



LUNDS
UNIVERSITET

Irreguljära migranternas situation på den svenska arbetsmarknaden

- Arbetsrättsligt skydd trots illegalt arbete?

Kandidatuppsats i arbetsrätt

HT 2017

Matilda Edrén och Sofia Åkerman

Handledare

Andreas Inghammar

Sammanfattning	2
Summary	3
Förkortningar	4
1. Inledning	6
1.1 Bakgrund och ämne	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod	7
1.4 Disposition	8
1.5 Avgränsningar	9
2. Irreguljära migranter	10
2.1 Definition	10
2.2 Tillstånd att arbeta och uppehålla sig i Sverige	12
3. Internationell reglering	13
3.1 Grundläggande mänskliga rättigheter i arbetslivet	13
3.2 Specifika bestämmelser för irreguljära migrantarbetare	17
4. Nationell reglering	20
4.1 De irreguljära migrantarbetarna och den svenska arbetsrätten	20
4.1.1 Anställningsskydd	20
4.1.2 Arbetsmiljörätt	21
4.1.2.1 Arbetstid och semesterrätt	22
4.1.3 Diskrimineringsförbud	23
4.1.4 Föreningsrätt	24
4.1.4.1 Kollektivavtal	26
4.2 Implementering av Sanktionsdirektivet i nationell rätt	27
4.2.1 Sanktioner och åtgärder gentemot arbetsgivare	28
4.2.2 Rätt till lön för utfört arbete	30
5. Analys	31
6. Slutsats	36
7. Källförteckning	39

Sammanfattning

De irreguljära migrantarbetarna är en utsatt grupp på den svenska arbetsmarknaden. Med irreguljära migrantarbetare menas de som arbetar i Sverige utan giltiga tillstånd. Arbetsgivare tenderar att exploatera dessa människor och de arbetar därför ofta under mycket dåliga arbetsförhållanden samt erhåller ett sämre arbetsrättsligt skydd. Att utnyttja en redan så prekär grupp är oetiskt och det finns ett behov av att belysa ämnet. Denna uppsats syftar därför till att reda ut vilket arbetsrättsligt skydd de irreguljära migrantarbetarna erhåller trots deras illegala status. Såväl nationell som internationell rätt beaktas. Uppsatsen har således ett arbetsrättsligt perspektiv men behandlar även migrationsrättsliga bestämmelser i korthet då dessa är av vikt för att kunna utreda de irreguljära migrantarbetarnas skydd och rättigheter på den svenska arbetsmarknaden. Av den utredning som har gjorts har det framkommit att denna grupp arbetstagare i teorin erhåller ett visst arbetsrättsligt skydd då de tillskrivs flertalet rättigheter genom både svensk lagstiftning och internationella bestämmelser. Däremot har det konstaterats att det i praktiken råder svårigheter för de irreguljära migrantarbetarna att utnyttja detta skydd då möjligheterna att framföra klagomål gentemot arbetsgivaren är mycket små och innebär risk för utvisning. Det är därför av vikt att vidare förbättra denna möjlighet så att denna grupp människor kan utnyttja det arbetsrättsliga skyddet som de faktiskt tillskrivs.

Summary

Irregular migrant workers are those who work in Sweden without valid permission and they are a vulnerable group in the Swedish labour market. Employers tend to exploit these people and therefore they often work under very bad working conditions and receive worse protection of employment rights. Making use of an already precarious group is unethical and there is a need to highlight the subject. This essay, therefore, aims at identifying in what extent the irregular migrant workers are included in the protection of employment rights, despite their illegal status. Both national and international law are taken into account. The essay thus has a labour law perspective but also touches upon migration law provisions briefly as they are important for investigating the irregular migrant workers' protection and rights in the Swedish labour market. From the investigation that has been made, it has been found that this group of workers in theory receives a certain level of labour protection as they are attributed to the majority of rights through both Swedish legislation and international regulations. On the other hand, it has been found that in practice there are difficulties for irregular migrant workers to take advantage of this protection as the ability to complain to the employer is very small and poses a risk of expulsion. It is therefore important to further improve this opportunity so that this group of people can avail themselves of the labour protection that they are actually attributed to.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AML	Arbetsmiljölagen
Dir.	Direktiv
DL	Diskrimineringslagen
ECHR	European Convention on Human Rights
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
ETUC	The European Trade Union Confederation
EU	Europeiska unionen
FCFP	Fackligt center för papperslösa
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
ICRMW	International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families
ILO	International Labour Organisation
LAS	Lagen om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Medbestämmandelag
MWC	Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention
NF	Nationernas förbund
Prop.	Proposition

RF	Regeringsformen
Saco	Sveriges akademikers centralorganisation
SOU	Statens offentliga utredningar
TCO	Tjänstemännens centralorganisation
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
UN	United nations
UtlL	Utlänningslagen

1. Inledning

1.1 Bakgrund och ämne

Exploatering av irreguljära migranter på den svenska arbetsmarknaden är idag ett omfattande problem. Flyktingkrisen i Europa kommer att leda till ett ökat antal personer som uppehåller sig eller arbetar utan föreskrivna tillstånd.¹ I och med upprättandet av Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige är det idag svårare att få asyl beviljat i Sverige.² Siffror från första november 2017 visar att 21 921 personer har fått avslag på sin asylansökan i år.³ Hur många som trots avslag väljer att stanna kvar i landet är problematiskt att fastställa.⁴ Utöver de asylsökande finns det andra anledningar till att människor uppehåller sig eller arbetar irreguljärt i Sverige, exempelvis de som migrerar i syfte att arbeta.⁵ Gemensamt för de irreguljära migrantarbetarna är att de är en prekär grupp⁶ som erhåller både sämre arbetsrättsligt skydd och färre rättigheter.⁷ I avsaknad av andra försörjningsmöjligheter än att lönearbeta⁸ accepterar de irreguljära migranterna arbetserbjudanden med dåliga arbetsvillkor.⁹ Åtskilliga rapporter indikerar svåra arbetsvillkor i form av långa arbetspass, farliga arbetsmiljöer, utebliven arbetsvila samt löner som understiger det acceptabla.¹⁰ Det förekommer även att ersättningen uteblir helt och hållet.¹¹ Att exploatera denna redan utsatta grupp är oetiskt och det finns därför behov av att belysa ämnet.

¹ European Trade Union Confederation, *Defending Undocumented Workers*, 3.

² SFS 2016:752, *Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige*,

³ <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik.html>.

⁴ Wadensjö, *Nationell migrations-, arbetsmarknads- och socialpolitik som utmaning för den europeiska sammanhållningen*, 37.

⁵ *Ibid.*, 36.

⁶ *Ibid.*, 37.

⁷ Selberg, *Om kriminalisering av papperslösas arbete och argumenten för att avskaffa det*, 364.

⁸ *Ibid.*, 363.

⁹ Departementsserien 2008:7, 16-17.

¹⁰ <http://www.arbetsbladet.se/gastrikland/gavle/papperslosa-tvingas-jobba-for-smapengar-det-ar-en-slavmarknad>.

¹¹ <http://www.fcfp.se/>.

1.2 Syfte och frågeställningar

De irreguljära migrantarbetarna är en grupp på den svenska arbetsmarknaden som exploateras men också glöms bort. Vilka möjligheter de har till skydd och rättigheter i arbetet är inte heller helt klart. Den här uppsatsen syftar till att reda ut vilket arbetsrättsligt skydd irreguljära migranter har på den svenska arbetsmarknaden, trots det faktum att de utför arbete illegalt. Såväl nationell som internationell rätt beaktas av den orsaken att internationella bestämmelser inverkar på svensk rätt i och med Sveriges ratificering eller implementering av dessa. Uppsatsen har ett arbetsrättsligt perspektiv och de arbetsrättsliga regleringarna utgör därför huvudfokus varför andra rättsområden, framförallt asylrätt, ligger utanför. Då arbetsrätten samspelar med migrationsrätten i frågan om irreguljära migrantarbetare behöver även bestämmelser kring detta kort presenteras.

Uppsatsens syfte har således resulterat i en huvudsaklig frågeställning.

- På vilket sätt omfattas irreguljära migrantarbetare på den svenska arbetsmarknaden av arbetsrättsligt skydd, också med beaktande av svenska åtaganden av internationell rätt?

1.3 Metod

För att besvara uppsatsens frågeställning har juridisk metod använts. Den juridiska metoden innebär att de rättskällor som är relevanta för det aktuella ämnet identifieras och därefter tillämpas på den aktuella frågeställningen.¹² Metoden inkluderar även rättskälleläran, det vill säga läran om vilka rättskällor som ska, bör och får beaktas.¹³ Även EU-rättslig metod har tillämpats. Denna metod är ett tillvägagångssätt för att hantera EU:s rättskällor. Rättsordningen i de EU-rättsliga källorna skiljer sig från skandinavisk rätt och är mer lik den angloamerikanska *common law*-traditionen, där de oskrivna rättskällorna utgör en mer betydande och omfattande

¹² Hydén och Hydén, *Rättsregler - En introduktion till juridiken*, 19.

¹³ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - Ämne, material, metod och argumentation*, 38.

roll.¹⁴ Förarbeten har inte heller lika stor betydelse i EU-rätten som de har i svensk rätt.¹⁵ På EU-rättslig nivå förhåller vi oss främst till direktiv och doktrin.

I uppsatsen har såväl internationella som nationella rättskällor beaktats för att undersöka vilka rättigheter de irreguljära migrantarbetarna har på den svenska arbetsmarknaden. För att fastställa rättsläget för de irreguljära migrantarbetarna i den nationella rätten har de traditionella rättskällorna såsom lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin beaktats. I enlighet med rättskälletäran har lagtext varit utgångspunkt i uppsatsens rättsutredning.¹⁶ Då det råder oklarheter kring huruvida irreguljära migrantarbetare omfattas av den nationella lagstiftningen samt på grund av den mer eller mindre obefintliga rättspraxis på ämnet har större vikt lagts vid doktrin.

Beträffande de internationella rättskällorna har inledningsvis konventioner, deklamationer och direktiv som upprätthåller grundläggande mänskliga rättigheter studerats. Därefter har bestämmelser specifika för de irreguljära migrantarbetarna beaktats. Majoriteten av de internationella bestämmelser som presenteras har ratificerats eller införlivats i svensk rätt.

1.4 Disposition

Dispositionen i uppsatsen ser ut på det vis att vi inledningsvis, i avsnitt två, definierar irreguljära migranter och redogör för vilka som innefattas av begreppet. Samma avsnitt presenterar också de migrationsrättsliga bestämmelserna kring uppehållstillstånd och arbetstillstånd, vilka båda är relevanta för definitionen av irreguljära migranter. Avsnitt tre behandlar de internationella regleringar som de irreguljära migranterna omfattas av och har indelats i två delar. Första delen redogör för de grundläggande mänskliga rättigheterna. Här belyses bestämmelser från FN, ILO och Europarådet. Del nummer två i det internationella avsnittet presenterar bestämmelser som är specifika för irreguljära migrantarbetare. Därefter övergår uppsatsens fokus till den nationella

¹⁴ Hettne, *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 40.

