

TFR

Tidsskrift for Rettsvitenskap 5/99

Göran Portin:	Hur skall rättvisan se ut?	857
Reinhold Fahlbeck:	Kollektiv arbeidsrett i USA	866
Giuditta Cordero Moss:	A Comparison of Italian, English and Norwegian Inheritance Rules as an Illustration of Different Legal Methods	884
Jaakko Husa:	Montesquieu's Separation of Powers and the Semi-presidential Constitution – Finland's Past and Future?	904
Carsten Henrichsen:	Norsk forfatningsret i utvikling	921
De juridiske fakulteter og andre rettsvitenskapelige institusjoner i Norden i 1998		952

Litteratur:

Mads Henry Andenæs: Aksjeselskaper og allmenaksjeselskaper. 3. utg., s. 964. *Kauka Aromaa* (ed.): The Baltic Region. Insights in Crime and Crime Control, s. 968. *Tore Bråthen* (red.): Foretaksrett, 4. utg., s. 971. *Örjan Edström* (ed.): Sweden and the free movement of workers in the European Union, s. 974. *Dag Michalsen*: Law, Legal Science and the Norwegian Society. Five Lectures on Norwegian Legal and Cultural History, s. 974. *Per Norberg*: Konkurrentslagstiftning och bostadspolitik. En studie i den svenska hyresregleringens förhållande till EG:s och Sveriges konkurrensrett, s. 977. *Harald Ullman*: Försäkring och ansvarsfordeling. Om förhållandet mellan försäkring och kommersiella leverans- och entreprenadavtal, s. 978. *Jens Vedsted-Hansen*: Opholdsret og forsørgelse, s. 990. *Elisabeth Vigerust*: Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet, s. 992. *Frederik Zimmer* (red.) i samarbeid med *Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen, Advokatfirma*: Bedrift, selskap og skatt. 2. utg., s. 995.

Nye bøker innkommet til redaksjonen

1000



SCANDINAVIAN UNIVERSITY PRESS
Oslo - Copenhagen - Stockholm - Boston

KOLLEKTIV ARBETSRÄTT I USA

AV PROFESSOR JUR. DR. REINHOLD FAHLBECK

Svante Nycander: Kriget mot fackföreningarna – en studie av den amerikanska modellen av SNS Förlag, Stockholm 1998. 164 s.

Filosofie doktor h.c. Svante Nycander är förutvarande chefredaktör på Dagens Nyheter, den största morgontidningen i Sverige. Nycander har publicerat ett antal böcker i samhällspolitiska frågor. Genom åren har Nycander gjort sig känd som en skarp kritiker av den svenska fackföreningsrörelsen. När han nu tar sig an den amerikanska fackföreningsrörelsen kunde man kanske tro att han skulle demonstrera en liknande kritisk attityd. Detta är dock ingalunda fallet, motsatsen är fallet. Boken är en analys av den amerikanska modellen för *industrial relations*. Denna modell är, om man får tro Nycander, till inte ringa del en fråga om allas krig mot fackföreningar. Den skiljer sig markant från den europeiska verkligheten. Nycander använder främst två typer av material. För det första har han intervjuat ett antal med arbetsmarknadsfrågor praktiskt verksamma personer, tex jurister. Han har också läst utförligt i den ymniga journalistiska litteraturen om den fackliga verkligheten. För det andra har Nycander studerat ett antal analytiska framställningar av amerikansk arbetsmarknad. Med ett undantag rör det sig om amerikanska forskare. De amerikanska studierna är valda med stor urskilning och visar på en säker känsla för vad som är värdefullt i den

gigantiska amerikanska litteraturen. Studierna är av färskt datum, de flesta från 1990-talet. Redan detta visar hur aktuellt och omdiskuterat det ämne är som Nycander behandlar i boken. Nycander är inte den förste som står förbluffad inför den amerikanska modellen för *industrial relations*!¹

Nycanders centrala resonemang utgörs i huvudsak av diskussion av de vetenskapliga böcker han läst. Det är genom att analysera och taga ställning till dessa som Nycander mejslar ut sina teser. Utöver detta gör han jämförelser med Europa och Sverige. Boken kan bäst beskrivas som analytisk samhällsdebatt.

