 4 s. 1159–1160
Källström, Kent, i Facklig arbetsrätt, se *Schmidt*
O'Leary, Virginia, International Labour Conventions and National Law, Martinus Nijhoff Publishers 1982
O'Leary, A, Virginia, Lessons from the Experience of the International Labour Organisation. I The United Nations and Human Rights; A Critical Appraisal, Alston, Philip (red.), Oxford University Press 1992, s. 580–619
O'Leary, V, The WTO and the Social Clause: Post Singapore, EJIL No 8 1997 s. 118–122
Lemmens, Paul, The relation between the Charter of Fundamantal Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – substantive aspects, MJ 2001, vol. 8 no 1, s. 49–67
Lenaerts, Koen & de Smijter, Eddy, A "Bill of Rights" for the European Union, CMLR 38 2001 s. 273–300,
Lenaerts, Koen & van Nuffel, Piet, Constitutional Law of the European Union, Robert Bray (red.), Sweet & Maxwell 1999
Lenaerts, Koen & Foubert, Petra, Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice, Legal Issues of Economic Integration förkortning? (28)3 2001 s. 267–296
Lerwall, Lotta, Könsdiskriminering, Iustus förlag 2001
Liisbergs, Jonas Bering, Does the Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law, CMLR 38 nr 5 2001 s. 1171–1199
Lillich, Richard B, Civil Rights. I Human Rights in International Law – Legal and Policy Issues, Meron, Theodor (red.), Clarendon Press 1984
Locke, John, Two Treatises of Government, studentupplaga, Laslett, Peter (red.), Cambridge University Press 1988
Lysén, Göran, Europas grundlag, 2 uppl, Iustus Förlag 1994.
Maier, Lena, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet 2000
Malanczuk, Peter, Akehurst's modern introduction to international law, 7 reviderade uppl, Routledge 1997
Malmberg, Jonas, Anställningsavtalet, Iustus 1997
Malmberg, Jonas, Metoder att motverka låglönekonkurrens i Sverige. I Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet Rapporter till Nordiskt arbetsrättsligt möte 2000, Malmberg, Jonas (red.), Arbetsliv i omvandling 2002:2, Arbetslivsinstitutet 2000, s. 3–27

Malmberg Jonas & Johnsson, David, Social Clauses and Other Means to Promote Fair Labour Standards in International Fora, Arbetslivsrapport 1998:25 Arbetslivsinstitutet 1998
Malmberg, Jonas, Collective Agreements and Competition Law in Sweden. I Collective Agreements and Competition in the EU, the Report of the COLCOM-project, Bruun, Niklas & Hellsten, Jari (red.) DJØF Publishing 2001, s. 187–208
Mc Goldrick, Dominic, The European Union after Amsterdam: An Organisation with General Human Rights Competence. I Legal Issues of the Amsterdam Treaty, O'Keefe, David & Twomey, Patrick (red.), Hart Publishing 1999, s. 249–270
McGoldrick, Dominic, The Human Rights Committee, Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, Clarendon press 1991
Melin, Mats & Schäder, Göran, EU:s konstitution, 5 uppl, Norstedts juridik 2001
Menéndez, Agustín José, The Sinews of Peace: Rights to Solidarity in the Charter of Fundamental Rights of the Union, uppsats presenterad vid Workshop on the Charter of Rights as a Constitution Making Vehicle Oslo 8–9 juni 2001, Arena Oslo,
Moreau, Marie-Ange, The lessons of Renault. I Transnational Trade Union Rights in the European Union, Workshop summary, Herzfeld Olsson, Petra & Bercusson, Brian & Bruun, Niklas (red.) Arbetslivsrapport 1998:36, Arbetslivsinstitutet 1998, s. 60–65
Morris, Gillian S, Fundamental Rights: Exclusion by Agreement? ILJ Vol. 30 No 1 March 2001 s. 49–71
Nergelius, Joakim, Konstitutionellt rättighetsskydd, Fritzes 1996
Nielsen, Henrik Karl & Rehof, Lars Adam, International Arbejdsret, Jurist- og økonomforbundets forlag 1998
Nielsen, Ruth, Employers' Prerogatives – in a European and Nordic Perspective, Handelshøjskolens Forlag 1996
Nielsen, Ruth & Szyszczak, Erika, The Social Dimension of the European Union, 3 uppl, Handelshøjskolens Forlag 1997
Nielsen Ruth, EU-arbejdsret, 3 rev uppl, Jurist- og økonomforbundets forlag 1997
Nielsen Ruth, EF's betydning for værnet av grundlæggende rettigheter i arbejdslivet, TRf 4/90 s. 550–591
Nielsen, Ruth, European labour law, DJØF Publishing 2000
Nielsen, Ruth, Retskilderne, 6 rev uppl. Jurist. og økonomforbundets forlag 1999
Nielsen, Ruth, Europeanization of Nordic Labour Law. I Stability and Change in Nordic Labour Law, Malmberg, Jonas & Wahlgren, Peter

