



Papperslösa i arbetslivet

En undersökning av inkluderande respektive exkluderande reglering på nationell och internationell nivå i ett svenskt perspektiv

Jessika Andersson

Aktuell termin HT 2014
Examensarbete, 30 hp
Juristprogrammet, 270 hp
Handledare: Örjan Edström

Innehållsförteckning

Förkortningar	4
Sammanfattning	6
1 Inledning	7
1.1 Bakgrund och ämne	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Undersökningens ram och avgränsning	9
1.4 Begreppet papperslös	10
1.5 Kunskapsläget och rapporter av betydelse på området	12
1.6 Metod och material	13
1.7 Teoretiska utgångspunkter och perspektiv	17
1.7.1 Hypotes och perspektiv	17
1.7.2 Exkluderande och inkluderande regleringar	18
1.7.3 Social utestängdhet	19
2 Internationell reglering av arbetstagarbegreppet, föreningsfrihet och organisationsrätt	19
2.1 Förenta Nationerna	20
2.1.1 Global Commission on International Migrants (GCIM)	20
2.1.2 Arbetstagarbegreppet	21
2.1.3 Föreningsfrihet och organisationsrätt	21
2.2 Internationella arbetsorganisationen	22
2.2.1 ILO konventioners tillämpningsområde	23
2.2.2 Föreningsfrihet och organisationsrätt	23
2.2.3 Andra ILO konventioner av intresse	24
2.3 Europarådet	26
2.3.1 Arbetstagarbegreppet	26
2.3.2 Föreningsfrihet och organisationsrätt	27
2.4 EU-rätt	27
2.4.1 Arbetstagarbegreppet	28
2.4.2 Föreningsfrihet och organisationsrätt	29
2.4.3 Sanktionsdirektivet	30
2.5 ETUC och PICUM	31
3 Nationell reglering av arbetstagarbegreppet, föreningsfrihet och organisationsrätt	32

3.1	Uppehållstillstånd, arbetstillstånd och folkbokföring.....	32
3.2	Arbetstagarbegreppet	33
3.3	Föreningsfrihet och organisationsrätt	35
3.4	Fackförbundens roll	36
3.5	Införlivandet av sanktionsdirektivet	38
4	Inkluderande respektive exkluderande reglering för papperslösa arbetare – en analys.....	38
4.1	Inkluderande reglering på internationell och nationell nivå	39
4.1.1	Internationell nivå.....	39
4.1.2	Nationell nivå	40
4.2	Exkluderande reglering på internationell och nationell nivå.....	41
4.2.1	Internationell nivå.....	41
4.2.2	Nationell nivå	41
4.3	Återkoppling till uppsatsens hypotes	43
4.4	Förslag till ändringar som inkluderar fler papperslösa arbetare	43
4.4.1	Erkänna papperslösa som arbetstagare	44
4.4.2	Förändra regleringen av arbetstillstånd	44
4.4.3	Slopa reglerad invandring.....	45
4.4.4	Ratificera ILO konvention 189.....	45
4.4.5	Utöka möjligheterna för papperslösa att bli medlemmar i fackföreningar.....	46
4.4.6	Bekämpa social utestängdhet.....	46
4.5	Avslutande synpunkter och funderingar för framtiden.....	46
	Källförteckning.....	48
	Offentligt tryck.....	48
	Regeringens propositioner	48
	Statens offentliga utredningar (SOU)	48
	EU-rättsligt material	48
	Rådets direktiv	48
	Övrigt material.....	49
	Rättspraxis.....	49
	Avgöranden från Arbetsdomstolen.....	49
	Avgöranden från Europadomstolen.....	49
	Avgöranden från EU-domstolen.....	49
	Litteratur.....	49
	Övriga källor	53

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EKMR	Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna
EMN	European Migration Network
ETUC	Europafacket
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
ILO	Internationella arbetsorganisationen
IOM	Internationella organisationen för migration
FBL	Folkbokföringslag (1991:481)
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN-deklarationen	Förenta Nationernas allmänna förklaring om mänskliga rättigheter
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
GCIM	Global Commission on International Migrants
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen Sverige
LrL	Lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
PICUM	Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants
RF	Regeringsformen (1974:152)
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SAC	Sveriges Arbetares Centralorganisation
Saco	Sveriges Akademikers Centralorganisation
Sanktionsdirektivet	Rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt
Sociala stadgan	Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter
TCO	Tjänstemännens centralorganisation
UtlL	Utlänningslag (2005:716)

Återvändandedirektivet

Rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna

Sammanfattning

Denna undersökning handlar om papperslösa arbetare i ett svenskt perspektiv. I Sverige finns en grupp människor som inte tilldelas vissa grundläggande rättigheter i arbetslivet, nämligen papperslösa. Denna undersökning har till syfte att undersöka i vilken utsträckning regleringar på internationell och nationell nivå inkluderar respektive exkluderar papperslösa arbetare. Ett ytterligare syfte är att undersöka hur förändringar kan genomföras som leder till att färre papperslösa exkluderas från regleringen. Undersökningen tar sikte på föreningsfrihet, organisationsrätt och om papperslösa anses vara arbetstagare i arbetsrättslig mening. Metoden som använts i denna undersökning är den rättsvetenskapliga. Den rättsliga regleringen som använts på internationell nivå är regleringar på FN-nivå, Europarådets regleringar samt EU-rättsligt material.

Hypotesen för denna undersökning är att papperslösa arbetare har fler rättigheter i regleringar på internationell nivå än regleringar på nationell nivå i Sverige. Undersökningen visar att hypotesen delvis stämmer, men att internationell reglering har mer reglering som exkluderar papperslösa och att nationell reglering har mer reglering som inkluderar papperslösa, än vad som först antogs.

Slutsatser som dragits efter undersökningen är att papperslösa tilldelas en del rättigheter både på nationell nivå och på internationell nivå, men att fler rättigheter bör tilldelas. Ett förslag för att inkludera fler papperslösa är att de erkänns som arbetstagare i nationell lagstiftning och på EU-nivå. Ett ytterligare förslag är att förändra regleringen om arbetstillstånd så att papperslösa får en möjlighet att legalisera sin vistelse efter påbörjad anställning, vilket skulle resultera i fler rättigheter.

1 Inledning

1.1 Bakgrund och ämne

Denna undersökning handlar om papperslösa arbetare. Med begreppet papperslös menas utlänningar som vistas i Sverige utan giltigt tillstånd. I Sverige tilldelas arbetstagare en del grundläggande rättigheter, till exempel föreningsfrihet och organisationsrätt. Sen finns det människor som arbetar i Sverige som inte tilldelas dessa rättigheter, nämligen de papperslösa. Många av dessa rättigheter tar Sveriges medborgare för givet, till exempelvis rätten att tillhöra en fackförening. Men dessa rättigheter kan inte tas för givna av alla som befinner sig inom Sveriges gränser. Detta är ingen nyhet, trots det fortsätter Sverige att tillåta och bidra till att det finns människor som inte åtnjuter de mest grundläggande rättigheterna.¹ Denna undersökning utreder vilka rättigheter papperslösa arbetare tilldelas på internationell och nationell nivå vad gäller föreningsfrihet och organisationsrätt. Undersökningen utreder även om papperslösa anses vara arbetstagare i den arbetsrättsliga regleringen.

Fenomenet papperslösa immigranter är förhållandevis nytt. Från mitten av 1800-talet fram till första världskriget var regleringen minst restriktiv då principen om fritt folkutbyte gällde i Sverige. Utlänningar behövde då inte visa upp resehandling vid gränserna och behövde heller inte arbetstillstånd för att arbeta.² Under 1950- och 1960-talen var den vanligaste vägen för arbetskraftsinvandring ett avtal mellan hemlandet och destinationslandet. Arbetsförmedlingarna spelade en stor roll i rekryteringen av internationell arbetskraft och de satte riktlinjer för löner och arbetsförhållanden.³ Sverige hade från efterkrigstiden och fram till ett tidigt 1970-tal en reglerad arbetskraftsinvandring där invandrarna integrerades effektivt i samhället och arbetslivet. Invandrarna sågs som en tillgång och bidrog till välfärdstatens utveckling. Denna möjlighet minskade dock i början av 70-talet då EG:s inre arbetsmarknad skulle skyddas och immigration kom att handla mer om flyktingar och asylsökande.⁴ Med andra ord blev förändringarna som gjordes på tidigt 70-tal mer fördelaktiga för EU-medborgare och mindre fördelaktiga för tredjelandsmedborgare.

Immigration har ibland kommit att ses som en börda, att det handlar om välgörenhet istället för att betraktas som en tillgång. Migranter ses i vissa fall som offer vilket kan bidra till att

¹ Jansson & Molander, 2012, s 9.

² Boguslaw, 2012, s 5 och s 55.

³ ILO, 2010, s 77.

⁴ Hansson, 2008, s 61.

papperslösa hamnar i ett utanförskap.⁵ Många papperslösa lever under besvärliga förhållanden som riskerar leda till omfattande känslomässiga och sociala problem. Papperslösa är en extra utsatt grupp i vårt samhälle som till exempel löper en större risk att hamna i ett utanförskap.⁶ Många papperslösa tvingas, för att kunna försörja sig, arbeta mot låg ersättning, utan sociala förmåner och under förhållanden som andra arbetare aldrig skulle acceptera.⁷

Uppskattningsvis finns det idag mellan 31 000 och 75 000 papperslösa i Sverige.⁸ Av alla migranter i världen uppskattas cirka 10-15 procent vara irreguljära migranter.⁹ Anledningen till att det endast finns uppskattade siffror på antalet papperslösa beror på de papperslösas rädsla för att bli utvisade. Papperslösa håller sig ofta på avstånd från olika myndigheter, varför det i princip är omöjligt att få precisa siffror.¹⁰

En del av de omedelbara problem som uppstår för papperslösa i Sverige är att vissa av dem saknar personnummer eller liknande svenskt ID-nummer, vilket innebär att de inte har någon formell identitetshandling som är användbar i det svenska samhället. I Sverige krävs identifikation vid en mängd olika tillfällen, exempelvis om du ska hyra en film, hämta ut ett paket, åka tåg eller hyra en lägenhet. Det medför att det blir i det närmaste omöjligt för en papperslös att göra dessa saker, vilket innebär att de papperslösa blir tvungna att söka sig till den svarta eller inofficiella marknaden.¹¹

Papperslösa är ett problem som saknar en enkel lösning. Det finns personer i Sverige som arbetar trots att de inte har tillstånd att göra det. Innebär den illegala statusen att de papperslösa ska stå helt utan rättigheter?

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att undersöka i vilken utsträckning regleringar på internationell och nationell nivå inkluderar respektive exkluderar papperslösa arbetare.

För att besvara uppsatsens syfte uppställs två frågeställningar:

⁵ Sigvardsdotter, 2012, s 73.

⁶ Socialstyrelsen, 2010, s 285.

⁷ Jfr Socialstyrelsen, 2010, s 285.

⁸ Selberg, 2014, s 248-249.

⁹ ILO, 2010, s 32.

¹⁰ Migrationsinfo [<http://www.migrationsinfo.se/migration/sverige/papperslosa/>] 2015-01-01.

¹¹ Sigvardsdotter, 2012 s 155.

1. Anses arbetande papperslösa vara arbetstagare i reglering på internationell och nationell nivå?
2. Omfattas papperslösa av föreningsfrihet och organisationsrätt i enlighet med internationell respektive nationell reglering?

Den första frågeställningen tar sikte på att utreda arbetstagarbegreppet för att avgöra vilken reglering som inkluderar papperslösa respektive exkluderar papperslösa. Frågeställningen innefattar således inte bara själva arbetstagarbegreppet utan även vilken reglering som tillämpas på papperslösa arbetare. I den andra frågeställningen innefattas bortsett från föreningsfrihet och organisationsrätt, även hur fackföreningar behandlar papperslösa.

Ett ytterligare syfte är att undersöka hur förändringar kan genomföras som leder till att färre papperslösa exkluderas från regleringen. Fokus ligger på föreningsfrihet och organisationsrätt men diskussioner förs även angående papperslösa arbetares rättigheter generellt.

1.3 Undersökningens ram och avgränsning

Undersökningen har som redan nämnts begränsats till papperslösa arbetare och det är rättigheter i arbetslivet som undersöks. Jag anser föreningsfrihet och organisationsrätt vara en fundamental rättighet som bör tilldelas samtliga inom arbetslivet, och därför har dessa valts. Möjligheten till att genomdriva dessa rättigheter kommer inte att behandlas i uppsatsen. Det finns vissa skyldigheter för arbetsgivare vad gäller anställning av papperslösa, som dock endast berörs kort för att belysa de svårigheter papperslösa kan möta. Papperslösa arbetares rätt till lön behandlas till viss del i uppsatsen. Detta för att delar av den praxis som finns på området berör just rätten till lön. Papperslösas rätt till sociala förmåner behandlas inte.

Ytterligare en avgränsning har gjorts gällande personkretsen av papperslösa arbetare som behandlas. Uppsatsen siktar in sig på myndiga personer¹² som valt att söka sig till Sverige för att arbeta, utan att ha uppehålls- och arbetstillstånd. Det innebär att frågor om barnarbete och trafficking inte kommer att beröras.

Regleringen av EU-medborgare ser lite annorlunda ut, jämfört med regleringen av tredjelandsmedborgare, exempelvis genom den fria rörligheten i enlighet med artikel 20

¹² Enligt svensk rätt, se Föräldrabalk (1949:381) kap. 9.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Unionsmedborgare kan inte anses vara illegala invandrare endast genom att de reser in i en medlemsstat.¹³ Unionsmedborgares rätt att vistas i en medlemsstat får dock begränsas i enlighet med direktiv 2004/38/EG artikel 27, exempelvis med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.¹⁴ Jag har valt att endast behandla tredjelandsmedborgare då EU-medborgare har rätt att förflytta sig och arbeta inom unionen.

Hur olika internationella och nationella organisationer arbetar med frågan om papperslösa behandlas i uppsatsen. Detta för att visa hur frågan om papperslösa behandlas i praktiken men även för att visa på vilken hjälp det i dagsläget finns för papperslösa arbetare. Hur det svenska regelverket kan sägas skapa papperslösa behandlas också i uppsatsen. Detta för att lägga grunden för den avslutande analysen om papperslösa arbetares rättigheter.

1.4 Begreppet papperslös

Med begreppet papperslös menas i den fortsatta framställningen, människor som vistas i Sverige utan giltigt tillstånd. Begreppet papperslösa härstammar från franskans ”sans papier” och den engelska benämningen som används är ”undocumented migrant”.¹⁵ Det finns en mängd olika termer som används för att beskriva papperslösa, till exempelvis illegala invandrare, odokumenterade flyktingar, overstayers eller gömda flyktingar.