¹⁵ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 66.

¹⁶ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - Ämne, material, metod och argumentation*, 36.

regleringen, vilken återfinns i avsnitt fyra. Kapitlet innehåller en utredning av vilka arbetsrättsliga bestämmelser i svensk rätt som skyddar de irreguljära migrantarbetarna. Anställningsskydd, arbetsmiljörätt, diskrimineringsförbud, föreningsrätt samt hur Sverige har implementerat EU:s Sanktionsdirektiv presenteras. Därefter följer en analys av de irreguljära migrantarbetarnas skydd på den svenska arbetsmarknaden och avslutningsvis presenteras våra slutsatser.

1.5 Avgränsningar

Ett par avgränsningar har i uppsatsen gjorts gällande såväl internationell som nationell reglering. Gemensamt för dessa är att materialet avgränsats utefter relevans och tillämplighet. Beträffande den internationella regleringen har avgränsningar gjorts främst i bestämmelserna kring grundläggande mänskliga rättigheter. Åtskilliga sådana har upprättats av olika internationella organ. En presentation görs av de bestämmelser som ansetts vara de viktigaste och mest omfattande. Vad det gäller de specifika bestämmelserna för de irreguljära migrantarbetarna på internationell nivå har en avgränsning gjorts på det vis att vi berör de bestämmelser som Sverige ratificerat eller implementerat. Berörda regleringar är ILO:s *konvention nummer 143 om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagares likställdhet* samt *Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare*. Dock redogör uppsatsen för två bestämmelser som inte är rättsligt bindande för Sverige; FN:s *konvention om skydd för alla migrerande arbetstagares rättigheter och deras familjemedlemmar* (ICRMW) samt *Den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter* (UDHR). ICRMW har inte ratificerats av Sverige men är av vikt att presentera då det är FN:s enda konvention som specifikt behandlar irreguljärt migrantarbete. Den är dessutom intressant att belysa i det avseendet att väldigt få västländer valt att underteckna konventionen. UDHR är inte juridisk bindande för FN:s medlemsstater men lyfts fram i uppsatsen då den anses utgöra en utgångspunkt för mänskliga rättigheter.¹⁷

¹⁷ Mulder, *Grundrättigheter som en del av arbetsrättslig reglering*, 35.

Gällande svensk rätt har avgränsningar gjorts till att belysa de mest elementära arbetsrättsliga bestämmelserna. Trots det faktum att uppsatsen har ett arbetsrättsligt perspektiv har det funnits behov att beakta migrationsrättslig lagstiftning då arbetsrätten och migrationsrätten samspelar i frågan om irreguljära migranter. De migrationsrättsliga bestämmelserna har begränsats till Utlänningslagen vilken reglerar uppehållstillstånd och arbetstillstånd.

2. Irreguljära migranter

2.1 Definition

Irreguljära migranter är ett omfattande begrepp och kan delas in i olika undergrupper. Exempelvis kan en irreguljär migrant vara en person som fått avslag på sin asylansökan men ändå väljer att stanna kvar i landet.¹⁸ Det kan också vara någon som tar sig in i landet illegalt i syfte att arbeta¹⁹ eller någon vars visum har gått ut och som utför arbete trots detta.²⁰ Att fastställa en siffra på hur många som uppehåller sig eller arbetar irreguljärt är mycket svårt då dessa i regel inte förekommer i några register²¹ samt för att de håller sig undan myndigheterna i rädsla för att bli utvisade.²² Fackligt center för papperslösa uppskattar att antalet irreguljära migranter i Sverige vara mellan cirka 30 000-50 000.²³ I Europa beräknas siffran uppskattningsvis uppgå till över tre miljoner människor.²⁴

Det finns dock åtskilliga benämningar för de människor som olagligt vistas och arbetar i ett land. Exempelvis använder sig de internationella organen av olika termer för denna grupp. FN benämner dem som *odokumenterade arbetare* eller arbetare i en *irreguljär situation*.²⁵ I EU-direktiv 2009/52/EG å andra sidan tillämpas begreppet *tredjelandsmedborgare som vistas*

¹⁸ Wadensjö, *Nationell migrations-, arbetsmarknads- och socialpolitik som utmaning för den europeiska sammanhållningen*, 37.

¹⁹ Ibid., 37.

²⁰ European Trade Union Confederation, *Defending Undocumented Workers*, 4.

²¹ Wadensjö, *Nationell migrations-, arbetsmarknads- och socialpolitik som utmaning för den europeiska sammanhållningen*, 37.

²² Noll, *Why human rights fail to protect undocumented migrants*, 243.

²³ <http://www.fcfp.se/>.

²⁴ European Trade Union Confederation, *Defending Undocumented Workers*, 3.

²⁵ International Labour Office, *International Labour Migration - A rights-based approach*, 31.

olagligt.²⁶ Andra benämningar för denna grupp är *papperslösa*, *hemliga (clandestine)* och *illegala migranter*. Termen *irreguljär migrant* föredras dock alltmer av fler internationella organisationer då den är mer neutral²⁷ och inkluderar fler typer av irreguljära situationer än ovan nämnda begrepp.²⁸ Vi har därför valt att förhålla oss till denna term då uppsatsen syftar till att innefatta samtliga migranter som uppehåller sig och arbetar irreguljärt i Sverige.

Gemensamt för samtliga irreguljära migranter är att de saknar de tillstånd som krävs för att uppehålla sig och/eller arbeta i det land de har flyttat till.²⁹ Definitionen som vi förhåller oss till i denna uppsats är alltså att en irreguljär migrant är en person som uppehåller sig i Sverige trots att denne varken innehar giltigt arbetstillstånd eller uppehållstillstånd.

2.2 Tillstånd att arbeta och uppehålla sig i Sverige

Vem som har rätt att vistas i och arbeta i Sverige regleras i Utlänningslagen³⁰ och Migrationsverket är beslutande myndighet för både uppehålls- och arbetstillstånd.³¹ *Upphållstillståndet* ger en person rätt att vistas i Sverige och kan vara tidsbegränsat eller permanent.³² Kravet på uppehållstillstånd gäller för de som varken är EU/EES-medborgare eller medborgare i Norden.³³ Huvudregeln för en utlänning som vill ha uppehållstillstånd i Sverige är att en ansökan ska vara gjord före inresan i Sverige³⁴ och ett sådant tillstånd kan beviljas av olika anledningar. Exempelvis föreskriver UtL att flyktingar och andra skyddsbehövande har rätt till uppehållstillstånd.³⁵ Även den som har anknytning till exempelvis en make, sambo eller förälder i landet ska ges sådant tillstånd.³⁶ Tidigare har även synnerliga ömmande omständigheter för en utlänning varit en godtagbar grund för att beviljas uppehållstillstånd. I dagsläget begränsas dock

²⁶ EU-dir. 2009:52:EG, Artikel 2 b).

²⁷ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17456>.

²⁸ Wadensjö, *Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism - hot mot EU:s sammanhållning?*, 36.

²⁹ Wadensjö, *Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism - hot mot EU:s sammanhållning?*, 36.

³⁰ 1 kap 1 §, UtL (2005:716).

³¹ 5 kap 20 §, 6 kap 5 §, UtL (2005:716).

³² 2 kap 4 §, UtL (2005:716).

³³ Regeringens prop. 2012/13:125, *Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare*, 22.

³⁴ *Ibid.*, 22-23.

³⁵ 5 kap 1 § 1st, UtL (2005:716).

³⁶ 5 kap 3 §, UtL (2005:716).

denna möjlighet i och med *Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige*, vilken kommer att vara gällande under en treårsperiod (20 juli 2016-19 juli 2019).³⁷ Att uppehålla sig i Sverige utan de tillstånd som krävs kan sanktioneras med böter samt utvisning.³⁸ Det finns dock sällan skäl att bötfälla den som begått ett sådant brott med anledning av processekonomiska skäl samt att denne ändå ska avvisas eller utvisas.³⁹

För att en utlänning ska ha rätt att arbeta i Sverige krävs *arbetstillstånd*.⁴⁰ Kravet på arbetstillstånd gäller inte för EES-medborgare eller medborgare från de nordiska länderna. Inte heller medborgare från Schweiz omfattas av kravet.⁴¹ En ansökan om arbetstillstånd ska i huvudregel, likt uppehållstillstånd, vara utfärdad och beviljad före inresan i landet.⁴² Kan man inte uppvisa ett sådant vid ankomst får man avvisas.⁴³ Normalt beviljas arbetstillståndet utefter anställningserbjudandet och dess angivna anställningstid⁴⁴ men får inte ges för längre tid än två år.⁴⁵ Ett villkor för att en utlänning ska få arbetstillstånd är att anställningserbjudandet inte ska innebära sämre anställningsvillkor än de villkor som stadgas i kollektivavtal eller branschpraxis.⁴⁶ Att arbeta utan arbetstillstånd i Sverige sanktioneras med böter, oavsett om handlingen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Straffansvaret föreligger även om det inte är fråga om ett formellt anställningsförhållande.⁴⁷

³⁷ 5 kap 6 § 3st, UtlL (2005:716).

³⁸ 8 kap, 6 §, 20 kap 1 § 1 st, UtlL (2005:716).

³⁹ Wikrén, Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentarer*, 774.

⁴⁰ 2 kap 7 §, UtlL (2005:716).

⁴¹ <https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/EU-medborgare-och-varaktigt-bosatta/Arbeta-studera-eller-bo-i-Sverige-for-EU-medborgare.html>.

⁴² 6 kap, 4 §, UtlL (2005:716).

⁴³ 8 kap, 2 §, punkt 2, UtlL, (2005:716).

⁴⁴ Regeringens proposition 2012/13:125, Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare, 23.

⁴⁵ 6 kap 2a §, UtlL (2005:716).

⁴⁶ 6 kap, 2 §, punkt 2, UtlL (2005:716).

⁴⁷ Wikrén och Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentarer*, 777.