Som bakgrundsinformation till den följande diskussionen kan följande fakta antecknas. Anslutningsgraden till fackföreningar i USA är idag cirka 15 procent, på den privata sektorn endast cirka 10 procent, och sjunkande. På den privata sektorn är koncentrationen till arbetare stor. Fackföreningsrörelsen är vidare starkt koncentrerad till vissa delstater, främst de «gamla» industristaterna i nordöst, och till vissa industrier, framför allt bas- och tillverkningsindustrier som fanns på 1930-talet, till exempel gruvor, stål, bil, transport samt masskommunikationer. Nyttillkomna industrigrenar, till exempel dataindustrin, är i stor utsträckning oorganiserad liksom servicesektorn. Anslutningsgraden var ungefär densamma som idag när den federala lagstiftningen genomfördes 1935 (Wagner Act), en lagstiftning som i hög grad gynnade fackföreningarna. Anslutningsgraden nådde en bit över 30 procent i mitten av 1950-talet. Den har därefter sjunkit sakta men säkert. Det totala antalet fackföreningsmedlemmar steg visserligen under många år därefter och nådde en topp kring 1975. Antalet medlemmar var 1997 kring 16 miljoner. De flesta

¹ De böcker som Nycander främst har stött sig på är (i tidsföljd): Freeman R, & Medoff, J, *What Do Unions Do?* (1984), Fahlbeck, R, *Industrial Relations i USA. Ett porträtt av 'the Land of the Free'* (1988), Forbath, W, *Law and the Shaping of the American Labor Movement* (1991), Gould, W, *Agenda for Reform. The Future of Employment Relationships and the Law* (1993), Hattam, V, *Labor Visions and State Power. The Origins of Business Unionism in the United States* (1993), Dubofsky, M, *The State & Labor in Modern America* (1994), Heckscher, Ch, *The New Unionsim. Employee Involvement in the Changing Corporation* (1996) och Lipset, S, *American Exceptionalism. A Double-Edged Sword* (1996). Läsaren skulle gärna sett att Nycander inkluderat ytterligare en amerikansk studie, nämligen Craver, Ch, *Can Unions Survive? The Rejuvenation of the American Labor Movement* (1993).

tillhör centralorganisationen AFL–CIO vilket gör denna till den största fackföreningsfederationen i världen. AFL–CIO är politiskt obunden och har så varit under hela sin existens även om fackföreningarna sedan 1930-talet vanligen stött det demokratiska partiet. I USA finns inte och har aldrig funnits något arbetarparti, socialistiskt parti eller socialdemokratiskt parti av nämnvärd politisk betydelse.

Arbetsgivarorganisationer saknas i huvudsak i USA. Förhandlingar på arbetsmarknaden förs i huvudsak på företagsnivå. Förhandlingar omfattande flera arbetsgivare är ovanliga. Förhandlingar som omfattar hela industrigrenar förekommer inte (ehuru de har förekommit under kortare tid i ett fåtal branscher, tex landsvägstransporter). Arbetsgivarna har alltid bekämpat fackföreningar med outtröttlig och ofta ursinnig energi.

Den kollektiva federala arbetsrätten handlar främst om fackföreningar, kollektiva förhandlingar, kollektivavtal och stridsåtgärder. Lagstiftning har ägt rum vid främst tre tillfällen, 1935 (Wagner Act), 1947 (Taft–Hartley Act) och 1959 (Landrum–Griffin Act). Av stor betydelse är även lagstiftningen 1932 om förbud att använda lagstiftningen om konkurrensbegränsning mot fackföreningar och därmed förbjuds i stort sett förbudsdomar mot fackföreningar, sk *injunctions* (Norris–LaGuardia Act).

Denna kollektiva lagstiftning bildar utgångspunkten för Nycander. Han menar att den «kan jämföras med en grundlag» som har verkningar även utanför sitt egentliga tillämpningsområde (s 7). Han menar vidare att «[A]rbetsrätten liknar en konstitution också genom sin svårföränderlighet». Nycander menar även att den kollektiva arbetsrätten på ett grundläggande sätt påverkar också andra delar av samhällssystemet. Han går rentav så långt att han säger att «rättsreglerna i arbetslivet har format Amerikas sociala, ekonomiska och politiska struktur i sådan grad att de kan jämföras med landets konstitution». Detta är för visso en utgångspunkt som kan få håret att resa sig på mången samhällsvetare. Som bekant betraktar samhällsvetenskapen vanligen de juridiska reglerna som sekundära, som reflexer av andra faktorer, inte som något primärt.

Nycander ställer som sin huvudfråga «varför arbetsrätten blivit så annorlunda i Amerika än i Europa och på vilket sätt den i sin tur har påverkat inte bara arbetsmarknaden utan hela samhället» (s 7 f). Det är också denna fråga som anger det syfte som Nycander främst har

med sin bok. Nycander anger redan inledningsvis som sin uppfattning att svaret på huvudfrågan skall sökas i vem som har givit reglerna och stått för rättsutvecklingen i USA respektive Europa. I USA är det, menar Nycander, främst domstolarna som stått för rättsbildningen, i Europa är det parlamenten. Detta har medfört att «[B]etingelserna för fackföreningarna blev helt olika». Medan de europeiska fackföreningsrörelserna skapade socialistiska partier för att främja sin verksamhet, gjorde den amerikanska fackföreningsrörelsen inte detta. Den antog eller påtvingades, som Nycander menar, en struktur som «erbjöd inget fäste för socialismen». Detta i sin tur medförde att «den politiska utvecklingen [gick] in i andra banor än i Europa».