Vissa termer avser en snävare personkrets. Med till exempel gömda flyktingar avses enbart personer som sökt asyl och fått avslag men som sedan inte lämnat landet. Begreppet overstayers har ingen svensk översättning men det avser utlänningar som stannar kvar i landet efter att deras visum eller uppehållstillstånd gått ut.¹⁶ En annan definition av personer som vistas utan giltigt tillstånd kan sägas vara irreguljära immigranter, då gruppen av papperslösa egentligen inte är människor som saknar identitetshandlingar, utan människor som saknar tillstånd att vistas i landet.¹⁷ Det kan till exempel röra sig om personer som har vistats i Sverige med ett giltigt tidsbegränsat tillstånd som löpt ut och därefter har de stannat kvar i

¹³ Bogusz, 2004, s 5.

¹⁴ Rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.

¹⁵ Boguslaw, 2012, s 173.

¹⁶ Socialstyrelsen, 2010, s 269.

¹⁷ Boguslaw, 2012, s 173.

landet. Det kan också handla om personer som ansökt om uppehållstillstånd men fått avslag på sina ansökningar och därefter gömmer sig undan verkställighet av beslut.¹⁸

Internationella arbetsorganisationen (ILO) har inte formellt definierat irreguljär migration men de använder sig av definitionerna irreguljär migrant eller migrantarbetare med irreguljär status. ILO menar att termen papperslös inte kan tillämpas för alla tänkbara scenarion då begreppet inte omfattar till exempel personer som lagligen rest in i ett land men senare blivit irreguljära genom att de till exempel lämnat felaktiga uppgifter vid inresa.¹⁹

En annan viktig aspekt är att det inte i lag finns definierat vem som befinner sig illegalt i Sverige. Istället är lagen uppbyggd på så sätt att de som vistas lagligt definieras i lagtexten, medan de som inte faller in under några av dessa kategorier blir lämnade utanför och anses på så sätt illegala.²⁰ Straffbestämmelser för personer som vistas i Sverige utan tillstånd återfinns i 20 kap. Utlänningslagen (2005:716) (UtlL). Bortsett från straffbestämmelserna riskerar även papperslösa att utvisas enligt 8 kap. 6 § UtlL.

Sammanfattningsvis finns det en mängd olika definitioner på personer som vistas i ett land utan tillstånd. Jag har valt att använda mig av begreppet papperslös och enligt min definition omfattas personer som sökt sig till Sverige för att arbeta, utan att ha uppehålls- eller arbetstillstånd. Gömda flyktingar och overstayers omfattas således inte av min definition. Jag har valt att rikta in mig på papperslösa som inte har något svenskt personnummer och min syn på papperslösa är att de ofta lever i social utestängdhet.²¹ Med papperslösa arbetare menas personer som arbetar i Sverige utan giltigt tillstånd. Begreppet papperslös får inte blandas ihop med statslös, vilket innebär att en person inte har medborgarskap i något land.²²

Vad som definierar en arbetstagare är en omfattande fråga som diskuterats flitigt, både nationellt och internationellt. Frågan utreds senare i uppsatsen och begreppet papperslösa arbetare används för att definiera papperslösa som arbetar.

¹⁸ Prop. 2012/13:109, s 12.

¹⁹ ILO, 2010, s 31.

²⁰ Bogusz, 2004, s 3-4.

²¹ Se Socialstyrelsen, 2010, s 285.

²² SOU 2011:48 s 84.

1.5 Kunskapsläget och rapporter av betydelse på området

Intresset för papperslösa och irreguljära migranter växte fram under 1900-talet. Innan dess fanns det mycket begränsad forskning på området. Frågan om papperslösa arbetare har uppmärksammats mer och mer under de senaste åren i forskning och olika rapporter, både internationellt och nationellt i Sverige. Ett flertal internationella organisationer har analyserat frågan till exempel ILO, EU:s rättighetsorgan European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Europafacket (ETUC) och Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM).²³

ILO har efter en undersökning kommit fram till att frågan om papperslösa arbetare kvarstår olöst och att de papperslösa som har arbete ofta är bland de mest missgynnade och exploaterade.²⁴ ILO anser att ett viktigt element för framtiden är en sammanslagning, utökning och implementering av funktioner som gynnar rörlig arbetskraft. Utökningen av EU-medlemskapet bidrar till att fler länder ingår i vad som är den genom tiderna mest framgångsrika erfarenheten av rörlighet och cirkulation för arbetskraft.²⁵

ILO menar vidare att rättigheter som papperslösa har på bästa sätt kan säkerställas genom en klar och tydlig reglering som stadgar rättigheter och skyldigheter baserade på den internationella standarden. Vidare krävs att det införs inspektioner som säkerställer att regleringen följs. Till sist anser ILO att de papperslösa måste erkännas rätten till rättvisa, det vill säga rätten för samtliga papperslösa att framställa klagomål på till exempel sin arbetsgivare.²⁶

EU:s rättighetsorgan European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) har i en undersökning kommit fram till bland annat att fackföreningar ska få det ekonomiska stöd de behöver för att hjälpa papperslösa på arbetsmarknaden.²⁷ I en annan undersökning var en av slutsatserna att samtliga papperslösa bör ha möjlighet att ansluta sig till fackföreningar samt

²³ FRA, Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union 2011, FRA Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental rights challenges for the European Union and its Member states, 2011, ILO, 2010, PICUM Undocumented migrants have rights! An overview of the international human rights framework 2007 och ETUC, First and foremost workers, 2011.

²⁴ ILO, 2010, s 212.

²⁵ ILO, 2010, s 214.

²⁶ ILO, 2010, s 219.

²⁷ FRA Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union 2011, s 57.

att delta i deras aktiviteter.²⁸ ETUC:s projekt *"What price the tomatoes?"* har till syfte att väcka uppmärksamhet för hur exploaterade och utsatta papperslösa arbetare är idag. Förslag och exempel på hur ETUC:s medlemsorganisationer och fackföreningar kan arbeta för att tillförsäkra papperslösa rättigheter tillhandahålls av projektet.²⁹ ETUC menar att det är avgörande för en rättvis arbetsmarknad att papperslösa erkänns rättigheter.³⁰

I Sverige har det sedan mitten av 2000-talet presenterats en del forskning.³¹ Bland annat Selberg har i en artikel främst behandlat gränsdragningen mellan arbetsrätten och migrationsrätten. Selberg menar att den reglerade invandringen skapar papperslösa vilket även påverkar deras ställning på arbetsmarknaden.³² Han menar vidare att det finns ett behov av att skapa ett koncept för arbetsrättsliga rättigheter för papperslösa som inte baserar sig på att bekämpa illegal invandring.³³

Gunneflo har tillsammans med Selberg diskuterat frågan om politisk förändring i en artikel.³⁴ Sigvardsson har i sin avhandling konstaterat att så länge vi lever i en värld med uppdelade stater och medborgare kommer det också finnas papperslösa som faller mellan stolarna. Hon menar att svenska myndigheter antar en principiell hållning mot papperslösa där papperslösa inte har rätt att befinna sig i landet och därmed kan eller ska inte heller de papperslösa finnas i landet. Sigvardsson anser att för att komma tillrätta med problemen kring papperslösa så måste först deras närvaro erkännas. Först därefter menar hon att det är möjligt att hitta lösningar på de problem som uppstår.³⁵

1.6 Metod och material

Den metod som används i denna undersökning är den rättsvetenskapliga metoden. Den rättsvetenskapliga metoden omfattar rättskälleläran men även andra metoder för att analysera rätten.³⁶ Den rättsvetenskapliga metoden kan innehålla både EU-rättsligt material och internationell rätt.³⁷ Rättskälleläran är en viktig del av den rättsvetenskapliga metoden.

²⁸ FRA Migrants in an irregular situation employes in domestic work: Fundamental rights challenges for the European Union and its Member states, 2011, s 36.

²⁹ ETUC, First and foremost workers, 2011, s 91.

³⁰ ETUC, First and foremost workers, 2011, s 96.

³¹ Socialstyrelsen, 2010, s 270-271.

³² Selberg, 2014, s 281.

³³ Selberg, 2014, s 283.

³⁴ Gunneflo & Selberg, 2010, s 19.

³⁵ Sigvardsson, 2012, s 172.

³⁶ Sandgren, 2011, s 39.

³⁷ Sandgren, 2011, s 14.

Rättskälleväran definierar hur olika rättskällor förhåller sig till varandra.³⁸ Vad rättskälleväran innefattar kan diskuteras vidare, men Sandgren anser att det finns fyra rättskälleväror eller rättskällevärfattningar. Dessa är: 1. Väran som prejudikatinstanser tillämpar, 2. Väran som dominerar doktrinen med en övervägande normativ karaktär med mindre fokus på empiriskt studium, 3. Den rena hierarkiska värfattningen bland praktiserande jurister det vill säga lag, förarbeten, praxis och doktrin och 4. Väran som tillämpas på första instans som starkt influeras av faktorerna tid, tillgänglighet och tillräcklig kvalitet.³⁹ Min rättskällevärfattning stämmer överens med den tredje av dessa, nämligen att rättskälleväran består av lag, förarbeten, praxis och doktrin.

Rättskälleväran är viktig för min undersökning, men inte tillräcklig för att fullfölja mitt syfte. För min utredning krävs en hel del material på internationell nivå till exempel konventioner och direktiv. Jag anser att undersökningen och analyseringen av internationell rätt omfattas av den rättsvetenskapliga metoden. Internationell rätt ingår till viss del i rättskälleväran, till exempel genom att Europarådets konvention 1950 om de mänskliga rättigheterna (EKMR) gäller som lag i Sverige.⁴⁰

Frågan om vad som är rättsvetenskap bör kort beröras. Detta är en omdiskuterad fråga som det inte finns ett entydigt svar på. Rättsvetenskap är enligt sin beteckning en vetenskap om rätten. Därför går det hävda att en vetenskaplig studie av rätten är rättsvetenskap.⁴¹ Vad innefattas då av begreppet ”rätten”? Även denna fråga är omfattande och det finns ingen klar definition av vad som anses innefattas av rätten. Att klart och tydligt redogöra för vad som innefattas av rätten är en för omfattande fråga för denna undersökning.

Jag anser att rättskälleväran omfattas av rätten och vad gäller praxis och doktrin behövs en närmare redogörelse. I den här undersökningen behandlas praxis från Arbetsdomstolen (AD) på nationell nivå. Då AD är högsta instans för arbetstvister lägger jag stor vikt i deras avgöranden. Jag anser att doktrin används för att tolka rätten. Jag menar att doktrin i många fall är avgörande för att tolka en lagregel då förarbeten och praxis inte ger tillräcklig vägledning. Med detta sagt innebär doktrin för mig ett hjälpmedel för att tolka rätten.

³⁸ Hydén, 1992 s 91.

³⁹ Sandgren, 2005, s 651.

⁴⁰ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁴¹ Sandgren, 2009, s 177-178.

Jag anser att rättsliga principer och allmänna läror har betydelse för rätten då dessa, liksom doktrin kan vara användbara för att tolka rätten. Rättsliga principer kan ha relevans för precisering av generellt hållna regler. Ett exempel på en allmän lära är begreppet negativ föreningsrätt som behandlas närmare senare i undersökningen.⁴²

I undersökningen behandlas även material på internationell nivå. Materialet som används är regleringar på FN-nivå, Europarådets reglering och EU-rättsligt material. Att uppställa en normhierarki för dessa regleringar skulle vara missvisande då rättskällorna innehåller normer av olika karaktär samt att regleringarna påverkar den juridiska argumentationen på olika sätt.⁴³ Regleringarna på FN-nivå består främst i Förenta Nationernas allmänna förklaring om mänskliga rättigheter (FN-deklarationen) och olika ILO konventioner. FN-deklarationen kan sägas stå högst i rang av de konventioner som är av betydelse för arbetsrätten.⁴⁴ FN-deklarationen är inte rättsligt bindande men deklarationen kan åberopas vara sedvanerättsligt bindande.⁴⁵ Jag anser att FN-deklarationen har ett högt rättsligt värde, trots att den inte är rättsligt bindande. ILO konventionerna riktar in sig på rättigheter inom arbetslivet och är därför av stor vikt för denna undersökning.

EKMR anser jag ha ett högt rättsligt värde då den som nämnts gäller som lag i Sverige.⁴⁶ Att EKMR gäller som lag innebär att de rättigheter som stadgas i EKMR har samma rättsliga verkan som rättigheter stadgade i svenska lagar. EKMR ska enligt artikel 6 Fördraget om Europeiska unionen (FEU) ha samma rättsliga värde som fördragen inom den europeiska unionen.

Att EU-rättsligt material används i denna undersökning trots att det endast är tredjelandsmedborgare som utreds beror på att EU-rätten får betydelse då Sverige är medlem i EU. Inom EU-rätten finns bestämmelser som har direkt effekt och bestämmelser som har indirekt effekt. Att en bestämmelse har direkt effekt innebär att bestämmelsen ger upphov till individuella rättigheter och skyldigheter som kan göras gällande av enskilda inför nationella

⁴² Se Källström & Malmberg, 2009, s 70.

⁴³ Källström & Malmberg, 2009, s 58.

⁴⁴ Källström & Malmberg, 2009, s 59.

⁴⁵ Amnesty,
[\[http://www2.amnesty.se/ratt.nsf/\(vkap1\)/6F6ED2F1D3DAD138C12571EA001F35C7?opendocument\]](http://www2.amnesty.se/ratt.nsf/(vkap1)/6F6ED2F1D3DAD138C12571EA001F35C7?opendocument)
2014-12-22.

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

domstolar och myndigheter.⁴⁷ Principen om indirekt effekt innebär att nationella domstolar har en skyldighet att tolka nationell lagstiftning med hänsyn till relevanta bestämmelser i EU-rätten oberoende om dessa har direkt effekt eller inte.⁴⁸ EU-rätten har således en stark ställning i svensk nationell rätt och därför anser jag att reglering av EU-rättslig karaktär är av stor vikt och är en rättskälla, främst reglering med direkt effekt.

Internationell reglering införlivas i svensk rätt genom till exempel konventioner och direktiv. Att konventioner ratificeras och direktiv implementeras innebär ett åtagande att införliva reglering i svensk rätt. Att konventioner inte ratificerats av Sverige behöver inte i samtliga fall medföra att de saknar betydelse för svensk rätt.