3. Internationell reglering

3.1 Grundläggande mänskliga rättigheter i arbetslivet

Det finns åtskilliga internationella regleringar gällande grundläggande mänskliga rättigheter. Bland annat har FN, ILO och Europarådet upprättat sådana konventioner och deklarerationer. Gemensamt för dessa bestämmelser är att de är tillämpliga för alla människor i medlemsstaterna, oavsett rättslig status.⁴⁸

Den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter (UDHR) upprättades av FN år 1948 och var den första internationella överenskommelsen om mänskliga rättigheter.⁴⁹ Inledningsvis stadgas att alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter samt att ingen människa ska diskrimineras.⁵⁰ UDHR lyfter också fram fyra grundläggande rättigheter i arbetet; rätt till arbete, rätt till lika lön för lika arbete, rätt till rättvis ersättning samt rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar. Rätten till arbete innebär att alla människor ska ha rätt att själv välja sitt arbete samt att arbetsförhållandena ska vara rättvisa och gynnsamma. Fortsättningsvis ska den ersättning som ges för arbete vara värdig.⁵¹ I den allmänna förklaringen fastställs också att alla har rätt till vila och ledighet och att en rimlig begränsning av arbetstid ska finnas.⁵² Ingen ska heller behöva falla offer för slaveriarbete.⁵³ UDHR betraktas fungera som en utgångspunkt för de grundläggande mänskliga rättigheterna. Den allmänna förklaringen i sig är inte juridiskt bindande men kompletteras av två specificerade konventioner vilka däremot är bindande.⁵⁴ Dessa är den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter samt den

⁴⁸ International Labour Office, *International Labour Migration - A rights-based approach*, 118.

⁴⁹ <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.

⁵⁰ UDHR, Artikel 1-2.

⁵¹ Ibid., Artikel 23.

⁵² Ibid., Artikel 24.

⁵³ Ibid., Artikel 4.

⁵⁴ Mulder, *Grundrättigheter som en del av arbetsrättslig reglering*, 35.

internationella konventionen om de medborgerliga och politiska rättigheterna.⁵⁵ Sverige har ratificerat båda.⁵⁶

Internationella arbetstagarorganisationen (ILO) är FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor.⁵⁷ Sverige är medlem i ILO sedan anslutningen till NF (FN:s föregångare) år 1920.⁵⁸ Organisationen har haft en stor roll i strävandena att förbättra arbetstagarnas villkor samt främja social rättvisa.⁵⁹ ILO har stadgat fyra kärnprinciper vilka är att betrakta som grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet. Dessa är tillämpliga för alla arbetare i ILO:s medlemsländer, inklusive irreguljära migrantarbetare. Samtliga av ILO:s medlemsstater är skyldiga att, oavsett om de ratificerat konventionerna i fråga, respektera, främja och genomföra följande fyra principer:

- (a) föreningsfrihet och erkännande av rätten till kollektiva förhandlingar
- (b) avskaffande av alla former av tvångsarbete
- (c) avskaffande av barnarbete
- (d) avskaffande av diskriminering i arbetslivet.⁶⁰

På europeisk nivå regleras de grundläggande mänskliga rättigheterna genom *Europarådet* och dess *konvention om mänskliga rättigheter* (ECHR).⁶¹ ECHR upprättades år 1950 i syfte att ena Europa efter andra världskriget.⁶² Inledningsvis framhålls i konventionen att de har tagit hänsyn till FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.⁶³ Många av de rättigheter som stadgas i Europakonventionen återfinns alltså även i UDHR, såsom förbud mot slaveri och tvångsarbete, rätt till föreningsfrihet samt förbud mot diskriminering. Diskrimineringsförbudet i

⁵⁵ Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 25.

⁵⁶ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=en och https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en.

⁵⁷ <http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/forenta-nationerna/ilo>.

⁵⁸ <https://svenskailo-kommitten.se/om-ilo/>.

⁵⁹ Nyström, Edström, Malmberg m. fl., *Nedslag i den nya arbetsrätten*, 36.

⁶⁰ <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>.

⁶¹ Nyström, Edström, Malmberg m. fl., *Nedslag i den nya arbetsrätten*, 36.

⁶² Bates, Buckley, Harris och O'Boyle, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3.

⁶³ ECHR, 5.

ECHR reglerar bland annat diskrimineringsgrunden "other status" ("ställning i övrigt")⁶⁴ och Selberg menar att migrationsrättslig status i vissa fall bör gå under denna kategori.⁶⁵

ECHR har ratificerats av samtliga 47 medlemsländer i Europarådet och är alltså juridiskt bindande för dessa länder.⁶⁶ Det primära ansvaret för att fri- och rättigheterna i konventionen respekteras ligger på medlemsstaterna.⁶⁷ Sverige har implementerat konventionen i svensk rätt genom *Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*.⁶⁸ Konventionens status är inte att betrakta såsom svensk grundlag⁶⁹ men RF stadgar att svensk rätt inte får strida mot Sveriges åtaganden enligt ECHR.⁷⁰ Mulder argumenterar dock för att denna bestämmelse endast är bindande gentemot lagstiftaren och att bestämmelser som strider mot ECHR kan införas genom avtal, exempelvis kollektivavtal.⁷¹

Europarådet har, i syfte att övervaka att konventionen följs⁷², upprättat Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter (Europadomstolen).⁷³ Domstolen har i uppgift att kontrollera om medlemsstaterna respekterat konventionsåtagandena gentemot enskilda individer samt privata organisationer. Först efter att samtliga nationella domstolsinstanser uttömts kan målet behandlas i Europadomstolen.⁷⁴

Gregor Noll ställer sig dock kritisk till om de grundläggande mänskliga rättigheterna i praktiken kan utnyttjas av de irreguljära migrantarbetarna. För att erhålla dessa rättigheter krävs kontakt med myndigheter i något avseende. Av den orsaken går de irreguljära migrantarbetarna miste om dessa rättigheter då kontakt med myndigheter innebär risk att bli utvisad. Noll argumenterar

⁶⁴ ECHR, Artikel 14.

⁶⁵ Selberg, *Om kriminaliseringen av papperslösas arbete och argumenten för att avskaffa den*, 367.

⁶⁶ Bates, Buckley, Harris och O'Boyle, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4.

⁶⁷ Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 41.

⁶⁸ *Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*.

⁶⁹ Mulder, *Grundrättigheter som en del av arbetsrättslig reglering*, 37.

⁷⁰ 2kap 19 §, RF.

⁷¹ Mulder, *Grundrättigheter som en del av arbetsrättslig reglering*, 37.

⁷² Hydén och Hydén, *Rättsregler - En introduktion till juridiken*, 119.

⁷³ Mulder, *Grundrättigheter som en del av arbetsrättslig reglering*, 37.

⁷⁴ Fransson och Stuber, *Diskrimineringslagen - En kommentar*, 22 och 25.

vidare för att en stats jurisdiktion huvudsakligen är territoriell och att staten och dess suveränitet innebär att de har makten att besluta om vem som är berättigad att komma in i och vistas i landet. Förhållandet mellan en stats makt och de mänskliga rättigheterna tenderar därför att bli instabilt.

75

3.2 Specifika bestämmelser för irreguljära migrantarbetare

Utöver de internationella organens föreskrifter om grundläggande mänskliga rättigheterna i arbetslivet har både FN, ILO och EU upprättat ett fåtal bestämmelser specifikt gällande för irreguljära migrantarbetare.

FN:s konvention om skydd för alla migrerande arbetstagares rättigheter och deras familjemedlemmar (ICRMW) syftar till att skydda migrantarbetares mänskliga rättigheter oavsett deras rättsliga status. Irreguljära migranter arbetar under sämre förhållanden och konventionen konstaterar att de mänskliga rättigheterna för alla migrantarbetare måste bli ännu mer allmänt erkända.⁷⁶ ICRMW anger exempelvis att inga migrantarbetare ska erhålla sämre rättigheter än medborgare i landet vad det gäller ersättning, lagstadgad maximal arbetstid, arbetsmiljö, vid upphörandet av en anställning⁷⁷ samt föreningsfrihet (med förbehåll för de berörda organisationernas regler).⁷⁸ Det tydliggörs också att konventionen inte ska tolkas som en legalisering av irreguljärt migrantarbete, utan att den ska syfta till att säkerställa rättvisa villkor för internationell migration.⁷⁹ ICRMW har ratificerats av 51 länder⁸⁰, vilka till majoriteten består av utvecklingsländer. Sverige har inte ratificerat konventionen trots att man var med och arbetade fram den.⁸¹ Tidigare motioner om Sveriges ratificering av ICRMW har avslagits bland annat eftersom att riksdagen har ansett att FN och ILO:s konventioner redan utgör ett tillräckligt gott skydd för migrantarbetare.⁸²

⁷⁵ Noll, *Why human rights fail to protect undocumented migrants*, 243-244.

⁷⁶ ICRMW, stycke 13, 14.

⁷⁷ Ibid., punkt 1, (a) och (b).

⁷⁸ Ibid., Artikel 26.

⁷⁹ Ibid., Artikel 35.

⁸⁰ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en.

⁸¹ Sveriges Riksdag, Motion 2011/12:U211, *Ratificering av FN:s konvention om migrantarbetares rättigheter*.

⁸² https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/skriftlig-fraga/svensk-ratificering-av-fn-konventionen-om_GQ11157.

ILO har upprättat *konventionen om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagares likställdhet*, hädanefter förkortad MWC, är tillämplig för samtliga migrantarbetare, inklusive de irreguljära.⁸³ Sverige är ett av de 23 länder som ratificerat denna.⁸⁴ Konventionen uppkom under 1970-talet i samband med den tilltagande oron över både arbetslösheten och den ökade irreguljära migrationen. Således kom fokus att riktas mot att få kontroll över migrationsflödet. Likt FN:s konvention om skydd för alla migrerande arbetstagares rättigheter och deras familjemedlemmar finns det bestämmelser där *samtliga* migrantarbetare inkluderas och sådana där enbart de reguljära innefattas.⁸⁵

Inledningsvis anför MWC att de fundamentala mänskliga rättigheterna ska gälla för alla migranter.⁸⁶ Vidare fastslås att varje medlemsstat systematiskt ska sträva efter att “fastställa om det finns illegalt anställda migrerande arbetstagare inom dess territorium”.⁸⁷ Varje medlemsland ska också vidta alla lämpliga åtgärder gentemot de som organiserar det illegala arbetet samt de som anställer de irreguljära migranterna. Detta för att motverka irreguljärt arbete.⁸⁸ Medlemsstater ska också besluta om sanktioner för de som överträder dessa bestämmelser. Däremot föreskrivs inga sanktioner mot de irreguljära migrantarbetarna i konventionen.⁸⁹ MWC kompletteras med en rekommendation, nämnd Migrant Workers Recommendation 151.⁹⁰

År 2009 upprättades *Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/52/EG om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt*, även kallat Sanktionsdirektivet. Syftet med direktivet är att bekämpa olaglig invandring.⁹¹ Direktiven betraktats vara den viktigaste rättskällan i arbetsrätten inom EU då majoriteten av den arbetsrättsliga lagstiftningen sker just genom dessa.⁹² Genom Sanktionsdirektivet förbjuds anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Det har därför upprättats gemensamma

⁸³ International Labour Office, *International Labour Migration - A rights-based approach*, 129.

⁸⁴ http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312288:NO.