Nycander ställer inledningsvis även en annan fråga (s 8). Hans fråga är: «Vilken huvudsaklig norm bör staten tillämpa i den kollektiva arbetsrätten?» Nycander menar att det finns två huvudstrategier för staten, en neutralitetsnorm och en balansnorm. Neutralitetsnormen innebär att «arbetsrätten bör vara symmetrisk och ge arbetsgivare och fackföreningar så långt möjligt likvärdiga förutsättningar. Statens uppgift är då främst att verka för arbetsfred och att skydda föreningsfriheten.» Balansnormen innebär att «staten bör upprätthålla en maktbalans mellan parterna». Nycander menar att erfarenheten visar att det i praktiken inte blir någon större skillnad mellan dessa förhållningssätt under förutsättning att staten samtidigt är neutral. I sådana fall når arbetsmarknadsparterna själva fram till ett balansläge. Om staten åter inte är neutral blir resultatet dramatiskt, menar Nycander. «Amerika och Sverige är båda exempel, lärorika och varnande var på sitt sätt, på vad som händer om staten lägger sin vikt i den ena partens vågskål.»

Utgångspunkten och de två huvudfrågorna bildar basen för Nycanders bok. Ur strikt metodiskt synpunkt skulle läsaren kanske velat se dem som hypoteser. Nycander uttalar sig emellertid redan inledningsvis med sådan bestämdhet att de snarare framstår som postulat. Blir det någon skillnad i sak? Rent principiellt blir det för visso en stor skillnad. Det är fara värt att det som Nycander anger som en utgångspunkt blir en förutfattad mening som får sådant grepp om honom att han förlorar förmågan att tänka i andra banor, att vad som är en hypotes redan från början blir en bevisad tes. Som skall framgå i det följande har Nycander nog fallit i den fallgrop som

han sålunda själv grävt. Hans hypoteser om domstolarna och «staten» kan inte anses verifierade, snarare falsifierade.

Å andra sidan har Nycanders angreppsvinkel nog stora pedagogiska fördelar. Läsaren ställer sig nämligen genast frågan om det inte förhåller sig tvärt emot vad Nycander anger. Förhåller det sig inte så att det är «Amerikas sociala, ekonomiska och politiska struktur» som format «rättsreglerna i arbetslivet» snarare än, som Nycander hävdar, «rättsreglerna i arbetslivet» som haft denna avgörande roll? Läsarens uppmärksamhet skärps. I vart fall en svensk läsare kan behöva detta, tränad som han/hon är att se ned på rättsregler och betrakta juridiken som en enklare teknisk syssla. En svensk läsare med det dominerande synsättet på juridiken som riktmärke kan ha svårt att riktigt uppfatta vad saken gäller. Det gängse synsättet bland många arbetsmarknadsforskare utanför juridiken torde vara att «rättsreglerna på arbetsmarknaden» i och för sig är tämligen marginella. Det är andra faktorer som spelar huvudrollen. Kan dessa regler verkligen forma ett helt lands «sociala, ekonomiska och politiska struktur»?

I vilken mening anser Nycander att den kollektiva arbetsrätten utövat ett bestämmande inflytande på övriga samhällssektorer i USA, den ekonomiska, politiska och sociala? Nycander är kanske inte alldeles klar på denna punkt. Det vill emellertid synas att det för honom avgörande härvidlag är att den amerikanska fackföreningsrörelsen inte bildat något politiskt parti. Mera specifikt syftar han då på att det inte tillkommit något socialistiskt parti. I Europa har dessa grundats av eller vuxit fram i symbios med fackföreningar. De har i sin tur format mycket av den samhälleliga verkligheten i Europa.

Varför har fackföreningsrörelsen inte bildat något politiskt parti i USA, socialistiskt eller annat? Det berodde inte på brist på socialistiska idéer eller förespråkare för en socialistisk profil. Många immigranter under andra halvan av 1800-talet var starkt påverkade av socialismen i Europa. De menade att dessa idéer borde omsättas i praktisk handling i USA och att detta borde kunna ske lättare i USA med dess brist på blockerande, sekelgammal klasstruktur. Men den amerikanska fackföreningsrörelsen valde en icke-doktrinär väg och skapade en «business unionism». Nycander citerar olika fackföreningsledare som uttalar sig emot partibildning. Mest pregnant är kanske uttalandet av den legendariska gruvarbetarordföranden John

L Lewis: «Det är främmande för mig att inge arbetare mindervärdighetskänslor genom att få dem att tro att de tillhör en särskild klass. Så har det gått i Europa men så har det inte gått här.»² Nycander citerar däremot inte ett ännu mera prononcerat, och ofta anför, uttalande av Samuel Gompers, den amerikanska fackföreningsrörelsens «fader» på en kongress 1903: «I want to tell you Socialists that I have studied your philosophy ... And I want to say that I am not only in variance with your doctrines, but with your philosophy. Economically, you are unsound; socially you are wrong; industrially, you are an impossibility.»³ Detta uttalande speglar vad amerikansk fackföreningsrörelse i huvudsak alltid ansett, anser idag kanske mer än någonsin, och det sätt på vilket den alltid uppträtt.