Då en del av uppsatsens syfte är att undersöka hur fler papperslösa arbetare kan inkluderas i regleringen, analyseras och kritiseras lagstiftning med förslag på lagändringar. Att kritisera rättskällor ryms inom rättsvetenskapens ramar.⁴⁹

Undersökningen har främst gått ut på att utreda vilken reglering som tillämpas på papperslösa arbetare. En stor mängd material har insamlats för att övergripande få en klar bild över hur rättsläget ser ut nationellt och internationellt. Det finns begränsat av praxis som behandlar papperslösa på nationell nivå. Detta är en följd av att papperslösa ofta undviker kontakt med myndigheter eftersom deras illegala vistelse då blir synlig, vilket kan medföra att papperslösa utvisas. De rättsfall som studeras i undersökningen har valts dels mot bakgrund av att de behandlar frågor som går i linje med uppsatsens syfte, dels mot bakgrund av att de äldre rättsfallen förekommer i till exempel doktrin.⁵⁰ Ett nyare rättsfall har valts ut för att belysa hur resonemangen kring papperslösa förs idag.

Vad gäller insamlandet av material på det internationella området har en utgångspunkt tagits i den rättsliga regleringen, till exempel konventioner och direktiv. Som undersökningen visar finns det bindande och icke-bindande internationell reglering på området. Både den bindande och den icke-bindande regleringen behandlas, men fokus ligger främst i den bindande regleringen eftersom jag anser att den regleringen har ett högre värde än den icke-bindande.

⁴⁷ Bernitz & Kjellgren, 2010, s 84.

⁴⁸ Bernitz & Kjellgren, 2010, s 94.

⁴⁹ Olsen, 2004, s 119-120.

⁵⁰ Sigeman, 2010.

Med detta sagt innebär inte att den icke-bindande regleringen inte är av betydelse, utan endast att den är av mindre betydelse.

Materialet för undersökningen har varit av varierad bredd då material inom rättskälleläran använts men även annat material såsom rapporter, publikationer från organisationer och avhandlingar. Jag anser att detta material inte ingår i den traditionella rättskälleläran, men innefattas i den rättsvetenskapliga metoden.

Att det finns papperslösa är ett omfattande problem. Därför appliceras även en problem- och intresseorienterad ansats på arbetet. Den problem- och intresseorienterade ansatsen definieras av att det primära syftet med utredningen inte är att rent juridiskt utreda gällande rätt.⁵¹ Undersökningen har delvis till syfte att utreda gällande rätt, men den går även utöver den gällande rätten i och med den kritiska granskningen och genom att en diskussion förs om förslag till eventuella lagändringar. Arbetet stannar därför inte vid den regelorienterade ansatsen, det vill säga vid en deskriptiv och analytisk tolkning av gällande rätt.⁵² Anledningen till att denna ansats valts är att papperslösa, enligt min mening, är ett samhällsproblem som kanske inte går att lösa enbart med ändrad lagstiftning. Den problem- och intresseorienterade ansatsen tillåter mig att söka nya alternativa synsätt, till exempelvis vilka intressekonflikter som skapar problemen och hur dessa problem kan lösas.⁵³

1.7 Teoretiska utgångspunkter och perspektiv

1.7.1 Hypotes och perspektiv

Teorier av olika slag har betydelse för ett rättsvetenskapligt arbete och Sandgren har i stort delat upp olika teorier. Sandgren menar att det dels finns teorier om föreställningar om rätten, dels finns teorier som bär upp rättsreglerna, till exempel att alla människor har lika värde.⁵⁴ Denna undersökning har som teoretisk utgångspunkt en hypotes. Hypoteser i rättsvetenskapen brukar handla om en form av konkretisering av en teori varigenom teorins riktighet undersöks.⁵⁵

⁵¹ Westberg, 1992, s 436.

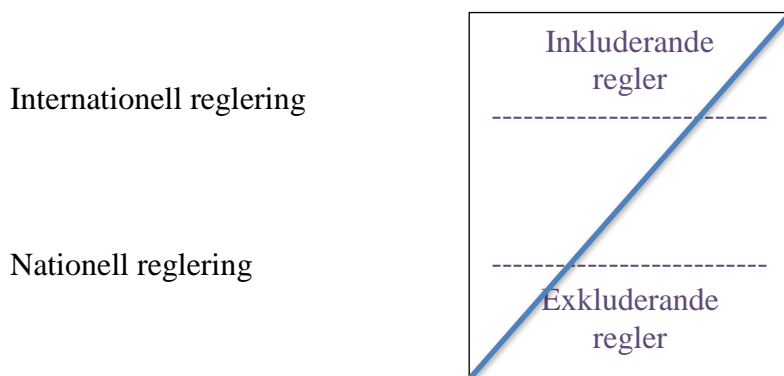
⁵² Westberg, 1992, s 436.

⁵³ Westberg, 1992, s 439.

⁵⁴ Sandgren, 2004, s 298.

⁵⁵ Sandgren, 2004, s 306.

Hypotesen för denna undersökning är att papperslösa arbetare har fler rättigheter i regleringar på internationell nivå än regleringar på nationell nivå i Sverige. Med detta menas att den internationella regleringen i större utsträckning än den nationella regleringen inkluderar papperslösa. Hypotesen kan illustreras genom nedanstående figur:



Figuren visar att den internationella regleringen antas inkludera fler papperslösa genom den streckade linjen och står därför högre upp i tabellen. Den nationella regleringen inkluderar endast en del papperslösa och exkluderar den större delen och återfinns därför längre ner i tabellen.

På undersökningen appliceras även ett perspektiv. I ett rättsvetenskapligt arbete är perspektivet centralt.⁵⁶ I undersökningen analyseras papperslösa arbetares rättigheter i Sverige och jag studerar den rättsliga regleringen utifrån deras perspektiv. Det innebär att de papperslösa arbetarna alltid står i fokus och att det är deras rättigheter som ska utredas. Detta perspektiv innebär också att framställningen tar sikte på vilka rättigheter papperslösa arbetare bör tilldelas, med andra ord så tillämpas perspektivet för att förstå vilken utsatt situation papperslösa arbetare befinner sig i för att utreda eventuella behov på lagändringar.

1.7.2 Exkluderande och inkluderande regleringar

Rättslig reglering kan vara både exkluderande och inkluderande och dessa begrepp används genomgående i uppsatsen. Begreppen används ofta i olika typer av vetenskapliga texter.⁵⁷ För att visa på lagstiftning som är både exkluderande och inkluderande kan regleringen om arbetstillstånd i UtIL nämnas. I 6 kap. 2 § UtIL uppställs de krav som måste vara uppfyllda för

⁵⁶ Sandgren, 2009, s 179.

⁵⁷ Se bland annat Sigvardsson, 2012 och Selberg, 2014.

att en tredjelandsmedborgare ska få ett arbetstillstånd. Denna paragraf är inkluderande för de som får beviljat arbetstillstånd och exkluderande för de som får avslag.

1.7.3 Social utestängdhet

”Social exclusion” eller på svenska social utestängdhet innebär att vissa grupper utesluts från samhället.⁵⁸ Det jag vill visa med redogörelsen för social utestängdhet är att papperslösa exkluderas från samhället i och med att de inte kan leva ett normalt liv. Nationalencyklopedins definition av social utestängdhet baseras på att fattigdom och marginalisering inte enbart definieras av den ekonomiska situationen. En annan viktig aspekt är att en socialt utestängd person inte är delaktig i det sociala livet. Den sociala utestängdheten tar gradvis form och innebär utanförskap och fragmentisering.⁵⁹

EU har fram till idag endast bekämpat social utestängdhet genom icke-juridiska åtgärder, då FEUF inte ger kompetens till att vidta rättsliga åtgärder för social utestängdhet.⁶⁰ EU ändrade inriktning på hur social utestängdhet bäst bekämpas 2010, då EU släppte ett nytt tio-års program med målet att minst 20 miljoner personer ska räddas från fattigdom och social utestängdhet till år 2020.⁶¹ EU:s arbete med social utestängdhet omfattar dock endast unionsmedborgare.⁶² Detta innebär att den papperslöse tredjelandsmedborgaren löper stor risk för social utestängdhet.

2 Internationell reglering av arbetstagarbegreppet, föreningsfrihet och organisationsrätt

Detta kapitel redogör för den internationella reglering som är av betydelse för föreningsfrihet och organisationsrätt. Kapitlet behandlar även hur arbetstagarbegreppet definieras och olika regleringars tillämpningsområde. Kapitlet delas in i regleringar på FN-nivå, Europarådets regeringar och EU-rätt. Kapitlet redogör även för hur olika internationella organisationer arbetar för papperslösa.

⁵⁸ Jamal, 2009, s 5.

⁵⁹ Nationalencyklopedin [<http://www.ne.se.proxy.ub.umu.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/social-exclusion>] 2014-12-15.

⁶⁰ Schoukens & Pieters, 2014, s 127.

⁶¹ Schoukens & Pieters, 2014, s 130-131.

⁶² Schoukens & Pieters, 2014, s 136.

2.1 Förenta Nationerna

FN-deklarationen från 1948 innehåller de mest grundläggande mänskliga rättigheterna och tillämpas på alla människor.⁶³ FN-deklarationen tillsammans med Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter utgör ”*Bill of Rights*”. ”*Bill of Rights*” och sex ytterligare konventioner bildar en internationell standard för mänskliga rättigheter.⁶⁴

2.1.1 Global Commission on International Migrants (GCIM)

Internationell migration är ett ämne som under de senaste åren blivit ett allt större föremål för politisk diskussion. Då omfattningen av migrationen ökar har stater fått en förståelse för fördelarna med migration vad gäller ekonomi, kultur och sociala utbyten. Nackdelarna med internationell migration har uppmärksammats och det har konstaterats att dessa problem behöver åtgärdas. Som svar på dessa diskussioner bildades GCIM 2003 av några stater på uppdrag av FN:s generalsekreterare Kofi Annan. Kommissionens uppgift blev att ta fram ett ramverk för utformningen av en sammanhållen och omfattande reglering av internationell migration. För att genomföra detta sammankallade GCIM ett utbud av aktörer till möten, såsom representanter från olika stater på lokal och nationell nivå, representanter från fackföreningar, arbetsgivare med flera. GCIM skapade ett forskningsprogram som involverade både experter och yngre forskare på området internationell migration. Processen fortskred och 2005 arbetade 32 stater från olika delar av världen för att stödja och underlätta GCIM:s arbete.⁶⁵ Kommissionens arbete stöddes av ett stort antal stater, varav Sverige är en.⁶⁶

GCIM stödjer principen att om du illegalt reser in i ett land berövar inte din illegala status din rätt till fundamentala mänskliga rättigheter. GCIM menar att dessa rättigheter tilldelas samtliga som vistas i landet, oavsett deras legala eller illegala status och oavsett nationalitet.⁶⁷ Trots detta ser GCIM många problem med regleringen av internationella migranter idag då denna återfinns i fördrag, sedvanerätt, icke-bindande överenskommelser och policys. Detta innebär att regleringen av internationella migranter inte finns samlad i en klar och tydlig reglering, utan är utspridd på olika områden. GCIM vill sammanställa all reglering som berör internationella migranter för att på så sätt få en samlad reglering. Även den internationella

⁶³ ILO, 2013, s 198.

⁶⁴ Merlino & Parkin, CEPS, 2011 s 8.

⁶⁵ GCIM, 2005, s vii.

⁶⁶ GCIM, 2005 s viii.

⁶⁷ GCIM, 2005, s 55.

organisationen för migration (IOM) stödjer denna utveckling till en samlad reglering på internationell nivå.⁶⁸

2.1.2 Arbetstagarbegreppet

Enligt artikel 2 i FN-deklarationen är var och en berättigad de rättigheter och friheter som stadgas, utan åtskillnad av något slag. Grant har fört en diskussion kring om intentionen när deklarationen skrevs, var att begreppet ”var och en” skulle omfatta både medborgare och icke-medborgare. Grant menade att trots att det inte uttryckligen i deklarationen skrevs att även icke-medborgare omfattas var det intentionen.⁶⁹ En sådan tolkning innebär att även papperslösa erkänns de rättigheter som stadgas. FN-deklarationen erkänner även en rätt till arbete, fritt val av sysselsättning, rättvisa och tillfredsställande arbetsförhållanden enligt artikel 23.1. I deklaration om mänskliga rättigheter för individer som inte är medborgare i den stat de bor i stadgas vissa rättigheter. Bland annat stadgas i artikel 5 rätten till liv och säkerhet, rätten till domstolsprövning och rätten till äktenskap. Deklarationen erkänner rättigheter för samtliga individer som inte är medborgare i den aktuella staten, vilket innebär att papperslösa omfattas, enligt artikel 1. Deklarationen erkänner inte papperslösa rätten till bland annat rättvis lön, föreningsrätt och rätt till sjukvård, utan dessa rättigheter erkänns endast migranter som lagligen vistas i en stat enligt artikel 8.⁷⁰ Rätten att flytta och bestämma bostadsort inom en stat tillkommer personer som lagligen vistas i en stat enligt artikel 5.3.

2.1.3 Föreningsfrihet och organisationsrätt

I artikel 23.4 FN-deklarationen stadgas en rätt att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att värna om sina intressen. Det finns dock ingen specifikation av de intressen som ska tillvaratas men paragrafens placering i en artikel som i allmänhet rör arbetstagare tyder på att det i första hand är arbetsrelaterade intressen som avses. Rätten att ansluta sig till en fackförening gäller samtliga, inte bara arbetstagare.⁷¹ Den allmänna förklaringen är inte rättsligt bindande och den anger inte heller vilken skyldighet förklaringen genererar för staterna.⁷²

⁶⁸ GCIM, 2005, s 55.

⁶⁹ Grant, 2011, s 26-28.

⁷⁰ Merlino & Parkin, CEPS, 2011, s 9.

⁷¹ Herzfeld Olsson, 2003, s 121.

⁷² Herzfeld Olsson, 2003, s 122.

2.2 Internationella arbetsorganisationen

ILO bildades 1919 för att gynna social framgång samt för att överkomma sociala och ekonomiska intressekonflikter i arbetsförhållanden genom dialoger och samarbete.⁷³ ILO är ett FN-organ som arbetar för att uppställa internationella regler på arbetsmarknaden som motverkar att arbetare utnyttjas och exploateras. En av huvuduppgifterna för ILO är att ta fram konventioner som behandlar förhållandena på arbetsmarknaden.⁷⁴ ILO har idag 185 medlemsländer varav Sverige är ett av dessa.⁷⁵

Förfarandet i framtagandet av konventionerna ser ut som följande. Fackföreningar, arbetsgivare och regeringar kommer överens om att konventionen i fråga behövs och att det är möjligt att fullfölja denna i nationell rätt. Sedan är det upp till varje medlemsstat om staten ska godkänna och fullfölja konventionen genom att införliva den i nationell rätt. Att en konvention antas av ILO innebär således inte att den automatiskt tillämpas i alla medlemsländer. Att en medlemsstat ratificerat en konvention betyder inte heller att den följs i landet.⁷⁶ Att ratificera en konvention medför ett åtagande att anpassa den nationella lagstiftningen efter konventionens innehåll. I vissa länder integreras den internationella konventionen i den nationella lagstiftningen och i vissa länder är konventionen gällande i internationell rätt men inte i nationell rätt. Ett antal nationella domstolar citerar ILO:s konventioner vid tillämpning av nationell rätt.⁷⁷

ILO har även en del kontrollfunktioner för att säkerställa att de ratificerade konventionerna efterföljs. Bland annat är samtliga regeringar skyldiga att rapportera till en oberoende expertkommitté på ratificerade konventioner.⁷⁸

ILO samlade 1988 åtta stycken konventioner som behandlar mänskliga rättigheter i arbetslivet. Dessa åtta konventioner samlades i Deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet. Samtliga medlemsstater har åtaganden genom sitt medlemskap i ILO, oavsett om de ratificerat alla dessa åtta konventioner eller inte.⁷⁹ Det är därför upp till varje

⁷³ ILO, 2009, s 2.