⁸⁵ International Labour Office, *International Labour Migration - A rights-based approach*, 129.

⁸⁶ a.a.

⁸⁷ *ILO:s konvention om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagare*, Artikel 2 punkt 1.

⁸⁸ *Ibid.*, Artikel 3.

⁸⁹ International Labour Office, *International Labour Migration - A rights-based approach*, 129.

⁹⁰ ILO, *Migrant Workers Recommendation no. 151*.

⁹¹ EU-dir. 2009/52/EG, Artikel 1.

⁹² Nyström Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 35.

minimistandarder för sanktioner och åtgärder gentemot arbetsgivare som överskrider förbudet.⁹³ Dessa åtgärder bör vara effektiva, proportionella och avskräckande för arbetsgivaren.⁹⁴ Exempelvis ska de bli skyldiga att betala de skatter och sociala avgifter som arbetsgivaren har undgått genom att ha en tredjelandsmedborgare olagligt anställd ska ersättas av denne.⁹⁵

En arbetsgivare föreskrivs skyldigheten att, före anställandet av en tredjelandsmedborgare, kräva ett uppvisande av giltigt uppehållstillstånd eller annan handling med motsvarande betydelse som erkänner dem rätten att vistas i landet.⁹⁶ Arbetsgivaren är också skyldig att behålla en kopia på den giltiga handlingen för vistelsen och en underrättelse ska också lämnas till den eller de myndigheter i landet som behandlar dessa ärenden.⁹⁷ En arbetsgivare som fullgjort ovan nämnda skyldigheter ska inte betraktas ha överträtt förbudet mot olaglig anställning såvida denne varit i god tro.⁹⁸ Vid överträdelse av förbudet är arbetsgivaren skyldig att ansvara för betalning av “eventuell inestående ersättning till den olagligt anställda tredjelandsmedborgaren”. Detta innebär att ersättning till den irreguljära migrantarbetaren ska utgå i enlighet med minimilön i nationell lagstiftning, kollektivavtal eller branschpraxis.⁹⁹ Om inte parterna kan motbevisa annat ska det föreligga ett antagande om att anställningen pågått i minst tre månader.¹⁰⁰

Medlemsstater ska enligt direktivet också säkerställa att det finns möjlighet för olagligt anställda tredjelandsmedborgare att framföra klagomål gentemot sin arbetsgivare direkt eller genom tredje part. Tredje part kan exempelvis vara fackförening, myndighet eller annan organisation. Som sådan part har de tillåtelse att se till att de föreskrivna skyldigheterna i direktivet fullgörs. Det klargörs också att det inte ska betraktas som hjälp till olaglig vistelse genom att bistå en tredjelandsmedborgare vid ett framläggande av klagomål.¹⁰¹

⁹³ EU-dir. 2009/52/EG, Artikel 1.

⁹⁴ Ibid., Artikel 5, punkt 1.

⁹⁵ Ibid., Artikel 6, punkt 1b.

⁹⁶ Ibid., Artikel 4, punkt 1a.

⁹⁷ Ibid., Artikel 4, punkt 1 b och c.

⁹⁸ Ibid. Artikel 4, punkt 3.

⁹⁹ Ibid., Artikel 6, punkt 1a.

¹⁰⁰ Ibid., Artikel 6, punkt 3.

¹⁰¹ Ibid., Artikel 13.

4. Nationell reglering

4.1 De irreguljära migrantarbetarna och den svenska arbetsrätten

För att den svenska arbetsrättsliga lagstiftningen ska vara tillämplig på en individ krävs att de är att betrakta som arbetstagare. Arbetstagarbegreppet fungerar alltså som ett ramverk för hur det arbetsrättsliga skyddet ska tillämpas på individen. Dock finns det inte någon lagstadgad definition av arbetstagarbegreppet, varken i EU-rätt eller svensk rätt.¹⁰² Begreppets betydelse bestäms därför främst av rättspraxis, förarbeten samt doktrin. Hur arbetstagarbegreppet ska tolkas bygger dock på ändamålet med lagen eller bestämmelsen och man kan därför inte utgå från att begreppet i de olika civilrättsliga lagarna alltid har helt samma innebörd. Vid en bedömning av om en person är att anse som arbetstagare finns det ett par grundläggande kriterier. Inledningsvis kan endast fysiska personer betraktas som arbetstagare. Arbetet ska också innebära ett frivilligt åtagande att utföra arbete för någon annans räkning.¹⁰³ Nedan följer en utredning av huruvida de irreguljära migrantarbetarna omfattas av det arbetsrättsliga skyddet på den svenska arbetsmarknaden.

4.1.1 Anställningsskydd

Lagen om anställningsskydd (1982:80) ska enligt lagens inledande paragraf vara gällande för varje arbetstagare (med vissa undantag).¹⁰⁴ Huruvida de irreguljära migrantarbetarna inkluderas i arbetstagarbegreppet enligt lagen om anställningsskydd och därmed omfattas av bestämmelserna framgår inte tydligt i lagtexten. Frågan om anställningsskyddet kan vara gällande för irreguljära arbetstagare har endast behandlas i AD 1979 nummer 90. I det berörda fallet blir en jugoslavisk arbetstagare avskedad efter att hans arbetstillstånd löpt ut. Arbetstagersidan menade på att det inte ens förelegat saklig grund för uppsägning och att avskedandet skett i strid mot

¹⁰² Westregård, *The notion of 'employee' in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony?*, 187-188.

¹⁰³ Lunning och Toijer, *Anställningsskydd - En lagkommentar*, 20-21.

¹⁰⁴ 1 §, LAS.

anställningsskyddslagen. Arbetareförbundet yrkade i detta fall på ekonomiskt skadestånd på grund av utebliven lön, samt allmänt skadestånd till följd av brott mot anställningsskyddslagen. Arbetsgivarparten ansåg däremot att de inte hade brutit mot bestämmelserna i anställningsskyddslagen då de inte är tillämpliga när ett arbetstillstånd inte föreligger. Tvisten handlar alltså om huruvida en person utan arbetstillstånd kan omfattas av anställningsskyddslagen. Arbetsdomstolen kom fram till att anställningsskyddslagen vid sådana omständigheter inte är tillämplig. Inledningsvis ska en anställning endast anses föreligga då ett arbetstillstånd existerar. Fortsättningsvis konstaterar Arbetsdomstolen att det “föreligger en konflikt mellan anställningsskyddslagen skyddsföreskrifter och utlänningslagens straffbestämmelser.” Med andra ord ska en arbetsgivare alltså inte tvingas förlänga en illegal anställning och därmed bli straffansvarig.¹⁰⁵ Även om detta rättsfall är nästan 40 år gammalt är det än idag respekterat.¹⁰⁶ Inghammar menar i och med denna dom att anställningsskyddsbestämmelserna i stort sett kan uteslutas för de irreguljära migrantarbetarna, åtminstone i de fall då det rör sig om förlängning av anställningen.¹⁰⁷

4.1.2 Arbetsmiljörätt

Vad det gäller lagstiftning beträffande arbetsmiljö är *Arbetsmiljölagen* huvudförfattning.¹⁰⁸ Lagen är en ramlag vilket innebär att den kompletteras av Arbetsmiljöförordningen och Arbetsmiljöverkets föreskrifter.¹⁰⁹ Arbetsmiljölagen stadgar arbetsgivarens ansvar “att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö”¹¹⁰ och är gällande i “varje verksamhet där arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning”.¹¹¹ Vidare fastställer lagen att arbetsgivarens arbetsmiljöansvar föreligger även för de individer på arbetsplatsen som inte är arbetstagare i relation till denna arbetsgivare.¹¹² Dessa likställs med

¹⁰⁵ AD 1979 nr 90.

¹⁰⁶ Inghammar, *The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law*, 205.

¹⁰⁷ Inghammar, *Rörlighet på bakgården*, 163.

¹⁰⁸ Gullberg och Rundqvist, *Arbetsmiljölagen i lydelse den 1 juli 2014 - Kommentarer och författningar*, 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 27.

¹¹⁰ 1 kap, 1 § AML.

¹¹¹ 1 kap, 2 § AML.

¹¹² 3 kap, 12 §, AML.

arbetstagare och tillskrivs således samma arbetsmiljöskydd.¹¹³ Med bakgrund av detta bör även irreguljära migrantarbetare omfattas av AML.¹¹⁴ Arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön påverkas alltså som utgångspunkt inte av att de anställda saknar föreskrivet arbetstillstånd.¹¹⁵ Gällande arbetsskador där irreguljära migrantarbetare är inblandade, menar Inghammar, att arbetsskadeersättning generellt inte utgår, då ersättningen endast omfattar de som arbetar “vitt”.

116

4.1.2.1 Arbetstid och semesterrätt

Vad det gäller arbetstid ska den ses som en del av arbetsmiljön.¹¹⁷ Bestämmelser om arbetstid regleras däremot i separat lag; *Arbetstidslag (1982:673)*. Lagen fastställer bland annat att den sammanlagda arbetstiden inte får överstiga ett genomsnitt på 48 timmar per vecka under en period av högst fyra månader.¹¹⁸ Beträffande dygns- och veckovila gäller minst elva timmars dygnsvila och trettiosex timmars veckovila.¹¹⁹ Lagen är, bortsett från vissa inskränkningar, gällande för “varje verksamhet där arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning”.¹²⁰ Det har gjorts gällande att även irreguljära migrantarbetare omfattas av dessa bestämmelser.¹²¹ Beträffande semesterrätten påverkas den i allmänhet inte heller av att arbetstillstånd saknas.¹²²

4.1.3 Diskrimineringsförbud

Den svenska diskrimineringslagstiftningen är starkt influerad av FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Dess syfte är att “värna principen om alla människors lika värde och allas rätt att bli behandlade som individer på lika villkor.”¹²³ *Diskrimineringslagen (2008:567)*

¹¹³ Gullberg och Rundqvist, *Arbetsmiljölagen i lydelse den 1 juli 2014 - Kommentarer och författningar*, 25.

¹¹⁴ Inghammar, *The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law*, 206.

¹¹⁵ SOU 2010:63, 182.

¹¹⁶ Inghammar, *Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism - hot mot EU:s sammanhållning?*, 164.

¹¹⁷ Gullberg och Rundqvist, *Arbetsmiljölagen i lydelse den 1 juli 2014 - Kommentarer och författningar*, 115.

¹¹⁸ 10b §, *Arbetstidslag (1982:673)*.

¹¹⁹ 13-14 §, *Arbetstidslag (1982:673)*.

¹²⁰ 1 §, *Arbetstidslag (1982:673)*.

¹²¹ SOU 2010:63, 25. Se även Inghammar, *Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism - hot mot EU:s sammanhållning?*, 163.

¹²² SOU 2010:63, 178.

