



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tobias Sjöqvist

Arbetsrätten som fält, idé och kris

*En studie av arbetsrättens grundläggande idéer ur ett
Habermasiskt perspektiv*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin för examen: VT2014

Innehåll

JURIDISKA FAKULTETEN.....	2
VID LUNDS UNIVERSITET.....	2
TOBIAS SJÖQVIST.....	2
ARBETSRÄTTEN SOM FÄLT, IDÉ OCH KRIS.....	2
EN STUDIE AV ARBETSRÄTTENS GRUNDLÄGGANDE IDÉER UR ETT HABERMASISKT PERSPEKTIV.....	2
JURM02 EXAMENSARBETE	3
EXAMENSARBETE PÅ JURISTPROGRAMMET.....	3
HANDLEDARE: NIKLAS SELBERG.....	3
TERMIN FÖR EXAMEN: VT2013.....	3
ABSTRACT.....	5
FÖRORD.....	6
1INLEDNING	7
2HABERMAS TEORI OM KOMMUNIKATIV HANDLING.....	9
2.1Kommunikativ handling.....	9
2.2Instrumentell handling.....	9
3ARBETSRÄTTEN SOM MEDEL FÖR EKONOMISK DEMOKRATI	10
4ARBETSRÄTTEN SOM MARKNADSRESTRIKTION.....	12
4.1EU som ordoliberal institution.....	12
4.2En nyliberal vändning.....	13
4.3Det neoklassiska paradigmskiftet: Laval & Viking.....	13
5ARBETSRÄTT SOM MÄNSKLIG RÄTTIGHET.....	15
6SAMMANFATTANDE KONKLUSIONER.....	17

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	18
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....	22

Abstract

Drawing on Jürgen Habermas' *Theory of Communicative Action*, this article analyses the fundamentals of labour law in general and the practices of ILO and the recent jurisprudence of the European Union in particular. The aims of the article are: firstly, to shed light on the discrepancies and conflicts between teleological and communicative actions within the scope of labour law, secondly, to show how these conflicts can manifest themselves in the reasoning of the ILO and the European Union and finally to analyse how Habermas' understanding of facts and norms offers a mediation of the conflicts at hand. The theoretical claim of this piece is that labour law has to be based on normatively validated facts as not to exhaust its source of legitimacy which in the long run potentially can lead to a legitimation crisis of the field.

Förord

Detta är en uppsats skriven inom ramen för juristprogrammet vid Lunds Universitet. Det har varit ett intressant och lärorikt arbete med vilket jag hoppas att kunna ge lite tillbaka till ett fält som har gett mig oerhört mycket.

Jag vill först och främst tacka min handledare Niklas Selberg. Utan Niklas ovärderliga tips, vägledning och uppmuntrade ord när det känts som svårast är jag rädd att uppsatsen aldrig sett dagens ljus. Vidare vill jag passa på att tacka administrationen på den juridiska fakulteten som genom årens lopp hjälpt mig, vad än det har handlat om.

Tobias Sjöqvist
Den 21 mars 2014

1 Inledning

Arbetsrätten som akademiskt fält anses bland flertalet av dess utövare vara i kris. Inte bara attackerar arbetsrätten utifrån, av angränsande juridiska områden, också inifrån – av arbetsrättsjurister – ifrågasätts arbetsrättens relevans och koherens.¹ Det krävs att nämna att det inte är arbetsrätten i helhet som genomgår en kris, utan den kollektiva arbetsrätten eller labour law som fältet kallas på engelska. Den individuella arbetsrätten, employment law, verkar på sammantaget vinna mark, eller i alla fall inte backa. Huruvida det finns något samband mellan de båda trenderna är svårt att säga.

Internationellt verkar arbetsjurister, akademiker och lagstiftare vittna om samma sak. Harry Arthurs skriver² att förhållandet mellan de två arbetsrättsliga huvudinriktningarna (individuell och kollektiv) utvecklats på samma sätt. Kollektivavtalens täckningsgrad har minskat, den kollektiva förhandlingsrätten har urholkats och överlag verkar kollektiva lösningar ha förlorat sin attraktionskraft.³ Arthurs spårar fenomenet till teknologiska förändringar som i sitt tur förändrat produktionsformen, annorlunda företagsledningsstrategier, minskad grad av medvetenhet hos arbetarklassen, globalisering av kapitalet och arbetskraften. Arthurs iakttar den individuella arbetsrätt som trätt i den kollektivitas ställe, i stort erbjuder ett sämre rättsskydd för genomsnittsarbetaren. De arbetare som inte har råd att pröva sin sak i allmänna domstolar är i praktiken rättslösa, samtidigt som de individuella arbetsrättsjuristerna erbjuder ett mycket omfattande skydd till de arbetstagare som i utgångspunkten redan är privilegierade: de med efterfrågade specialistkompetenser som är vitala för produktionen.

Enligt Duménil och Lévy⁴ är en av nyliberalismens kännetecken och konstituerande funktioner alliansen mellan de högre ämbetsmän och chefer på ena sidan och kapitalägarna å andra sidan. De postulerar även att det socialdemokratiska välfärdssamhället i sin tur kan beskrivas som en allians mellan de populära klasserna (arbetare, bönder et cetera) och ämbetsmännen samt chefer. I enlighet med Duménil och Lévy's begreppsvärld skulle det vara symptomatiskt för en nyliberal utveckling att den individuella arbetsrätten ersattes av en individuell sådan.

Inom akademien finns också stora frågetecken om den kollektiva arbetsrätten och dess värde. Vissa pekar på att rättsområdet uppfattas som bakåtsträvande och mossigt.⁵ Det finns också en uppfattning om att arbetsrätten inte skulle behövas i ett postmodernt samhälle. Då behovet av arbetsrätt var som starkast hade majoriteten ett tydligt förhållande till dåliga arbetsvillkor och osäkra arbetsplatser.⁶ I efterkrigstidens välfärdssamhällen där stora delar av produktionen lejts ut till tredje världsländer. Samtidigt innebär ett postmodernt människoideal att människor som gör sig beroende av sina medmänniskor ses som svaga och oförmögna.

Vi kan iaktta samma utveckling i Europa, som i Kanada. I nyliberalismens anda har den kollektiva arbetsrätten få stryka på foten. Den Europeiska Unionen hade förvisso inte

1 G. Davidov & B. Langille: "Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or an Idea Whose Time has Now Come?"

2 H. Arthurs: "Charting the Boundaries of Labour Law: Innis Christie and the Search for an Integrated Law of Labour Law".

3 Samma utveckling kan iaktas i USA, se M. Coutu, M. Le Friant & G. Murray: "Broken Paradigms: Labor Law in the Wake of Globalization and the Economic Crisis".

4 G. Duménil, D. Lévy: "Managers in the Dynamics of Social Change".

5 M. Coutu, M. Le Friant & G. Murray: "Broken Paradigms: Labor Law in the Wake of Globalization and the Economic Crisis".

6 B. Hepple: "Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe"

lagstiftningsrätt på området i utgångspunkten. Det förändrades genom Maastricht-fördraget som skapades för att harmonisera och utveckla den sociala dimensionen av samarbetet.

För Sveriges del har det blivit uppenbart att den svenska modellen, och därmed den kollektiva arbetsrätten som vi känd den, är i farozonen. När Sverige anslöts till EU var det många inom framförallt arbetarrörelsen som uttryckte oro för den svenska modellen.⁷ Efter påtryckningar gick den dåvarande arbetsmarknadsministern med på att försöka få till ett undantag likt det Danmark tidigare hade fått, som innebär att arbetsmarknadens parter själva ska kunna bestämma hur de vill införliva EU-lagstiftningen. Efter en skriftväxling med den dåvarande arbetsmarknadskommissionären, Padraig Flynn, gjordes en ensidig, svensk deklaration:

”Genom den skriftväxling mellan Sverige och kommissionen som är bifogad sammanfattningen av slutsatser vid det femte mötet med förhandlingskonferensen på ministernivå (CONF-S 81/93) har Sverige fått försäkringar beträffande svensk praxis såvitt gäller arbetsmarknadsfrågor och då särskilt systemet med att fastställa arbetsvillkor i kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter.”⁸

Flynn garanterade att Maastricht-avtalet inte var tillämpligt på frågor om lön, föreningsrätt och rätten att vidta stridsåtgärder. Maastricht-avtalet skulle, enligt Flynn, inte innebära någon förändring av svensk praxis vad avser arbetsmarknadsfrågor.⁹ Så har det inte blivit. I stort sett alla viktiga EU-arbetsrättsliga direktiv har lagstiftats in i det svenska arbetslivet och därmed fått stora konsekvenser för svensk praxis.

Niklas Bruun och Jonas Malmberg drog redan 2005 slutsatsen att den nordiska modellen i tre hänseenden utsatts för omvälvande förändringar. Den nationella kontrollen över arbetsrätten har försvunnit, förhållandet mellan arbetsrätt och ekonomisk rätt har förskjutits samtidigt som lagstiftningens betydelse har vunnit mark på bekostnad av domstolspraxis, något som i sin tur förändrat de grundläggande rättigheternas betydelse inom den kollektiva arbetsrätten.¹⁰

Den kollektiva arbetsrättens kris kan sägas utgöra en systemkris i och med att idén bakom arbetsrätten har utmanats. Krisen får oss att ställa de mest fundamentala frågorna om arbetsrätten: Vad och vem är den för? Hur kan den rättfärdigas? Och hur ser det normativa fundamentet ut, mot bakgrund av vilket förändringar kan göras. Den som vill svara på dessa frågor måste närmre undersöka hur idén eller idéerna bakom arbetsrätten ser ut, men vad är en sådan?

Då en rättsvetare ska göra en rättsutredning måste denne finna ett sätt att placera reglerna i ett sammanhang; försöka att sammanställa ett oordnat material utifrån underbyggande påståenden, syften eller ändamål varifrån reglerna kan ges en logik – hur de bäst kan förstås.

Ett intressant bidrag till arbetsrätten och ett historiskt dokument som kan nämnas särskilt är påve Leo XIII:s ”*Rerum Novarum*” från 1891.¹¹ I den föreslår han att de mänskliga lagarna bör tjäna till att avhålla människan från materialismen. I texten argumenterar påven att; rätten till privat egendom är gudagiven och naturlig; klassmotsättningar är falska för att arbetare och kapitalist är i lika grad beroende av varandra, men att de som berikar sig på andras arbete har ansvar att ge bort vad de inte kan använda själva – så länge det inte sker på uppmaning av staten. Statens roll i sin tur, är att ta hand om och skydda de fattiga från total misär. Anledningen till varför det skulle vara så finner påven i guds ord, sin egen tolkning av dessa genom Thomas Aquinos metod och kanoniska rättskällelära. Trots att argumenten och dess fundament känns omoderna i förhållande till dagens arbetsrättsliga debatt innehåller de samma komponenter som samtida rättsutredningar på området;

⁷ Prop 1994/95:19, s. 218

⁸ www.lag-avtal.se/tidningen/article51918.ece tillgänglig den 20 mars 2014.

⁹ N. Bruun & J. Malmberg: ”Arbetsrätten i Sverige och Finland efter EU-inträdet” s. 8.

¹⁰ N. Bruun & J. Malmberg: ”Arbetsrätten i Sverige och Finland efter EU-inträdet” s. 43

¹¹ Tillgänglig på Vatikanens hemsida den 7e augusti 2013. http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_en.html

en beskrivning av de regler som upphovsmannen menar gäller eller borde gälla mellan arbetsgivare och arbetstagare, en beskrivning av statens funktion och anledningar till varför det bör vara så, dvs. ett normativt fundament på vilka reglerna placeras.

Ett normativt fundament kan också summeras som en slags idé om vad rätten ska vara. Dessa har existerat inom arbetsrätten lika länge som arbetsrätten själv och alltid varit många till antalet. Ibland har de olika idéerna varit kompatibla sinsemellan, ibland inte, men framför allt har de förändrats genom historien. Alan Hyde¹² liknar arbetslivet vid ett stort hus som en gång i tiden var organiserat efter de i varje land rådande tankarna om arbetsrättens idé. Huset såg olika ut i olika länder men i det stora hela var de snarlika. Som tiden gick tjänade olika rum ut sin roll, men så länge det fanns en övergripande idé om vad huset ska användas till så kan varje byggmästare falla tillbaka på den och enkelt finna nya lösningar. Men, det händer ibland att flera delar av huset samtidigt måste bytas ut, vid en sådan omfattande renovering måste kanske också själva idén om huset omformuleras. Det är dessa renoveringar, eller paradigm-skiften som jag tänker ta sikte på i denna uppsats.

En sådan idé om, eller bakomliggande fundament till, arbetsrätten behöver inte nödvändigtvis vara en gudomlig skapelse som i påve Leos fall, ej heller är det nödvändigtvis fråga om en positivistiskt affirmerad betraktelse – som David Hume sa: ett böra kan inte härledas ur ett vara.

Den franske arbetsrättsjuristen Alain Supiot sammanfattar lagens normativa karaktär så här:

”Law is neither a divine revelation nor a scientific discovery. It is a wholly human creation that includes the contribution of those who claim to study it and who cannot remain blind to the values implied by their interpretations. Every society must develop a vision of justice that is shared by all its members, in order to avoid civil war. Whereas conceptions of justice differ from epoch to epoch and from country to country, the need for a shared representation of justice in a particular country and a particular time does not. The legal system is where this representation takes shape and, although it may well be contradicted by facts, it gives a shared meaning and a common orientation to people’s actions.”¹³

Ett annat sätt att förstå idén bakom ett rättsområde är tänka på rättsområdet som handlingar och anledningar. Lagstiftaren kan föreskriva att vissa handlingar ska få vissa konsekvenser och att dessa konsekvenser är önskvärda på grund av de bakomliggande anledningarna till detta. Man kan därför säga att anledningarna rationaliserar handlingarna en aktör kan företa sig inom ramen för ett rättsområde.¹⁴ Rättsområdets bakomliggande idé kan då beskrivas som den högsta abstraktionsnivån av dessa handlingars anledningar.