Men varför intog amerikansk fackföreningsrörelse denna ståndpunkt när de europeiska rörelserna kastade sig in i «politiken»? Svaret är den kollektiva arbetsrätten! Nycander ser domstolarna som den främsta förklaringen. Dessa förföljde under 1800-talet den gryende fackföreningsrörelsen med synnerlig stränghet, anger Nycander. «Vid sekelskiftet hade huvuddelen av fackföreningsrörelsen anpassat sig. Det gällde att agera försiktigt och disciplinerat. [...] I praktiken innebar det att man avstod från bred klassbaserad mobilisering av arbetarna» (s 27). Vidare är det yttre trycket alltför stort, menar Nycander, och citerar med instämmande David Milton: «Bolagens och statens överlägsna makt tvingade in den amerikanska arbetarrörelsen i yrkesorganisationernas ram.»⁴ Kanske kan man även uttrycka saken på följande sätt. I Europa stod parlamenten för merparten av rättsutvecklingen. I en politisk miljö var det naturligt att bilda politiska rörelser eftersom detta var den mest adekvata metoden att möta de politiska beslutsfattarna. I USA stod domstolarna för merparten av rättsutvecklingen. Vid domstolar har politiska argument föga genomslagskraft. Affärsargument har en helt annan lödighet; «business unionism» blir ett naturligt svar.

² S 61, citerat efter Schlesinger, A M, Jr, *The Age of Roosevelt. II. The Coming of the New Deal* (1960), s 403 f. Lewis var ordförande under åren 1920–1960.

³ Report of the Proceedings of the Twenty-Third Annual Convention of the American Federation of Labor, 1903, s 199. Uttalandet citeras av tex Pelling, H, *American Labor* (1985), s 115. Gompers var ordförande för AFL åren 1886 – 1924 (med undantag för ett år).

⁴ S 144 efter Milton, D, *The Politics of U.S. Labor. From the Great Depression to the New Deal* (1982), s 17.

Antag att dessa synpunkter är riktiga och att det kring sekelskiftet förhöll sig på det sätt som Nycander. Innebär det samtidigt att den partipolitiska vägen var stängd för gott? Naturligtvis inte. Varför har fackföreningsrörelsen inte sökt bilda ett politiskt parti när risken för repressalier från domstolar och staten i detta avseende upphört (vilket i bägge fallen skedde i vart fall under 1930-talet)? Nycander diskuterar inte detta närmare. Han pekar dock på det etablerade tvåpartisystemet som ett hinder (ehuru detta inte hindrat tex labour-partiets frammarsch i England). Samtidigt visar han att det finns ett nära samband mellan facklig aktivitet och politisk mobilisering (inte tvärtom). Han diskuterar också det nära sambandet mellan fackföreningsrörelsen och det demokratiska partiet under några decennier från mitten av 1930-talet. På vissa platser levde de två i en nära nog symbiotisk förening. Men förbindelsen har försvagats och fackföreningsrörelsen har på senare decennier inte sällan tagit ställning mot det demokratiska partiet i tex presidentval.

En genomgående tes som Nycander driver är att fackföreningsrörelsen varit starkt motarbetad av «staten» (eller «statsmakten», s 148). Inte någonstades förklarar Nycander vad han menar med «staten». Här finns en lucka i begreppsapparaten. Denna blir allvarlig om man studerar hur «statsmakten» har förhållit sig till kollektiv arbetstagsamverkan. En sådan analys kan använda sig av den traditionella tredelningen av statsmakten – exekutiven, lagstiftaren och domstolsväsendet – och granska hur dessa tre förhållit sig till fackföreningsrörelsen.