¹²³ Prop. 2007/08:95, 79.

stadgar sju olika diskrimineringsgrunder; kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.¹²⁴ Den diskrimineringsgrund som kan tänkas ligga närmast för irreguljära migranter är etnicitet.¹²⁵ Huruvida diskrimineringslagen är tillämplig för irreguljära migrantarbetare är ännu oprövat i domstol och är därför inte helt klart.¹²⁶

Enligt diskrimineringslagen får inte en arbetsgivare diskriminera den som hos arbetsgivaren är arbetstagarare.¹²⁷ Någon lagstadgad definition av arbetstagarbegreppet finns, som tidigare nämnts, inte och i propositionen till diskrimineringslagen nämns endast att en arbetstagarare är den som är part i ett anställningsavtal.¹²⁸ EU-domstolen har dock slagit fast att i och med att diskrimineringskyddet är en mänsklig rättighet ska arbetstagarbegreppet tolkas extensivt. Arbetstagarbegreppet i diskrimineringslagstiftningen är därför mer omfattande än exempelvis arbetstagarbegreppet i lagen om anställningsskydd.¹²⁹ Inghammar menar att alla individer bör innefattas, oavsett reguljär eller irreguljär status.¹³⁰ Det borde, enligt DL, bli fråga om diskriminering i förhållande till lön och ersättning då en irreguljär migrantarbetare missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan i en jämförbar situation. I sådant fall borde diskrimineringsersättning kunna utgå, för den kränkning samt inkomstförlust det inneburit.¹³¹ Diskrimineringsersättning syftar till att arbetsgivaren ska kompensera för själva kränkningen samt att “avskräcka från diskriminering”. Påföljden ska därför vara kännbar för den skyldige.¹³² Detta innebär att högre belopp kan krävas av arbetsgivaren än tidigare när påföljden för diskrimineringsbrott endast var allmänt skadestånd.¹³³

¹²⁴ 1 kap 1 §, DL.

¹²⁵ Inghammar, *The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law*, 208-209.

¹²⁶ <https://arbetet.se/2016/04/29/sa-fungerar-arbetsratten-for-papperslos-arbetskraft/>. Se även Inghammar, *Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism - hot mot EU:s sammanhållning?*, 174.

¹²⁷ 2 kap 1 § 1 p, DL.

¹²⁸ Prop. 2007/08:95, 497.

¹²⁹ Fransson och Stuber, *Diskrimineringslagen - En kommentar*, 128-129.

¹³⁰ Inghammar, *The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law*, 209.

¹³¹ Inghammar, Andreas, *The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law*, 2010, 209.

¹³² Prop. 2007/08:95, 390.

¹³³ Fransson, Stuber, *Diskrimineringslagen - En kommentar*, 491.

Även arbetssökande hos arbetsgivaren skyddas som huvudregel av diskrimineringslagen.¹³⁴ Diskriminering kan i dessa situationer dock troligen inte åberopas av irreguljära migrantarbetare på grund av förbudet mot anställning av utlänning som vistas olagligt i Sverige. I detta fall står alltså de migrationsrättsliga bestämmelserna högre än diskrimineringslagen då ett anställande av en irreguljär migrant skulle innebära att arbetsgivaren blir skyldig till brott mot UtL.¹³⁵

4.1.4 Föreningsrätt

Sverige har ratificerat samtliga internationella bestämmelser som reglerar föreningsfrihet och har på så vis åtagit sig att följa dem.¹³⁶ Ett ratificerande av en konvention innebär dock inte att den blir direkt tillämplig i svensk rätt, utan det krävs att bestämmelsen inkorporeras genom lag.¹³⁷ Europarådets konvention om mänskliga rättigheter är en sådan. Denna har Sverige, vilket tidigare nämnts, implementerat genom *Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*. Föreningsfriheten regleras också i den svenska Regeringsformen där det framhålls att samtliga individer är berättigade denna frihet.¹³⁸ Avsikten med Regeringsformens bestämmelse är att försäkra att den enskildes frihet att sammansluta sig med andra inte kränks av staten.¹³⁹ Föreningsfriheten återfinns även i MBL.¹⁴⁰ Den anges där vara “rätten för arbetsgivare och arbetstagare att tillhöra arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation, att utnyttja medlemskapet och att verka för organisationen eller för att sådan bildas.”¹⁴¹ Denna rätt ska lämnas okränkta.¹⁴² Fortsättningsvis fastställer MBL att föreningsfriheten är tillämplig då det föreligger ett anställningsförhållande mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹⁴³ Lagen föreskriver även att “den som utför arbete åt annan och därvid ej är anställd hos denne men har en ställning av väsentligen samma slag som en anställd” ska inkluderas i begreppet arbetstagare.¹⁴⁴

¹³⁴ 2 kap 1 § 2 p, DL.

¹³⁵ 20 kap 5§, UtL.

¹³⁶ Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 30.

¹³⁷ *Ibid.*, 37.

¹³⁸ 2 kap 1§ 5 p, RF.

¹³⁹ Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 492.

¹⁴⁰ 7-9 §§, MBL.

¹⁴¹ 7 §, MBL.

¹⁴² 8 §, MBL.

¹⁴³ Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 498.

¹⁴⁴ 1 §, MBL.

Av vad som kan utläsas av svensk och internationell rätt är föreningsfriheten en grundläggande mänsklig rättighet. Det råder dock skilda meningar bland fackföreningar på nationell och internationell nivå huruvida irreguljära migrantarbetare bör få ansluta sig till dessa. Det enda fackförbundet i Sverige som tillåter irreguljära migranter att ansluta sig är Syndikalisterna.¹⁴⁵ Europakommissionen (Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna) har angivit att föreningsfriheten inte kan tolkas på det viset att en arbetstagare kan ansluta sig till önskad fackförening oberoende av fackföreningens stadga och interna regler. Utgångspunkten är alltså att fackföreningar måste vara fria att besluta om vem som får inträda respektive uteslutas ur föreningen.¹⁴⁶ Det är däremot inte tillåtet att utesluta medlemmar från en fackförening på grund av de omständigheter som anges i Europakonventionens artikel 14; kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationell eller social härkomst, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Ett sådant uteslutningsbeslut är diskriminerande.¹⁴⁷ I och med Sveriges åtagande och implementering av Europakonventionen är detta gällande även i svensk rätt.¹⁴⁸

I Sverige har den ideella föreningen Fackligt center för papperslösa (FCFP) upprättats i syfte att hindra exploateringen av irreguljära migranter i arbetet. Föreningen bildades av LO och TCO med hjälp av flera fackförbund inom LO, TCO och Saco vilka tillsammans stödjer de irreguljära migranterna i arbetsrättsliga frågor på den svenska arbetsmarknaden. Idag är tjugoåtta fackliga organisationer medlemmar i FCFP. Varje förbund ansvarar för att hjälpa de irreguljära migrantarbetarna inom sitt avtalsområde. Exempelvis kan irreguljära migrantarbetare vända sig till FCFP då de blivit diskriminerade av arbetsgivaren eller om de arbetar under förhållanden som underskrider det acceptabla vad det gäller ersättning, arbetstider eller arbetsmiljö.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Inghammar, *The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Immigration Policy and Employment Law*, 210.

¹⁴⁶ Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 514.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 515. Se även Europakonventionen artikel 11 och 14.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 520.

¹⁴⁹ http://www.fcfp.se/?page_id=47.

4.1.4.1 Kollektivavtal

Det svenska kollektivavtalet har normerande verkan vilket innebär att arbetsgivaren är skyldig att tillämpa bestämmelser i kollektivavtal även på oorganiserade arbetstagare.¹⁵⁰ En utomstående arbetstagare ska alltså inte berättigas sämre villkor än en organiserad sådan.¹⁵¹ En överträdelse av kollektivavtalets normerande verkan innebär att arbetsgivaren begår ett kollektivavtalsbrott och att skadestånd kan utgå till fackförbund samt arbetstagare.¹⁵² Huruvida kollektivavtalet är tillämpligt även för irreguljära migrantarbetare har ännu inte behandlats i rättspraxis eller förarbeten.¹⁵³ Det skulle eventuellt kunna urskiljas i AD 1991 nr 49. I målet underlät en arbetsgivare att tillämpa gällande kollektivavtal på tre oorganiserade arbetstagare som dessutom saknade arbetstillstånd. Arbetsgivaren blev därmed skyldig till kollektivavtalsbrott då denne betalade ut löner som underskred det gällande kollektivavtalets miniminivå. Detta resulterade i allmänt skadestånd till fackförbundet i fråga.¹⁵⁴ Domen i rättsfallet tyder på att kollektivavtalet bör ha normerande verkan även för irreguljär arbetskraft.¹⁵⁵ Även Fackligt center för papperslösa framför att kollektivavtalet är gällande för alla arbetstagare inklusive irreguljära migrantarbetare.¹⁵⁶ I de fall då ett kollektivavtal inte skulle existera kan en irreguljär migrantarbetare idag erhålla ersättning genom ett åberopande av EU-direktiv 2009/52/EG och Lagen om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige.¹⁵⁷

4.2 Implementering av Sanktionsdirektivet i nationell rätt

Då EU upprättar direktiv är medlemsstater skyldiga att implementera bestämmelserna i nationell rätt.¹⁵⁸ Att direktiv är bindande för samtliga EU-länder samt att det är upp till varje land att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet av dessa föreskrivs i Artikel 288 i

¹⁵⁰ Glavå och Hansson, *Arbetsrätt*, 544.

¹⁵¹ http://www.fcfp.se/?page_id=45.

¹⁵² 55 §, MBL.

¹⁵³ SOU 2010:63, 183.

¹⁵⁴ AD 1991:49.

¹⁵⁵ SOU 2010:63, 184.

¹⁵⁶ http://www.fcfp.se/wp-content/uploads/2015/06/Pappersl%C3%B6sa_Eng_A5-folder.pdf, 3.

¹⁵⁷ EU-dir. 2009/52/EG samt Lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige.

¹⁵⁸ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 35.