Moderniteten kan beskrivas som ett vetenskapligt producerande av nya rationaliseringar. Denna beskrivning står i kontrast till de förmoderna samhällena som karaktäriseras av rationaliseringar gjorda med anledning av handlingar som härleds till tradition, religion, känslor eller värderingar etc. Modernismen och upplysningen innebar ett avsiktligt ersättande av dessa ursprungliga anledningar med rationella, förnuftiga sådana. Tanken om förnuft kan dock se ut på olika sätt. I den tidiga modernismen byggde i stort sett alla tankar om förnuft och rationalitet på den naturvetenskapliga positivistiska metoden. Ett målande exempel på dessa tankar återfinns i Frederick Winslow Taylors¹⁵ tankegods. Taylor förespråkar en rad olika principer och metoder för att omvandla arbete till vetenskap genom ett vetenskapligt, positivistiskt förhållande till arbetsledning. Ett sådant förnuft – vetenskapligt och positivistiskt – innebär att handlingar rationaliseras genom att en aktör ser på sin omgivning som objekt som kan manipuleras på olika sätt till förmån för egennytta. Därför kan man säga att handlingar som företas mot bakgrund av ett sådant förnuft är instrumentella och att förnuftet kan karaktäriseras som ett instrumentellt förnuft.

12 A. Hyde: ”The Idea of the Idea of Labour Law”

13 A. Supiot, ”Homo Juridicus: on the anthropological function of the law” s. XX.

14 Förhållandena och begreppen är tagna ur Donald Davidsons essä ”Actions, Reasons and Causes” från 1962.

15 Se t ex FW Taylor: ”The Principles of Scientific Management” från 1911

Det instrumentella förnuftet har genom åren kritiserats från många olika håll. Supiot spårar förbrytelserna som begicks under andra världskriget tillbaka till en gemensam nämnare, nämligen tanken om att människan kan beräknas och tillpassas olika system på ett instrumentellt sätt. Han illustrerar hur människans arbetsprodukt kallt förtingligades i både Nazityskland, där den benämndes som "human material", och i Stalins Sovietunion där termen "human kapital" tydligt visar hur det instrumentella förnuftet härskade.¹⁶

Utbredningen av en instrumentell människosyn som skedde i Europa på 1930-talet fick stora konsekvenser. Problematiken var inte oförutsedd, om än vidden av den kanske var det. Filosofen Edmund Husserl förutspådde redan den 7 maj 1935 i sin Wien-föreläsning att om inte de europeiska vetenskaperna klarar att erbjuda en rationalitet där människor kan inkorporeras som subjekt, där den instrumentella människosynen kan överskridas så kan européerna inte skydda sig mot barbari.¹⁷

Om Husserl hade rätt betyder det då att moderniteten måste överges för att kunna skapa ett humant samhälle? För att kunna svara på den frågan måste man se närmare på de rationaliseringar som görs inom vetenskaperna idag.

Jürgen Habermas¹⁸ stora livsverk har varit att försvara och förnya moderniteten och upplysningen. Habermas bygger vidare på tanken om att det finns potentiellt katastrofiska konsekvenser av att låta det instrumentella förnuftet penetrera alla sfärer av mänsklig verksamhet. Han vänder sig dock emot att det i sig skulle utgöra en grund för att sluta rationalisera omvärlden. Det som behövs, menar Habermas, är nya anledningar byggda på en annan typ förnuft gentemot vilket man kan rationalisera våra handlingar.

I sin magnum opus "*Theory of Communicative Action*" erbjuder Habermas ett kompletterande förnuft till det moderna tankesättet, det kommunikativa. En handling som rationaliseras av ett kommunikativt förnuft resulterar enligt Habermas i en ökad grad av kommunikation på bekostnad av instrumentalitet emedan en handling som rationaliserats av instrumentellt förnuft leder till ökad grad av egen nytta.

Inom ramen för denna uppsats ska jag undersöka tre olika huvudidéer, eller poler inom världen för idéer bakom arbetsrätt. På grund av den historiska relevansen för Sverige och den nordiska modellen har bara idéer valts som ryms inom kapitalismen. Jag tror förvisso att samma studie inom ramen för ett socialistiskt samhälle också hade varit väldigt intressant och jag räknar mig inte till dem som tror att juridiken och lagarna skulle "vittra sönder" vid en upplösning av kapitalets makt över arbetaren.

Den första idén som undersöks härstammar särskilt från tänkare som Hugo Sinzheimer och Otto Kahn-Freund, och kan sammanfattas som ett paradigm byggt av förståelsen om ojämlikhet i förhandlingsposition mellan arbetstagare och arbetsgivare som bör utjämnas. Det andra paradigmets härstammar ur främst ur nyliberal ekonomisk teori, speciellt ur den så kallade Chicago-skolan, och kan sammanfattas som en förståelse av arbetsrätten som främst en marknadsrestriktion som används för att motverka vissa marknadsmisslyckanden. Den normativa aspekten av denna tankeskola tar sin utgångspunkt i marknaden som sådan. Den tredje och sista idén om arbetsrätt som jag vill belysa i denna uppsats är förståelsen om arbetsrätten som en mänsklig rättighet. Underliggande för denna idé finns en tanke om mänskliga rättigheter som metafysiska och universellt moraliskt imperativa.

Precis som i påve Leos fall kommer även dessa idéer föreskriva hur beteenden mellan arbetsgivare, arbetsgivare och stat ska regleras samt hur vilka roller staten och marknaden bör ha.

Genom att undersöka dessa aspekter av de respektive idéerna kan man urskönja i vilken grad de olika idéerna är förmögna att rationalisera arbetsrätten efter antingen kommunikativt eller instrumentellt förnuft. Vidare erbjuder den Habermasiska linsen en förståelse av medling i

16 A. Supiot "The Spirit of Philadelphia" s. 2.

17 E. Husserl: "The Vienna Lecture and Phenomenology" i Kearnley & Rainwater 1996, s. 7. Se också E. Husserls "Crisis of the European Sciences" från 1936. Husserl använder förvisso andra termer än instrumentellt förnuft, men innebörden är densamma.

18 Se till exempel artikeln "Modernity: An Unfinished Project".

konflikten mellan ett kommunikativt och instrumentellt förnuft och i förlängningen mellan arbetsgivare, arbetstagare och stat.

Metoden i mitt tillvägagångssätt är att skapa en ram för de Habermasiska tankarna i kapitel 2, teori-avsnittet. Därefter undersöker jag de tre arbetsrättsliga idéerna i de tre efterföljande kapitlen. Det handlar främst om att se på diskurser som förts i samband med lagstiftning och domar. Jag menar att de är mest intressanta eftersom de arbetsrättsliga idéerna framträder som tydligast då nya normer skapas eftersom de kräver att normskaparen faller tillbaka på en gemensam idé om arbetsrätten. Också den doktrin som har varit inflytande för de olika idéerna har vävts in.

2 Habermas teori om kommunikativ handling

Detta kapitel handlar om Jürgen Habermas teorier om kommunikativt och instrumentellt förnuft. Teorierna skapar ett ramverk för hur arbetsrättsliga normer kan förstås och i vilken mån de skapar kommunikationskanaler för de subjekten inom normsystemet. Anledningen till varför Habermas tänkande är extra intressant för den kollektiva arbetsrätten beror delvis på hur arbetslivet fungerar men också på dess historia. I ett rättsområde som svävar i gränslandet mellan tvingande lagstiftning från suveränens sida och överenskommelser mellan parterna måste kommunikationskanalerna mellan de som berörs av normerna och de som skapar dem fungera för att arbetslivet inte ska övergå i tvång.

Genom att operationalisera Habermas begrepp om kommunikativt och instrumentellt förnuft kan en språngbräda skapas gentemot vilken man på ett vetenskapligt sätt kan mäta de arbetsrättsliga idéernas demokratiska kapacitet. För att förstå hur rationaliseringar och tankar om förnuft hänger ihop med arbetsrättsystemet behövs först en grundläggande förståelse av begreppet system.

I Talcott Parsons tänkande om system¹⁹ och dess legitimitet finns fyra funktionella imperativ, som måste vara för sig vara uppfyllda för att inte systemet ska drabbas av en legitimitetskris: (1) de underliggande värden måste bibehållas eftersom det är dem som håller systemet ihop genom att erbjuda incitament till aktörerna²⁰ att fortsätta verka inom systemet, (2) systemet måste socialt integrera dess aktörer genom att skapa delade normer genom vilka förutsägbarhet skapas eftersom avvikande handlingsmönster straffas genom sanktioner, (3) önskvärda mål måste kunna uppnås inom ramen för systemet, annars har det ingen mening och (4) systemet måste kunna svara till externa förändringar.²¹

2.1 Kommunikativ handling

Med kommunikativ handling avser Habermas en situation där två aktörer som är kapabla till kommunikation och handling söker nå en överenskommelse om deras respektive situation och plan för att koordinera sina handlingar enligt överenskommelsen.²² I viss grad måste naturligtvis alla handlingar innefatta både teleologi och kommunikation. I en renodlat teleologisk handling koordinerar en aktör sitt handlingsmönster för att maximera egennyttan så att den relativa nivån av konflikt och samarbete är underordnat egenintresset.²³

För att nå ett beslut som är präglad av ett kommunikativt förnuft menar Habermas att proceduren för att göra detta måste bestå av en intersubjektiv process inom vilken normer är bestridda och legitimerade genom att de erkänns av parterna genom en diskurs. Denna process behöver ersätta de instanser där beslut tas mot bakgrund av det som är instrumentellt till den som har makt och inflytande. Habermas förklarar:

19 Ett system förstås här som ett vilket som helst system som är genererat av två eller fler aktörer, som förlitar sig på varandra genom sina interaktioner. Följden blir därför att handlingarna till envar aktör kan spåras genom systemet där till slut konsekvenserna av en aktörs handlande strömmar tillbaka till denna genom reaktioner.

20 Förstått i denna uppsats som en vilken som helst människa som kan företa sig en handling.

21 Från T. Parsons & N. J. Smelser: "Economy and Society: A Study in the Integration of Economic and Social Theory" s. 14-19.

22 J. Habermas: "Theory of communicative action" vol. 1 s. 86.

23 J. Habermas: "Theory of communicative action" vol. 1 s. 101.

”[C]ommunication community is an idea to which we can approximate our real argumentation situations. At any given point in time we are orienting ourselves by this idea when we endeavour to ensure that (a) all voices in any relevant can get a hearing, and that (b) the best arguments we have in our present state of knowledge are brought to bear, and that (c) disagreement or agreement on the part of the participants follows only from the force of the better argument.”²⁴

Passagen implicerar att en lag eller norm kan åstadkommas genom fria och jämställda medborgares diskurs och fastställandet av ett, mellan dem, giltigt fakta – alltså, normer får giltighet bara om de som normen påverkar kan acceptera dem som outputen i ett kommunikativt system där de själva har input – också får legitimitet.²⁵ En norm eller ett faktum som är erkänt mellan två aktörer som företar sig en kommunikativ handling förpassas till det som Habermas kallar för livsvärlden. Livsvärlden fungerar i en sociologisk kontext som en gemensam beskrivelse av omvärlden. Graden av kommunikation inom ett idéparadigm kan då operationaliseras till den grad av inflytande som de berörda har över rättsområdet. Denna definiering fungerar också i omvänd bemärkelse – om aktörer eller grupper berörs av rättsområdet genom att de inte har inflytande kan det också indikera en grad av kommunikation. Därför kan man också säga att en förändring i arbetsrätten som leder till att fler aktörer får tillgång till den normsskapande processen också är en rationalisering som sker inom ramen för ett kommunikativt förnuft.

Sammanfattningsvis måste därför ett normsystem som har hög legitimitet också rationaliseras mot bakgrund av ett kommunikativt förnuft. Idealmodellen för ett sådant normsystem måste i utgångspunkten erkänna alla som påverkas av det som subjekt, och därtill erbjuda kanaler för subjekten att utöva inflytande. Satt i en sådan kontext är måste en arbetsrättslig idé som uttrycker idealmodellen av ett kommunikativt förnuft; skapa jämlikhet i kommunikationen mellan alla subjekt enbart på grund av det faktum att de är subjekt; erbjuda kanaler inom vilka kommunikationen mellan subjekt kan flöda fritt och; skapa en beslutsprocess inom vilken den aktör med det bästa argumentet för beslutet i fråga kan vinna gehör.

2.2 Instrumentell handling

En aktör som företar en instrumentell handling använder sig av icke-språkliga medel för att manipulera en situation så att människor i aktörens intresse handlar i enlighet med dennes vilja. I den mån språk förekommer används det som medium genom vilket förmedlande av information eller makt sker.²⁶ Omgivningen reduceras för den strategiska aktören till objekt som kan manipuleras utifrån egennytta.

Man kan alltså mäta graden av instrumentalitet inom ett idéparadigm genom att kontrastera den till vår operationalisering av kommunikation ovan. Större maktobalans i kommunikation, minskad tillgång till beslutsprocesser och färre erkända subjekt signifierar därför instrumentalitet inom arbetsrätten. Förändringar i idén gentemot denna utveckling kan därför beskrivas av en rationalisering av systemet mot bakgrund av ett instrumentellt förnuft.