På det hela taget har lagstiftaren i stort sett alltid närmast stått på den frivilliga arbetstagsamverkans sida eller i vart fall inte tillhört motståndarlägret. Under hela 1800-talet togs inte ett enda fientligt steg från den federala lagstiftarens sida (och knappast några från delstaterna heller). När ett ingripande första gången skedde 1890 genom den första anti-trustlagstiftningen (Sherman Anti-Trust Act) ställde sig Kongressen resolut på arbetstagsarnas sida gentemot domstolarna. På samma sätt förhöll det sig med lagstiftningen 1914 (Clayton Anti-Trust Act) och 1932 (Norris-LaGuardia Anti-Trust Act). Lagstiftningen inom ramen för «New Deal» på 1930-talet innebar en internationellt sett nära nog enastående favorisering av fackföreningarna (Wagner Act, 1935). Denna upphörde visserligen 1947 men den förbyttes inte till fackföreningsfientlighet utan till

neutralitet. På de senaste decennierna har en långsam omsvängning skett. Denna har dock inte inneburit direkt fientlighet utan i huvudsak blott likgiltighet och passivitet, låt vara att passivitet i den rådande situationen med fackföreningarna på reträtt i realiteten kan sägas innebära ett accepterande av denna reträtt. Den har också inneburit ett bestämt avståndstagande från ytterligare lagstiftning som gynnar fackföreningar eller anställda som vill utnyttja föreningsfriheten.

Exekutiven, dvs presidentmakten, har inte heller konsekvent stått i harnesk mot fackföreningar. Exempel på kraftfullt stöd för arbetstagersidan och för kollektiv samverkan är många. Ett ofta citerat uttalande av demokraten Abraham Lincoln kan förtjäna att anföras i sin helhet: «Labor is prior to and independent of capital. Capital is only the fruit of labor and could never have existed if labor had not first existed. Labor is the superior of capital and deserves much the higher consideration.»⁵ I samma tal uttalade Lincoln även sin glädje över att det rådde ett system som medgav arbetarna att strejka när de så önskade! Ännu mera berömt är ett uttalande som i olika versioner med president Franklin Roosevelts tysta medgivande lades i hans mun på 1930-talet, nämligen «President Roosevelt wants you to join a union!» (Att såväl Roosevelt som hans arbetsmarknadsminister ursprungligen varit kallsinniga, ehuru inte fientliga, mot fackföreningar är en annan historia!)

Dessa uttalanden är starkare än vad mången i övrigt arbetstagarvänlig president kostat på sig men de speglar inte desto mindre vad mången ansett om kollektiva aktioner. Även republikanska presidenter kan återfinnas bland den kollektiva arbetsrättens försvarare. Theodore Roosevelt (1901–1909) kan nämnas men även den ytterst konservativa Dwight D Eisenhower (1953–1961), som till råga på detta utsågs en fackföreningsman till sin första arbetsmarknadsminister. Åtskilliga undantag finns för visso bland de republikanska presidenterna men de ger inget antifackligt mönster. Ronald Reagans kraftåtgärder mot fackföreningar på 1980-talet är en företeelse långt efter den formativa perioden. Traditionellt fackföreningsvänliga demokratiska presidenter har fortsatt att engagera sig för fackföreningar och facklig verksamhet, låt vara med skiftande intensitet.

⁵ Lincoln, First Annual Message to Congress, December, 1861. Jfr Nycander s 37.

1997/98 engagerade till exempel demokraten Carter sig och hela presidentmakten i ett stort upplagt försök att få till stånd ändringar i den federala kollektiva arbetsrätten till förmån för arbetstagarsidan.

Alltså, det låter sig inte påstå att de två statsmakterna exekutiven och legislaturen på ett mera påtagligt och konsekvent sätt följt en antifacklig linje. Om en generalisering skall göras innebär den snarast att det är motsatsen som är fallet. Nycanders hänvisningar till att fackföreningsrörelsen fått arbeta i en miljö av förtryck eller övergrepp från «staten» är därför i bästa fall missvisande och i grunden snarare felaktiga. Detta gäller även om man gör en sammanställning av «staten» i form av dessa två statsorgan och affärslivet. Det är sant – och i högsta grad betydelsebärande – att «Business is the business of America».⁶ Detta innebär dock inte att det finns en koalition mellan de två statsbärande organen i Washington och big business, som är rabiata antifackligt. All erfarenhet visar entydigt på det motsatta.

Domstolarna då? Dessa ingår i «staten» och kan kanske i viss mån verifiera tesen att «staten» var emot kollektiv arbetstagaraktivitet. Har domstolarna verkligen varit rabiata och fortlöpande motståndare till facklig organisering och kollektiva aktioner från arbetstagarernas sida? Nycander menar så. I rättvisans namn måste det dock påpekas att han citerar i vart fall ett uttalande som innebär raka motsatsen! Uttalandet avser att domstolarna under några år från senare delen av 1930-talet till slutet av 1941 – när USA inträdde i kriget och den fackliga kampen kom i bakgrunden – hade lett «en legal revolution med oerhörda konsekvenser för den amerikanska arbetarrörelsen».⁷ Denna revolution innebar, med samma författares ord, att domstolarna «påtaglig utvidgat arbetarnas, fackföreningarnas och NLRB:s rättigheter». Detta inträffade dessutom i ett skede då lagstiftningen på ett unikt sätt stödde fackföreningarna. Om det som dessa uttalanden anger är sant – och det *är* faktiskt sant – kan man redan här ställa sig frågan om det kan stämma att domstolarna spelar en huvudroll i kampen *mot* fackföreningar.