⁷⁴ Funke, 2005, s 3-4.

⁷⁵ ILO [<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>] 2014-11-21.

⁷⁶ Funke, 2005, s 4.

⁷⁷ ILO, 2009, s 22-23.

⁷⁸ ILO, 2009, s 20.

⁷⁹ ILO, 2010, s 120.

medlemslands regering, fackföreningar och arbetsgivare att se till att dessa efterföljs. Dessa kärnkonventioner har till syfte att få bort de värsta formerna av exploatering och förtryck.⁸⁰

Kontentan av dessa åtta kärnkonventioner kan sägas vara:

- Rätt till föreningsfrihet och organisationsrätt (konvention 87 och 98)
- Avskaffande av alla former av tvångsarbete (konvention 29 och 105)
- Avskaffande av barnarbete (konvention 138 och 182)
- Förhindra diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning (konvention 100 och 111).⁸¹

2.2.1 ILO konventioners tillämpningsområde

ILO:s konventioner är uppbyggda på så sätt att samtliga arbetare omfattas om inte annat finns föreskrivet. Detta innebär att konventionerna är tillämpliga på migrerande arbetare om inte dessa uttryckligen utesluts. I vissa konventioner finns det inte några som helst undantag för vilka arbetare som konventionen tillämpas på medan vissa konventioner tillämpas på migranter genom det faktum att det inte specifikt uttryckts att migranter utesluts.⁸² Att även migranter omfattas av konventionerna om inte annat stadgas fastslogs 2004 av Resolution Concerning a Fair Deal for Migrant Workers in a Global economy där följande sades:⁸³

*“It is important to ensure that the human rights of irregular migrant workers are protected. It should be recalled that ILO instruments apply to all workers, including irregular migrant workers, unless otherwise stated. Consideration should be given to the situation of irregular migrant workers, ensuring that their human rights and fundamental labour rights are effectively protected, and that they are not exploited or treated arbitrarily”.*⁸⁴

2.2.2 Föreningsfrihet och organisationsrätt

I ILO konvention 87 artikel 2 stadgas en rätt för arbetare och arbetsgivare att utan några förbehåll bilda och gå med i organisationer som försvarar och främjar deras intressen. Konventionen riktar sig således till relationen mellan arbetare, arbetsgivare, dess organisationer och staten. I artikel 3 stadgas rätten till valfrihet för innehållet i föreningarnas

⁸⁰ Funke, 2005, s 4.

⁸¹ ILO, 2010, s 120 och Funke, 2005.

⁸² ILO, 2010, s 120.

⁸³ Merlino & Parkin, CEPS, 2011, s 13.

⁸⁴ Citat från ILO Resolution concerning a fair deal for migrant workers in a global economy, 2004, s 7-8 p. 28.

regler, rätten att fritt välja representanter samt rätten för organisationen att avfatta stadgar och regler. I artikel 11 stadgas en förpliktelse att vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa de rättigheter som anges i konventionen. Ansvar för att föreningsfriheten och organisationsrätten fritt ska kunna utövas bärs av staten. Skyddet omfattar även handlingar från andra organ som kan direkt eller indirekt kränka det fria utövandet av organisationsrätten.⁸⁵ Att låta utländska arbetare ansluta sig till fackföreningar enligt denna konvention godtas inte.⁸⁶ Papperslösa omfattas således inte av ILO:s konvention 87 och anses därmed inte heller vara arbetstagare i enlighet med konventionens lydelse.

Enligt ILO konvention 98 får ingen diskrimineras på grund av att personen i fråga inte är medlem i en fackförening, eller för att personen är medlem i en fackförening. Konventionen stadgar i artikel 4 att frivilliga förhandlingar mellan arbetsgivare, arbetsgivarorganisationer och arbetstagarorganisationer ska främjas när syftet med förhandlingarna är att reglera anställningsvillkor genom kollektivavtal. De aktuella rättigheterna tillkommer samtliga i arbetet och således inte enbart arbetstagare.⁸⁷

2.2.3 Andra ILO konventioner av intresse

ILO konvention 143 artikel 1 stadgar att varje medlemsstat åtar sig skyldigheten att respektera grundläggande rättigheter för samtliga migrerande arbetare. Sverige ratificerade konventionen 1982.⁸⁸ Artikel 14 a stadgar en rätt till fri geografisk rörlighet och en fri rätt till arbete. Denna rättighet träder dock först i kraft när arbetare lagligt vistats i landet i två år, eller vid slutet av första kontraktperioden om denna är kortare än två år. I artikel 10 föreskrivs att principen om *"equality of opportunity and treatment"* ska tillämpas även på fackliga rättigheter. Denna artikel tillämpas dock endast på arbetare som lagligt vistas i landet, vilket innebär att papperslösa exkluderas.

Behovet av vård och tjänster i hemmet kan sägas ha ökat under 1900-talet. Efterfrågan på tjänster i hemmet ökade därmed.⁸⁹ Jag vill med följande framställning visa att det finns en efterfrågan på hushållsarbete vilket kan innebära att papperslösa söker sig till denna typ av

⁸⁵ Herzfeld Olsson, 2003, s 129.

⁸⁶ Herzfeld Olsson, 2003, s 135.

⁸⁷ Herzfeld Olsson, 2003, s 64.

⁸⁸ ILO

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312_288:NO] 2014-12-09.

⁸⁹ Calleman, 2007, s 59.

arbete. Därför är ILO konvention 189 om anständiga villkor för hushållsarbetare intressant. Konventionen trädde i kraft 2013 men Sverige har inte ratificerat den än. Konventionen tillämpas på samtliga hushållsarbetare enligt artikel 2.1, vilket innebär att även papperslösa omfattas av den.⁹⁰ Enligt konventionens artikel 8 ska hushållsarbetare som rekryteras i ett land för arbete i ett annat land ha rätt till ett skriftligt jobberbjudande, eller anställningskontrakt som är giltigt i landet där arbetet ska utföras. Kontraktet ska specifikt innehålla vissa uppgifter som uppställs i artikel 7, såsom uppgifter om lön, arbetstid och vilken tidsperiod kontraktet gäller. Denna rättighet bidrar enligt min mening till bättre förutsättningar för hushållsarbetare. Att konventionen tillämpas på samtliga hushållsarbetare innebär rättigheter för papperslösa som arbetar med hushållsarbete, då konventionen till exempel reglerar lön i artikel 11 och arbetsmiljö i artikel 13. Jag anser även att utlänningar får en möjlighet att undvika att bli papperslösa då ett tydligt avtal ökar möjligheterna att beviljas arbetstillstånd. ILO konvention 189 artikel 9 ger arbetarna en rätt att behålla sina resedokument och identitetshandlingar.

Anledningarna till att Sverige inte ratificerat konventionen är bland annat att den svenska ILO-kommittén anser att det finns oklarheter som måste analyseras innan en ratifikation kan övervägas. Bland annat finns kollektivavtal som inte uppfyller konventionens krav, vidare finns oklarheter om svensk rätt uppfyller kraven om skydd för anständiga levnadsförhållanden (artikel 6), informationen i anställningsavtalet (artikel 7) och anställningserbjudandet (artikel 8), förfarandet vid löneutbetalningar (artikel 12) och angående bemanningsföretag (artikel 15).⁹¹

För att svensk rätt ska bli förenlig med konventionen krävs i många fall ny lagstiftning och frågan är om regeringen är beredd att vidta dessa åtgärder. Bland arbetsmarknadens parter finns det splittrade åsikter. Svenskt Näringsliv och Sveriges kommuner och landsting är emot en ratifikation. Sveriges Akademikers Centralorganisation (Saco), Landsorganisationen (LO) och Tjänstemännens centralorganisation (TCO) förespråkar en ratifikation samt de lagändringar som krävs för att ratificera. Ytterligare en komplikation med en eventuell ratificering av ILO konvention 189 är vilka grundläggande rättigheter papperslösa arbetare har i dagsläget.

⁹⁰ Opeskin, Perruchoud & Redpath-cross, 2012, s 293.

⁹¹ Svenska ILO kommitténs yttrande 2012-05-30, 12/2011 angående konvention C189 och rekommendation R 201 om hushållsarbete (domestic work).

ILO:s expertkommitté har bett Sveriges regering redogöra för hur Sverige uppfyller detta krav. Vilka rättigheter papperslösa arbetare kan göra anspråk på enligt svensk rätt är långt ifrån klarlagt. Sverige har i och med ratifikationen av ILO konvention 143 åtagit sig att garantera grundläggande mänskliga rättigheter oavsett migrations status och frågan blir därför om ILO konvention 189 utsträcker skyddet för hushållsarbetare även till andra områden än grundläggande rättigheter.⁹² I dagsläget är frågan om en eventuell ratifikation fortfarande under utredning då den innehåller aspekter som ur ett rättsligt perspektiv är komplicerade och det pågår ett analysarbete inom regeringskansliet.⁹³

2.3 Europarådet

EKMR har tillkommit och utvecklats inom ramen för verksamhet inom Europarådet.⁹⁴ Europarådet bildades efter andra världskriget och EKMR undertecknades 1949 av tio stater varav Sverige var en. EKMR trädde i kraft den 3 september 1953.⁹⁵ Samtliga av EU:s medlemsländer tillhör Europarådet och är bundna av EKMR efter ratificering. EKMR tillämpas av den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna, ofta nämnd Europadomstolen.⁹⁶ Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter (sociala stadgan) ratificerades av Sverige 1962. I dagsläget gäller den reviderade sociala stadgan som Sverige ratificerade 1996.⁹⁷ Den sociala stadgan är inte juridiskt bindande.⁹⁸

2.3.1 Arbetstagarbegreppet

Den sociala stadgan är endast tillämplig på medborgare i konventionsländerna eller tredjelandsmedborgare som arbetar legalt.⁹⁹ För den papperslöse tredjelandsmedborgaren innebär det att hen inte anses som arbetstagarare i den sociala stadgans mening. EKMR är tillämplig på var och en, vilket följer av konventionens artikel 1 ”garantera var och en... de fri- och rättigheter som anges”.

⁹² Herzfeld Olsson, 2013.

⁹³ Svar på skriftlig fråga 2013/14:362: ILO-konvention 189 och rekommendation 201 om hushållsanställdas rättigheter.

⁹⁴ Bernitz & Kjellgren, 2010, s 131.

⁹⁵ Danelius, 2012, s 17.

⁹⁶ Bernitz & Kjellgren, 2010, s 131.

⁹⁷ Prop. 1997/98:82 s 4.

⁹⁸ Nyström, 2011, s 77.

⁹⁹ Merlino & Parkin, CEPS, 2011 s 7 och FRA, Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union, 2011, s 24.

2.3.2 Föreningsfrihet och organisationsrätt

Den negativa föreningsrätten, det vill säga rätten att stå utanför en organisation har i princip erkänts genom att EKMR sedan 1994 gäller som lag i Sverige.¹⁰⁰ Föreningsfriheten stadgas i artikel 11 EKMR och friheten omfattar olika slags föreningar. Fackföreningar nämns i artikeln men det är bara ett exempel vilket innebär att även till exempel politiska partier omfattas.¹⁰¹ Vad gäller den negativa föreningsfriheten så omnämns inte denna specifikt i artikel 11 men frånvaron av en uttrycklig bestämmelse kan inte anses medföra att en negativ föreningsfrihet inte föreligger enligt konventionen. Istället har alla de olika frihetsrättigheterna i konventionen tolkats så att de har en negativ motsvarighet.¹⁰² Europadomstolen har även uttalat sig vid flera tillfällen där domstolen erkänt den negativa föreningsfriheten.¹⁰³

2.4 EU-rätt

Lissabonfördraget trädde i kraft den 1 december 2009 och var ett steg mot ett mer moderniserat EU. Genom detta har nu EU två grundläggande fördrag nämligen FEU och FEUF. Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan) tillkommer även som en tredje del med samma rättsliga status som fördragen.¹⁰⁴ Förutom fördragen och rättighetsstadgan finns en mängd olika direktiv på EU-rättens område. Direktiv riktar sig till medlemsstaterna och föreskriver ett resultat som medlemsstaterna ska förverkliga inom det egna landet inom ramen för sin nationella rättsordning.¹⁰⁵ Det är upp till medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet, enligt artikel 288.3 FEUF.

Målen för EU:s migrationspolitik stadgas i artikel 79 FEUF och är bland annat att: *”säkerställa en effektiv förvaltning av migrationsströmmarna, en rättvis behandling av tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i medlemsstaterna”*.¹⁰⁶ Noll anser att EU:s migrationspolitik vad gäller irreguljära migranter främst handlar om gemensamma

¹⁰⁰ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹⁰¹ Danelius, 2012, s 490.

¹⁰² Danelius, 2012, s 498.

¹⁰³ Se bland annat *Sigurjónsson, Sigurour A mot Island*, den 30 juni 1993, § 35 och *Gustafsson mot Sverige*, den 25 april 1996, § 45.

¹⁰⁴ Bernitz & Kjellgren, 2010, s 16.

¹⁰⁵ Bernitz & Kjellgren, 2010, s 32.

¹⁰⁶ Citat från artikel 79 FEUF.

gränskontroller.¹⁰⁷ Sverige deltog i oktober 2014 i organisationen ”*Mos maiorum*” som hade till uppgift att bekämpa den illegala invandringen.¹⁰⁸ Den övergripande målsättningen var att eliminera de illegala vägarna till EU samt att öka kontrollen av de papperslösa inom Schengenområdet.¹⁰⁹ Denna operation stödjer Nolls påstående att EU:s migrationspolitik innebär en kontroll av EU:s yttre gräns.