Då komplexiteten och autonomi i systemen ökar i takt med deras instrumentella rationalisering identifierar Habermas ett problem. Om systemet fungerar utan att aktörerna inte längre behöver hålla med om eller förstå de interna målen eller reglerna inom systemen men ändå anpassar sina beteenden efter hur de fungerar innebär det att systemen i allt större grad skiljer sig från aktörernas livsvärld men ändå formar den. Enligt Darrow Schecter²⁷ kan konflikten beskrivas som att kanalerna mellan den tekniska kunskapen och den hermeneutiska kunskapen blockeras.

24 J. Habermas: ”Morality, society and ethics: An interview with Torben Hviid Nielsen” s. 104.

25 J. Habermas: ”Between facts and norms” s. 127ff.

26 J. Habermas: “Theory of communicative action” vol. 1 s. 101.

27 D. Schecter: ”The Critique of Instrumental Reason from Weber to Habermas” s. 202.

Fenomenet har skapat en klass av förvaltande experter, så som jurister, ekonomer, ingenjörer och så vidare, vars funktion det är att medla mellan systemet som präglas av instrumentellt förnuft och aktören. Habermas förklarar effekten:

”[T]his gives rise to a structural violence that, without becoming manifest as such, takes hold of the forms of intersubjectivity of understanding. Structural violence is exercised by way of systemic restriction on communication; distortion is anchored in the formal conditions of communicative action in such a way that the interrelation of the objective, social and subjective worlds gets prejudged participants in a typical fashion.”²⁸

Fenomenet kallar Habermas för ett systems kolonisering av livsvärlden.²⁹ Ett tecken på att livsvärlden kan beskrivas som koloniserad manifesterar sig i en förväxling av medel och ändamål: om två aktörer måste ge avkall på ett mellan dem erkänt mål till förmån för en rationalisering av det system som i utgångspunkten är skapat för att tillgodose detta kan deras livsvärld betecknas som koloniserat av systemet. Konflikterna i moderna samhällen uppstår enligt Habermas i sömnen mellan livsvärlden och systemet.³⁰ Satt inom ramarna för en idé om arbetsrätt kan man säga att den huvudsakliga konflikten utspelar sig mellan de som förespråkar att rationaliseringar ska ske på grund av ett kommunikativt förnuft och de som förespråkar det instrumentella. Detta är den lins genom vilken empirin i uppsatsen kommer att granskas.

Detta ger upphov till två frågor som Habermas får oss att ställa i anslutning till vår idé om arbetsrätt: 1. Hur kan, i en globaliserad värld, så vitt skilda livsvärldar socialt integreras med tanke på risken för ökad dissens inom ramen för den kommunikativa handlingen? 2. Hur kan konflikterna mellan livsvärlden och systemet medlas?

Habermas besvarar den första frågan genom att erbjuda en utvärderingsmodell för hur konflikten mellan livsvärld och system kan hanteras genom lagar. Å ena sidan måste sådana regler presentera en restriktion som förändrar en strategiskt orienterad aktörs tillgång till information på ett sådant sätt att denne uppmuntras att agera på ett önskvärt sätt och å andra sidan måste reglerna utveckla en socialt integrerande kraft genom att påföra obligationer på aktörerna i konflikt. Att socialt integrera aktörer förstås här som processen då olika grupper inom samma sociala system tillförlitar sig på varandra. Att skapa obligationer som verkar socialt integrerande handlar alltså om att ge en aktörer möjligheter att sanktionera andra aktörer om de agerar på ett sätt som är negativt för den ursprungliga. Denna typ av regler är möjliga bara om de bygger på intersubjektivt erkända, normativt giltiga faktapåståenden³¹ – i vårt fall, en idé om arbetsrätt som alla subjekt som påverkas av systemet arbetsrätt finner mest rationell mot bakgrund av en intersubjektiv diskurs.

Med denna förståelse av handlingar, förnuft och system i åtanke ska nästkommande kapitel redogöra för de olika arbetsrättsliga idéerna. Genom att återkoppla till teorierna kan en vetenskaplig granskning av normer ske. Det kan te sig kontraintuitivt att granska idéerna på ett sådant sätt. Speciellt med tanke på den citerade passagen av Alain Supiot i kapitel 1. Om idéerna varken är gudomliga uppenbarelser eller vetenskapligt producerade, vad finns det då för värde i att utvärdera dem på ett vetenskapligt sätt?

Värdet av Habermas i en arbetsrättslig kontext kan inte sägas vara att vetenskapligt producera nya normer, teorin erbjuder däremot ett sätt att kritiskt, men vetenskapligt, systematisera och granska de tillfällen där idén om arbetsrätt tittar fram i sömmarna där jurister och lagstiftare utövar sitt inflytande.

28 J. Habermas: ”Theory of communicative action” vol. 2 s. 187.

29 J. Habermas: ”Theory of communicative action” vol. 2 s. 355.

30 J. Habermas: ”Theory of communicative action” vol. 2 s. 359.

31 J. Habermas: ”Between facts and norms” s. 27.

3 Arbetsrätten som medel för ekonomisk demokrati

I detta kapitel beskriver jag den centrala idén bakom arbetsrätten då den först tog sin form, men som än idag influerar många tänkare inom arbetsrätten. Idén kallar jag för ”Arbetsrätten som medel för ekonomisk demokrati”. Idén som är starkt förknippad med Weimarrepubliken och socialdemokratin, men också fått stort inflytande över den nordiska modellen, har uttryckts genom livsverken till Hugo Sinzheimer och Otto Kahn-Freund.³² Sinzheimer tar sin utgång i övertygelsen om att arbetstagaren, skulle stå i centrum och dess emancipation från det ekonomiska kapitalet skulle också innebära en ökad grad av ekonomisk demokrati. Genom att förespråka arbetsrätt som en interdisciplinär vetenskap hoppades Sinzheimer kunna integrera sociologi, social policy och industriella relationer.³³ Han ansåg detta nödvändigt för att uppnå målet att skydda människor i en ålder präglad av oreglerad materialism. Detta kan bara göras genom att också skydda människan då hon arbetar – ”*die Arbeit ist also der Mensch selbst*”.³⁴

Ett underliggande antagande för denna skola var att det rådde stor ekonomisk ojämlikhet i förhandlingsposition mellan kapitalet (representerat av arbetsgivaren) och arbetstagaren. På grund av asymmetrin i maktförhållandena menade Sinzheimer att en enskild arbetstagare inte var kapabel att ställa krav på sin arbetsgivare,³⁵ om hen gjorde det skulle det riskera att arbetsgivaren tog in annan arbetskraft som inte ställde samma krav. Detta scenario kallas ofta för ett socialt ”*race to the bottom*”. För att undvika ett slikt scenario har arbetstagare historiskt sett tagit varandra i handen och kommit överens om vilka minimivillkor som måste vara uppfyllda för att de ska acceptera att arbeta, på så sätt har de bildat en fackförening. I en sådan situation kan inte en aktör ensam förändra sitt beteende utan att försämra situationen för någon annan.

Detta fackliga handslag är en i grunden kommunikativ handling. Två aktörer har på grund av en gemensam livsvärld handlat på ett sätt så de når förståelse om vilka villkor som är prioriterade för vardera aktören innan de kan tänka sig att arbeta. Den gemensamma förståelsen sträcker sig också över de konsekvenser som ett konkludent handlande har i sammanhanget; överenskommelsen faller om de båda aktörerna skulle dra sig ur och börja handla strategiskt motiverat gentemot varandra. Genom att ha möjligheten att sluta arbeta för arbetsgivare som misskött sin maktposition har fackföreningen därför vägt upp maktojämlikheten. Därför är kollektiv förhandling och strejkrätt imperativa verktyg inom idén för arbetsrätt som ekonomisk-demokratiskt medel.

Kollektiv förhandlingsrätt och strejkrätten är kollektiva rättigheter för att de skapas och upprätthålls av gruppen som åtrår dem. Därför kan de inte skapas genom juridiska dokument och dömande instanser, där kan de bara befästas. En grupp kan därför bara åtnjuta en kollektiv rättighet så länge det finns solidaritet i gruppen. Ser man närmre på den kollektiva förhandlingsrätten kan den bara fungera om gruppen har förtroende för den som genomfört själva förhandlingen och därför accepterar resultatet av förhandlingen. I gengäld måste förhandlaren känna solidaritet med gruppen i övrigt så att hen är mån om att skapa resultat som gagnar gruppen framför individen. Strejkrätten i sin tur kan bara realiseras om gruppen i sin helhet känner solidaritet med varandra. Om en eller en del av gruppen inte agerar solidariskt vid en strejk kan de underminera eller bryta strejken.

Solidaritet måste därför förstås som ett incitament för att agera till förmån för gruppen framför egenintresset, eller en insikt om att egenintresset sammanfaller med gruppens intresse över

32 R. Dukes: ”Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law”.

33 R. Dukes: ”Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of Labour Law” s. 345.

34 B. Hepple: ”Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe” s. 32.

35 R. Dukes: ”Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law” s. 60.

en längre tidsskala. En sådan insikt kan bara åstadkommas genom en holistisk analys av grupptillhörighet – en klassanalys. För syftet till denna uppsats förstås därför begreppet klass som sammanfallande med begreppet solidaritet, de som känner solidaritet tillhör den samma klassen för att de som tillhör den samma klassen delar den samma risken. I solidaritet.

Att skapa en ekonomisk jämlikhet mellan kapitalet och arbetskraften var enligt Sinzheimer det sista steget i den historiska processen gentemot demokrati i en vilken som helst stat.³⁶ Därför kan man säga att denna idé vilar på en reformativ grund, som accepterar en klasskompromiss som medel, men inte som ändamål. Medlen för att uppnå ekonomisk demokrati var enligt både Sinzheimer och Kahn-Freund att skapa en ekonomisk konstitution som skulle stå parallell till den politiska konstitutionen.³⁷ Precis som den politiska konstitutionen skulle garantera politisk jämställdhet och den enskilde medborgarens rättigheter gentemot staten så skulle den ekonomiska konstitutionen erbjuda ekonomisk makt att utöva kollektivt så att alla människor skulle kunna frigöra sig från kapitalets kraft.³⁸ Utan ekonomisk frihet skulle majoriteten av alla människor förbli ofria undersåtar till de fåtal människor som kontrollerade kapitalet.³⁹ De både utgör två sidor av samma mynt.

Liksom statens rätt till lagstiftning genom dess särställning som suverän inom sitt territorium hade kapitalägaren i utgångspunkten rätt att förfoga över sin egendom och därigenom leda och fördela arbetet. Det är ur det perspektivet man måste förstå Sinzheimers och Kahn-Freunds idéer om arbetsrätten som en ekonomisk konstitution. En sådan konstitution skulle skapa en utgångsposition som jämställde arbetskraften med kapitalet och dess rätt till fritt förfogande över frukten av sitt arbete.⁴⁰

Statens roll i lagstiftningen på det arbetsrättsliga området kan beskrivas som liknande den denne har i ett demokratiskt samhälle. Förutom att garantera formen för demokratin, så skulle staten förhålla sig passiv gentemot innehållet som förhandlats fram i överenskommelser som träffats mellan parterna i arbetslivet.⁴¹ Sinzheimer menade dock inte att detta innebar att de ekonomiska aktörerna var fria att bete sig som de behagade, i slutändan måste ändamålet vara att främja allmänhetens intressen.⁴² Statens uppgift innebar således att skapa ett ramverk av normer som garanterade jämvikt mellan de olika förhandlingspositionerna i arbetslivet och när de jämlika parterna skapat normer själva. Detta indikerar en syn på kontrakt mellan arbetsgivare och arbetstagare som faller utanför det klassiska avtalsrättsliga området.

Kahn-Freund var som ung student under Sinzheimer, och mycket av hans tänkande reflekterar också Sinzheimers tankar. Kahn-Freund menade att arbetsrätten vilar, och måste vila på två axiom; dels att det råder ojämlikhet i förhandlingspositionen mellan arbetsgivaren och den enskilda arbetstagaren (som beskrivet ovan) och att det finns en inneboende konflikt mellan arbetstagarnas och arbetsgivarnas intressen. Där arbetsgivarna vill maximera investeringar vill arbetstagarna maximera konsumtionen.⁴³ Kahn-Freund menade att även om de båda parternas intressen i många

36 R. Dukes "Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of Labour Law" s. 347.

37 R. Dukes "Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of Labour Law".

38 R. Dukes, "Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law" s. 60.

39 R. Dukes: "Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law" s. 60 ff.

40 R. Dukes: "Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of Labour Law" s. 348.

41 R. Dukes: "Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of Labour Law" s. 347.

42 R. Dukes: "Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law" s. 60.

43 R. Dukes "Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of Labour Law" s. 352.

avseenden kanske sammanföll så var det en ”skär utopi” att postulera arbetsrätt på grunder som inte erkände denna konflikt.⁴⁴ Liksom Sinzheimer menade Kahn-Freund att statens roll i arbetslivet skulle vara begränsad till att tillåta och sätta gränser autonomi för arbetslivets parter.⁴⁵ Kahn-Freund kallade detta för ”collective laissez-fairez”.

Det är tydligt att Sinzheimer erbjöd en slags tredje mellanväg i den radikaliserade Weimarrepubliken. Genom att tillmötesgå kapitalets önskan om att behålla sitt prerogativ men samtidigt erbjuda arbetaren en del av kakan, skapade Sinzheimer en juridisk modell för en klasskompromiss som möjliggörs enbart genom ekonomisk tillväxt.

Parollen ”*labour is not a commodity*”; arbete är ingen handelsvara utgör också en central tes som kompletterar Hugo Sinzheimers och Kahn-Freunds tankar om arbetsrätten som demokratiserande institution. Uttrycket återfinns i en rad dokument som gränsdragande gentemot arbetsrätten – i den amerikanska antitrust-lagen Clayton Act innebär deklARATIONEN ”*labor is not a commodity or article of commerce*” att fackföreningar undantas från lagen. Efter det återfinns uttrycket också i ILO:s stadga från 1919 och därefter i PhiladelphiadeklARATIONEN från 1944.⁴⁶ Malmberg spårar uttrycket till att härröra ur den Marxistiska tankeskolan, och speciellt ur teorier om förtingligande, det vill säga hur arbetet åtskiljs från arbetaren genom att den tar karaktäristikan av en vara och på så sätt döljer de sociala relationer och verkligheter som står bakom produktionen.