(red.), Scandinavian Studies in Law Volume 43, Stockholm Institute for Scandinavian Law 2002, s. 37–76
Norberg, Johan, Fullständiga rättigheter: ett försvar för de 21 första artiklarna i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna, Timbro 1999
Nowak, Manfred, The Covenant on Civil and Political Rights. I An Introduction of the International Protection of Human Rights, Huski, Raija & Sukso, Markku (red.), Institute for Human Rights 1997, s. 79–98
Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, Engel 1993
Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten 3 uppl, Norstedts juridik 2002
Nyström, Birgitta, Avtal viktig symbolfråga, Lag & Avtal nr 6/2000 s. 4
Nyström, Birgitta, Stridsåtgärder på en modern arbetsmarknad, Arbetsmarknad och arbetsliv, årgång 3 nr 1 våren 1997 s. 17–34
Nyström, Birgitta, Regleringsformernas och aktörernas ställning vid normeringen av framtidens svenska arbetsmarknad. I Normativa perspektiv Festskrift till Anna Christensen, Juristförlaget i Lund 2000, s. 303–323
Ojanen, Tuomas, An Outline of Human Rights in Community law I Nordisk forvaltningsrett i møte med EF-retten, Sejersted, Fredrik (red.), Universitetsforlaget 1996, s. 61–73
Ojeda Avilés, Antonio, Modern Theories on the Binding Effect of European Collective Agreements. I Normativa perspektiv Festskrift till Anna Christensen, Juristförlaget i Lund 2000, s. 325–346
Pellonpää, Matti, Economic, Social and Cultural Rights. I The European System for the Protection of Human Rights, Macdonald, R.St. J. & Matscher, Franz & Petzold, H (red.), Martinus Nijhoff Publishers 1993, s. 855–874
Petrén, Gustaf & Ragnemalm, Hans, Sveriges grundlagar, 12 uppl, Liber-Förlag 1980
Rasmussen, Louise Nan & Schønberg, Søren, EU-menneskeret – en udfordring til dansk ret, Karnov 1993
Rawls, John, A Theory of Justice, Belknap 1999
Riley, Alan, The European Social Charter and Community Law, 14 ELR 80, 1989 s. 80–86
Rosas, Allan & Scheinin, Martin, Categories and Beneficiaries of Human Rights. I An Introduction to the International Protection of Human Rights, Hanski, Raija & Suski, Markku (red.), Åbo Akademi University 1997, s. 49–62
Ryan, Bernard, Pay, Trade Union rights and European Community Law, IJCLLIR vol. 13/4 1997 s. 305–325