European Migration Network (EMN) erhåller information och kunskap inom migrationsområdet. EMN har till syfte att samla in och tillhandahålla information om migration från medlemsländerna för att stödja arbetet med EU:s migrationspolitik.¹¹⁰ Under 2010 var EMN:s centrala frågor cirkulär migration. Europeiska rådet har antagit slutsatser om att inrätta ett så kallat partnerskap för rörlighet och cirkulation. Sverige deltar i partnerskap med Moldavien och Georgien.¹¹¹

2.4.1 Arbetstagarbegreppet

I artikel 20-23 FEUF regleras unionsmedborgarskapet och artikel 20.2 FEUF ger unionsmedborgare en rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium. Tredjelandsmedborgare omfattas inte av denna fria rörlighet men det pågår ett arbete för att utvidga gruppen som omfattas av den.¹¹² Det finns bland annat ett direktiv som behandlar varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare.¹¹³ Detta direktiv förutsätter dock att tredjelandsmedborgaren varit lagligt bosatt i en medlemsstat i fem år, vilket innebär att papperslösa exkluderas.¹¹⁴ Rättighetsstadgan gäller för var och en, det vill säga även papperslösa om inte annat stadgas.¹¹⁵

Undersökningen behandlar som nämnts inte EU-medborgare. Här kommer dock kort beröras hur arbetstagarbegreppet tolkats enligt artikel 45 FEUF. EU-domstolen har i *D.M. Levin mot Secrétaire d'État à la justice* fastslagit att arbetstagarbegreppet är av gemenskapsrättslig betydelse och medlemsstaterna för sig får därför inte definiera begreppet.¹¹⁶

¹⁰⁷ Noll, 2008, s 9.

¹⁰⁸ Röstlund, 2014, ”Sverige deltar i EU:s jakt på papperslösa”.

¹⁰⁹ Interpellation 2014/15:9 Den polisiära EU-operationen *Mos maiorum*.

¹¹⁰ SOU 2011:28, s 211.

¹¹¹ SOU 2011:28, s 212.

¹¹² Nyström, 2011, s 123.

¹¹³ Rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning.

¹¹⁴ SOU 2005:15 s 61.

¹¹⁵ Merlino & Parkin, CEPS, 2011, s 2.

¹¹⁶ Mål 53/81 *D.M. Levin mot Secrétaire d'État à la justice* REG 1982 1035 § 11.

Arbetstagarbegreppet ska tolkas entydigt inom gemenskapen och begreppet ska ha en vidsträckt tolkning.¹¹⁷ EU-domstolen har i *Deborah Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg* uppställt tre krav för att en individ ska anses vara arbetstagarare.

1. Individen ska utföra arbete åt eller för någon annan
2. Individen ska vara under dennes arbetsledning
3. Arbetet ska ske mot vederlag¹¹⁸

EU-domstolen har i *Franca Ninni-Orasche Och Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst* uttalat sig som följer angående begreppet arbetstagarare: ”Det huvudsakliga kännetecknet för ett anställningsförhållande är att en person under en viss tid, till förmån för någon annan och enligt dennes anvisningar utför tjänster i utbyte mot vilka han erhåller ersättning”.¹¹⁹

Om vi bortser från att artikel 45 FEUF inte tillämpas på tredjelandsmedborgare är kraven på att anses vara arbetstagarare inte omöjliga för en papperslös att uppfylla.

2.4.2 Föreningsfrihet och organisationsrätt

I rättighetsstadgan artikel 12.1 återfinns föreningsfrihet. Föreningsfriheten gäller på samtliga nivåer inklusive rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar.¹²⁰ Rättighetsstadgan är sedan 2007 rättsligt bindande på lika villkor som fördragen enligt artikel 6.1 FEU. I artikel 12.1 skrivs rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att bevaka sina intressen uttryckligen ut.¹²¹ Rättighetsstadgan gäller för samtliga om inte annat uttryckligen stadgas.¹²² Detta innebär att art. 12.1 gäller även för papperslösa. I artikel 28 rättighetsstadgan återfinns en rätt till förhandling, en rätt att ingå kollektivavtal samt en rätt att tillgripa kollektiva åtgärder för att försvara sina rättigheter, däribland strejk. Denna rätt ska dock stå i överensstämmelse med nationella bestämmelser.¹²³

¹¹⁷ Mål 53/81 D.M. Levin mot Secrétaire d'État à la justice REG 1982 1035 § 12.

¹¹⁸ Mål 66/85 Deborah Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg REG 1986 2121, § 17.

¹¹⁹ Citat från Mål C413/01 Franca Ninni-Orasche Och Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst p. 24.

¹²⁰ Nyström, 2011, s 88.

¹²¹ EU Network of Independent Experts on fundamental rights, 2006, 124.

¹²² Merlino & Parkin, CEPS, 2011, s 2.

¹²³ EU Network of Independent Experts on fundamental rights, 2006, s 240.

2.4.3 Sanktionsdirektivet

Den 18 juni 2009 antogs direktiv 2009/52/EG om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, det så kallade sanktionsdirektivet.¹²⁴ Medlemsstaterna ska enligt artikel 17 implementera direktivet på nationell nivå senast den 20 juli 2011. Syftet med direktivet är att motverka olaglig invandring till den Europeiska unionen. Detta fastställs med direktivets första artikel som stadgar att det i direktivet anges minimistandarder för sanktioner mot arbetsgivare som överträder förbudet att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat. En ytterligare viktig aspekt på syftet med direktivet är att reducera den dragande kraften att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i ett land.¹²⁵

Direktivet omfattar som framgår av namnet inte unionsmedborgare, i enlighet med artikel 20 FEUF, och inte heller personer som åtnjuter fri rörlighet i enlighet med kodexen om Schengengränserna.¹²⁶ Detta följer av direktivets artikel 2 a.

Medlemsstaterna ska enligt sanktionsdirektivets artikel 3 och 4, införa ett förbud för arbetsgivare att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Medlemsstaterna ska även införa kontrollåtgärder för arbetsgivaren innan anställning vilket innebär att tredjelandsmedborgare innan anställning ska kunna visa upp giltigt uppehållstillståndskort eller liknande handling som styrker en legal vistelse i landet. Enligt artiklarna 5, 10 och 12 ska medlemsstaterna vidta lämpliga sanktionsåtgärder mot arbetsgivare som anställer tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet. Sanktionerna ska vara proportionella, avskräckande och effektiva. Sanktionerna består av finansiella sanktioner, straffrättsliga sanktioner och ansvar för juridiska personer samt vissa andra sanktioner såsom rätten till bidrag.

Direktivet uppställer även ett krav på medlemsstaterna att införa reglering som innebär att en tredjelandsmedborgare som arbetat ska ha rätt till eventuell inestående ersättning för sitt arbete. En presumtion om ett anställningsförhållande under tre månader ska anses föreligga

¹²⁴ Rådets direktiv 2009/52/EG om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt av den 18 juni 2009.

¹²⁵ Gunneflo & Selberg, 2010, s 7.

¹²⁶ Beträffande Schengengränserna stadgas det i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) artikel. 2.5, att medborgare med familjemedlemmar från Norge, Island, Liechtenstein och Schweiz undantas från direktivets tillämpningsområde.

om varken arbetsgivare eller arbetare kan bevisa annat. Detta framgår av artikel 6 i sanktionsdirektivet. Medlemsstaterna ska även säkerställa att tredjelandsmedborgaren har möjligheten att effektivt framföra klagomål mot sin arbetsgivare, enligt artikel 13. Direktivet uppställer även ett krav på att medlemsstaterna ska säkerställa att inspektioner av arbetsplatser och kontroller av om arbetsgivare har anställda tredjelandsmedborgare som vistas i landet utan uppehålls- och arbetstillstånd genomförs, vilket framgår av artikel 14.

Sanktionsdirektivet påverkar inte tredjelandsmedborgares rättigheter till föreningsrätt eller rätten till arbetsförhållanden som uppnår hälso- och säkerhetsstandard.¹²⁷ Kommissionen ansåg att det är arbetsgivare som ska straffas för att de anställt tredjelandsmedborgare och inte den tredjelandsmedborgare som utfört arbete.¹²⁸ Detta kan dock ifrågasättas genom direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (återvändandedirektivet), som i artikel 6 stadgar en skyldighet för medlemsstaterna att besluta om återvändande för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i staten. Återvändandedirektivet innebär att tredjelandsmedborgaren i praktiken kommer bestraffas som en följd av sanktionsdirektivet och kan sägas innebära att den papperslösa hamnar i ett större utanförskap. Gunneflo uttryckte sig som följande: ”Employers: do not employ them. States: issue them a return decision.”¹²⁹

2.5 ETUC och PICUM

ETUC organiserar fackförbund i Europa och i Turkiet och anser att det viktigaste för alla papperslösa i Europa är att värna om deras mänskliga rättigheter, se till att de får betalt för utfört arbete samt att deras övriga rättigheter på arbetsmarknaden tillgodoses. ETUC menar att arbetskraft inte är en handelsvara utan att varje människa, oavsett deras legala eller illegala status ska respekteras och värderas som människa, samt tillerkännas samma rättigheter som övriga medborgare i EU-länderna.¹³⁰

PICUM är en paraplyorganisation för hjälporganisationer i Europa som stödjer papperslösa. PICUM är emot det faktum att det är den papperslöse som jagas och bestraffas, samtidigt som

¹²⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council providing for sanctions against employers of illegally staying third-country nationals, (COM 2007, 249 final), s 3-4.

¹²⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council providing for sanctions against employers of illegally staying third-country nationals, (COM 2007, 249 final), s 2.

¹²⁹ Citat från Gunneflo & Selberg, 2010, s 9.

¹³⁰ Holmgren, Projekt Rita, 2008, s 12.

de är efterfrågade av och utnyttjade av kriminella arbetsgivare. Att Sverige är ett land där vårt personnummer används för att kontrollera tillgången till sociala och ekonomiska rättigheter är något som PICUM kritiserar. De menar att de papperslösa effektivt utesluts från sina rättigheter i Sverige eftersom de inte tilldelas något svenskt personnummer.¹³¹

ETUC tog tillsammans med PICUM och SOLIDAR fram en policy för papperslösa arbetare. Policyn stadgar: *“All individuals residing on the European Union territory, regardless of their legal status, are human beings and as such are the subjects of fundamental human rights. When they are performing work, they are subjects of fundamental rights at work, as acknowledged in the European Charter of Fundamental Rights, and in other international instruments.”*¹³²

3 Nationell reglering av arbetstagarbegreppet, föreningsfrihet och organisationsrätt

Detta kapitel behandlar den nationella regleringen av arbetstagarbegreppet, föreningsfriheten och organisationsrätten. Kraven för uppehållstillstånd, arbetstillstånd och folkbokföring behandlas inledningsvis. Hur svenska fackförbund arbetar för papperslösa i arbetslivet behandlas och även hur Sverige införlivat sanktionsdirektivet.

3.1 Upphållstillstånd, arbetstillstånd och folkbokföring

Enligt 2 kap. 5 § UtL ska en utlänning som vistas i Sverige mer än tre månader ha uppehållstillstånd. När uppehållstillstånd beviljats får utlänningen resa in i Sverige enligt 2 kap. 4 § UtL. Om utlänningen planerar att arbeta i Sverige krävs i huvudregel ett arbetstillstånd i enlighet med 2 kap. 7 § UtL. Regleringen om arbetstillstånd återfinns i 6 kap. UtL. Förutsättningarna som krävs för att beviljas arbetstillstånd återfinns i 6 kap. 2 § UtL som ställer upp två krav. För det första ska anställningen göra det möjligt för hen att försörja sig och för det andra ska lönen och anställningsförhållandena överensstämma med svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket. Försörjningskravet innebär att ersättningen från arbetet måste vara av sådan omfattning att utlänningen inte behöver försörjningsstöd enligt 4 kap. 1 § Socialtjänstlagen (2001:453).¹³³ Arbetstillstånd ska enligt huvudregeln vara beviljat före

¹³¹ Holmgren, Projekt Rita, 2008, s 16.

¹³² Citat från ETUC, PICUM & SOLIDAR, 2007, s 1.

¹³³ Prop 2007/08:147, s 59.

inresa i Sverige. Det finns dock undantag som innebär att en utlänning kan ansöka om arbetstillstånd i Sverige, till exempel om utlänningen ansökt om asyl och fått avslag på denna ansökan.¹³⁴

För att klargöra distinktionen mellan utlänningar med arbetstillstånd och utlänningar utan tillstånd blir kontentan att de senare blir papperslösa och således vistas olagligt i Sverige. Att det uppställs ett krav på uppehålls- och arbetstillstånd i Sverige är ett problem för papperslösa som inte uppfyller de uppställda kraven för att beviljas ett arbetstillstånd, de exkluderas med andra ord från olika rättigheter.

Det faktum att Sverige är ett land där personnummer är nödvändigt i många olika situationer är ett stort hinder för de papperslösa och kan sägas vara en stor anledning till att papperslösa skapas.¹³⁵ För att få ett svenskt personnummer krävs att du uppfyller några av kraven i 18 – 18 b §§ folkbokföringslagen (1991:481) (FBL). Huvudregeln återfinns i 18 § som stadgar att folkbokföring krävs. I 18 b FBL stadgas en rätt till svenskt personnummer om personen vistas lagligt i landet och uppfyller kraven i 3 § som reglerar när en person anses bosatt i landet. I 4 § FBL stadgas att en utlänning som måste ha uppehållsrätt eller uppehållstillstånd för att få vistas i landet får folkbokföras om detta villkor är uppfyllt eller om det finns andra synnerliga skäl. Synnerliga skäl kan anses föreligga främst när en utlännings tillfälliga skydd har upphört att gälla och utlänningen ansökt om uppehållstillstånd eller återopat andra skyddsbehov. Det samma gäller för personer som ansökt om asyl men inte fått asylansökan prövad.¹³⁶ Denna typ av reglering gör det in i det närmsta omöjligt för papperslösa att få ett svenskt personnummer eftersom de inte uppfyller kravet på uppehållstillstånd och inte heller har stora möjligheter att beviljas på grund av synnerliga skäl.

3.2 Arbetstagarbegreppet

I den svenska arbetsrätten saknas en legaldefinition av arbetstagarbegreppet. Begreppet får därför fastställas med hjälp av praxis, lagmotiv och juridisk litteratur.¹³⁷ Det finns vissa riktlinjer för när ett anställningsförhållande anses föreligga, nämligen att arbetaren utför det arbete som huvudmannen anvisar, arbetet utförs under huvudmannens ledning och kontroll, arbetaren är inordnad i huvudmannens verksamhet, att arbetaren personligen förutsätts utföra

¹³⁴ Prop. 2007/08:147, s 47-48.

¹³⁵ Sigvardsdotter, 2012, s 74.

¹³⁶ Prop. 2001/02:185, s 121.