Inom idéparadigmet om arbetsrätt som medel för ekonomisk demokrati har PhiladelphiadeklARATIONEN en central funktion. Detta framgår inte minst av Artikel Ic från deklARATIONEN som lyder: ”Poverty anywhere constitutes a threat to prosperity everywhere”. Citatet illustrerar tydligt hur centralt begreppet solidaritet är för idén och hur solidaritet i idén betyder att ta samma risk. En sådan förståelse av idén om arbetsrätt öppnar också för idén om att de som tillhör reservarbetsstyrkan också tillhör arbetsmarknaden genom deras icke-tillhörande. DeklARATIONEN i helhet är till sin natur normativ och syftar till att förmå stater att skapa arbetsrättsliga normer som ökar graden av social rättvisa detta framgår tydligt av artikel Iic:

”All national and international policies and measures, in particular those of an economic and financial character, should be judged in this light and accepted only in so far as they may be held to promote and not to hinder the achievement of this fundamental objective”

Enligt deklARATIONEN ska det ske genom att ”the war against want” fortsättningsvis förs med outtröttlig styrka genom att representanter från arbetsgivare och arbetstagare tillsammans med representanter från staten genom fri diskussion och demokratiska beslut med målsättningen att främja den allmänna välfärden.⁴⁷ Här kan det urskönjas normativa mål och medel inom idén, arbetsrätten och arbetet i sig självt existerar, inte som ett mål i sig självt, utan som ett i medel gentemot målet om ekonomisk demokrati och mänsklig frigörelse.

Enligt Supiot är detta fundament till arbetsrätten inte bara ett uttryck för minimivillkor som anses vara essentiella för arbetstagare eller regler som ska gälla, de är också normativa mål gentemot vilka framtida reformer kan mätas.⁴⁸

Idén om arbetsrätten som demokratiserande institution fick även genomslag i Sverige. Efter andra världskriget dominerade Socialdemokraterna i den svenska riksdagen och därigenom fick arbetstagarorganisationerna stort inflytande över lagstiftningen. Under den perioden kunde

44” Ibid.

45 R. Dukes ”Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the role of Labour Law” s. 359.

46 J Malmberg: ”Vad handlar arbetsrättslig reglering om?” s. 6 & Declaration of Philadelphia artikel 1a samt ILOs konstitution.

47” Declaration of Philadelphia artikel Id.

48 A. Supiot: ”The Spirit of Philadelphia” s. 94.

arbetsrättens demokratiserande funktion drivs långt inom ramen för den nordiska modellen. Under en lång tidsperiod var arbetslivet i Norden skyddade från omvärlden där företag och arbetstagare tillsammans under litet inflytande från staten kunde diktera merparten av reglerna. De formella kommunikationskanalerna skedde i huvudsak genom kollektivavtal som tillsammans med den gällande lagstiftningen tolkades i arbetsdomstolen. Genom att garantera kollektivavtal med hot om stridsåtgärder kunde arbetstagarorganisationerna upprätthålla miniminivåer som vid ideala förhållanden var konkurrensneutrala. Var gränsen går mellan protektionism och upprätthållande av miniminivåer är ett återkommande tema, som ska aktualiseras i nästa kapitel av uppsatsen. Arbetslivets parter har i den svenska modellen fått stort handlingsutrymme, speciellt vid avtalslösa tillstånd.

Idén om arbetsrätt som demokratiserande institution fick genomslag över i stort sett hela samhället. I den arbetsrättsreform⁴⁹ som föranledde lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet anförs att reformen ska:

”[Ö]ppna vägen för en demokratisering av arbetslivet genom att ge de anställda rätt till medbestämmande i kraft av deras arbete.”

Tydliga paralleller kan ses med Sinzheimers och Kahn-Freunds tänkande i fråga om hur samspelet mellan lagstiftningen och arbetslivets parter ska se ut, lagstiftningen ska enligt förarbetet stödja strävandena till en social förnyelse av arbetslivet där kollektivavtalet ses som det främsta instrumentet för en sådan reglering.⁵⁰ Statens ansvar i sammanhanget beskrivs som att:

[U]tforma de grundläggande arbetsrättsliga lagarna så att de anställda får rätt att genom förhandlingar och kollektivavtal söka sig fram till de former och den omfattning för medbestämmande, som på varje särskilt område ter sig angeläget och lämpligt.⁵¹

Det innebär dock inte att det inte fanns en ambition att från statsmaktens håll motverka den uppfattade obalansen mellan arbetsgivare och individuella arbetstagare då propositionen innehåller som ska begränsa arbetsgivarens arbetsledningsrätt genom en ”[l]agregel, som ger uttryck för att kollektivavtal bör träffas om medbestämmanderätt för de anställda.”⁵² Dessutom innehöll propositionen förslag om lagregler

”[s]om ger de kollektivavtalsbärande fackliga organisationerna vetorätt mot entreprenader etc., som kan antas medföra åsidosättande av lag eller kollektivavtal eller annars strider mot vad som är allmänt godtaget inom branschen.”⁵³

Utifrån vårt Habermasiska perspektiv finns det dessutom passager i texten som är principiellt intressanta med hänseende till balansen mellan instrumentellt och kommunikativt förnuft, dåvarande statsminister Olof Palme anför i propositionen:

”Industrialiseringen har inneburit väldiga materiella framsteg. Förhållandena i industriländerna präglas emellertid också av att en rad svårbemästrade problem följt i den snabba tekniska och ekonomiska utvecklingens spår. Inom ramen för marknadskrafterna gör sig en stark koncentrationsprocess gällande, varigenom näringslivet utvecklas mot större och färre enheter och kapitaltillgångarna läggs i allt färre händer.”⁵⁴

49 Regeringens proposition 1975/76:105: ”Förslag till arbetsrättsreform m.m.”.

50 Prop. 1975/76:105 s. 2.

51 Prop. 1975/76:105 s. 9.

52 Ibid s. 3.

53 Ibid s. 4.

54 Prop 1975/76:105 s. 6.

Palme menade att en sådan utveckling medförde sig en än större obalans mellan arbetstagare och arbetsgivare. För de anställda innebär en sådan omläggning ökade krav och sämre och farligare arbetsmiljö. Denna utveckling för arbetstagarna är enligt Palme de ekonomiska framstegens baksida och måste mötas med en demokratisk reform av de ekonomiska relationer som orsakar dem.⁵⁵ Detta leder oss till vår nyckel för att förstå Palmes tänkande på området: ”Hos oss har aldrig den ekonomiska tillväxten betraktats som ett mål i sig.”

För att förhindra att ett högteknologiskt, industriellt samhälle ”blir okänsligt för sociala och mänskliga strävanden” måste, enligt Palme, maktförhållandena omvälvras så att alla ges möjlighet att i demokratisk ordning öva inflytande på utvecklingen. Omsatt i Habermasiska termer kan man säga att: för att inte vår livsvärld ska koloniserats mot bakgrund av instrumentellt rationaliserade system måste det skapas utrymme för rationaliseringar av ett kommunikativt förnuft. Palme förklarar:

”Utmärkande är därvid att problemen angrips direkt i produktionslivet och att reformarbetet riktas in på en förnyelse och demokratisering av arbetslivet.”⁵⁶

En central del i den praktiska kommunikationen om de normer och lagar som finns i det svenska arbetslivet har skett genom arbetsdomstolen. Arbetsdomstolen, som då de prövar mål av allmän betydelse på arbetsmarknaden ska bestå av fyra ledamöter från arbetsmarknadens parter och tre ordinarie ledamöter. Trots att Arbetsdomstolen fick stor kritik vid sitt inrättande såväl från vänster som från LO har den därefter fått stort genomslag när den tolkat omtvistade avtal och lagar. Genom att bygga in motsättningarna på arbetsmarknaden i domstolen så erbjuder den kanaler där arbetstagare, arbetsgivare och rättsväsen tillsammans kan döma om de regler som gäller på arbetsmarknaden. Ur det Habermasiska perspektivet är det inget tvivel om att en sådan arena ökar graden av kommunikation i systemet. Hur mycket är svårt att avgöra, men med uppsatsens teoretiska ramverk i åtanke borde det stå klart att det finns tydliga brister i domstolens kommunikativa funktion.

Genom att inkorporera parterna i arbetsdomstolen vid skapandet av övergripande praxis erbjuds arbetsmarknadens parter möjlighet att påverka. I jämförelse med att inte erbjudas den möjligheten är domstolen tydligt kommunikativ. Arbetsdomstolens kommunikativa begränsningar blir också tydliga. Arbetstagarna är förvisso representerade, men kan inte i egenskap av subjekt i systemet komma till tals vid domsluten. I det elementet finns det ett inslag av koloniserad livsvärld som också är inbyggt i arbetsdomstolens struktur. Domstolen är också bunden av de juridiska processregler vilket innebär att parten med bäst argument inte nödvändigtvis får gehör, eftersom bakgrunden till domsluten alltid måste vara ha sitt upphov i lagar eller kollektivavtal. Arbetstagarrepresentanterna har dessutom, i förhållande till antalet människor de representerar, förhållandevis litet inflytande. De som står utanför arbetsmarknaden har också lite inflytande i beslutsprocessen. Förvisso kan det argumenteras att gruppen utanförstående representeras av staten, som i sin tur skapat ramverken för domstolen genom lagar. Givet uppsatsens Habermasiska lins får ett sådant argument lite tyngd då avståndet mellan medborgare och Arbetsdomstolen är långt och de faktiska möjligheterna för en arbetslös att göra sin röst hörd i domstolen är mycket begränsade. I den aspekten finns det också ett tydligt inslag av kolonisering av livsvärlden.

Arbetsdomstolens funktionssätt inom den svenska modellen och under idén om arbetsrätt som medel för ekonomisk demokrati har därför både instrumentella och kommunikativa inslag.

Palmes vision om den svenska arbetsrätten fick aldrig helt genomslag; MBL fick stor kritik eftersom den inte gav arbetarna reellt inflytande, mer en slags konsultativ roll samtidigt som löntagarfonderna aldrig klarade att ”köpa ut” kapitalägarna.

Kvar stod rörelsen med de lagfästa arbetsgivarprerogativen men utan att egentligen ha flyttat fram positionerna. Oavsett hade idén om arbetsrätt som medel för ekonomisk demokrati stort inflytande inom de relativt slutna länderna i Västeuropa under efterkrigstiden. Systemen som

⁵⁵ Prop 1975/76:105 s. 6.

⁵⁶ Prop 1975/76:105 s. 7.

formats på grund av idén kom dock att bli utmanade i allt högre grad eftersom den ekonomiska integrationen ökade på den Europeiska kontinenten, först söderut, sedan öster.

Idén bär en tydlig prägel av solidaritet i ett samhälle som helst är i full sysselsättning. De grupper som får inflytande i ett sådant system har privilegiet få ett ekonomiskt värde tillskrivet sina aktiviteter. För dessa grupper, det vill säga anställda individer organiserade i stora kollektivavtalsbärande fackföreningar, garanterar idén kommunikation i arbetslivet och därigenom skapar systemet stora möjligheter för aktörerna inom denna grupp att utöva inflytande över sin situation inom systemet.

Hur arbetslivet fungerar påverkar alla människor i ett samhälle, men inom ramen för idén om arbetsrätt som demokratiskt medel står ändå många aktörer utanför – arbetslösa, sjuka, arbetande i hushåll, har få kanaler att göra sina röster hörda, icke kollektivavtalsbärande fackföreningar har också litet utrymme inom ramen för idén, ej heller tar idén hänsyn till arbetskraft som utstationeras inom landets gränser eller irreguljära migranter. Dessa grupper tillhör systemet genom sitt icke-tillhörande. De kan därför anses vara utanförstående idén.

Idén om arbetsrätt som ett medel för ekonomisk demokrati kan därför inte bara gälla vissa specifika grupper som arbetar men som inte gäller de som tillhör reservarbetsstyrkan. En idé om arbetsrätt som inte kan erkänna de utanförstående som subjekt kan heller inte socialt integrera dem eftersom systemet då inte kan påbjuda de utanförstående några sanktioner om de inte anpassar sitt beteende efter systemet. Detta betyder att om en idé om arbetsrätt inte kan bygga på kollektiva rättigheter om de inte är sprungna ur solidaritet. De anställda tar på kort sikt inte samma risk som de som står utanför arbetsmarknaden.

För att idén om arbetsrätt medel för ekonomisk jämlikhet ska bestå måste de fortsatta förändringarna som görs inom systemet byggas på tanken om solidaritet. De som arbetar måste känna att de har något att vinna på att inkorporera de som står utanför och de som står utanför måste i visshet agera enligt en holistisk analys av egenintresset. Splittring mellan de båda grupperna urholkar solidariteten dem emellan, trots att de enligt idén delar den samma risken och i förlängningen kommer det att innebära de nackdelar för de båda.

4 Arbetsrätten som marknadsrestriktion

Det centrala argumentet i denna del av uppsatsen är att domarna Viking och Laval⁵⁷ markerar ett paradigmskifte i den europeiska arbetsrätten, där vi har gått från en ordoliberal/ekonomisk-demokratisk förståelse för det arbetsrättsliga normativa fundamentet till ett neoklassiskt sådant. Detta genom att först se på de ekonomiska teorier som förklarar EU:s struktur pre-Viking & Laval för att sedan kort presentera den neoklassiska skolan och jämföra den med resonemangen förda i domarna Viking och Laval.