Rönnmar, Mia, The Right to Direct and Allocate work. From Employer Prerogatives to Objective Grounds. I Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-discrimination, Numhauser-Henning, Ann (red.) Kluwer Law International 2001, s. 261–287
Samson, Klaus The Standard-setting and Supervisory System of the International Labour Organisation. I An introduction to the International Protection of Human Rights, A Textbook Hanski, Raija & Suksi, Markku (red.), Åbo Akademi University 1997, s. 149–180
Samuel, Lenia, Fundamental social rights, case law of the European Social Charter, Council of Europe Publishing 1997
Samuel, Lenia, Fundamental social rights, case law of the European Social Charter, 2 uppl, Council of Europe Publishing 2002
Scheinin, Martin, Sociala rättigheter som mänskliga rättigheter, NAT 3/1994, 75 årgang, s. 181–200
Scheinin, Martin, Article 20. I The Universal Declaration of Human Rights, Eide, Asbjørn & Alfredsson, Gudmundur (red.), Martinus Nijhoff Publishers Kluwer law international 1999, s. 418–419
Schelin, Johan, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden, Iustus 1997
Schmidt Folke, Kollektiv arbetsrätt, P. A. Norstedt & Söners förlag 1962
Schmidt Folke, Rättsläget vid vilda strejker, SvJT 1970 s. 701–721
Schmidt, Folke & Neal, Alan, Collective Agreements and Collective Bargaining. I International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XV, Chapter 12, Mohr 1984
Schmidt, Folke, Löntagarrätt. Reviderad upplaga ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström, Juristförlaget 1994
Schmidt, Folke, Facklig arbetsrätt. Reviderad upplaga ombesörjd av Ronnie Eklund under medverkan av Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman, Juristförlaget 1997
Schwelb, Egon, Some Aspects of the International Covenants on Human Rights of December 1966 I International Protection of Human Rights – Proceedings of the Seventh Nobel Symposium Oslo, September 25–27, 1967, Eide, Asbjørn & Schou, August (red.), Almqvist & Wiksell 1968
Sciarra, Silvana, European Social Rights Convergence. I The EU and Human Rights, Alston, Philip (red.), Oxford University press 1999 s. 473–501
Sevón, Leif, De mänskliga rättigheterna i Europa, ERT 2000, s. 393–406
Shestack, Jerome J, The Philosophic Foundations of Human Rights, i HRQ 20 1998 s. 201–234
Shotwell, James T (red.), The Origins of the International Labor Organization, Volume One History Final texts of the labor section, Colombia University Press 1934

Shue, Henry, The Interdependence of Duties. I The Right to Food, Alston, Philip & Tomasevski, Katarina (red.), Martinus Nijhoff 1984, s. *83–95*
Shue, Henry, Basic Rights: Subsistence, Affluence and Us Foreign Policy Princeton University Press (1980)
Sigeman, Tore, Lönefordran – studier över lönefordran och kvittningsregler, Norstedts 1967
Sigeman, Tore, Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt. I Föreningsfrihet och Stridsåtgärder på arbetsmarknaden – Gustafssonmålet i perspektiv, Agell, Anders (red.), Iustus förlag 1999
Sigeman, Tore, Fri stridsrätt i princip men många regler begränsar även lovliga stridsåtgärder, Lag & Avtal nr 2/1981 s. 29
Sigeman, Tore, Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser, Lag & Avtal nr 6/1998 s. 21
Sigeman, Tore, Fri rörlighet går före laglig stridsåtgärd, EU & Arbetsrätt nr 4/99 s. 3
Sigeman, Tore, i Facklig arbetsrätt, se *Schmidt*
Simma, Bruno, The Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. I The implementation of Economic and Social Rights – National, International and Comparative Aspects, vol. 3, Matscher, Franz (red.), Engel 1991
Skogly, Sigrun I, Verdensbanken og internasjonale menneskerettigheter, Retfærd nr 59, 15 årgang 1992
De Smijter, Eddy, The Constitutional Amendments. I Institutional Changes and European Social Policies after the Treaty of Amsterdam, Blanpain, Roger (red.), Kluwer Law International 1998
Spiliopoulou, Athanasia Åkermark, Justifications of Minority Protection in International Law, Iustus 1997
Strahl, Ivar, Makt och rätt, 9 uppl, Iustus 1991
Strömholm, Stig, Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning, 3 uppl, Studentlitteratur 1988
Szyszczak, Erika, The New Parameters of European labour Law. I Legal issues of the Amsterdam Treaty, O'Keeffe, David & Twomey, Patrick (red.), Hart Publishing 1999, s. 141–155
Sundberg, Jakob W. F., Ett krig om Jenkins öra, Medborgarrätt nr 2/96
Sundby, Nils Kristian, Om Normer, Universitetsforlaget 1978
Svennegård, Carl, Fackföreningarnas frihet I och II, SvJT 1950 nr I s. 10 och nr II s. 88.
Swepston, Lee, Human Rights Law and Freedom of Association: Development through ILO Supervision. I ILR vol. 137(1998) no 2 s. 169–194