FEUF.¹⁵⁹ Dock har EU-domstolen ställt sig kritisk till att implementeringen av direktivets bestämmelser sker genom kollektivavtal. Ett sådant genomförande har EU-domstolen underkänt av den orsaken att bestämmelserna måste vara gällande även då kollektivavtal inte föreligger. Direktivets bestämmelser bör istället införlivas i nationell rätt genom lagstiftning. Undantag kan göras om regering eller myndighet beslutar om kollektivavtal som omfattar en hel bransch och således inkluderar alla anställda.¹⁶⁰ Fortsättningsvis har EU-domstolen också fastställt att direktiv kan ha direkt effekt efter att den angivna tidsfristen för implementering har löpt ut.¹⁶¹ Den i detta fall vertikala direkta effekten av direktivet innebär att enskilda kan åberopa rättigheter gentemot staten.¹⁶²

När det kommer till svensk rätt har Sanktionsdirektivet implementerats främst genom tillägg och ändringar i UtiL samt upprättande av Lag om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige. Direktivet inför gemensamma minimistandarder för sanktioner och åtgärder gentemot arbetsgivare som bryter mot förbudet att anställa irreguljära arbetstagare. Dessa åtgärder har införts i syfte att bekämpa den olagliga invandringen då en av de centrala motiven till olaglig invandring till EU är möjligheten att arbeta i medlemsländerna utan att inneha giltiga tillstånd för detta.¹⁶³ Implementeringen av Sanktionsdirektivet i medlemsländernas nationella rätt skulle ha skett senast den 20 juli 2011.¹⁶⁴ Sverige var dock sena med införlivandet och gjorde detta så sent som 2013.¹⁶⁵

Direktivet ålägger också stater att säkerställa en möjlighet för irreguljära migrantarbetare att framlägga klagomål gällande sin arbetsgivare. I SOU 2010:62 fastslogs dock att svensk rätt redan uppfyller dessa krav i och med lagen (1990:746) om betalningsföreläggande och handräckning samt genom den funktion som Fackligt center för papperslösa fyller.¹⁶⁶

¹⁵⁹ FEUF, Artikel 288.

¹⁶⁰ Nyström, *EU och arbetsrätten*, 67.

¹⁶¹ Hettne, *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 184.

¹⁶² Nyström, *EU och arbetsrätten*, 35.

¹⁶³ SOU 2010:63, 58.

¹⁶⁴ EU-direktiv 2009:52:EG, Artikel 17 punkt 1.

¹⁶⁵ Regeringens prop. 2012/13:125, *Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare*.

¹⁶⁶ SOU 2010:63, 297.

4.2.1 Sanktioner och åtgärder gentemot arbetsgivare

Den huvudsakliga sanktionen som stadgas gentemot arbetsgivare i direktivet är att den som uppsåtligen eller av oaktsamhet har anställt en irreguljär arbetstagare med böter eller fängelse vid försvårande omständigheter.¹⁶⁷ I svensk rätt fanns det dock redan innan implementeringen av sanktionsdirektivet liknande bestämmelser som de finansiella sanktioner som anges i direktivet. Bestämmelserna innebar att en juridisk eller fysisk person som hade en irreguljär migrant anställd skulle betala en särskild avgift till staten. Denna bestämmelse om särskild avgift tillämpades dock inte i någon vidare utsträckning. Enbart fem sådana beslut meddelades under åren 2005-2009.¹⁶⁸

Direktivets införlivande i svensk rätt har inneburit justeringar i bland annat UtLL. En av dessa är tillägget i 20 kap 12 §. Bestämmelserna i den nämnda paragrafen anger arbetsgivarens skyldighet att betala särskild avgift då denne överträtt förbudet att ha en irreguljär utlänning anställd. Tillägget som gjorts är att arbetsgivaren ska bli befriad att betala böter om denne fullgjort sina kontroll- och underrättelseskyldigheter vad det gäller att kontrollera utlänningens rätt till vistelse i Sverige, behålla en kopia eller ett utdrag av de handlingar som intygar att denne har rätt att vistas här, samt underrätta behörig myndigheten om anställningen.¹⁶⁹ Om det däremot skulle bli fråga om en särskild avgift för arbetsgivaren så ska denna för varje utlänning uppgå till hälften av prisbasbeloppet angivet i socialförsäkringsbalken. I de fall då överträdelsen av förbudet pågått längre än tre månader ska hela prisbasbeloppet betalas. I båda situationerna tillfaller avgiften staten.¹⁷⁰

Ytterligare en sanktion mot arbetsgivaren som har implementerats i svensk lag genom EU-direktivet är att om en arbetsgivare bryter mot förbudet att anställa irreguljära migranter kan denne riskera att förlora en del av eller alla offentliga stöd, bidrag och förmåner som denne tidigare har beviljats. Om sådana offentliga stöd redan har betalats ut kan en överträdelse av

¹⁶⁷ EU-direktiv 2009:52:EG, Artikel 5.

¹⁶⁸ SOU 2010:63, 155-156.

¹⁶⁹ 20 kap, 12§ 2 st, UtLL.

¹⁷⁰ 20 kap, 12§ 3 st, UtLL.

förbudet också leda till att arbetsgivaren blir återbetalningsskyldig av dessa.¹⁷¹ En justering som också gjorts i UtIL är att arbetsgivaren tillskrivs skyldigheten att ersätta återvändandekostnader för den irreguljära arbetstagaren om det blir fråga om ett sådant förfarande.¹⁷² Så var alltså inte fallet före direktivets upprättande.¹⁷³ Sanktionsdirektivet ger dock inte någon vidare vägledning gällande vilka kostnader som ska betalas. Istället har hänsyn tagits till direktiv 2001/51/EG (om komplettering av bestämmelserna i artikel 26 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet) där skälig ersättning ansetts bestå av kostnaden för utlänningens utresa ur Sverige samt kostnaden för den personal som behöver följa med migranten i bevakande syfte. En arbetsgivare som överträder förbudet om anställning av utlänning som vistas olagligt i Sverige bör alltså vara skyldig att betala “enbart” dessa kostnader.¹⁷⁴

4.2.2 Rätt till lön för utfört arbete

Artikel 6 i Sanktionsdirektivet stadgar som tidigare nämnts rätten till inestående ersättning för en irreguljär migrantarbetare. Vid ogiltiga avtal är rättsföljden i svensk rätt i vanliga fall att avtalsparterna inte behöver fullgöra sina avtalade skyldigheter och att parterna ska returnera vad de har erhållit till följd av avtalet. Utfört arbete av en irreguljär arbetstagare som en arbetsgivare har tillgodoräknat sig kan normalt inte “lämnas tillbaka” vid ett ogiltigförklarande av anställningsavtalet. Ett ogiltigt avtal ska inte gynna någon av avtalsparterna. Arbetsgivare var därför enligt svensk rätt, redan innan implementeringen av sanktionsdirektivet, skyldiga att betala ersättning för utfört arbete, oavsett om anställningsavtalet var giltigt eller inte. För att förtydliga detta och för att säkerställa att sanktionsdirektivet följs infördes, vid implementeringen av direktivet, en ny lag: *Lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige*.¹⁷⁵ Lagen stadgar att en utlänning som utfört arbete för en arbetsgivare vilken överträtt förbudet mot anställning av irreguljära arbetstagare har rätt till lön och annan ersättning från arbetsgivaren.¹⁷⁶ Då Sverige inte har någon lagstadgad minimilön fastslås att lönen och ersättningen som betalas ut istället ska vara i enlighet med den

¹⁷¹ 20 kap 15-16 §§, UtIL.

¹⁷² SOU 2010:63, 161.

¹⁷³ SOU 2010:63, 155-156.

¹⁷⁴ SOU 2010:63, 162-163.

¹⁷⁵ Prop. 2012/13:125, 80-81.

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

minimilön och ersättning som föreskrivs i kollektivavtal eller branschpraxis.¹⁷⁷ Vid eventuell uppkommen tvist om lön eller ersättning ska presumtionen vara att utlänningen utfört tre månaders arbete om inte annat kan påvisas av endera parter.¹⁷⁸ Implementeringen av Sanktionsdirektivet möjliggör också att de irreguljära migranterna får beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd i de fall där en talan väckts om inestående ersättning från arbetsgivare.¹⁷⁹

5. Analys

Nedan följer en analys av de irreguljära migrantarbetarnas skydd på den svenska arbetsmarknaden med beaktande av såväl internationell som nationell reglering. En diskussion förs också kring huruvida detta skydd är tillämpligt i praktiken.

Inledningsvis skyddas de irreguljära migrantarbetarna av internationella bestämmelser om grundläggande mänskliga rättigheter. FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna var först bland dessa bestämmelser och har hädanefter varit vägledande för andra regleringar. Rättigheter såsom exempelvis skydd mot diskriminering, rätt till arbete och rättvis ersättning, tillskrivs de irreguljära migrantarbetarna genom deklARATIONEN samt även genom ILO:s konventioner. Inledningsvis är det nämnvärt att det inte existerar några sanktionspåföljder vid en överträdelse av bestämmelser från varken FN eller ILO. Avsaknaden av ett kontrollerande organ vid brott mot mänskliga rättigheter gör att skyddet försvagas i och med att stater inte åläggs några egentliga påföljder vid ett sådant brott. På europeisk nivå har däremot Europadomstolen upprättats i syfte att skydda de mänskliga rättigheterna som föreskrivs i Europakonventionen. Tack vare denna kan stater sanktioneras och individerna tillskrivs på så vis ett starkare skydd. I och med att Europakonventionen har implementerats i svensk lag samt att det i grundlag stadgas att svensk rätt inte får strida mot Sveriges åtaganden enligt ECHR bör konventionen ge ett starkare skydd än FN och ILO:s ovan nämnda konventioner.

¹⁷⁷ Prop. 2012/13:125, 81.

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

¹⁷⁹ 5 kap 15d § 2p, UtIL.

Huruvida de grundläggande mänskliga rättigheterna skyddar de irreguljära migrantarbetarna i praktiken kan diskuteras. Möjligheterna för dem att utnyttja mänskliga rättigheter i arbetet, såsom diskrimineringskydd, föreningsfrihet och rätt till lika lön för lika arbete, är sämre på grund av ett par olika anledningar. En huvudsaklig faktor är staters rätt till suveränitet att besluta om vem som får vistas samt arbeta i Sverige. Exempelvis är det troligt att irreguljära migranter inte kan åberopa diskriminering vid ingående av anställning då svensk rätt stadgar att det är ett brott för arbetsgivaren att anställa någon som inte innehar giltiga tillstånd. Diskrimineringskyddet är en mänsklig rättighet men då det föreligger en konflikt mellan dessa och staters suveränitet tenderar rättigheterna att berövas, likt i exemplet om diskrimineringskyddet för en arbetssökande irreguljär migrant. Ytterligare en anledning till att denna grupp arbetstagare skyddas sämre av de mänskliga rättigheterna är att det krävs en kontakt med myndigheter för att utöva dessa. I de fall en irreguljär migrantarbetare upplever att denne blivit utsatt för kränkning av de mänskliga rättigheterna måste en anmälan göras till berörd myndighet. I praktiken innebär en sådan anmälan ett tillkännagivande att man befinner sig i och arbetar illegalt inom landets territorium och att detta leder till utvisning. De irreguljära migrantarbetarna hamnar således i ett rättsligt vakuum.