¹³⁷ SOU 2010:63, s 177-178.

arbetet och att arbetaren är garanterad viss lön.¹³⁸ En helhetsbedömning får dock alltid göras vid tveksamma fall.¹³⁹

Enligt 1 § Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) tillämpas lagen på förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Med arbetstagare menas även den som utför arbete åt annan och därmed inte är anställd, men att ställningen är väsentligen densamma som för en anställd. AD uttalade sig i AD 2005 nr 117 i frågan om anställningsavtalets betydelse som följande: ”*Själva anställningsavtalet kräver ingen särskild form för sin giltighet. Ett sådant avtal kan alltså ingås muntligt och formlöst eller komma till stånd på annat sätt, t.ex. genom att någon utan erinran börjar arbeta på en arbetsplats, s.k. konkludent handlande.*”¹⁴⁰

Vid en övergripande genomgång av definitionen av arbetstagarbegreppet kan det te sig naturligt att en papperslös som arbetar och uppfyller de uppställda kraven automatiskt ska anses som arbetstagare i arbetsrättslig mening. Så har inte alltid fallet varit vid mål som varit upp i domstol. AD ansåg i AD 1979 nr 90 att den dåvarande regleringen om anställningsskydd inte var tillämplig på en utlänning som blivit avskedad på grund av att ansökan om förlängt arbetstillstånd lämnats utan bifall. Arbetsgivaren avskedade utlänningen en månad efter det att beslutet tagits och därmed ansågs frågan om utlänningens arbetstillstånd helt avslutad. AD framförde även att det faktum att en ny ansökan om förlängt arbetstillstånd eventuellt kunde leda till ett nytt arbetstillstånd inte föranledde någon annan bedömning.

AD gjorde bedömningen i AD 1991 nr 49 att tre utländska arbetare från Jugoslavien var att anse som arbetstagare i arbetsrättens mening. Frågan i målet var skadestånd då arbetsgivaren underlåtit att tillämpa det gällande kollektivavtalets bestämmelser om lön med mera på dessa tre utländska arbetare. De utländska arbetarna saknade arbetstillstånd. AD resonerade väldigt kortfattat kring det faktum att de saknade arbetstillstånd och fokuserade istället på om arbetarna ansågs uppburit lön från företaget. AD ansåg efter en sammantagen bedömning det visat att utlänningarna anlätats för heltidsarbete i bolaget och att de erhållit lön för arbetet. AD gjorde bedömningen att dessa omständigheter var tillräckliga för att ett

¹³⁸ Sigeman, 2010, s 29.

¹³⁹ Sigeman, 2010, s 31.

¹⁴⁰ Citat från AD 2005 nr 117.

anställningsförhållande skulle anses föreligga och att utlänningarna därför var att anse som arbetstagare. Vilka slutsatser kan då dras av detta rättsfall om papperslösa är att anse som arbetstagare? Det kan vara så att domstolen ansåg att det avgörande inte var om de hade rätt att vistas i Sverige eller inte utan att själva förhållandet mellan utlänningarna och arbetsgivaren var det viktigaste.

I ett nyare rättsfall, AD 2012 nr 34, som i huvudsak handlade om att avgöra huruvida ett anställningsavtal upprättats för skens skull ansåg AD att utlänningen inte hade rätt till lön eftersom han saknade arbetstillstånd. Frågan var om anställningsavtalet upprättats för skens skull för att användas i en ansökan om arbetstillstånd till Migrationsverket. AD framförde att en arbetstagare som står till förfogande för arbete har rätt till ersättning även om arbete inte utförs. AD gjorde bedömningen att utlänningen inte stått till förfogande för arbete eftersom han inte hade rätt att arbeta för bolaget i och med avsaknaden av arbetstillstånd. I och med detta hade utlänningen inte rätt till lön.

Jag påstår att arbetsrättsliga rättigheter är bundna av rätten att uppehålla sig och arbeta i Sverige och inte av arbete utfört i Sverige. Gunneflo menar att vissa rättigheter inom arbetsrätten är bundna av ett arbetstillstånd medan vissa rättigheter är tillämpliga för allt arbete som utförs i Sverige i enlighet med ett anställningsavtal. Dessa rättigheter för allt arbete som utförs erkänns dock inte papperslösa enligt hans mening.¹⁴¹ En annan aspekt på problemet är att arbetsrätten endast delvis tillämpas i dessa fall. Arbetsgivare erkänns som arbetsgivare i den arbetsrättsliga meningen medan den andra parten, den papperslösa, nekas att erkännas som arbetstagare.¹⁴²

3.3 Föreningsfrihet och organisationsrätt

Inom svensk rätt görs en åtskillnad på föreningsrätt och föreningsfrihet. I MBL föreskrivs föreningsrätt som skyddar mot ingripanden från en annan enskild och i Regeringsformen (1974:152) (RF) återfinns föreningsfriheten som skyddar en enskild från att staten ska inskränka en individs rätt till fri föreningstillhörighet. Föreningsfriheten återfinns i 2 kap. 1 § 5 p. RF och den innebär att var och en ska vara tillförsäkrad en frihet att sammansluta sig med andra för allmänna eller enskilda syften. Föreningsfriheten tilldelas svenska medborgare och utlänningar som vistas i landet i den mån inte annat stadgas i lag enligt 2 kap. 25 § RF. Den

¹⁴¹ Gunneflo & Selberg, 2010, s 17.

¹⁴² Selberg, 2014, s 256.

grundläggande rättigheten till föreningsfrihet gäller oavsett utlänningens migrationsrättsliga status, vilket innebär att papperslösa inkluderas.¹⁴³

En arbetsgivare som är bunden av ett kollektivavtal är förhindrad att tillämpa sämre villkor än de som stadgas i kollektivavtalet. En problematik som uppstår är emellertid att arbetsgivare endast har denna skyldighet gentemot organiserade arbetstagare. Detta innebär att en oorganiserad arbetstagare inte kan hävda rättigheter endast med bakgrund i kollektivavtalet gentemot sin arbetsgivare.¹⁴⁴ Detta påstående kan dock ifrågasättas eftersom samma villkor i kollektivavtalet normalt även tillämpas för oorganiserade eller organiserade i ett annat förbund än det som tecknat avtalet. Detta för att ett kollektivavtal vanligen innebär en underförstådd förpliktelse för arbetsgivaren att inte tillämpa andra villkor för utomstående arbetstagare.¹⁴⁵ AD har gjort denna bedömning i AD 1991 nr 49 där arbetsgivaren var bunden av ett kollektivavtal som stadgade en lägsta minimilön. AD ansåg att kollektivavtalets bestämmelser om minimilönen skulle tillämpas på den oorganiserade papperslöse.

Som nämnts är MBL tillämplig på förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Föreningsrätten stadgas i 8 § MBL som föreskriver att föreningsrätten ska lämnas okränkta. Föreningsrätten innebär praktiskt sett främst en rätt för arbetstagare att tillhöra och verka för en fackförening samt att utnyttja medlemskapet utan att bli utsatt för diskriminerande åtgärder från arbetsgivarens sida.¹⁴⁶ Regleringen i 7-9 §§ MBL skyddar endast den så kallade positiva föreningsrätten, med andra ord rätten att tillhöra en organisation. Den negativa föreningsrätten skyddas genom att EKMR gäller som lag i Sverige.

Det avgörande för om papperslösa anses omfattas av föreningsrätten i MBL är just om de anses vara arbetstagare i den arbetsrättsliga meningen. Som utredningen ovan visar är det i praxis inte klargjort om papperslösa ska anses vara arbetstagare eller inte då olika fall haft olika utgång.

3.4 Fackförbundens roll

En rätt för papperslösa att bli medlemmar i fackföreningar medför en del problem, något som LO uppmärksammat. LO anser att det inte går att erbjuda ett traditionellt medlemskap i facket

¹⁴³ Prop. 2012/13:125, s 24.

¹⁴⁴ SOU 2010:63, s 193.

¹⁴⁵ Sigeman, 2010, s 144-145.

¹⁴⁶ Sigeman, 2010, s 71.

eftersom det kan innebära dels en risk för arbetstagaren att tvingas lämna landet, dels en risk för uppsägning då utlänningen inte har rätt att vistas i landet. LO har som mål att hjälpa och stödja alla arbetstagare på arbetsmarknaden oavsett deras status. LO anser vidare att arbetstagare som arbetat utan arbetstillstånd ska avkriminaliseras, de anser att det bör vara liknande som vid prostitution, att det är arbetsgivaren som bör straffas och inte den person som blir utnyttjad.¹⁴⁷

Tre förbund inom LO har självständigt valt att möjliggöra för papperslösa att bli medlemmar. Dessa förbund är Fastighet-, Livs och Hotell- och Restaurangfacket. Det finns en hel del olika åsikter i frågan då vissa hävdar att det faktum att de papperslösa inte har personnummer eller hemförsäkring gör det omöjligt att organisera dessa personer. Bengt Sandberg, ombudsman på Fastighets avdelning i Stockholm menar att frågan om papperslösa är en grundläggande facklig fråga och att facket ska företräda och kämpa för alla som arbetar.¹⁴⁸

Papperslösa har idag möjlighet att bli medlemmar i bland annat Sveriges Arbetares Centralorganisation (SAC) och därigenom en möjlighet att få hjälp med exempelvis lönefrågor. SAC arbetar på så sätt att de har fört ett register över arbetsgivare och bestämt vilka lägsta löner som arbetsgivarna bör betala. Arbetsgivarna kan sedan ge högre lön men inte lägre lön. Om arbetsgivaren betalar under denna minimilön som uppställts blir det en blockad då medlemmar ställer sig utanför arbetsplatsen till dess minimilönen är betald. SAC vill även anordna en arbetsförmedling för papperslösa i framtiden.¹⁴⁹

Fackligt center för papperslösa har till uppdrag att stödja papperslösa och asylsökande med arbetsrättsliga frågor på arbetsmarknaden. Centret bildades 2008 av ett antal fackliga organisationer inom LO, TCO och Saco.¹⁵⁰ Plattformen för fackligt center för papperslösa är: *”Vi kräver en regularisering av alla papperslösa som vistas i Sverige, d v s uppehållstillstånd för alla papperslösa.”*¹⁵¹

¹⁴⁷ LO [http://www.lo.se/start/pressmeddelanden/lo_vill_forbatta_situationen_for_papperslosa] 2014-11-11.

¹⁴⁸ Färnbo, 2011.

¹⁴⁹ Svanebro, 2007.

¹⁵⁰ Fackligt center för papperslösa [http://www.fcfp.se/?page_id=47] 2014-11-07.

¹⁵¹ Holmgren, Projekt Rita, 2008, s 40.

TCO, som är en facklig centralorganisation, var en av de första som bestämde en policy och satte ett mål att förändra maktbalansen mellan papperslösa och arbetsgivare.¹⁵² Policyn innebär bland annat att utlänningens arbetsrättsliga status ska avgöras självständigt och inte påverkas av om personen har arbetstillstånd eller inte. Policyn innebär också att utlänningen ska anses som arbetstagare i arbetsrättslig mening även om personen saknar arbetstillstånd.¹⁵³

3.5 Införlivandet av sanktionsdirektivet

Den 1 augusti 2013 infördes en ny lag i Sverige för att uppfylla en del av kraven i sanktionsdirektivet, se kapitel 2.3.4. Enligt Lag (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige (LrL) ska en utlänning som omfattas av lagen och som utfört arbete ha rätt till skälig lön och ersättning från sin arbetsgivare, enligt 4 §. Med lön och annan ersättning menas enligt direktivets artikel 2 j all ersättning som utlänningen erhåller direkt och indirekt av sin arbetsgivare på grund av anställningen.

Denna nya lag medför en rättighet för papperslösa att få ersättning för det arbete de utfört. I 5 § LrL regleras storleken på lönen. Bestämmelsen stadgar att vid tvist mellan arbetsgivare och en utlänning ska lönen motsvara den minimilön som följer av kollektivavtal eller praxis inom branschen. Vidare presumeras utlänningen ha utfört tre månaders heltidsarbete. Att papperslösa har rätt till lön och annan ersättning är en grundläggande rättighet, men det skyddar inte från att arbetsgivaren kan avskeda utlänningen, utan att reglerna i Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) blir tillämpliga.¹⁵⁴

4 Inkluderande respektive exkluderande reglering för papperslösa arbetare – en analys

Detta avslutande kapitel disponeras som följande. Inledningsvis presenteras en sammanställning av regleringar som inkluderar respektive exkluderar papperslösa arbetare på internationell och nationell nivå. Den reglering som undersökts är i många fall delvis inkluderande och delvis exkluderande. Att kapitlet delas upp med inkluderande respektive exkluderande regleringar innebär inte att olika regleringar endast är det ena eller det andra. Vidare undersöks om undersökningens hypotes stämmer eller inte. Sedan följer en del som

¹⁵² Selberg, 2014, s 263.

¹⁵³ TCO, 2007, s 2.

¹⁵⁴ Selberg, 2014, s 253.

innefattar förslag till ändringar som skulle medföra att fler papperslösa inkluderas i den rättsliga regleringen och även i samhället. Avslutande så sammanfattas slutsatser som dragits genom undersökningen.

4.1 Inkluderande reglering på internationell och nationell nivå

4.1.1 Internationell nivå

En inledande slutsats som kan dras av utredningen av den internationella regleringen är att papperslösa arbetare tilldelas en del rättigheter. På FN nivå inkluderas papperslösa i FN-deklarationen där de erkänns rätten till arbete och rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar. FN-deklarationen gäller för samtliga och intentionen när deklarationen skrevs kan sägas ha varit att samtliga, både medborgare och icke-medborgare skulle omfattas. Det innebär att papperslösa erkänns mänskliga rättigheter i FN-deklarationen.

ILO konvention 98 tillämpas på samtliga vilket innebär att papperslösa inkluderas. Att papperslösa omfattas av ILO:s konventioner om inte annat stadgas anser jag vara inkluderande. För mig innebär det en stark indikation att inkludera papperslösa, även om så inte alltid är fallet. Det innebär också att papperslösa i viss mån accepteras. Med andra ord så har ett ställningstagande gjorts som innebär att papperslösa bör ha vissa rättigheter.

EKMR inkluderar papperslösa då konventionen gäller för var och en. Papperslösa erkänns således föreningsfrihet i enlighet med artikel 11 EKMR. Att papperslösa arbetare erkänns rättigheter i enlighet med EKMR innebär en möjlighet till ett bättre arbetsliv och i och med detta även möjligheter till ett bättre liv. Detta kan leda till att papperslösa som levt i social utestängdhet får en möjlighet att integreras i samhället.

Vad gäller EU-rätten finns både inkluderande och exkluderande reglering. Papperslösa erkänns rättigheter i enlighet med rättighetsstadgan där rätten att ansluta sig till fackföreningar uttryckligen skrivs ut. EKMR påverkar även EU-rätten då den ska ha samma rättsliga värde som fördragen enligt artikel 6 FEU.