Tajgman, David & Curtis, Karen, Freedom of Association: A user's guide, Standards, principles and procedures of the International Labour Organization, International Labour Office 2000
Temple Lang, John, The sphere in which member states are obliged to comply with the general principles of law and community fundamental rights principles, LIEI 1991 s. 23–35
Tuori, Kaarlo, Kant och rättsvetenskapens tidlöshet, Retfærd nr 7/1997 s. 4–12
Tuori, Kaarlo, Rättsvetenskapen och lagstiftningsarbetet, SvJT 2002 s. 330–332
Türk, Danilo, The UN and social rights. I The implementation of economic and social rights Matscher, Franz (red.), Engel 1991
Waddington, Lisa & Bell, Mark, More equal than others: Distingguishing European Union Equality Directives, CMLR 38, 2001 s. 587–611
Valticos, Nicolas & von Potobsky, Geraldo, International Labour Law, 2 uppl, Kluwer 1995
Warnling-Nerep, Wiweka, Rättsprövning & rätten till domstolsprövning, 2 uppl, JureCLN 2002
Verdoodt, Albert, Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'homme, Louvain 1964
Weiler, Joseph & Lockhart, Nicolas, Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence – part 1, CMLR 32 1995 s. 51–94
Weiler, Joseph & Lockhart, Nicolas J.S, Taking Rights seriously: The European Court and its fundamental Rights Jurisprudence – part II, CMLR 1995 s. 579–627
Weiler Joseph, Editorial: Does the European Union Truly Need a Charter of Rights? European Law Journal, vol. 6 No 2 June 2000, s. 95–97
Weissbrodt, David & Gomez Mayra & Thiele Bret, An analysis of the Fifty-first Session of the united nations Sub-Commission on the Promotion and protection of Human Rights, HRQ vol. 22 s. 806
Westregård Anna-Maria J, Integritetsfrågor i arbetslivet, Skrifter utgivna vid Juridiska Fakulteten i Lund Nr 144 Acta Societatis Juridicae Lundensis, Juristförlaget i Lund 2002
Whelan, Anthony, Fundamental Rights. I Amsterdam What the treaty means, Tonra, Ben (red.), Institute for European Affairs 1997
Victorin, Anders, En grundläggande princip – om den enskildes ansvar vid vilda strejker. I Svensk rätt i omvandling, Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman och Folke Schmidt, PA Norstedt & Söners förlag s. 653

Vierdag, Egbert, The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights, 9 Neth, Y. B. Int'L 69 (1978) s. 69–105

Viljanen, Veli-Pekka, Abstention or Involvement, The Nature of State Obligations Under Different Categories of Rights. I Social Rights as Human Rights, Drzewicki, Krzysztof & Krause, Catarina & Rosas, Allan (red.), Institute for Human Rights, Åbo Akademi University s. 43–65

Wiklund, Ola, EG-domstolens tolkningsutrymme, Juristförlaget 1997

Wiklund, Ola, Europeisering och globalisering av svensk rätt. I Festskrift till Ulf Bernitz, ERT 2001 s. 219–238