Det finns också bestämmelser som avser att specifikt skydda de irreguljära migrantarbetarna. *FN:s konvention om skydd för alla migrerande arbetstagares rättigheter och deras familjemedlemmar (ICRMW)* är en av dessa. Sverige har, likt andra västländer, underlåtit att ratificera konventionen. Motioner om en sådan ratificering har, som tidigare nämnt i avsnitt 3.2, fått avslag i Sveriges riksdag med motiveringen att de internationella bestämmelser som Sverige åtagit sig redan utgör ett tillräckligt starkt skydd för de irreguljära migrantarbetarna. *ILO:s konvention om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagares likställdhet (MWC)* har även den ratificerats av få länder. Konventionen har dock undertecknats av Sverige. Anledningen till att Sverige har ratificerat denna konvention och inte FN:s migrantarbetarkonvention kan tänkas vara på grund av att ILO:s MWC i en annan utsträckning yttrar att den strävar efter att motverka irreguljärt migrantarbete och missbruket av

dessa migranternas ställning. Detta kan tydligt urskiljas i och med att sanktioner stadgas gentemot de som organiserar det illegala arbetet samt de som anställer irreguljära migranter.

På europeisk nivå har Sanktionsdirektivet upprättats i syfte att bekämpa olaglig arbetskraftsinvandring från tredjeland. Implementeringen av Sanktionsdirektivet i svensk rätt har bidragit till ett ökat skydd mot exploatering av irreguljära migrantarbetare. Särskilt i det avseendet att direktivet fastställer rätt till inestående ersättning, trots att arbetet varit av illegal karaktär. Direktivet stadgar inga sanktioner gentemot de som arbetar irreguljärt. Istället åläggs arbetsgivaren det huvudsakliga ansvaret för en sådan illegal anställning. Att skuldbelägga arbetsgivaren och införa starkare sanktioner mot denne bör leda till ett avskräckande från att anställa irreguljär arbetskraft, vilket också är syftet med direktivet. Genom dessa sanktioner lönar det sig inte för en arbetsgivare att utnyttja sådan arbetskraft. Frågan är hur väl direktivets bestämmelser om förenklat klagomålsförfarande har implementerats i svensk rätt. Regeringen ansåg, som tidigare nämnts, att Sverige redan uppfyller dessa krav. Vi ställer oss dock kritiska till om Sverige uppfyller dessa krav enbart genom Fackligt center för papperslösa. Det faktum att staten ansett att en ideell förening uppfyller direktivets krav om möjlighet till förenklat klagomålsförfarande tyder enligt oss på att staten inte vidare har ansträngt sig att åta direktivets förpliktelser i detta avseende.

Vid studerandet av internationella bestämmelser för irreguljära migrantarbetare har vissa likheter uppmärksamats bestämmelserna emellan. ILO:s MWC och EU:s Sanktionsdirektiv överensstämmer i flera avseenden. Båda bestämmelserna uttrycker tydligt att de syftar till att motverka irreguljärt migrantarbete och att åtgärder ska vidtas för att fastställa om sådant arbete föreligger inom landets territorium. Detta blir tydligt i och med att sanktioner riktas mot de som anställer de irreguljära migrantarbetarna. Dessa två bestämmelser har båda ratificerats och implementerats i svensk rätt, till skillnad från FN:s migrantarbetarkonvention. Anledningen till att just dessa två införlivats kan tänkas bero på att de båda tydligare uttrycker att de syftar till att *motverka* irreguljär arbetskraft. FN:s konvention å andra sidan uttrycker ett starkare skydd för individen då de formulerar att konventionsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att irreguljära migranter inte ska åtnjuta sämre arbetsrättsliga rättigheter än övriga arbetstagare. Vår

teori är att dessa tre konventioner egentligen fyller samma funktion, det vill säga att motverka irreguljärt arbete, men att det finns skillnader i *hur* det görs. Irreguljära migrantarbetare är attraktiva för arbetsgivare på grund av att de utgör billigare arbetskraft. Gemensamt för konventionerna är att man “höjer priset” på irreguljära migrantarbetare. ILO:s MWC och EU:s Sanktionsdirektiv gör detta genom att sanktionera arbetsgivare så pass mycket att det inte lönar sig att anställa migranter vilka saknar giltiga tillstånd. FN:s migrantarbetarkonvention däremot tillskriver de irreguljära migrantarbetare samma rättigheter som övriga arbetstagare vilket gör att de “kostar” lika mycket som legala arbetare. Till följd av denna “prishöjning” av irreguljära migrantarbetare minskar efterfrågan på sådan arbetskraft.

I svensk rätt råder det ingen riktig klarhet i vilket arbetsrättsligt skydd de irreguljära migranterna omfattas av. De flesta arbetsrättsliga regleringar ska enligt lagtexten vara gällande för varje arbetstagare. Hur arbetstagarbegreppet ska tolkas definieras som tidigare nämnt inte i lag och begreppet har olika innebörd i olika arbetsrättsliga lagar beroende på syftet med regleringen. Ett samband vi ser är att arbetstagarbegreppet tolkas mer extensivt i de arbetsrättsliga lagar som har i syfte att skydda de mänskliga rättigheterna. Exempelvis bör irreguljära migrantarbetare skyddas av diskrimineringslagen då det är en mänsklig rättighet att inte bli diskriminerad. En kränkning bör således kunna åberopas oavsett om personen i fråga har personnummer eller inte. Diskrimineringsskyddet verkar föreligga i frågor som rör exempelvis lön och ersättning samt trakasserier. Dock kan inte de irreguljära migranterna åberopa diskriminering vid ansökan om arbete då detta står i strid med de svenska migrationsrättsliga bestämmelserna (Util). Således kan en arbetsgivare inte anklagas för diskriminering genom att inte anställa en person som saknar giltiga tillstånd för att arbeta. Vidare finns det ingen rättspraxis gällande diskriminering av irreguljära migranter. Som nämnts i teoriavsnittet borde dock etnicitet vara den mest förekommande diskrimineringsgrunden i irreguljära migrantarbetare fall. Det går inte att blunda för att människan har en tendens att kategorisera människor utefter exempelvis utseende och ursprung. Det är därför möjligt att människor som kommer till Sverige med annan etnisk bakgrund tenderar att löpa större risk för diskriminering.

Det föreningsrättsliga skyddet för irreguljära migrantarbetare bör även det innebära ett mer extensivt skydd, då föreningsrätten likt diskrimineringskyddet är en mänsklig rättighet. Denna rättighet regleras som tidigare nämnts både i RF och MBL men också i och med implementering av ECHR i svensk lag. Det råder dock skilda meningar om huruvida irreguljära migrantarbetare ska få ansluta sig till fackföreningar. Som nämnts i uppsatsens tidigare skede har Europakommissionen uttryckt att fackförbunden själva ska ha rätt att bestämma vilka som får ansluta sig respektive uteslutas, förutsatt att uteslutandet inte är diskriminerande. I Sverige ges de fackliga organisationerna också denna frihet och Syndikalisterna är egentligen den enda fackföreningen som tar emot dessa. Kollektivavtalet däremot bör ha normerande verkan även för irreguljära migrantarbetare. Detta skulle kunna sägas ha slagits fast i och med AD 1991 nr 49 där arbetsgivaren dömdes till kollektivavtalsbrott på grund av att denne underlåtit att tillämpa avtalet på tre irreguljära arbetstagare. Dock innebär ett kollektivavtalsbrott endast skadestånd till fackförbundet i fråga och inte till arbetstagarna.

Vad det gäller det arbetsmiljörättsliga skyddet tillskrivs detta arbetstagare men också de som inte är att betrakta som arbetstagare. Av vad som utretts är arbetsgivaren ansvarig för arbetsmiljön oberoende av om de anställda innehar arbetstillstånd eller inte. Samma gäller för bestämmelser om arbetstid samt semesterrätt. Arbetsmiljörätten kan således betraktas vara det arbetsrättsliga området som omfattar de irreguljära migrantarbetarna i högst grad. Anställningsskyddet å andra sidan, kan de irreguljära migrantarbetarna inte omfattas av. Detta beror på att det föreligger en konflikt mellan migrationsrättslig och arbetsrättslig reglering där migrationsrätten står högre. Utlänningslagens bestämmelser om vem som har rätt att vistas i samt arbeta i Sverige samt att det är kriminaliserat att anställa personer utan sådana tillstånd gör att anställningsskyddet här förlorar verkan. Det ska alltså inte av en arbetsgivare vara möjligt att kräva förlängning av en illegal anställning. Att irreguljära migrantarbetare inte omfattas av lagen om anställningsskydd konstateras i AD 1979 nr 90.

Utifrån vad som ovan utretts går det att urskilja ett par huvudproblem på ämnet. Dels råder det en konflikt mellan intresset att skydda individen och statens intresse att bestämma vem som får

vistas i Sverige. Att utsatta människor inte ska falla offer för exploatering i arbetslivet och att de ska erhålla ett visst arbetsrättsligt skydd är majoriteten ense om. Detta krockar dock med statens intresse att bibehålla landets gränser. Ett avskaffande av gränserna skulle bland annat innebära ett uppoffrande av den svenska välfärden. För att upprätthålla gränserna har migrationsrättsliga bestämmelser upprättats kring vem som har rätt att vistas och arbeta i Sverige. I och med dessa bestämmelser kan irreguljära migranter inte åtnjuta samma rättigheter och skydd i arbetslivet då vissa arbetsrättsliga lagar står i strid med migrationsrätten. Detta är anledningen till att de irreguljära migrantarbetarna exempelvis inte kan omfattas av LAS och att DL enbart tillskriver dem ett skydd i vissa situationer.

Av vad som utretts i uppsatsen har det också framkommit att dessa arbetstagare i teorin delvis omfattas av det arbetsrättsliga skyddet i Sverige. Det ligger dock en problematik i svårigheten för irreguljära migrantarbetare att i praktiken utöva sina rättigheter i arbetet. Denna grupp människor håller sig undan staten med vetskapen att ett avslöjande om att de vistas och arbetar illegalt innebär utvisning. I de fall irreguljära migrantarbetare har exploaterats och fått sina rättigheter kränkta krävs det att de tar kontakt med berörd myndighet för att framföra sin klagan. Avsaknaden av rättspraxis gällande irreguljära migrantarbetare tyder också på att få väcker talan gentemot sin arbetsgivare. Det troliga är att dessa människor undviker att göra en anmälan och istället accepterar sämre villkor i arbetet än vad de är berättigade. Detta då det viktiga för dem ofta är att få stanna. I praktiken innebär detta att det krävs att man betalar ett pris för att ha möjlighet att utöva sina rättigheter i arbetet. Irreguljära migranter ska på den svenska arbetsmarknaden skyddas av de grundläggande mänskliga rättigheterna och inkluderas, med vissa undantag, också i arbetsmiljörätten, föreningsrätten samt diskrimineringslagen. Priset som dessa utsatta människor får betala, det vill säga att bli utvisad, för att utöva ovan nämnda rättigheter är dyrt. Ett sådant högt pris på rättigheterna gör att det inte är värt för de irreguljära migrantarbetarna att utnyttja dessa. För att sammanfatta det hela omfattas de irreguljära migrantarbetarna i teorin delvis av det svenska arbetsrättsliga skyddet men att det i praktiken, på grund av ovan nämnda orsaker, är svårt att tillämpa.