Ordoliberalismen är en tysk efterkrigskonstruktion som ideologiskt ligger mellan social-liberalismen och nyliberalismen. Fokus för de ordoliberalerna är statens kapacitet att få marknaden att fungera.

4.1 EU som ordoliberal institution

EU:s konstitutiva funktion är upprättandet av den inre marknaden. Att ha en gemensam marknad anses som avgörande för regionens konkurrenskraft. Detta betyder att de hinder mot den fria rörligheten av marknadsbeståndsdelar, varor, tjänster, personer och kapital måste avskaffas, något som kodifierats i Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF). Den fria rörligheten av dessa komponenter utgör de grundläggande friheterna inom EU-samarbetet.

EU skapades i ett Västeuropa där de flesta nationella debatter kretsade kring arbetsrättsliga idéer om sociala rättigheter och arbetstagarinflytande (se ovan, kapitel 3). Dessa debatter stannade dock inom de nationella gränserna och vann inte egen mark inom den Europeiska Unionen. Resultatet blev att EU-samarbetet fick en tydlig marknadsliberal karaktär och kretsade kring negativa integreringsfrågor, dvs. kring förbud av handelshinder och marknadshinder, medan de sociala frågorna kvardröjt sig inom de respektive nationernas gränser.⁵⁸ I efterhand är det tydligt att det har uppstått en konflikt mellan det överstatliga, marknadsorienterade systemet och den sociala delen av de nationella systemen. Att det skulle finnas en konflikt har inte alltid varit uppenbart.

I Romfördraget från 1957 lämnades frågor angående harmonisering av medlemsstaternas sociala harmonisering utanför unionens kompetens. Simon Deakin, spårar detta faktum till två rapporter som fick stort inflytande, Spaak-rapporten och Ohlin-rapporten, samt en ekonomisk teori som fick stort inflytande i EU:s formativa år, nämligen ordoliberalismen.⁵⁹

Ordoliberalismens kärna i en unionskontext var de centrala friheterna garanterade i FEUF; öppnandet av de nationella ekonomierna, ekonomiska antidiskrimineringsregler samt att genom dessa instrument skapa en marknad där obehindrad konkurrens skulle råda. För att åstadkomma detta behövs, ur ett ordoliberalt perspektiv, stark marknadslagstiftning för att undvika monopol och karteller, samt reglering som begränsar godtycklig statlig makt.⁶⁰ Som ett resultat av det ska enligt teorin staten inte bedriva affärsverksamheter. Idealet för den ordoliberal tänkaren är en marknad

57 Jfr EU-domstolen mål C-438/05, det sk Vikingfallet, där parallella resonemang fördes, vi tittar dock här närmare på Laval C-341/05. Konflikten i Vikingfallet stod mellan FSU som är en finländsk fackförening för sjömän och *Viking Line ABP* (Viking). Det det finskregistrerade bolaget Viking försattes i blockad då det beslutade sig för att flagga om skeppet Rosella i Estland på grund av de lägre lönenivåerna som rådde där. FSU, som vägrade teckna ett nytt kollektivavtal till den lägre lönenivån, fick genom ITF (International Transport Workers' Confederation) hjälp att uppmana fackförbund i andra länder att inte teckna kollektivavtal med Viking. Detta leder till slut till att Viking stämmer ITF och FSU i England varpå den engelska domstolen vänder sig till EU-domstolen för att få svar på tolkningsfrågor angående EU-rätten.

58 C. Joerges & F. Rödl: "Social Market Economy" s. 6

59 S. Deakin: "In Search of the Social Market Economy"

60 S. Deakin: "In Search of the Social Market Economy" s. 21.

utan stat. För att skapa en sådan marknad – av obehindrad konkurrens – vore det i utgångspunkten logiskt att koordinera alla faktorer som påverkade i produktionsprocesserna, så även arbetsrätten.

I ILO:s rapport: ”Social Aspects of European Economic Co-operation” från 1956, också känd som ”Ohlin-rapporten”, argumenterar författarna att väldigt olika nivåer av löner och sociala avgifter skulle utgöra så kallad orättvis konkurrens mellan producenter. Författarna till rapporten kom dock fram till att en harmonisering av sådana produktionsfaktorer bara borde ske på två villkor: (a) om det framgår att det finns substantiella skillnader i bördorna påförda nationella industrier utan att dessa kompenseras på annat håll och (b) effekterna av dessa ojämlikheter i produktions- och handelsförhållanden är substantiella.⁶¹

I det inverterade förhållandet – angående hur en friare handel påverkar den sociala utvecklingen – postulerar författarna till Ohlin-rapporten att den sociala utvecklingen står i proportion till den ekonomiska tillväxten och att så länge arbetslivssparterna har en stark ställning på marknaden och är välorganiserade så borde de kunna se till att de får sin beskärda del.⁶² På detta sätt komplementerar idén om arbetsrätten som medel för ekonomisk demokrati på den nationella nivån idén om den ordoliberal marknadens på den internationella. Detta avspeglades också i EU-domstolens tidiga domar ifråga om gränsöverskridande tjänster.

Friheten att tillhandahålla tjänster över medlemsstaternas gränser regleras närmare i artikel 56 och 57 i FEUF⁶³. Genom att ta sin utgångspunkt i artiklarna skapade EU-domstolen en praxis som tog avstamp i fallet *Rush Portuguesa*.⁶⁴ Där fann domstolen att friheten garanterad i artiklarna gav arbetsgivare som är etablerade i medlemsstat A rätt att fritt förflytta sin arbetsstyrka till medlemsstat B för att där utföra tillfälligt arbete. Samtidigt får medlemsstat B inte tillämpa lagstiftning som diskriminerar arbetsgivare A gentemot de inhemska arbetsgivarna. Det är också principiellt intressant att domstolen konstaterar att:

”Gemenskapsrätten inte utgör hinder för att medlemsstaterna utvidgar sin lagstiftning, eller de kollektivavtal som ingåtts av arbetslivets parter, till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete, om så även tillfälligt, inom deras territorium oavsett i vilket land arbetsgivaren är etablerad.”⁶⁵

Genom detta ordval skapade EU-domstolen en princip som medgav ett stort utrymme för medlemsstaterna att upprätthålla de nationella arbetsvillkor och lönenivåer som existerade sedan tidigare och de olika värdmedlemsstaterna såg det som ett *carte blanche* att applicera de inhemska bestämmelserna på utstationerade arbetstagare. Denna formulering är också konceptuellt koherent med den ordoliberal idén om att sociala funktioner helt ska ligga inom de nationella staternas suveränitet.

Efter fallet *Rush Portuguesa* började principen dock inskränkas pö om pö. I samband med att EU-domstolen korrigerade sin praxis tog Kommissionen fram det som skulle bli utstationeringsdirektivet. Processen börjar med fallet *Arblade och Leloup*.⁶⁶ Domen behandlar två fransketablerade företag som tillfälligt utstationerar sina arbetare i Belgien. Där råder det en avsevärt högre minimilön än den som de franska arbetsgivarna betalade sina anställda. Den belgiska staten ställde dessutom annorlunda administrativa krav på de franska arbetsgivarna. Den för oss relevanta frågan som aktualiserades var om huruvida dessa krav som ställdes på de franska arbetsgivarna var kompatibla med artikel 56 och 57 FEUF. För att avgöra om de bestämmelser som

61” Social Aspects of European Economic Co-operation, International Law Review 99, s. 109.

62” Social Aspects of European Economic Co-operation, International Law Review 99, s. 112.

63” Tidigare artiklarna 49 EG och 50 EG.

64 Mål C-113/89

65 Mål C-113/89 p. 18

66 Domen består egentligen av fallen C-369/96 & C-376/96 som förenats.

en värddstat tillämpade på de utstationerade arbetstagarna bröt mot artiklarna formulerade EU-domstolen en metod om fyra frågor⁶⁷ som ska ställas i tur och ordning av värddstaten:

1. Innebär de inhemska lagarna en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster?
2. Om så är fallet, kan inskränkningarna i artiklarna rättfärdigas med tanke på tvingande hänsyn av allmänintresse?
3. Innebär bestämmelserna som utsträcks till att omfatta de utstationerade arbetstagarna en genuin förbättring för dem?
4. Kan denna genuina förbättring inte kan åstadkommas med hjälp av mindre ingripande medel?

För att se vilka konsekvenser metoden fick måste man göra en bedömning i det individuella fallet.

(1) Innebär de inhemska lagarna en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster? EU-domstolen utvidgar inte resonemanget på denna punkt utan accepterar att de förevarande omständigheterna innebar en inskränkning, punkten preciseras dock närmare i fallet *Mazzoleni* där domstolen menar att frågan kan besvaras jakande om:

”tillhandahållandet av tjänster förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva i den mån de medför ytterligare kostnader och ytterligare administrativa och ekonomiska bördor.”⁶⁸

(2) Om så är fallet, kan inskränkningarna i artiklarna rättfärdigas med tanke på tvingande hänsyn av allmänintresse? Vid en första anblick kan man tänka att det vore av så starkt allmänintresse att skydda de inhemska arbetarna mot lönedumpning att man skulle anse det som tvingande. Detta är dock inte så EU-domstolen har tänkt att man ska tolka uttalandet. I fallet *Finalarte*⁶⁹ argumenterar den tyska hänskjutande domstolen att skyddet för de inhemska arbetstagarnas löner och villkor måste anses som ett sådant tvingande allmänintresse som rättfärdigar en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster som finns i artiklarna 56 och 57 FEUF. EU-domstolen preciserar att skyddet av inhemska arbetstagare ses som ekonomiska motiv och därför inte kan innefattas av det de menar är allmänintresse.⁷⁰

(3) Innebär bestämmelserna som utsträcks till att omfatta de utstationerade arbetstagarna innebär en genuin förbättring för dem. Detta betyder att det åligger värddstaten att undersöka om samma resultat inte redan uppnås genom de regler som de utstationerade arbetstagarna redan omfattas av i sitt etableringsland. I fallet *Mazzoleni*⁷¹ gör EU-domstolen en sådan jämförelse av minimilöner i Frankrike och Belgien. Den franska minimilönen var uppenbart lägre än den belgiska, men EU-domstolen går här längre och inför en relativistisk hållning till hur den ska bedömas. Den relevanta jämförelsen ska göras i förhållande till en helhetssituation med hänsyn till lön, beskattning och sociala avgifter för arbetstagaren. Exakt hur värddstaten ska bedöma värdet av de olika ”helhetssituationerna” framgår inte av domen.

(4) Kan denna genuina förbättring inte kan åstadkommas med hjälp av mindre ingripande medel. För att kunna avgöra detta skapar EU-domstolen en proportionalitetsprincip. I *Arblade och Leloup*⁷² konstaterade EU-domstolen att den franska lagstiftningen om upprättandet av handlingar var undermålig i förhållande till den belgiska men menade att det ålåg den belgiska domstolen att undersöka om det var nödvändigt för den fransketablerade arbetsgivaren att följa de belgiska

67 Se P. Davies: ”The Posted Workers Directive and the EC Treaty” 2002 Industrial Law Journal Volume 31, Issue 3, s. 298-306. Jfr också med den s.k. Gebhard-formulan, Case C-55/94 p. 37.

68” C-165/98 p. 24

69 De förenade fallen C-49/98, C-50/98, C-52/98 till C-54/98 och C-68/98 till C-71/98.

70 Denna argumentation korrigerar domstolen senare i Laval-fallet, där erkänner domstolen att ”arbets- och anställningsvillkor som fastställts på en viss nivå i princip har som ändamål att skydda arbetstagare”, se C-341/05 p. 107.

71” C-165/98 p. 33-39.

72 De förenade fallen C-49/98, C-50/98, C-52/98 till C-54/98 och C-68/98 till C-71/98 p. 65.

reglerna om de belgiska myndigheterna kunde fullföra sitt uppdrag på grund av de franska handlingarna.

Det är vid denna tidpunkt i den rättsliga utvecklingen som EU-kommissionens skapade det så kallade Posted Workers Directive 96/71/EC, (utstationeringsdirektivet). Artikel 3 i direktivet förpliktigar varje medlem att garantera de tillfälliga arbetstagarna i landet vissa minimirättigheter som värdlandets lagar eller allmängiltigförklarade kollektivavtal innebär, dessa kallas för direktivets ”hårda kärna”, i denna regleras även minimilön. I artikel 3.1 finns en lista på de olika typer av skydd som en värdstat ska garantera en utstationerad arbetstagare. Listan harmoniserar skydden, dock framgår det inte ur direktivet vad skyddens kvalitet ska eller bör vara. För de stater som inte har allmängiltigförklarade kollektivavtal kan man ur artikel 3.8 läsa att:

”[o]m det saknas ett system för att förklara att kollektivavtal eller skiljedomar har allmän giltighet enligt första stycket, kan medlemsstaterna, om de så beslutar, utgå från (...) kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet.”

Formuleringen ger intrycket att en medlemsstat kan kräva att utstationerad arbetskraft följer kollektivavtal, på de områden som betecknas som den ”hårda kärnan” även om kollektivavtalet inte skulle ha full täckning.

Huruvida den hårda kärnan skulle ses som ett golv eller ett tak för de utstationerade arbetstagarna var länge en omstridd fråga, på samma sätt var det många som frågade sig om utstationeringsdirektivet skulle tolkas som ett arbetsrättsligt minimidirektiv. Om direktivet sågs som ett golv för de sociala rättigheterna skulle det passa väl in i den ordoliberal synen på den Europeiska Unionen därför att analysen då skulle vara koherenta med de dragna i Ohlin-rapporten (ovan). Å andra sidan, om domstolen kom fram till att direktivet skulle innebära ett tak skulle det innebära så kraftiga implikationer för de tidigare idéerna om den europeiska arbetsrätten att denna måste bytas ut för att bibehålla sitt förklaringsvärde.