Wilhelmsson, Thomas, Legal Integration as Disintegration of National Law. I Legal Polycentricity – Consequences of Pluralism in Law, Petersen, Hanne & Zahle, Henrik (red.) Dartmouth Publishing Company 1995, s. 127–147

Vitoríno, António, The Charter of Fundamental Rights as a Foundation for the Area of Freedom, Security and Justice, Centre for European legal studies, Exeter paper in European law No 4, University of Exeter 2001

de Witte, Bruno, Choice of the appropriate legal instrument. I The protection of fundamental social rights in the European union, Betten, Lammy & MacDevitte, Delma (red.), Kluwer Law International 1996, s. 63–74

de Witte, Bruno, The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue? 8 MJ (2001) s. 81–89

Zamboni Mauro, Begreppet rättsstat: vad vill egentligen de svenska hjälporganisationerna förmedla? JT 2002/03 s. 390–408

Österdahl, Inger, Räddaren i nöden? Den afrikanska stadgan för människans och folkens rättigheter, SvJT 1993 nr 2 s. 134–169

Österdahl, Inger, Räddaren i nöden II, Den afrikanska stadgan för människans och folkens rättigheter, SvJT 2000 nr 1 s. 61–67

Österdahl, Inger, Implementing Human Rights In Africa, The African Commission on Human and Peoples' Rights and Individual Communications, Iustus 2002

Örnerborg, Elisabeth, Handling avgör facklig uteslutning, Lag & Avtal nr 1/2000 s. 11

Sakregister

Sakregistret avser att komplettera innehållsförteckningen och upprepar således ej vad som där framkommer.

A

akut nödsituation 158, 162
allmän ordning 207, 251, 295
allmän säkerhet 207, 251, 295
allmänt samhällsintresse 449f
anställningsskydd; lagen om 529f, 544, 551
arbetsgivare 27, 128, 178, 194, 546ff
arbetsledningsrätt 489ff
arbetsrättens allmänna principer 417f
arbetssökande 137, 209, 230, 498
arbetstagare 130, 178, 194,
arbetstagarrepresentant 177, 181
autonomi; parternas 198, 271, 308
avgångsskyldighet 567ff
avkylningsperioder 156, 283
avsked 165, 179, 219, 257, 336, 369, 499, 529f, 551

B

bevisbörda 185, 526
blockad 391, 527, 574
bojkott 154f, 195, 574

C

civilrättsligt ansvar 378

D

decemberkompromissen 489, 523
disciplinåtgärd 165f
diskriminering
- allmänt 208, 234, 327, 368, 436
- börd 210, 231, 327
- egendom 210, 230, 327
- fackförening 142
- fackliga skäl 166, 535
- färg 134, 210, 230, 253, 259, 327
- etniskt ursprung 482ff
- funktionshinder 483ff
- kön 134, 146f, 210, 230, 253, 259, 327, 482ff
- nationalitet 134f, 147, 210, 230, 253, 259, 327
- nationell minoritet 327
- politisk uppfattning 134ff, 147, 210, 230, 253, 259, 327
- ras 134, 146f, 210, 230, 253, 259, 327, 482f
- religion 210, 230, 253, 259, 327, 483ff
- sexuell läggning 483ff
- social härkomst 210, 230, 253, 259, 327

– språk 210, 230, 327
– ursprung 134
– ålder 483
– övertygelse 483ff

E

enmansföretag 283
EU
– allmänt 23, 31
– befogenheter 388ff, 438, 448
– EG-rättens företräde 31, 387ff, 404f
– EG:s stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare 344, 394f, 399, 459, 472
– inspirerar 249
– medlemskap 397, 479, 532f
– respektera grundläggande rättigheter 23, 31f, 396
– sekundärrätten 32f, 388, 474
– stadga om grundläggande rättigheter 23, 109, 421, 425, 516
– strejk 390ff
Europarådet
– Europadomstolen 24, 73f, 294
– Europakonventionen 26, 29, 37ff, 40f, 71ff, 398, 451, 459
– – inspiration 532
– Europarådets sociala stadga 26, 29, 74f, 84, 307, 310, 345, 354, 399
– – inspiration 410, 425, 459
– Europeiska kommittén för sociala rättigheter 77f, 249
– Kommissionen för mänskliga rättigheter 294
– kollektivt klagomålsförfarande 78