Detta får dock inte skymma att domstolarna under 1800-talet och fram till mitten av 1930-talet konsekvent dömde på ett sätt som

⁶ President Calvin Coolidge i ett tal till The American Society of Newspaper Editors, den 17 januari 1925.

⁷ Dubofsky, a a not 1, citerad av Nycander s 55.

missgynnade kollektiv arbetstagarverkan och satte arbetstagarvänlig lagstiftning ur spel. Att detta haft en enorm betydelse är uppenbart. Ingen förnekar detta och Nycander befinner sig här på väl upptrampad mark. Domstolarna spelade en ofantlig roll för att förhindra kollektiv arbetstagarverksamhet.

Det finns dock en avgörande svaghet i Nycanders resonemang om domstolarnas roll. Nycander resonerar nämligen som om domstolarna hade sin makt av egen kraft, som om de förnyade sig själva, som om de levde ett liv utan näring från det kringliggande samhället. Om det hade förhållit sig så skulle Nycanders huvudtes om domstolarnas handlande som den isolerat viktigaste förklaringen till den kollektiva amerikanska arbetsrättens struktur varit betydligt mera hållbar. Emellertid förhåller det sig inte alls så med domstolarna. Tvärtom har domstolarna en fast förankring i samhället.

På federal nivå utses alla domare av Presidenten men detta skall ske «with the Advice and Consent of the Senate» (article II, section 2, Constitution of the United States). Denna bekräftelseprocedur är en viktig del av den demokratiska kontrollen av den federala domarkåren. Proceduren är ofta mycket långvarig och detaljerad. Detta gäller särskilt utnämningen av domare till den federala Högsta domstolen (US Supreme Court). Inte sällan måste en kandidat dra sig tillbaka, det må bero på personliga faktorer eller på rättslig övertygelse (på senare tid till exempel 1987 den framstående men också kontroversielle professorn och domaren Robert Bork). När de väl tillträtt har dock de federala domarna stor självständighet och de är tillsatta på livstid. Det förekommer att domare under utövningen av sitt ämbete får en annorlunda profil än de hade vid utnämningen. Ett välkänt exempel på detta är ordföranden i Högsta domstolen Earl Warren. Han utnämndes av President Eisenhower 1953 och hade då rykte om sig att vara en hårdför åklagare med konservativa värderingar. I domarsätet förändrades han och blev liberal, till och med en stark förkämpe för «organized labor». Sådana förändringar kan ingen göra något åt eftersom domarna är oavsättliga. De kan fräntas sitt ämbete endast vid mycket allvarliga oegentligheter som dock normalt inte har med juridiska avgöranden att skaffa. Även denna procedur, avsättning, *impeachment*, innebär ett demokratiskt inflytande över domarkåren eftersom den utförs i offentlighetens ljus av den folkvalda Kongressen. De federala domstolarnas dömande är

vidare föremål för synnerligen omfattande uppmärksamhet och debatt. Domstolarna står mitt i samhällets centrum och deras avgöranden granskas med minutiös noggrannhet, ofta i hundratals artiklar. Även detta innebär en långtgående demokratisk kontroll av domstolarna. Denna kontroll kan sägas innefatta en fortlöpande dialog mellan domstolar och samhället i övrigt. Ingen ens tillnärmelsevis lika omfattande dialog förekommer i något land i Europa.

Inom delstaterna varierar tillsättningsförfarandet av domare. Inslaget av direkt demokrati är dock stort i den meningen att domare ofta tillsätts genom allmänna val. Dessa föregås av valkampanj där kandidaternas tidigare prestationer inom yrkeslivet, kanske som domare, granskas och där deras hittillsvarande och förväntade profil som domare under ämbets tiden är ett viktigt tema. Delstatliga domare är vanligen valda på tidsbegränsade mandat, ofta bara några år, kanske fyra, kanske sex. Omval kan vanligen förekomma men detta förutsätter seger i en ny valomgång. Detta innebär ett demokratiskt inslag och en demokratisk förankring utan någon egentlig motsvarighet i Europa.