4.2 En nyliberal vändning

David Harvey, inflytelserik geograf och antropolog, spårar den neoklassiska tankeskolans ursprung till Friedrich von Hayeks tankegods. Därifrån spreds tankarna via inflytelserika tankesmedjor som Mont Pelerin Society, Institute of Economic Affairs och The Heritage Foundation för att under 80-talet bli den dominerande ekonomiska doktrinen jämte de äldre och tidigare dominanta Keynesianska teorierna.⁷³

Deakin argumenterar trovärdigt att denna tankeskola genom sin relativt stora hegemoni i de ekonomiska institutionerna, speciellt den Europeiska Centralbanken, över tid fått inflytande inom EU:s övriga institutioner.⁷⁴ Han förklarar att även om det finns likheter mellan den neoklassiska doktrinen och den ordoliberal, så som skepticism till staten, så skiljer de sig åt där de förra menar att marknaden är i stort sett självreglerande.⁷⁵ Grundproblemet är enligt neoklassisk doktrin att det finns oändliga begär, men i förhållande få resurser.⁷⁶ Därför måste resurser fördelas enligt det *mest effektiva* sättet. Det mest effektiva sättet att fördela resurser är enligt skolan uppnått då det inte går att omfördela resurser från en person utan att någon annan får lida, detta kallas för Paretooptimalitet.⁷⁷

73 D. Harvey: ”A Brief History of Neoliberalism”, kapitel 1, ”Freedom Is Just Another Word...”

74 S. Deakin: ”In Search of the Social Market Economy” s. 31.

75 S. Deakin: ”In Search of the Social Market Economy” s. 29ff.

76 B. Kaufman: ”Labor Law and Employment Regulation: Institutional and Neoclassical Perspectives” s. 8.

77 Ibid.

Det mest effektiva sättet att fördela resurser uppstår genom att aktörerna agerar rationellt enligt deras egenintressen på en helt obehindrad marknad.⁷⁸ Därför når obehindrade arbetsmarknader två högst åtråvärda resultat: *effektiv resursfördelning* och *full användning av arbetskraften*.

Detta innebär i sin tur att institutioner som kollektiv förhandling och arbetsrätt i ses som en marknadsrestriktion vilken innebär ökad ineffektivitet. Enligt den neoklassiska skolan betyder de indirekta effekterna av den ineffektiviteten att (a) färre personer anställs vid ett givet företag, (b) att fler personer attraheras av de bättre (artificiellt skapade) rättigheterna och (c) att företag som annars kunde varit aktiva på grund av högre kostnader måste avbryta sin verksamhet.⁷⁹

Malmberg beskriver en liknande analys inom den neoklassiska doktrinen och dess syn på arbetsrätt:

”Tanken är att arbetsrättslig reglering griper in i de marknadslösningar som annars spontant skulle uppstå. Sådana ingrepp kan motiveras som medel att motverka marknadsmisslyckande, men leder i övrigt till en ineffektiv resursallokering och samhällliga kostnader i form av t.ex. arbetslöshet”⁸⁰

Därför har domstolar som funktion i ett neoklassiskt idealsamhälle att motverka, genom avreglering, legislativa störningar (i sammanhanget inbegripet även normer som emanerar ur arbetslivets parter) som kan ha uppstått tidigare eller uppstår på felaktiga grunder, som till exempel social rättvisa.⁸¹

4.3 Det neoklassiska paradigmskiftet: Laval & Viking

Vid ett skolbygge i Vaxholms kommun utspelade sig hösten 2004 en arbetslivskonflikt som kom att få stort eftermäle i både Sverige och Europa. Bakom konflikten stod å ena sidan det lettiska byggföretaget *Laval un partneri Ltd* (härefter Laval) som efter EU:s östliga expansion fått tillgång till den svenska marknaden och å andra sidan Svenska Byggnadsarbetareförbundet avdelning ett (härefter Byggnads) och Svenska elektrikerförbundet. Efter fruktlösa förhandlingar mellan parterna blockerade fackförbunden arbetsplatsen samtidigt som de begärde sympatiåtgärder med syfte att förmå Laval att teckna ett svenskt kollektivavtal. Laval stämde då de svenska fackförbunden. Laval yrkade att Byggnads skulle häva blockaden eftersom de menade att den var olaglig. Laval menade att det lettiska kollektivavtal de redan tecknat var gott nog jämfört med de krav som fackförbunden ställde.

EU-domstolen fastslog att Sverige vid tidpunkten hade införlivat den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet på alla punkter utom just i fråga om minimilön.⁸² De konstaterade vidare att direktivet inte har till syfte att harmonisera lagstiftningen, så det är upp till varje enskild stat att på det sätt de finner mest lämpligt införliva direktivet. Detta innebär inte dock inte att det finns stöd i direktivet att genom stridsåtgärder påtvinga de utstationerande arbetsgivarna krav som går utanför den hårda kärnan eller är mer generösa än minimibestämmelserna i värdlandet.

EU-domstolen fann att artikel 56 FEUF och artikel 3 i utstationeringsdirektivet ska tolkas som ett hinder för fackföreningar att vidta de stridsåtgärder som Byggnads gjort. Syftet med stridsåtgärder får enligt domstolen inte vara att få till stånd andra villkor eller villkor som är mer

⁷⁸ Ibid. s. 9.

⁷⁹ Ibid s. 15.

⁸⁰ J. Malmberg: ”Vad handlar arbetsrättslig reglering om?” s. 12.

⁸¹ S. Deakin: ”In Search of the Social Market Economy” s. 30.

⁸² C-341/05 p. 63.

förmånliga än de minimivillkoren som gäller i värdstaten.⁸³ Konsekvensen av EU-domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet måste således bli att det är en uttömmande lista med vilka typer av skydd som en värdstat måste garantera en utstationerad arbetstagare. Utstationeringsdirektivet får alltså karaktären av att vara ett arbetsrättsligt tak för de arbetstagare som är utstationerade över de inomeuropeiska gränserna.

Domstolen pekade vidare på fackföreningarnas rätt att vidta stridståtgärder i syfte att förmå en utstationerad arbetsgivare att ansluta sig till ett inhemskt kollektivavtal. Domstolen menade att rätten kan göra det mindre lockande och till och med svårare för företag etablerade i andra stater att utföra bygg- och anläggningsarbeten i medlemsstaten och den utgör därmed en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 56 FEUF.⁸⁴

Dessa två fakta, att utstationeringsdirektivet ska anses vara ett tak för utstationerade arbetstagare kombinerat med att fackföreningar inte kan försvåra för utländska arbetsgivare (genom att ställa samma krav på dem som de gör på de inhemska) att etablera sig inom den inhemska marknaden innebär ett dramatiskt bryt med den tidigare rättspraxis som EU-domstolen producerat.

Domarna Viking och Laval innebär därför att man kan konstatera fyra saker: (1) Att stater tillsammans med arbetslivets parter inte längre fritt kan välja den sociala modell som de föredrar och som passar den nationella kontexten. Detta får konsekvensen att Arbetsdomstolens och den svenska modellens kommunikativa funktion (jfr kapitel 3) får mindre inflytande och de svenska institutionerna tydligt blir förskjutna mot periferin.⁸⁵ (2) Att EU-domstolens roll i sammanhanget har gått från motverka diskriminering av utländska utstationerade arbetsgivare till att verka som ett medel för optimal effektivitet.⁸⁶ (3) Att EU-domstolen har gett arbetsgivare från länder där sociala rättigheter är svagare ett instrument för att socialt dumpa⁸⁷ rättigheterna till löntagare med hög utbytbarhet. (4) Idén bakom arbetsrätten i det nya Europa kan inte längre förklaras med det ursprungliga ordoliberal/ekonomisk demokratiska – däremot passar EU-domstolens beteende väl överens med rollen till en domstol inom det neoklassiska paradigmet.

Brian Langille, professor i arbetsrätt, argumenterar för ett nytt normativt fundament för arbetsrätten i sin artikel "Labour law's theory of justice". För att förklara den nya utvecklingen på området och förflytta arbetsrättens ramverk erbjuder Langille ett nytt normativt fundament till rättsområdet. Idén om arbetsrätten som medel för ekonomisk demokrati och de ojämlika förhandlingspositionerna i arbetslivet menar Langille leder till ett utjämnande av förhållandena med resultatet att arbetstagarna går från att vara mottagare av normer ovanifrån till att bli medförfattare till dem. Härifrån menar han dock att man inte kan svara på frågan: Varför är detta åtråvärt om det innebär en större kostnader för samhället?⁸⁸

83" C-341/05 p. 98.

84" C-341/05 p. 53 & 99.

85 Det bör dock tilläggas att Arbetsdomstolen dock uttalat att man i allmänhet bör undvika att inhämta förhandsavgöranden från EU-domstolen i mål som inte under alla förhållanden är av avgörande betydelse för den slutliga utgången i målet (se t. ex. AD 1997 nr 69). Domstolen internaliserar ändå värderingar och resonemang från EU-rätten och EU-domstolen genom så kallad EU-konform tolkning av den nationella rätten.

86 Varken i fallet Viking eller Laval tog EU-domstolen sina beslut mot bakgrund av att en diskriminering av arbetsgivare skett på grund av nationalitet. Resonemangen handlade snarare om arbetsgivares rätt att ta del av mer fördelaktiga regler inom EU. I Viking genom att den finskägda båten skulle få tillgång till den estniska arbetsrätten, samtidigt som den lettiska arbetsgivaren i fallet Laval klagade för att den inte samtidigt kunde få tillgång till den svenska byggmarknaden och behålla sin konkurrensfördel i form av lägre löner. Se S. Deakin: "In Search of the Social Market Economy" s. 25.

87 Social dumping är här förstått som ett sätt att nå konkurrensfördelar gentemot andra marknadsaktörer genom att pressa ner ersättningar och sociala standarder inom produktions- eller tjänstesektorn. Se M. Bernaciak: "Social Dumping: Political Catchphrase or Threat to Labour Standards?"

88 B. Langille: "Labour Law's Theory of Justice" s. 110.

För att skapa en ny normativitet för arbetsrätten vänder sig Langille emot marknaden och Amartya Sens teorier om humankapital. I denna förståelse av humankapital avses inte bara den rent instrumentella, så som ökning i BNP eller ökad produktivitet, utan också humankapital som ett ändamål i sig självt, eftersom utvecklingen av den innebär ett mer tillfredställande och friare liv.⁸⁹ Om en idé om arbetsrätt inte är marknadsrestriktiv, så måste den finnas inom marknadens funktionssätt, det är här Langille introducerar Amartya Sens teorier. Sens tänkande kretsar kring marknader och frihet och dess normativa aspekter. Han postulerar att det finns två typer av ofriheter; (1) en godtycklig utestängning från marknaden och (2) en godtycklig utestängning från marknaden kan leda till ett ineffektivt resursutnyttjande som i sig leder till ofrihet, i form av en utebliven materiell bas på vilken utveckling mot frihet kan ske.⁹⁰ Langille använder sig främst av Sens tes om att det ligger i ”marknadens” egenintresse att sörja för arbetskraften, eller humankapitalet, har det så bra som möjligt eftersom det innebär en ökning i produktivitet. Därför menar han att människans frihet och den ekonomiska utvecklingen går hand i hand:

”[I]f a person can become more productive through better education, better health, and so on, it is not unnatural to expect that she can, through these means, also directly achieve more – and have the freedom to achieve more – in leading her life.”⁹¹

Detta stämmer också överens med den ordoliberal uppfattning, där Sen avviker och således förser oss med ett nytt normativt fundament till arbetsrätten är i synen på marknadens funktion. Där de kapitalstarka aktörerna genom marknader kan kapitalisera på deras asymmetriska fördelar (t.ex. genom att manipulera marknader med sitt kapital [mitt exempel]), värjer sig Sen emot att begränsa dessa marknader (t.ex. genom förstärkta fackliga förhandlingspositioner, internationella restriktioner på kapital osv. [mina exempel]) utan tvärtom, marknaden måste göras mer rättvis och kompletteras med mänsklig utveckling (human development) så som hälsovård, utbildning som kan bli tillgänglig till alla genom att arbetskraftskostnaderna för dessa saker hålls nere.⁹²

Med Habermas och Talcotts analyser av system och handlingar i åtanke konkluderades ovan (i slutet på kapitel 3) att idén om arbetsrätt som medel för ekonomisk demokrati inte längre kunde kvarleva i takt med EU:s ekonomiska integration eftersom idén inte var kapabel att socialt integrera de aktörer som stod utanför kollektivavtalet. Hur står sig då den neoklassiska skolans idé om arbetsrätten som marknadsrestriktion genom linsen av samma teoretiska förståelse?

Inledningsvis kan det konstateras att räckvidden av idén är universal – alla aktörer i arbetslivet omfattas i samma grad. Dock är det inte i någon kommunikativ bemärkelse det är fråga om. Aktörerna inom ett system som rationaliserats mot bakgrund av idén om arbetsrätt som en marknadsrestriktion erkänns inte som handlande subjekt inom systemet, utan egoistiska rationella aktörer vars handlande på förhand kan analyseras genom att se på vilket alternativ som ger mest tillbaka i form av materiella begär.

Detta står i kontrast med synen på aktören inom idén om arbetsrätten som medel för ekonomisk demokrati – där ”the war against want” var en nyckel till att skapa ekonomiskt utrymme för de enskilda aktörerna att handla kommunikativt, ett sätt att minska sfären för vad som kan rationaliseras med hjälp av ett instrumentellt förnuft.