F

fackföreningsmonopol 140f, 365, 561
fackföreningspluralism 235
facklig föreningsfrihet 24
– allmänt 43
– ansluta sig 130
– bilda 130
– i den allmänna föreningsfriheten 24, 26, 120, 205ff, 294ff, 324f, 378, 588f
– individuell 29f, 338f, 349ff, 359, kap. 11ff, 482
– kollektiv 29f, 338f, 349ff, kap. 11ff, 482
– kärnmoment 29
– internationell kap. 11ff, 586ff
– regional – europeisk 29, kap. 11ff, 586ff
– självständig 24, 25f, 120, 250ff, 227ff, 374f, 378, 585ff
– upplösa 131, 211
federation 189
FN
– allmänt 42
– tillkomst 49
– allmän förklaring om de mänskliga rättigheterna 25, 34, 50ff, 344
– den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter 25, 53ff, 354,
– den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter 25, 56ff, 408f
– MR-kommissionen 49f
– stadga 49 not 17, 50, 62
fredsplikt 153, 379, 505, 574
fri anställningsrätt 529
frihandelszoner 137, 188

främja
– kollektiv förhandling 168, 195
– medlemmarnas intressen 130, 132, 152, 158, 169, 186, 238, 310f
föreningsfrihet 117f, 393f
förenings- och förhandlingsrätt; lagen om 490, 524
föreningsrätt 117f, 393f
företagsnivå 170, 189, 212
författning; medlemsstaternas 458
förhandlingsresultat 193f
förstainstansrätten 432ff

G
globalisering 23, 42ff
god tro 192
god förvaltning; rätten till 432
granskningsarvode 257f, 552ff

H
handlingsutrymme; staternas 43f, 296, 325, 327, 339, 358
hälsa och moral 250f, 289, 295
hängavtal 349, 531

I
ideell förening 507
ILO
– allmänt 26, 48, 60ff, 84
– deklarationen om grundläggande principer och rättigheter 63f, 129, 423
– inspirerar 249, 402, 410, 462
– kärnkonventioner 23f, 63
– konvention nr 87 26, 63, 217f, 241, 304ff, 345, 354, 423
– konvention nr 98 26, 63, 241, 345, 354, 423
– philadelfiadeklarationen 62ff, 125f, 186
informationsplikt 193, 503
internationella domstolens stadga 35
intressetvister 152, 280, 377, 477

K
kollektivavtal 171, 308, 392, 419f, 475, 485ff, 490, 576
kollektivavtalsslutande organisation 490f

kollektiv förhandling 28, 239ff, 261f, 419f, 436, 496, 500ff
kompensation 182
krigsmakt 131, 176, 232f, 243, 251, 296
kärna 360, 442
köpenhamnskriterierna 479

L
lagstiftning 97f
likabehandlingsdirektiven 516, 562

M
MBL 202, 490, 525, 552
medlemsomröstning 157, 260f
medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner 400, 425, 461
medling 156, 165
minoritetsorganisationer 144, 263f, 329f, 332f, 532, 545
mänskliga rättigheter 23
– absoluta 43
– ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter; natur 83, 85ff, 92ff, 228f, 249, 380ff
– medborgerliga och politiska rättigheter; natur 85ff, 92ff, 380ff
– omedelbara 127

N

nationell säkerhet 207, 231, 251, 295
negativ föreningsfrihet 28, 213, 394, 461, 496f