Det är sant att det vid varje tidpunkt kan förekomma ett åsiktsgap mellan domare och befolkning. Detta gap kan dock vanligen inte pågå någon längre tid eftersom nya domare fortlöpande väljs eller utses. Vid varje sådant tillfälle aktualiseras de samhällsfrågor som upplevs som viktiga. De kandidater utses som kan förväntas på det hela taget motsvara folkviljan, antingen tillsättningen sker genom direkta val eller genom valda utbud, som till exempel de federala domarna. Det är också sant att domstolarna ibland befinner sig före och ibland efter allmänna opinionen. Exempel på det förra var «the Warren court» (1953/4–1969) och på det senare är domstolarnas sätt att behandla kollektiva arbetstagaraktioner genom förbudsdomar («injunctions») under flera decennier, från senare delen av 1800-talet. Denna domstolspraxis ledde dock till upprepade federala lagstiftningsingripanden, först 1890 (Sherman Act) och slutligen Norris–LaGuardia Act 1932. Denna lagstiftning är exempel på att domstolsavgöranden eller domstolspraxis kan kastas över ända av lagstiftaren, på federal nivå eller delstatlig nivå. Detta gäller visserligen i praktiken inte avgöranden i konstitutionella frågor eftersom det är förenat med nästan oöverstigliga politiska svårigheter, i vart fall på federal nivå, att ändra konstitutionen eller göra tillägg till den.

Detta har dock mindre betydelse inom den kollektiva arbetsrätten eftersom de mest centrala frågorna där inte är reglerade i konstitutionen.

Allt det nu sagda är elementärt. Det är emellertid också fundamentalt. Att betrakta domstolarna som isolerade från övriga samhällsorgan och från den ytterst beslutande allmänheten är alldeles fel i USA. Om man vill se domstolarna som en isolerad företeelse med en viktig, kanske rentav avgörande, roll för en händelseutveckling över en längre tidsperiod hamnar man fel. Man ger en skenförklaring. Domstolarna är till syvende och sist folkets röst, *vox populi*. Att enbart hänvisa till domstolarna som svar på en fråga om en utveckling över en lång tidsperiod blir därför att stanna någonstans på halva vägen.

Den fråga som skall ställas av den som ser domstolarna som en väsentlig faktor i ett händelseförlopp som sträcker sig över en lång tid är följande: Vilka bakomliggande faktorer är det som gör att domstolarna tillåts döma på det sätt de gör? Var finns, annorlunda uttryckt, den djupare förklaringen till domstolspraxis? Det är genom att diskutera denna Varför-fråga som ljus kan kastas över domstolarnas roll för den kollektiva arbetsrätten. Det är först genom att diskutera detta som man kan tränga bakom den fasad som domstolsmotståndet utgör, sådant det är och har varit. Nycander diskuterar inte detta separat. Detta är kanske naturligt eftersom han bestämt sig för att behandla domstolarna som en faktor som lever av egen kraft och som har (eller tar) makt av sig själva. Indirekt kommer han emellertid in på detta. Så sker vid behandlingen av de många författare som pekar på en individualistisk tradition i USA som starkt påverkat den kollektiva arbetsrätten.

Seymour Martin Lipset är en av dessa. Hans uppmärksammade bok om amerikansk «exceptionalism» granskas utförligt. Lipsets tes är, säger Nycander, att Amerika avviker från Europa i ett flertal grundläggande avseenden. Detta förklarar i sin tur frånvaron av inte bara starka fackföreningar utan även ett starkt socialistiskt parti. Bland dessa faktorer nämner Lipset att Amerika är en nation byggd på gemensamma ideal, där individualism, jämlikhet, demokrati och laissez-faire intar viktiga platser, snarare än på en gemensam kultur eller historia. «Amerikanismen är en surrogatsocialism», skriver Nycander som referat av en slutsats av Lipset. Men Nycander låter sig inte övertyga av detta synsätt. Han menar att Lipset bortser från

att «fackliga organisationer utsattes för en repression som saknade motstycke i Europa» (s 144) och att «i ett avgörande skede annullerade domstolarna huvuddelen av den federala och delstatliga lagstiftning som tillkommit i arbetarnas intresse» (s 44). Man kan mena att Nycander här överdriver förföljelserna av fackföreningarna. Detta är dock inte själva kärnpunkten och säkert inte det som är kärnan i Lipsets budskap. Kärnan är att hitta förklaringen till detta motstånd mot fackföreningar. Som framgått ovan lämnar oss Nycander i sticket genom att inte sätta in domstolarna i deras politiska och sociala sammanhang. Hans kritik av Lipset lider av samma brist. Där Lipset vill gå till djupskikt stannar Nycander på halva vägen.

Vad skall man då anföra som svar? Vad först gäller frånvaron av ett socialistiskt parti kan man hänvisa till uttalanden vid olika tidpunkter och av olika fackföreningsföreträdare av innebörd att ett socialistiskt parti inte är önskvärt. Det mest kända, det av Samuel Gompers, har citerats ovan men Nycander har inte medtagit det. Däremot har Nycander citerat Lewis, se också ovan.