Genom att reducera en människas arbetskraft och kontraktsfrihet till att jämföras med en vilken vara som helst skapas också en situation där systemet inte kan erkänna aktörer som subjekt eller erbjuda inflytande till dessa objektifierade arbetare. Detta innebär enligt teorin att det inte finns utrymme för spontan uppstådd arbetsrätt, eftersom en aktör inte kan komma överens med en annan aktör om att de måste handla gentemot varandra utifrån ett kommunikativt förnuft (jfr företa sig

89 B. Langille: ”Labour Law’s Theory of Justice” s. 112.

90 A. Sen: ”Development as Freedom” s. 25ff.

91 A. Sen: ”Development as Freedom” s. 294.

92 A. Sen: ”Development as Freedom” s. 143ff.

fackliga handslag) utan istället måste underbjuda varandra för att maximera den egna positionen gentemot den andra.

Om dessutom friheten som erbjuds bara kan vara frihet genom tillträde till marknaden och friheten till (relativt sett) större materiellt välstånd så finns det inget utrymme för systemet alls att se till vad en enskild aktör faktiskt vill, heller finns då ingen demokratisk styrning i systemet eftersom idén bakom det endast tillåter en instrumentell rationalisering som kan mätas genom materiella framgångar.

Om detta är den dominerande bakomliggande idén om arbetsrätten i dagens samhälle, hur kan det, med vår teoretiska förståelse, ens existera? Enligt både Habermas och Parsons förståelse av system och handlingar så finns det i en sådan förståelse ingen som helst legitimitetssänkande omständighet och alla aktörer skulle därför inte anse sig bundna till systemet och således känna sig fria att bara företa sig instrumentella handlingar som skapar egennyttan. Om våra teoretiska antaganden är korrekta, varför utbryter inte barbari som Husserl menade (kapitel 1) att européerna riskerade i en slik situation?

Amartya Sen (ovan) förklarade att lösningen på asymmetriska ägandeförhållanden skulle vara mer och bättre fungerande marknad med supplement. Kan arbetsrätten rymmas inom ett sådant supplement, till exempel genom att skänka den status som mänsklig rättighet. Kapitel fem kommer fokusera på den frågan.

5 Arbetsrätt som mänsklig rättighet

Efter att Europadomstolen för mänskliga rättigheter in plenum dömde fallet *Demir och Baykara v. Turkiet*⁹³ tändes hoppet om ett ”Social Europe” för många arbetsrättsjurister. Enligt *European Trade Union Confederation* (ETUC) innebär idén om Social Europe att sociala rättigheter ska utvecklas jämlikt ekonomisk tillväxt och hållbar utveckling. Idén består av fem konkreta punkter; fundamentala sociala rättigheter, däribland organisationsfrihet och strejkrätt; social skydd och omfördelning av rikedomar; social dialog och konsultation med arbetare; social- och individuell anställningsrätt; samt statligt ansvar för full sysselsättning, tjänster av allmänintresse, och ekonomisk och social sammanhållning.⁹⁴

Tanken om Social Europe⁹⁵ och dess implikationer för europeisk arbetsrätt ligger synbart långt ifrån den neoklassiska uppfattningen om arbetsrätten som en marknadsrestriktion. För att förstå varför hoppet ändå tänts måste man undersöka vilka implikationer ratificeringen av Lissabonfördraget fått för Europeiska Unionen.

Sedan domarna Laval och Viking har EU antagit Lissabonfördraget den 1 december 2009 och som konsekvens upphöjt Europeiska Unionens Stadga om Grundläggande Rättigheterna⁹⁶ (2010/C 83/02, härfter EUSGR) som rättsligt bindande för unionen. Genom artikel 6.1 1 st. FEU ska unionen erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställts i EUSGR som ska ha samma rättsliga värde som fördragen. I samma artikel, 2 st. konstateras dessutom detta inte innebär att unionens befogenheter utökats dessutom att stadgan ska tolkas i enlighet med de allmänna regler som finns under avdelning VII i stadgan om dess tolkning och tillämpning. I artikel 6.2 FEU ska unionen dessutom ansluta sig till den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). I EUSGR artikel 52.3 regleras det inbördes förhållandet mellan EUSGR och EKMR. Där finns två principer som reglerar eventuella normkonflikter:

”I den mån denna stadga omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ska de ha samma innebörd och räckvidd som i konventionen.”

Och:

”Denna bestämmelse hindrar inte unionsrätten att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.”

Dessa två principer ska enligt Kollonay-Lehoczky m.fl. tolkas ur ett process-perspektiv där EKMR erbjuder en absolut miniminivå emedan EUSGR, där den avviker, kan utvidga skyddet.⁹⁷ Detta inbegriper inte bara EKMR som sådan, utan också den rättspraxis som Europadomstolen skapat genom att tolka den.⁹⁸

⁹³ *Demir and Baykara v Turkey*, Application No 34503/97, 12 november 2008.

⁹⁴ <http://www.etuc.org/r/816> tillgänglig den 27 augusti 2013.

⁹⁵ Jag använder här Social Europe som en kombination av neoklassisk ekonomisk doktrin och de sociala mål som ETUC presenterat.

⁹⁶ I EUSGR artikel 51.1 står det att stadgans adressater är unionens institutioner, organ och byråer samt medlemsstaterna då de tillämpar unionsrätten. Dessa adressater förbinds att respektera rättigheterna, iaktta principerna och främja tillämpningen av dem i enlighet med sina respektive befogenheter och under iakttagande av gränserna för unionens befogenheter enligt fördragen.

⁹⁷ C. Kollonay-Lehoczky, K. Lörcher & I. Schömann: ”The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights of the European Union” s. 76f.

⁹⁸ C. Kollonay-Lehoczky, K. Lörcher & I. Schömann: ”The Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights of the European Union” s. 76f & C-279/09 DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, p. 35.

I fallet *Demir och Baykara* hade fackföreningen för statliga tjänstemän i Turkiet träffat ett kollektivavtal med en motsvarighet till en kommun i Gaziantep. Kommunen i form av arbetsgivare valde efter att avtalet träffats att inte följa dess innehåll. Efter att fackföreningen förlorat i sista instansen i Turkiet och således uttömt de inhemska rättsmedlen bestämde de sig för att överklaga domen vid Europadomstolen där de hävdade att deras organisationsrätt hade kränkts genom att Turkiet brutit mot artikel 11 EKMR om rätten till föreningsfrihet.

Europadomstolen konstaterade i domen att:

”[T]he right to bargain collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the ‘right to form and to join trade unions for the protection of [one’s] interests’ set forth in article 11 of the Convention, it being understood that States remain free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions.”⁹⁹

Domstolen förtydligade detta påstående vidare genom att vidhålla att även om det står enskilda stater fritt att organisera arbetslivet på det sätt de finner lämpligt så måste de ändå anpassa sig till ILO:s konventioner och praxis samt den europeiska sociala stadgan.¹⁰⁰ Europadomstolen väljer här att ge den Europeiska sociala stadgan universal tillämpbarhet. Vilket i praktiken får betydelsen att alla stater under Europadomstolen måste främja att alla arbetare och alla fackföreningar alltid har rätt till kollektiva förhandlingar. Genom att göra en nytolkning av artikel 11 EKMR ändrar domstolen delar av sin praxis och låter den få skydda också rätten till kollektiv förhandling¹⁰¹ dessutom finner domstolen också ett skydd för strejkrätten i artikeln i fallet *Enerji Yapi-Yol Sen v Turkey*.¹⁰²

Det stora nyhetsvärdet i domen *Demir och Baykara* är dock inte själva innehållet i den materiella rätten – det är metoden enligt vilket de kom fram till konstruktionen. I domen utvecklar nämligen domstolen ett systematiskt refererande till alla relevanta internationella rättsorgan, däribland ILO:s konventioner, instrument från USA, Europeiska Rådet och Europeiska Unionen.¹⁰³ Det innovativa inslaget i metoden är sättet domstolen konsoliderat alla instrument i sin tolkning av vad som är den relevanta arbetsrättsliga standarden.¹⁰⁴ Enligt denna tolkning som vilar tungt på Ewing och Hendy samt Bruun och Lörcher, betyder det att ILO:s konventioner och rättspraxis har fått en dömande instans inom EU samt Europarådet.

I ”*Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*” från 1998 års konferens, förklarade ILO att fyra av de rättigheter som organet övervakar ska anses tillhöra de så kallade fundamentala arbetsrättigheterna:

- [The freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining;
- [The elimination of all forms of forced or compulsory labour;
- [The effective abolition of child labour; and
- [The elimination of discrimination in respect of employment and occupation.”

Dessa fundamentala rättigheter ska enligt den andra punkten i deklARATIONEN gälla samtliga medlemmar i ILO, oavsett om de har ratificerat de tillhörande konventionerna eller ej.¹⁰⁵

⁹⁹ *Demir and Baykara v. Turkey* p. 154.

¹⁰⁰ *Demir and Baykara v. Turkey* p. 147-149.

¹⁰¹ K.D. Ewing & J. Hendy: ”The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*” s. 7.

¹⁰² Application No 68959/01, p. 24.

¹⁰³ N. Bruun & K. Lörcher: ”Social Innovation: the New ECHR Jurisprudence and Fundamental Social Rights in Labour Law” s. 356 & *Demir and Baykara v. Turkey* p. 85-86.

¹⁰⁴ N. Bruun & K. Lörcher: ”Social Innovation: the New ECHR Jurisprudence and Fundamental Social Rights in Labour Law” s. 357.

¹⁰⁵ ILO, ”*Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (Juni 1998), 2§.

Denna nya kategori av universella arbetsrättigheter skapades efter att många, inklusive både ILO och WTO, konstaterat att de gamla instrumenten som i stor grad var knutna till nationalstaterna hade förlorat sin udd på ett globaliserat arbetsliv.¹⁰⁶ I förhållande till WTO antog ILO i deklARATIONEN från 1998 en passage om att

”[L]abour standards should not be used for protectionist trade purposes /.../ in addition, the comparative advantage of any country should not in no way be called into question”.¹⁰⁷

Vid en första anblick ser denna paragraf ut att förespråka i det närmaste fri handel av arbetskraft över gränser. Denna tolkning är dock missvisande och paragrafen klargörs i ILO:s deklARATION 2008, ”*the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*”. Förtydligandet finner vi i sektion 1 A (iv):

”[T]he violation of fundamental principles and rights at work cannot be invoked or otherwise used as a legitimate comparative advantage and that labour standards should not be used for protectionist trade purposes.”

Francis Maupain, juridisk rådgivare till ILO, förklarar sammanhanget som det är ILO:s intention att de fundamentala rättigheterna inte ska användas i protektionistiska syften i handel och produktion som sker över gränserna, men att de rättigheter som ILO identifierar som fundamentala alltid måste respekteras, inte minst för att de är portalrättigheterna på vilka andra arbetsrättsliga rättigheter vilar. Därför måste de, enligt Maupain, inte underkastas marknadens logik.¹⁰⁸ Detta uttalande står i skarp kontrast till den rättspraxis som skapats av EU-domstolen i och med domarna Viking och Laval (se ovan). Konvention nr. 98, artikel 4, ålägger staterna att ta:

”Measures appropriate to national conditions shall be taken, where necessary, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation between employers’ organisations and workers’ organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements.”

I linje med konventionen har ILO:s expertkommitté, vars roll det är att tolka konventionen, fastslagit att lavaldomen innebar en grav kränkning av föreningsrätten. Kommittén är dock tydlig med att den inte vill utmana EU-domstolens tolkning av EU-rätten samtidigt som de noterar att varken Byggnads eller Elektrikerförbundet hade några medlemmar på arbetsplatsen, implikationen av resonemanget är nog att de ändå anser att utgången av lavalfallet hade varit annorlunda om förbunden hade haft det. Kommittén konstaterar också att både skadeståndet som förbunden blev förpliktade att betala och den efterföljande ändringen i den svenska utstationeringslagen, den så kallade Lex Laval, båda kränker ILO:s konvention 87.

Med anledning av utvecklingen i enlighet med *Demir och Baykara* kombinerat med Lissabonfördraget finns det därför skäl att återigen granska fallen Viking och Laval. Dessa tre rättsfall kan inte enkelt försonas med varandra eftersom Europadomstolen kräver att en rättstat (1) erkänner rätten till kollektiv förhandling, (2) respekterar rätten att vidta stridsåtgärder och (3) gör det i enlighet med internationell och regional arbetsrättslig standard.¹⁰⁹

Vad som skulle hända om dessa två domstolar krockar är svårt att säga, men Ewing och Hendy förespar (inte helt onyanserat) ett scenario där:

106 F. Maupain: ”New Foundation or New Façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization” i *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 3, 2009.

107 ILO, ”Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (Juni 1998), 5§.

108 F. Maupain: ”New Foundation or New Façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization” i *The European Journal of International Law* Vol. 20 No. 3, 2009, s. 836. Maupain argumenterar konsekvent genom hela artikeln att de fundamentala rättigheterna presenterade 1998 måste vara okränkbara för att kunna bibehålla en internationell arbetsrätt.

109 K.D. Ewing & J. Hendy: ”The Dramatic Implications of Demir and Baykara” s. 40.

”Issues would bat to and fro between the two courts in a titanic battle of the juristocrats, each vying for supremacy in the European legal order, one determined to impale trade union rights on the long lance of economic freedom and the other subordinating economic freedom to the modest demands of human rights and constitutionalism”¹¹⁰

Rättsläget föreslår således att det finns en tredje idé om arbetsrätt, nämligen idén om Social Europe som komplement till idén om arbetsrätten som marknadsrestriktion.

Kan det vara så att man genom att skänka arbetsrätten status som en mänsklig rättighet så har man också funnit ett slags mellanläge, Sociala Europa, där effektiv resursallokering och hög produktivitet kombineras med ett välutvecklat socialt skydd och hållbar utveckling?