6. Slutsats

Efter den utredning som gjorts i uppsatsen har vi kommit fram till att irreguljära migrantarbetare erhåller ett visst arbetsrättsligt skydd på den svenska arbetsmarknaden. Vi har konstaterat att de arbetsrättsliga lagarna inkluderar dem i olika hög grad. Inledningsvis är Arbetsmiljölagen tillämplig även för de arbetstagare som saknar arbetstillstånd. Likaså ska de irreguljära migrantarbetarna omfattas av Arbetstidslagen och Semesterlagen. Även föreningsrätten omfattar denna grupp arbetstagare. Det är dock upp till varje fackförbund att besluta om vilka som ges medlemskap. Diskrimineringslagstiftningen utgör ett skydd för de irreguljära migrantarbetarna när det kommer till lön och ersättning. Det har dock konstaterats att det inte kan bli fråga om diskriminering i de fall då en arbetsgivare valt att inte anställa en irreguljär arbetstagare, på grund av att det strider mot bestämmelserna i UtLL. Anställningsskyddet däremot omfattar inte personer som inte innehar giltigt arbetstillstånd eller uppehållstillstånd, också på grund av att de migrationsrättsliga bestämmelserna står högre.

De irreguljära migrantarbetarna skyddas också av de grundläggande mänskliga rättigheterna då dessa är gällande för samtliga människor. Även specifika bestämmelser för denna grupp migranter har undertecknats och införlivats i svensk rätt. Den bestämmelse som torde ha störst inverkan på den svenska rätten är EU-direktiv 2009/52/EG då EU-regeln har företräde framför nationell rätt. Direktivet tillskriver de irreguljära arbetstagarna rätten till lön för utfört arbete.

Som diskuterats i analysen omfattas de irreguljära migrantarbetarna av flertalet arbetsrättsliga bestämmelser i teorin men att detta skydd tenderar att falla i praktiken. Problematiken grundar sig i att det råder en konflikt mellan arbetsrättsliga och migrationsrättsliga bestämmelser. Denna konflikt resulterar i att de irreguljära arbetarna varken vågar eller har möjlighet att utnyttja sina rättigheter i arbetet på grund av risken att bli utvisade.

Att arbeta i Sverige utan giltiga tillstånd är idag kriminaliserat och sanktioneras enligt lagstiftningen med böter. En sådan sanktion sänder ett budskap om att dessa redan utsatta

människor är problemet och att de ska skuldbeläggas. Likt fallet vid prostitution borde lagstiftningen vara utformad på det vis att den som organiserar arbetet är den som ska straffas och inte de som utför arbetet under sådana exploaterande omständigheter. Huruvida en avkriminalisering skulle göra skillnad i frågan om skydd för de irreguljära migrantarbetarna är tvivelaktigt. Detta då det är sällan som bestämmelsen tillämpas, på grund av processekonomiska skäl som tidigare nämnts i avsnitt två. Vi ställer oss dock positiva till en avkriminalisering av det irreguljära arbetet, då det signalerar att dessa individer snarare är att betrakta som offer än förbrytare.

En aktuell och debatterad fråga är möjligheten till amnesti i syfte att förbättra situationen för de irreguljära migranter som redan befinner sig i Sverige. Frågan är komplex och det finns argument både för och emot ett sådant införande. Amnesti skulle innebära att fler av de irreguljära migrantarbetarna ges möjlighet till uppehållstillstånd och därmed omfattas av det arbetsrättsliga skyddet fullt ut. En nackdel med ett införande av amnesti är att illegalt arbete således accepteras och belönas, medan de som i enlighet med lag har ansökt om uppehållstillstånd och nekats ett sådant, missgynnas.

Frågan är om det på något vis är möjligt att balansera de två olika intressena, det vill säga intresset att skydda dessa utsatta individer samt statens intresse att bestämma vem som får vistas i landet. En sådan balansering är komplex att genomföra. Vi anser att de arbetsrättsliga bestämmelserna i Sverige egentligen tillskriver de irreguljära migrantarbetarna ett gott sådant. Problemet är dock att de i praktiken inte har möjlighet att utnyttja dessa fullt ut på grund av svårigheterna att framföra klagomål gentemot arbetsgivaren. Det är därför av vikt att vidare förbättra möjligheten för dem att framföra sin klagan så att de kan utnyttja det arbetsrättsliga skydd som de faktiskt tillskrivs.

7. Källförteckning

Litteratur

Backman, J, *Rapporter och uppsatser*, Tredje upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2016.

Bates, E, Buckley, C, Harris, D och O'Boyle, M, *Law of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Danelius, H, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis - En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2015.

Fransson, S och Stuber, E, *Diskrimineringslagen - En kommentar*, Andra upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2015.

Glavå, M och Hansson, M, *Arbetsrätt*, Tredje upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2016.

Gullberg, H och Rundqvist, K, *Arbetsmiljölagen i lydelse den 1 juli 2014 - Kommentarer och författningar*, Sjuttonde upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2014.

Herzfeld Olsson, P, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Uppsala, Iustus förlag, 2003.

Hettne, J, *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Otken Eriksson, I (red.), Andra upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2011.

Hydén, H och Hydén, T, *Rättsregler - En introduktion till juridiken*, Sjätte upplagan, Lund, Studentlitteratur, 2011.

International Labour Office, *International Labour Migration - A rights-based approach*, Genève, International Labour Office, 2010.

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

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

Lunning, L, Toijer, G, *Anställningsskydd - En lagkommentar*, Tionde upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2010.

Mulder, B, *Grundrättigheter som del av arbetsrättslig reglering* i Nyström, B, Edström, Ö, Malmberg, J (m. fl.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*, Första upplagan, Malmö, Liber, 2012.

Noll, G, *Why human rights fail to protect undocumented migrants*, i *European Journal of Migration and Law*, vol. 12 No.2, 2010.

Nyström, B, *EU och arbetsrätten*, Femte upplagan, Stockholm, Wolters Kluwer, 2017.

Sandesjö, H, och Wikrén, G, *Utlänningslagen med kommentarer*, Elfte upplagan, Stockholm, Wolters Kluwer Sverige AB, 2017.

Sandgren, C, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - Ämne, material, metod och argumentation*, Andra upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2007.

Selberg, N, *Om kriminalisering av papperslösas arbete och argumenten för att avskaffa det*, i Calleman, C och Herzfeld Olsson, P (red), *Delmi Rapport 2015:9, Arbetskraft från hela världen. Hur blev det med 2008 års reform?*, Stockholm, Elanders Sverige, 2015.

Westregård, A, *The notion of 'employee' in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony?* i Carlson, L, Edström, Ö, Nyström, B, *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law - A Swedish Perspective*, Uppsala, Iustus Förlag, 2016.

Wadensjö, Eskil, *Nationell migrations-, arbetsmarknads- och socialpolitik som utmaning för den europeiska sammanhållningen*, i Bakardjieva Engelbrekt, A, Oxelheim, L och Persson, T (red.), *Arbetslöshet, migrationspolitik och nationalism - hot mot EU:s sammanhållning?*, Malmö, Santérus Förlag, 2012.

Offentliga tryck

Internationella källor

Europaparlamentet och rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.

Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna.

FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter.

FN:s konvention om skydd för alla migrerande arbetstagares rättigheter och deras familjemedlemmar.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

ILO:s konvention nummer 143 om missbruk i samband med migration och om främjande av migrerande arbetstagares likställdhet.

ILO, Migrant Workers Recommendation no. 151.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

International Covenant on Civil and Political Rights.

Sverige

Sveriges Riksdag, Motion 2011/12:U211, Ratificering av FN:s konvention om migrantarbetares rättigheter.

Regeringens proposition 2007/08:95, Ett starkare skydd mot diskriminering.

Regeringens proposition 2012/13:125, Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare.

Statens Offentliga Utredningar, Betänkande av Sanktionsutredningen, EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare, 2010:63.

Övriga källor

Arbetsbladet, *Papperslösa tvingas jobba för småpengar: "Det är en slavmarknad"*, Joanna Wågström, publicerad 2016-05-04, <http://www.arbetsbladet.se/gastrikland/gavle/papperslosa-tvingas-jobba-for-smapengar-det-ar-en-slavmarknad> (hämtad 2017-11-20).

Arbetet, Lund, Sandra, *Så fungerar arbetsrätten för papperslös arbetskraft*, publicerad 2016-04-29 <https://arbetet.se/2016/04/29/sa-fungerar-arbetsratten-for-papperslos-arbetskraft/> (hämtad 2017-12-02).

Europarådet, *Human Rights of Irregular Migration - Resolution 1509 (2006)*, publicerad 2006-06-27, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17456>, (hämtad 2017-11-10).

European Trade Union Confederation, *Defending Undocumented Workers*, publicerad 2016-12-13, https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/publication/files/brochure_unionmigrantnet_2016_en_02_1.pdf (hämtad 2017-12-02).

Fackligt center för papperslösa, <http://www.fcfp.se/>, (hämtad 2017-12-04).

FCFP, *Undocumented migrant workers also have the right to good working conditions!* http://www.fcfp.se/wp-content/uploads/2015/06/Pappersl%C3%B6sa_Eng_A5-folder.pdf (hämtad 2017-11-14).

ILO, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, publicerad 2011-04-19. <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm> (hämtad 2017-11-17).

International Labour Organization, *Ratifications of C143 - Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143)*.

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312288:NO (hämtad 2017-11-13).

Migrationsverket. *Avgjorda asylärenden*, publicerad 2017-11-01.

<https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik.html> (hämtad 16/11).

Migrationsverket, *EU-medborgare som arbetar, studerar eller bor i Sverige*, publicerad 2017-07-10,

<https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/EU-medborgare-och-varaktigt-bosatta/Arbeta-studera-eller-bo-i-Sverige-for-EU-medborgare.html> (hämtad 2017-11-22).

Mänskliga rättigheter, Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter, *ILO*,

<http://www.manskligarattigheter.se/sv/vem-gor-vad/forenta-nationerna/ilo> (hämtad 2017-11-27).

Sveriges Riksdag, *Svensk ratificering av FN-konventionen om migrantarbetares rättigheter*, Skriftlig fråga 2002/03:157, publicerad 2012-11-20,

https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/skriftlig-fraga/svensk-ratificering-av-fn-konventionen-om_GQ11157, (hämtad 2017/11/27)

Svenska ILO-kommittén, Om ILO, <https://svenskailo-kommitten.se/om-ilo/>, (hämtad 2017-12-09).

Praxis

AD 1979 nr 90.

AD 1991 nr 49.