O

odelbarhetsprincipen 82, 422, 438
offentliganställda 138, 139, 169, 175, 177f, 209, 232f, 296ff
omplacering 166, 179, 340f, 370, 499, 551
oorganiserade 532, 543ff, 554, 575
organisationsklausuler 141f, 179, 213f, 255f, 334ff, 366, 370, 523, 528ff
organisationsrätt 118, 176

P

pacta sund servanda 33
polis 131, 176, 232f, 243, 251, 296
politiska strejker 153, 377, 477
proteststrejk 152f
privaträttslig dimension 28, 128f, 210f, 297ff, kap. 11ff, 550f
proportionalitetsbedömning 167, 208, 231, 296, 251, 285f, 328, 356, 403f, 449
provanställda 136

R

ratifikation 33, 42
rekrytering 180, 257, 366, 370
representativitetskriterier 190f, 263, 332f, 475
retroaktiva löneförmåner 330f
revision/resning 549
rättsliga tvister 152, 274, 377
rättskälla 35f, 434
rättsmedel 98f, 182
rättspraxis 451

S

samhällsintresse 285ff
skiljedomsförfarande 157, 165, 203
solidariska organisationer (gula fackföreningar) 133
solidaritet 436
straffpåföljd 167, 183, 245, 291, 378
strejk
- allmänt 28, 121, 261f, 390, 436, 495, 530, 543, 579
- illegitim strejk 160, 291, 355
- kollektiv 150f, 279, 378, 495, 575f
- individuell 150f, 280ff, 575f,

svarta listor 183
Sverige 25, 30, 36ff
- inkorporering 37, 42
- transformering 37
- fördragskonform tolkning 38f, 42

sympatiåtgärder
- nationella 154, 377
- internationella 155, 391
- transnationella 155

T

tidsbegränsat anställda 136
tortyr 221
transnationell 467, 478

U

unionsrätt 439
uteslutning 508ff
utkrävbara 82ff, 108ff, 438, 446
utvidgningen 424

V

verksamt rättsligt skydd 432
värdighet; rätten till 430ff, 435

W

Wienkonventionen om traktaträtten 33f

Å

åskådning 497, 533
åsiktsfrihet 336, 342, 346, 505, 550

Ö

övertygelse 515, 517
övervakningsorgan 26, 34,
- dess praxis 34ff
- ILO:s expertkommitté 67f, 126f
- ILO:s föreningsfrihetskommitté 69f, 126f
- Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (KESKR) 55ff, 83f
- Kommittén för mänskliga rättigheter (MR-kommittén) 57ff
- subsidiär rättskälla 40
- Europadomstolen 24, 73
- Europeiska kommittén för sociala rättigheter 77f
- (se också under Europarådet och EU)

Den fackliga föreningsfriheten är en central mänsklig rättighet vars vikt betonas i det internationella samfundet. Den skyddas i en rad internationella konventioner antagna av FN, ILO och Europarådet.

I detta arbete behandlas omfattningen av den fackliga föreningsfriheten i de mest centrala av dessa konventioner. Som exempel kan nämnas den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, ILO-konvention nr 87 om föreningsfriheten och skydd för organisationsrätten och europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Konventionernas inbördes förhållande analyseras. Vad innebär det egentligen att deras innehåll skiljer sig åt?

Sverige har åtagit sig att uppfylla de skyldigheter som är förbundna med dessa konventioner. I boken undersöks om Sverige lever upp till dessa åtaganden och i vilken mån medlemskapet i den Europeiska Unionen kan påverka Sveriges möjligheter att uppfylla dem. Betydelsen av EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna analyseras här särskilt.

PETRA HERZFELD OLSSON är verksam som forskare vid Arbetslivsinstitutet i Stockholm. Boken är en akademisk avhandling för erhållande av juris doktorsexamen vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet.

9 789176 785317

ISBN 91-7678-531-9

IUSTUS FÖRLAG

Arbetslivsinstitutet