Inledningsvis kan sägas att denna idé skulle kunna erbjuda fundament för en universal arbetsrätt, på samma sätt som de mänskliga rättigheterna är tänkta att vara universella och odelbara. Det kan tänkas att ett sådant fundament skulle lösa vissa aspekter av den kollektiva arbetsrättens kris. Dessutom så öppnar tankesättet arenor för arbetstagare att komma till tals, genom att klaga till domstolar då andra aktörer inom systemet inte agerat i enlighet med den gällande rätten. Betyder detta då att systemet är socialt integrerande? Enligt Parsons (se ovan, kapitel 2) uppfattning av vad ett system och dess sammanhållningsförmåga så verkar det inte finnas några avvikande aspekter: (1) de underliggande värdena till systemet; frihet att tillträda arbetslivet, rätt till skydd mot diskriminering, socialt skydd och hållbar utveckling är värden alla aktörer borde kunna acceptera; (2) det finns inom systemet normer enligt vilka de respektive aktörerna måste handla och det finns dessutom sanktioner om de skulle välja att bryta mot dessa; (3) de önskvärda målen; ekonomisk tillväxt och en utveckling av sociala skydd verkar också kunna uppnås inom ramen för det Sociala Europa och (4) hur systemet svarar på förändringar som kommer utifrån är svårt att säga.

Hur den svenska Arbetsdomstolen skulle fungera under ett sådant paradigms är också svårt att förutspå. Den svenska modellen traditionellt har fungerat, med få men stora representanter för den enskilda arbetstagaren i ett relativt slutet forum som Arbetsdomstolen. I jämförelse skulle en idé om det Sociala Europa erbjuda ett fundament till arbetsrätten som samtidigt är kollektiv och individuell.

Systemet är dock helt skapat av en, i förhållande till arbetslivet, tredje part. En mänsklig rättighet kan inte föregå en stat, staten måste stå som garant för rättigheten, genom att skänka aktörerna tillgång till domstolar. Detta leder till ett system där aktörerna inte själva kan rationalisera det mot bakgrund av ett kommunikativt förnuft. Normerna enligt vilka de anpassar sina beteenden kommer därför uppifrån, genom diverse forum för förvaltande specialister, där aktörernas rättigheter sedan presenteras i form av det ena storartade dokumentet efter det andra. Rättigheterna tar därför en slags mystisk karaktär för den enskilde aktören, eftersom denne inte känner sig delaktig i skapandet. Aktörernas livsvärld är i ett sådant scenario därför koloniserad. Därmed uppstår frågor om hur stor legitimitet ett sådant system skulle kunna tänkas ha.

Arbetsrätten reduceras till att bli instrumentell i ett slikt scenario – instrumentell för instrumentaliteten. Det vill säga att om arbetsrätten skyddas som en mänsklig rättighet inom ramen för den neoklassiska ekonomiska skolan kan inte rättigheterna som emanerar ur den på allvar utmana det instrumentella förnuftet. Arbetsrätten får då en slags skadekontrollerande roll, en roll som ska skänka det marknadsliberala systemet viss legitimitet men den kan inte på allvar socialt integrera de olika aktörerna. Deras förmåga att anpassa sina handlingar till varandra eftersom de inom systemet är beroende av interaktioner begränsas starkt och återkopplas till att ske endast på uppmaning av tredje part.

Systemets ändamål och medel blir därför förbytta, den kommunikativa, sociala aspekten existerar då bara för att sanktionera den instrumentella, materiella aspekten.

110 K.D. Ewing & J. Hendy: ”The Dramatic Implications of Demir and Baykara” s. 42.

6 Sammanfattande konklusioner

I uppsatsen har tre olika fundament till arbetsrätten presenterats. Varje rättsområde behöver en bakomliggande idé för att fungera, när idén inte längre har stöd i allmänheten eller inte svarar till juridiken kan man säga att rättsområdet befinner sig i kris. Många menar att arbetsrätten som fackområde befinner sig i kris. Uppsatsen har presenterat och granskat de tre dominerande idéerna som cirkulerar i dagens samhällsdebatt, förhoppningsvis kan de fungera som ett riktmärke inför framtida diskurs om arbetsrättens vara och varor.

Habermas teorier om kommunikativt förnuft har används för att ha en teoretisk språngbräda gentemot vilken de olika idéerna kan viktas. Teorins styrka ligger i dess förmåga att på ett vetenskapligt och modernt sätt operationalisera en idé demokrati.

De arbetsrättsliga idéer som är presenterats i är i tur och ordning: arbetsrätten som medel för ekonomisk demokrati, arbetsrätten som marknadsrestriktion och arbetsrätten som mänsklig rättighet. I den första idén stod solidariteten fungerade som centralt begrepp. Idén utmanade tanken om att vissa människor har rätt till mer på bekostnad av andra. En utjämning av de ekonomiska förutsättningarna kombinerat med ett tillstånd där de berörda tar samma risk kan ur vårt Habermasiska perspektiv beskrivas som högst kommunikativt eftersom normerna har sitt ursprung i gruppen vars medlemmar i lika grad är beroende av varandra. Om inte värdet av solidaritet består så kan inte idén om arbetsrätten som medel för ekonomisk demokrati fortleva.

Idén om arbetsrätten som en marknadsrestriktion cirkulerar kring marknaden och teorier kring optimalitet och jämvikt. Eftersom arbetsrätten som emanerar ur idén bara har ett värde om den i slutändan leder till ökad effektivitet kan man säga att idén skapar arbetsrätt som är helt instrumentell. I den yttersta formen av arbetsrätt enligt idén har den helt rationaliserat bort sig själv och existerar bara i den mån den är gynnsam för arbetsgivaren.

Arbetsrätten som en mänsklig rättighet fungerade som en motvikt till marknaden utan att för den sakens skulle utmana dess hegemoni. Idéer som kollektivt ägande av kapital, ekonomisk demokrati och kollektiva rättigheter får egentligen ingen plats inom ramen för idén. Istället premieras en arbetsrätt som kommer uppifrån i form av en slags naturrätt som existerar a priori kollektivt. Denna idé om arbetsrätt är måhända generös mot den enskilde arbetstagaren, men det faktumet betyder inte att den är mindre instrumentell eftersom den inte ger något egentligt inflytande över de normer som styr arbetslivet.

Käll- och litteraturförteckning

Andersen, Søren Kaj, "Danmark genomför direktiv med egen erga omnes-modell", EU & arbetsrätt, 3, 2003 tillgänglig på <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/03-3/01.asp> den 20 mars 2014.

Arthurs, Harry. "Charting the Boundaries of Labour Law: Innis Christie and the Search for an Integrated Law of Labour Market Regulation." *Dalhousie Law Journal* 34.1 (2011).

Bernaciak, Magdalena, *Social Dumping: Political Catchphrase or Threat to Labour Standards?*, ETUI aisbl, Brussels 2012.

Bruun, Niklas, Lörcher, Klaus "Social innovation: the new ECHR jurisprudence and its impact on fundamental social rights in labour law" i *Mélanges a`la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute* red. Schömann Isabella, European Trade Union Institute, Brussels 2011.

Bruun, Niklas & Malmberg, Jonas "Arbetsrätten i Sverige och Finland efter EU-inträdet" i *Tio år med EU – effekter på arbetsrätt, partsrelationer, arbetsmarknad och social trygghet* red. Kerstin Ahlberg, Arbetsliv i omvandling, Arbetslivsinstitutet, Stockholm 2005.

Coutu, Michel; Le Friant, Martine; Murray, Gregor, Broken Paradigms: "Labor Law in the Wake of Globalization and the Economic Crisis", 34 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 565 (2012-2013)

Davidov, Guy & Langille, Brian "Understanding Labour Law: A Timeless Idea, a Timed-Out Idea, or and Idea Whose Time has Now Come" i *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press Language 2011.

Davidson, Donald, *Actions, Reasons and Causes*, *Journal of Philosophy* Vol. LX, No. 23 (1963), pp. 685.

Davies, Paul, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty* *Industrial Law Journal* (2002) Vol. 31 (3) pp. 298-306.

Deakin, Simon, "The Lisbon Treaty, the Viking and Laval judgments, and the financial crisis: in search of new foundations for Europe's 'social market economy'" i *The Lisbon Treaty and Social Europe* red. Niklas Bruun, Klaus Lörcher and Isabelle Schömann, Hart Publishing, Oxford 2012

Dukes, Ruth, *Constitutionalising Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund and the Role of Labour Law*, *Journal of Law and Society*, Vol 35 (2008), pp. 341.

Dukes, Ruth "Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law", i *The Idea of Labour Law*, red. Guy Davidov & Brian Langille, Oxford University Press, Oxford 2011.

Duménil, Gérard & Lévy, Dominique, "Managers in the Dynamics of Social Change", 2013, *EconomiX*, PSE : Paris.

Ewing, K.D. & Hendy QC, John, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, *Industrial Law Journal*, Vol. 39 (2010) pp. 2.

Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discours Theory of Law and Democracy*, Polity Press, Cambridge 1996.

Habermas, Jürgen, "Modernity: an unfinished project", i *Habermas and the Unfinished Project of Modernity, Critical Essays on The Philosophical Discourse of Modernity*, red. Maurizio Passerin d'Entrèves & Seyla Benhabib, MIT Press, Cambridge Massachusetts 1997.

Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action Volume One: Reason and the Rationalisation of Society*, Beacon Press, Boston Massachusetts 1984.

Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action Volume Two: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Beacon Press, Boston Massachusetts 1984.

Habermas, Jürgen & Hviid Nielsen, Torben, "Jürgen Habermas: Morality, Society and Ethics: An Interview with Torben Hviid Nielsen", *Acta Sociologica*, Vol. 33, No. 2 (1990), pp. 93-114.

Harvey, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford 2005.

Hepple, Bob, The Crisis in EEC Labour Law, *Ind Law J* (1987) 16 (1): 77-87

Hepple, Bob, "Factors Influencing the Making and Transformation of Labour Law in Europe" i *The Idea of Labour Law*, red. Guy Davidov & Brian Langille, Oxford University Press, Oxford 2011.

Husserl, Edmund, *The Crisis of European Sciences and Transcendental Phenomenology*, Northwestern University Press, Evanston, Illinois 1954.

Husserl, Edmund "The Vienna Lecture and Phenomenology" i *The Continental Philosophy Reader* red. Richard Kearney & Mara Rainwater, Routledge, London 1996

Hyde, Alan "The Idea of Labour Law: A Parable" i *The Idea of Labour Law*, red. Guy Davidov & Brian Langille, Oxford University Press, Oxford 2011.

Joerges, Christian and Roedl, Florian, "Social Market Economy' as Europe's Social Model?", *EUI Working Paper Law No. 2004/8* (2004)

Kaufman, B E, "Labor Law and Employment Regulation: Institutional and Neoclassical Perspectives" i *Labour and Employment Law and Economics*, red. Dau-Schmidt K, Harris S, Lobel O, Edward Elgar, Cheltenham Glos 2009.

Kollonay-Lehoczky, Csilla, Lörcher, Klaus, "The Lisbon Treaty and the charter of fundamental rights of the European Union" i *The Lisbon Treaty and Social Europe*, red. Bruun m.fl., Hart Publishing, Oxford 2012.

Langille, Brian "Labour Law's Theory of Justice" i *The Idea of Labour Law*, red. Guy Davidov & Brian Langille, Oxford University Press, Oxford 2011.

Malmberg, Jonas, "Vad handlar arbetsrättslig reglering om? - En essä om arbetsrättens uppgifter." *Uppsala Faculty of Law, Working Paper 2010:9* (2010) pp. 45.

Maupain, Francis, "New Foundation or New Façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization" *European Journal of International Law*,(2009) Vol. 20, Issue 3, pp. 823-852.

Parsons, Talcott & Smelser, Neil J, *Economy and Society: A Study in the Integration of Economic and Social Theory*, The Free Press, Glencoe Illinois 1956.

Schechter, Darrow, *The Critique of Instrumental Reason from Weber to Habermas*, Continuum International Publishing Group, New York, NY 2012.

Sen, Amartya, *Development as Freedom*, First Anchor Books, New York 1999.

Supiot, Alain, *Homo Juridicus: on the Anthropological Function of the Law*, Verso Books, London 2007.

Supiot, Alain, *The Spirit of Philadelphia*, Verso Books, London 2012.

Taylor, FW, *The principles of Scientific Management*, Harper & Brothers, London 1911.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-341/05 Domstolens dom (stora avdelningen) den 18 december 2007.

Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet.

C-438/05 Domstolens dom (stora avdelningen) den 11 december 2007.

International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti.

C-113/89 Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 27 mars 1990.

Rush Portuguesa Lda mot Office national d'immigration.

C-369/96 Domstolens dom den 23 november 1999.

Brottmål mot Jean-Claude Arblade och Arblade & Fils SARL (C-369/96) och Bernard Leloup, Serge Leloup och Sofrage SARL (C-376/96).

C-376/96 Dom - 23/11/1999 - Leloup

Mål C-376/96 (Förenade mål C-369/96, C-376/96)

C-55/94 Domstolens dom den 30 november 1995.

Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.

C-165/98 Domstolens dom (femte avdelningen) den 15 mars 2001.

Brottmål mot André Mazzoleni och Inter Surveillance Assistance SARL, civilrättsligt ansvarig, i närvaro av: Eric Guillaume m.fl..

Domstolens dom (femte avdelningen) den 25 oktober 2001.

Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda (C-49/98), Portugaia Construções Lda (C-70/98) och Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) mot Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft och Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft mot Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Lda (C-53/98), Turiprata Construções Civil Lda (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) och Santos & Kewitz Construções Lda (C-69/98).

C-279/09 Domstolens dom (andra avdelningen) den 22 december 2010.

DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland.

Europadomstolen

Demir & Baykara v Turkey, Application No. 34503/97

Enerji Yapi-Yol Sen v Turkey Application No. 68959/01