För att sammanfatta regleringen som inkluderar papperslösa på internationell nivå skulle jag säga att det finns en medvetenhet om papperslösas situation. Denna medvetenhet anser jag främst kommer till uttryck i FN-deklarationen, EKMR och rättighetsstadgan. Efter denna undersökning har jag även kommit till insikt om hur komplicerad denna fråga är. Ur de

papperslösa arbetarnas perspektiv kan denna inkluderande reglering ses något tunn men på grund av komplexiteten av frågan om papperslösa anser jag att det är ett steg i rätt riktning, även om mer reglering skulle behöva inkludera fler. Jag tror att anledningen till att det inte finns mer reglering som inkluderar papperslösa på internationell nivå, ligger i grunden i att det kan ses motsägelsefullt att erkänna papperslösa rättigheter. Motsägelsefullt på så sätt att papperslösa inte har rätt att vistas i ett land och att de således inte heller har rätt till vissa rättigheter.

4.1.2 Nationell nivå

Diskussionen om en papperslös anses vara arbetstagare i den nationella arbetsrättens mening är komplicerad och långt ifrån helt klargjord. Som redogörelsen av praxis på området visar är det svårt att dra allt för stora slutsatser i och med att fallen i stort skiljde sig från varandra och att det i vissa fall inte förs någon utförlig diskussion om betydelsen av att utlänningen saknade arbetstillstånd. En slutsats som kan dras är att AD erkänner arbetsrätten före migrationsrätten när individens intressen anses högt skyddsvärda. Som i fallet där för låg lön hade utbetalats för arbete, där ansåg AD att arbetsrätten stod högre än migrationsrätten. Det som klart kan konstateras är att papperslösa omfattas av föreningsfriheten i RF då den gäller oavsett utlänningens migrationsrättsliga status. Detta anser jag vara ett viktigt ställningstagande inom svensk rätt. Det tyder på en sund inställning till mänskliga rättigheter där samtliga inom Sveriges gränser omfattas. Att kollektivavtal tillämpas på samtliga som arbetar på den arbetsplatsen, inkluderar papperslösa på så sätt att de har rätt till samma lön som kollektivavtalet stadgar, oavsett om den papperslösa är organiserad eller inte. Införandet av sanktionsdirektivet i svensk rätt medför även ett inkluderande för papperslösa eftersom de enligt LrL har rätt till lön för utfört arbete.

För att sammanfatta den inkluderande regleringen på nationell nivå kan påstås att den minst sagt är knapphändig. För att jämföra med den inkluderande regleringen på internationell nivå återfinns många brister i den nationella regleringen då papperslösa inkluderas mer i internationell reglering. Jag tror att dessa skillnader kan bero på att det i nationell rätt finns en inställning att papperslösa inte får finnas och därför ska de inte heller finnas. Det kan leda till restriktivitet att erkänna dessa personer rättigheter.

4.2 Exkluderande reglering på internationell och nationell nivå

4.2.1 Internationell nivå

ILO:s arbete och reglering är främst exkluderande i och med att utländska arbetare inte erkänns rätten att ansluta sig till fackföreningar i enlighet med ILO konvention 87. Att papperslösa exkluderas från denna konvention anser jag vara betungande, eftersom den utgör en av ILO:s kärnkonventioner. Att papperslösa exkluderas från en kärnkonvention som har till syfte att få bort de värsta formerna av exploatering och förtryck innebär i mina ögon att ILO har misslyckats med kärnkonventionernas syfte. I deklaration om mänskliga rättigheter för individer som inte är medborgare i den stat de bor i inkluderas papperslösa till en viss del. De rättigheter som papperslösa erkänns genom denna deklaration går dock utöver uppsatsens syfte eftersom de inte erkänns rätt till lön och föreningsrätt.

Rätten till fackliga rättigheter tillämpas inte på papperslösa enligt ILO konvention 143 då den endast tillämpas på personer som lagligt vistas i landet. De aktuella rättigheterna för denna undersökning exkluderar således papperslösa. Vad gäller EU-rätten så är ett stort hinder för papperslösa tredjelandsmedborgare att de inte är unionsmedborgare och således exkluderas. Det innebär att de inte är i närheten av att erkännas lika många rättigheter som unionsmedborgare.

Sanktionsdirektivet kan på ett sätt anses exkluderande för papperslösa eftersom direktivet stadgar sanktioner för arbetsgivare som anställer papperslösa. Detta innebär att papperslösa kan få svårare att få anställning. En annan viktig aspekt på sanktionsdirektivet är att det är betungande för papperslösa i och med återvändandedirektivet som stadgar en skyldighet för medlemsstaterna att besluta om återvändande för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i staten. Den sociala stadgan exkluderar papperslösa i och med att den endast är tillämplig på medborgare i konventionsstaterna eller tredjelandsmedborgare som arbetar lagligt.

4.2.2 Nationell nivå

Regleringen som exkluderar papperslösa på nationell nivå består av en mängd olika lagar. UtIL är exkluderande i den mån personer inte beviljas arbetstillstånd och därmed blir papperslösa. UtIL kan även ses som exkluderande i och med att Sverige har en reglerad invandring där det krävs uppehållstillstånd. FBL exkluderar papperslösa i och med att de har svårigheter med att skaffa sig ett svenskt personnummer. Som nämnts tidigare i uppsatsen kan avsaknaden av ett personnummer ställa till många problem för en papperslös.

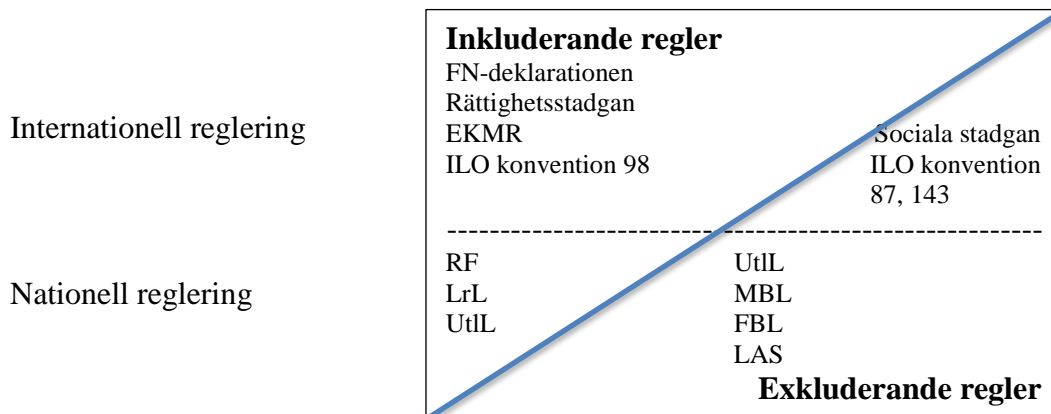
Jag har valt att placera MBL under delen för exkluderande nationella bestämmelser. Detta för att efter en sammantagen bedömning har jag kommit till slutsatsen att papperslösa inte anses vara arbetstagare i MBL i samtliga fall. Jag ställer mig dock restriktiv till att dra allt för stora slutsatser då endast tre rättsfall behandlats med ett stort åldersspann. I det första fallet, AD 1979 nr 90, som handlade om anställningsskydd då en utlänning blivit uppsagd på grund av avsaknaden av arbetstillstånd, ansåg AD migrationsrätten väga över arbetsrätten. I det andra fallet, AD 1991 nr 49, som handlade om att för låg lön utbetalats ansåg AD att utlänningens arbetsrättsliga intressen övervågde de migrationsrättsliga. I det tredje fallet, AD 2012 nr 34, som handlade om utlänningen ansågs stått till förfogande för arbete ansåg AD att migrationsrätten vägde tyngre då utlänningen inte fick rätt till lön. Jag anser att AD gjorde ett viktigt ställningstagande i 1991-års fall genom att de erkände arbetsrättsliga rättigheter för papperslösa. En slutsats som kan dras av detta rättsfall är att AD tillämpat arbetsrättsliga regler på papperslösa i de fall där utlänningens intresse av de arbetsrättsliga rättigheterna vägt tungt. Dels har AD tillämpat arbetsrätten på papperslösa vad gäller lön för utfört arbete och även utdömt skadestånd för brott mot kollektivavtal.

I de andra två fallen kan utlänningens intressen ses något mindre då ena fallet handlade om uppsägning och det andra handlade om lön för att utlänningen stått till förfogande för arbete men inte utfört något. Den praxis som finns tyder på att AD anser att papperslösa ska erkännas arbetsrättsliga rättigheter som påverkar individen i stor utsträckning. Detta tyder på att arbetsrätten i vissa fall väger tyngre än migrationsrätten. Trots att allt för stora slutsatser inte kan dras av rättsfallen anser jag att papperslösa arbetare inte skulle vara lika utsatta om de ansågs som arbetstagare i MBL:s mening. Jag menar därför att papperslösa inte anses som arbetstagare. Kortfattat kan även LAS nämnas som inte tillämpas på papperslösa vid uppsägning.

Att papperslösa exkluderas från denna mängd lagstiftning medför en stor utsatthet för papperslösa arbetare. Papperslösa är även som statistiken visar ganska många i Sverige vilket innebär att det är en stor mängd personer som exkluderas från lagar och därmed löper stor risk för social utestängdhet.

4.3 Återkoppling till uppsatsens hypotes

För att återkoppla till uppsatsens hypotes kan inledningsvis sägas att den delvis stämmer överens. Redogörelsen för inkluderande respektive exkluderande regleringar på internationell och nationell nivå visar att papperslösa exkluderas mer från nationella regleringar. Jag anser dock att gränsdragningen för inkluderande respektive exkluderande reglering inte riktigt stämmer. För att illustrera detta kan denna nya figur användas:



Denna nya figur visar att den streckade linjen har förflyttats något från den ursprungliga hypotesen vilket innebär att internationell reglering har mer reglering som exkluderar än som först antogs. Det innebär även att nationell reglering har mer reglering som inkluderar än vad hypotesen visat. Figuren visar på resultatet från denna undersökning då olika regleringar lagts till för att tydliggöra inkluderande respektive exkluderande regleringar. Hypotesen kan i stora drag konstateras eftersom internationell reglering fortfarande inkluderar fler än vad nationell reglering gör.

4.4 Förslag till ändringar som inkluderar fler papperslösa arbetare

Undersökningen visar att papperslösa i flertalet fall och situationer inte ses som arbetstagare varken enligt nationella eller internationella regleringar. Den internationella regleringen har en mer generös inställning gällande vilka som omfattas, då var och en omfattas av flertalet regleringar. Trots detta anser jag att det krävs fler regleringar som inkluderar papperslösa arbetare. Nedan följer en redogörelse för olika förslag som jag anser skulle inkludera fler papperslösa arbetare.

4.4.1 Erkänna papperslösa som arbetstagare

En slutsats är att papperslösa arbetare skulle få en starkare rättslig ställning om de erkändes som arbetstagare i den arbetsrättsliga benämningen. För att detta skulle kunna genomföras i nationell rätt krävs att arbetstagarbegreppet får en klar definition där papperslösa omfattas. Arbetstagarbegreppet har varit omdiskuterat under en längre tid och trots det finns ingen legaldefinition av begreppet. Jag anser att ett klagörande av arbetstagarbegreppet i svensk rätt skulle medföra stora möjligheter för papperslösa att få en bättre ställning på arbetsmarknaden, inte bara vad gäller föreningsrätt och organisationsrätt utan även andra rättigheter av stor vikt.

Att erkänna papperslösa som arbetstagare anser jag är ett stort steg, men inte alls okomplicerat. Att klargöra arbetstagarbegreppet kan dock leda till att fler papperslösa exkluderas då en tydlig reglering kan innebära att fler exkluderas. Det är därför av största vikt att ett klagörande av arbetstagarbegreppet innefattar papperslösa. Ur papperslösas perspektiv anser jag att det skulle vara ett stort steg mot ett Sverige där samtliga som uppehåller sig inom gränserna erkänns vissa grundläggande rättigheter.

Som tidigare nämnts skulle papperslösa kunna anses som arbetstagare i enlighet med EU-rättens definition av arbetstagarbegreppet. Jag anser att papperslösa bör erkännas som arbetstagare även i EU-rätten, trots att de inte är unionsmedborgare. Att papperslösa erkänns som arbetstagare både i svensk rätt och i EU-rätt anser jag medföra ett klagörande av papperslösas rättigheter där de papperslösa får fler möjligheter att tilldelas rättigheter.

4.4.2 Förändra regleringen av arbetstillstånd

Jag håller med Selbergs argumentation om att det krävs ett koncept för papperslösa som inte baserar sig på att bekämpa illegal invandring. Jag menar att dessa två motsätter sig varandra, att i ena stunden erkänna papperslösa arbetsrättsliga rättigheter för att i nästa stund utvisa dem. Sanktionsdirektivet är ett exempel på detta då EU:s medlemsstater i och med återvändandedirektivet har en skyldighet att besluta om återvändande för personer som illegalt vistas i landet. I och med sanktionsdirektivet har papperslösa erkänts rätten till exempelvis lön vilket jag anser är en väldigt viktig fråga för de utsatta papperslösa. Att intentionen med sanktionsdirektivet var att det inte skulle vara betungande för den papperslösa anser jag vara felaktigt. Sanktionsdirektivet innebär att om en papperslös arbetare gör anspråk på lön i enlighet med direktivet så är staten skyldig att besluta om utvisning.

Ett förslag är att regleringen om arbetstillstånd förändras så att papperslösa kan legalisera sin anställning efter det att de börjat arbeta. Med detta förslag skulle fler papperslösa få möjligheten att legalisera sin vistelse. Jag anser att en förändring av denna reglering som medför att det inte uppställs något krav på arbetstillstånd innan inresa leder till att fler inkluderas i den rättsliga regleringen. Problematiken som uppstår med detta förslag är återvändandedirektivet. Papperslösa kan med andra ord inte legalisera sin illegala vistelse utan att bli utvisade.

4.4.3 Slopa reglerad invandring

För att inkludera fler papperslösa i regleringen skulle en möjlighet vara att helt ta bort den reglerade invandringen. Utan reglerad invandring – inga papperslösa. Med detta förslag är jag dock rädd att det kan leda till sämre villkor för de som befinner sig i och kommer till Sverige. Att slopa den reglerade invandringen skulle troligen öka konkurrensen mellan arbeten och pressa ner lönerna, vilket kan innebära sämre villkor än de papperslösa har idag. Ett annat frågetecken uppkommer angående landets resurser, skulle Sverige ha resurser att ta emot hur många utlänningar som helst? Svaret är nej, men igen ur en papperslös synpunkt skulle det troligen vara en bra lösning då det inte skulle finnas några papperslösa.

4.4.4 Ratificera ILO konvention 189

Jag anser att diskussionen kring en eventuell ratificering av ILO konvention 189 tyder på att Sveriges regering hittills inte varit beredd att ta steget att erkänna rättigheter för papperslösa i Sverige. Det finns en vilja i och med ratificeringen av ILO konvention nr 143, men jag ser ändå antydning till en rädsla att erkänna allt för många rättigheter. Mitt förslag är att ILO konvention 189 ska ratificeras i Sverige. Om Sverige väljer att ratificera konventionen och fullfölja de lagändringar som konventionen kräver anser jag det vara ett steg i en riktning mot att Sverige får en tydlig reglering om vilka rättigheter papperslösa arbetare har. Trots att denna konvention endast gäller för hushållsarbetare anser jag att den kan gynna även andra papperslösa eftersom en ratificering skulle medföra att papperslösas rättigheter erkänns på ett klart och tydligt sätt. Detta genom att ILO:s expertkommitté bett Sveriges regering redogöra för hur Sverige garanterar grundläggande mänskliga rättigheter för papperslösa. Jag menar att en redogörelse av papperslösas rättigheter i Sverige är en bra start för att komma underfund med problemen kring papperslösa arbetare.

4.4.5 Utöka möjligheterna för papperslösa att bli medlemmar i fackföreningar

Vad gäller papperslösas rätt till medlemskap i fackföreningar anser jag att även det är ett steg mot en riktning där papperslösa har större möjligheter att genomdriva sina rättigheter. Det är dock inte utan svårigheter som papperslösa kan bli medlemmar i fackföreningar eftersom rädslan för att bli upptäckta och deporterade kvarstår. Möjligheten att bli medlem i ett fackförbund medför även mindre risk för social utestängdhet eftersom medlemskap i ett fackförbund kan medföra en ”vi känsla” där papperslösa kan träffa nya människor och integreras i samhället.

4.4.6 Bekämpa social utestängdhet

Bortsett från den rättsliga regleringen anser jag vidare att social utestängdhet är ett omfattande problem för papperslösa. Som jag nämnt anser jag att vissa rättsliga åtgärder kan medföra att färre papperslösa utsätts för social utestängdhet, men jag tror att den problematiken inte helt kan lösas genom lagstiftning. Jag tror att det handlar mycket om hur personer ute i samhället ser och behandlar papperslösa. Personers inställning och attityd till ett visst problem eller vissa personer är ingen lätt nöt att knäcka. Det handlar om att försöka få personer att se på ett annat sätt än det de är uppväxta med. En annan viktig aspekt är att papperslösa genom förändrad reglering kan våga visa sig mer i samhället. Om regleringen förändras så att papperslösa erkänns fler rättigheter behöver de inte längre gömma sig och uteslutas från samhället.

4.5 Avslutande synpunkter och funderingar för framtiden

Inledningsvis i undersökningen påstods att grundläggande rättigheter är något som inte kan tas för givet av alla som befinner sig inom Sveriges gränser. Denna utredning har visat att det påståendet är sant. Det finns reglering som både inkluderar och exkluderar papperslösa på både internationell och nationell nivå. Undersökningen visar dock att en omfattande reglering exkluderar papperslösa, främst på nationell nivå men även till en större omfattning än jag trott på internationell nivå. För att återkoppla till undersökningens två frågeställningar skulle jag vilja påstå i stora drag att papperslösa inte anses som arbetstagare i reglering på internationell och nationell nivå. Som detta avslutande kapitel visar är det en komplicerad fråga som saknar ett klart svar. Vad gäller den andra frågeställningen så anser jag att papperslösa omfattas av föreningsfrihet och organisationsrätt i enlighet med både internationell och nationell reglering. I praktiken finns det dock hinder som motverkar att papperslösa arbetare kan utnyttja dessa rättigheter.

Som jag framfört tidigare finns det olika möjligheter till att inkludera fler papperslösa i den rättsliga regleringen. Förslagen som jag framfört är långt ifrån klargjorda och skulle kräva mer utredning för att genomföras. Men jag anser att papperslösa måste synliggöras som ett första steg.¹⁵⁵ Att papperslösa har möjligheten att ansluta sig till fackföreningar anser jag vara ett steg mot detta synliggörande. Även det faktum att forskningen intensifierats de senaste åren tyder på att det finns en vilja att komma underfund med problematiken kring papperslösa.

Jag förespråkar även liksom GCIM en sammanställning av all reglering på internationell nivå för att skapa ett tydligt regelverk. I och med en sammanställning anser jag att frågan om papperslösa måste analyseras och diskuteras närmare. För att genomföra denna sammanställning skulle det krävas att papperslösas rättigheter erkänns tydligt. Om det i praktiken är möjligt att genomföra denna sammanställning får lämnas till framtiden.

Jag anser även det vara av största vikt att arbetsrätten hålls isär migrationsrätten på så sätt att papperslösa kan erkännas arbetsrättsliga rättigheter trots att de inte har arbetstillstånd. Att papperslösa anses vara arbetstagare i MBL:s mening och i enlighet med EU-rätten skulle medföra en möjlighet för denna åtskillnad. En fråga till framtiden blir om förslaget att papperslösa erkänns som arbetstagare skulle medföra en förbättring eller om papperslösas rädsla för att bli utvisade tar över då de inte vågar kräva sina rättigheter? En ytterligare fråga till framtiden är om förslaget att regleringen om arbetstillstånd ändras så att papperslösa kan legalisera sin vistelse efter påbörjad anställning, kommer medföra att fler papperslösa inkluderas eller om förslaget medför att fler papperslösa utvisas?

¹⁵⁵ Se Sigvardsson, 2012, s 172.

Källförteckning

Offentligt tryck

Regeringens propositioner

Regeringens proposition 1997/98:82 *Europarådets sociala stadga.*

Regeringens proposition 2001/02:185 *Uppehållstillstånd med tillfälligt skydd vid massflykt.*

Regeringens proposition 2007/08:147 *Nya regler för arbetskraftsinvandring.*

Regeringens proposition 2012/13:109 *Hälso- och sjukvård till personer som vistas i Sverige utan tillstånd.*

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

Statens offentliga utredningar (SOU)

SOU 2005:15 *Familjeåterförening och fri rörlighet för tredjelandsmedborgare.*

SOU 2010:63 *EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare.*

SOU 2011:28 *Cirkulär migration och utveckling – förslag och framåtblick.*

SOU 2011:48 *Vård efter behov och på lika villkor – en mänsklig rättighet.*

EU-rättsligt material

Rådets direktiv

Rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning.

Rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.

Rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i staterna.

Rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt, det så kallade sanktionsdirektivet.

Övrigt material

Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council providing for sanctions against employers of illegally staying third-country nationals*, 2007/0094 (COD).

EU Network of Independent Experts on fundamental rights, *Commentary of the charter of fundamental rights of the European Union*, 2006.

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna).

Rättspraxis

Avgöranden från Arbetsdomstolen

AD 1979 nr 90.

AD 1991 nr 49.

AD 2005 nr 117.

AD 2012 nr 34.

Avgöranden från Europadomstolen

Sigurjónsson, Sigurour A mot Island (16130/90) 30 juni 1993.

Gustafsson mot Sverige (15573/89) 25 april 1996.

Avgöranden från EU-domstolen

Mål 53/81 *D.M. Levin mot Secrétaire d'État à la justice* REG 1982 1035.

Mål 66/85 *Deborah Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemberg* REG 1986 2121, Svensk specialutgåva s 661.

Mål C-413/01 *Franca Ninni-Orasche och Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*.

Litteratur

Bernitz Ulf & Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, 4:e upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2010.

Boguslaw Julia, *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512-2012*, Lund, Studentlitteratur, 2012.

- Bogusz Barbara, Cholewinski Ryszard & Cygan Adam, *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, Brill Academic Publishers, 2004.
- Calleman Catharina, *Ett riktigt arbete? Danmark*, PANG, 2007.
- Danelius Hans, *Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis, En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, fjärde upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2012.
- European Trade Union Confederation (ETUC), *First and foremost workers*, Brussels, 2011.
- European Trade Union Confederation, Platform for international cooperation on undocumented migrants & SOLIDAR, *Joint comments of ETUC, PICUM and SOLIDAR on expected commission proposals to fight "illegal" employment and exploitative working conditions*, Brussels, 2007.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2011.
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental Rights challenges for the European Union and its Member states*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011.
- Funke Mikael, *Mänskliga rättigheter i arbetslivet, ILO:s åtta kärnkonventioner*, LO, TCO, Biståndsnämnd, 2005.
- Färnbo Mikael, *Få fack organiserar papperslösa*, Dagens Arena, 2011.
- Global Commission on International Migration, *Migration in an interconnected world: New directions for actions*, Schweiz, SRO-kunding, 2005.
- Grant Stefanie, Dembour Marie-Bénédicte & Kelly Tobias, *The recognition of migrants' rights within the UN human rights system, The first 60 years*, Ur Are Human Rights for Migrants? Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States, Baskerville, CPI Anthony Rowe, 2011, s 26-47.
- Gunnflo Markus & Selberg Niklas, *Discourse of Merely Noise? Regarding the Disagreement on Undocumented Migrants*, 2010.
- Hansson Markus, *Sårbarhet och möjligheter – Om papperslösa immigranternas situation i majoritetssamhället*, Lund, Research Reports, 2008.
- Herzfeld Olsson Petra, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Uppsala, Iustus Förlag AB, 2003.

- Herzfeld Olsson Petra, *Finland ratificerar nya ILO-konventionen medan Sverige tvekar*, EU & Arbetsrätt 3, 2013.
- Holmgren Anna, *Projekt RITA – rättvis ingång till arbete, en rapport om papperslösa i städbranschen*, Projekt inom Fastighetsanställdas Förbund finansierat av Fastighets, Näringsdepartementet och Europeiska flyktingfonden, 2008.
- Hydén Håkan, *Faktorer av betydelse för val av metod*, Köpenhamn, Basse & Jensen, Ur Regulerings och styrning III, GAD, 1992, s 89-106.
- International Labor Office, *International Labour Migration: A Rights-Based approach*, Geneva, ILO Publications, 2010.
- International Labor Office, *The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*, Geneva, ILO Publications, 2009.
- International Labour Conference, *Resolution concerning a fair deal for migrant workers in a global economy*, Ninety-second Session, Geneva, 2004.
- International Labour Organization, Gallagher Anne, *Protecting the Rights of Migrant Workers: A Shared Responsibility*, Ur Migration, Human Rights, and Development: A Global Anthology, New York, International Debate Education Association, 2013, s 186-203.
- Jamal Mayeda, *Creation of Social Exclusion in Policy and Practice*, Stockholm, The Economic Research Institute, 2009.
- Jansson Sofi & Molander Sara, *Omänskliga rättigheter – En antologi om flyktingar och papperslösas situation i Sverige*, Malmö, Notis, 2012.
- Källström Kent & Malmberg Jonas, *Anställningsförhållandet, inledning till den individuella arbetsrätten*, 2:a upplaga, Uppsala, Iustus förlag, 2009.
- Larsen Høj Christina, *Den polisiära EU-operationen Mos maiorum*, Interpellation 2014/15:9.
- Merlino Massimo & Parkin Joanna, *CEPS Report, Fundamental and Human Rights Framework: Protecting Irregular Migrants in the EU*, 2011.
- Noll Gregor, *The Asylum System, Migrant Networks and the Informal Labour Market*, Lund University Faculty of Law, 2008.
- Nyström Birgitta, *EU och arbetsrätten*, fjärde upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2011.
- Olsen Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, Ur Svensk Juristtidning 2004, s 105-145.
- Opeskin Brian, Perruchoud Richard & Redpath-Cross Jillyanne, *Foundations of International Migration law*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, Bicocchi Luca & LeVoy

- Michele, *Undocumented Migrants have rights! An overview of the international human rights framework*, 2007.
- Röstlund Lisa, *Sverige deltar i EU:s jakt på papperslösa*, Aftonbladet, 2014-10-09.
- Sandgren Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, Ur Juridisk tidskrift 2004-05, s 297-333.
- Sandgren Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare, Ämne material, metod och argumentation*, Andra upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2011.
- Sandgren Claes, *Vad är rättsvetenskap?* Ur *Vad är rättsvetenskap?* Jure förlag, Stockholm 2009, s 173-203.
- Sandgren Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* Ur *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, nr 4-5/2005, s 648-656.
- Schoukens Paul & Pieters Danny, *Combating social exclusion in the European Union: In search of alternative – hidden – competences for legal action*, Ur *Essays in Honour of Jos Berghman*, Belgien, Lannoo Campus Publishers, 2014.
- Selberg Niklas, *The Laws of “illegal” work and dilemmas in interest representation on segmented labor markets: á propos irregular migrants in Sweden*, Ur *Comp. Labor law & pol’y journal* vol 35:247, 2014, s 247-285.
- Sigeman Tore, *Arbetsrätten, En översikt*, femte upplagan, Stockholm, Norstedts Juridik, 2010.
- Sigvardsson Erika, *Presenting the absent – An account of undocumentedness in Sweden*, Uppsala, Edita Västra Aros, 2012.
- Socialstyrelsen, *Social rapport 2010*, Västerås, Edita Västra Aros, 2010.
- Svanebro Karin, *Nu finns det ett fack för dem som saknar arbetstillstånd*, Fria.nu, 2007.
- Svantesson Elisabeth, *ILO-konvention 189 och rekommendation 201 om hushållsanställdas rättigheter*, Svar på skriftlig fråga 2013/14:362.
- Svenska ILO-kommittén, *Yttrande ang. konvention (C 189) och rekommendation (R 201) om hushållsarbetare (domestic workers)*, Yttrande 2012-05-30 12/2011.
- Tjänstemännens centralorganisation, *Papperslösa arbetstagare ur ett fackligt perspektiv*, TCO:s policy angående papperslösa arbetstagare, antagen av TCO:s styrelse 2007.
- Westberg Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, Ur *Festskrift till Per Olof Bolding*, Stockholm, Juristförlaget 1992, s 421-446.

Övriga källor

Amnesty [[http://www2.amnesty.se/ratt.nsf/\(vkap1\)/6F6ED2F1D3DAD138C12571EA001F35C7?opendocument](http://www2.amnesty.se/ratt.nsf/(vkap1)/6F6ED2F1D3DAD138C12571EA001F35C7?opendocument)] 2014-12-22.

Fackligt center för papperslösa [http://www.fcfp.se/?page_id=47] 2014-11-07.

ILO [<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htmf>] 2014-11-21.

ILO [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312288:NO] 2014-12-09.

LO [http://www.lo.se/start/pressmeddelanden/lo_vill_forbatta_situationen_for_papperslosa] 2014-11-11.

Migrationsinfo [<http://www.migrationsinfo.se/migration/sverige/papperslosa/>] 2015-01-01.

Nationalencyklopedin [<http://www.ne.se.proxy.ub.umu.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/social-exclusion>] 2014-12-15.