Man kan vifta bort vittnesbörd som dessa som excentriska eller utan förklaringsvärde (vilket Nycander dock inte direkt gör). Man kan mena att dessa fackföreningsledare var indoktrinerade av en förfelad tro på en amerikansk «exceptionalism» (vilket Nycander väl inte gör). Man kan hänvisa till att den europeiska utvecklingen leddes av parlamenten medan den amerikanska av domstolarna och bortse ifrån att det på bägge sidor om Atlanten fanns och finns nationer, befolkningar, med historia och traditioner, med synsätt och ideal (vilket Nycander gör). Men inget av detta gör ett övertygande intryck. Den amerikanska utvecklingen förklaras nog bäst genom den amerikanska verkligheten. Denna verklighet har delvis formats av fackföreningsledare som Gompers och Lewis. En del av denna verklighet är den hårdföre Lewis, som i politiskt avseende var republikan (vilket Nycander redovisar), alltså inte ens demokrat (och långt mindre socialist i någon mening).

Nycander menar att Lipset och andra som pekar på individualismen som en väsentlig förklaring riskerar att hamna i en återvändsgata. Hänvisningen till amerikansk individualism blir en «‘explain all’, som till sist lämnar det mesta oförklarat». Häri ligger i och för sig mycket. Det är ingalunda ovanligt att den som konfronteras med sociala realiteter men inte kan förklara dem tillgriper förklaringar

som inte kan verifieras eller kvantifieras. «Kultur» i olika uppenbareelseformer är paradexempel på detta. «Kultur» blir som en «Deus ex machina», som ställer allt till rätta! Begrepp som «amerikansk exceptionalism» respektive «individualism» kan vara exempel på just detta. Det är dock föga meningsfullt att, som Nycander gör, vända de djupare, men mera svårfångade, förklaringarna ryggen och som förklaring ange en företeelse som (även om den i och för sig är verklig) bara befinner sig någon stans på halva vägen.

Samma tendens att stanna på halva vägen demonstrerar Nycander när han diskuterar det som många anser vara en grundläggande företeelse i det amerikanska samhället, nämligen dess pluralism. «Det amerikanska synsättet ger uttryck för en pluralistisk samhällsuppfattning medan den svenska för tankarna till en korporativistisk», hävdas i en av Nycanders studieböcker.⁸ Nycander finner dock detta «föga träffande» (s 149). Han finner inslag av pluralism även i tidig svensk reglering, till exempel reglerna i Saltsjöbadsavtalet 1938 om skydd för tredjeman mot stridsåtgärder. Det är först under 1970-talet då staten övergav sin neutralitet på arbetsmarknaden till förmån för arbetstagersidan som det svenska systemet blev korporativistiskt. I USA åter fanns i grunden inte en pluralistisk uppfattning «utan ett ensidigt statligt partitagande för arbetsgivarna» (s 150).

Man kan nog mena att Nycander har alldeles fel. För att påvisa detta såvitt avser USA kan man med fördel hänvända sig till den samhällskraft som Nycander tillskriver den avgörande rollen, domstolarna! Den kollektiva amerikanska arbetsrätten kan sägas börja med rättsfallet *Philadelphia Cordwainers* 1806.⁹ Det rörde en typisk kollektiv aktion från ett tiotal arbetstagare (*cordwainers*, skomakare). Dessa hade enat sig om att utföra arbete endast för vissa angivna ersättningar (dvs en kollektiv reglering av arbetsvillkor). De hade vidare enat sig om att försöka tillse att ingen annan heller utförde arbete (i Boston) till lägre belopp (dvs en utsträckning av denna reglering till alla). Slutligen hade de lovat varandra att inte arbeta tillsammans med någon som accepterade lägre betalning (dvs en *closed shop*). Hur dömdes i målet? Jo, genom att dessa moment belystes ur ett stort antal perspektiv. Analysen sker utifrån i vart fall

⁸ Fahlbeck, a a not 1, s 229.

⁹ Commonwealth of Pennsylvania v Pullis, 1806. Se, med utförliga källhänvisningar, Fahlbeck, a a not 1, kapitel 1.1.

sex olika persongrupperns perspektiv, nämligen allmänheten som lagstiftare, allmänheten som konsument, de deltagande arbetstagarernas arbetsgivare, presumtiva arbetsgivare inom yrket, andra arbetstagare inom yrket, de deltagande arbetstagarerna samt deras förening («society»). Härtill kommer att särskild hänsyn tas till marknaden som aktör som hotas av en «artificial regulation». Genom att väga samman dessa aktörers intressen nådde domstolen fram till ett utslag. Detta är, såvitt jag kan förstå, pluralism, rentav i sin prydno. På detta sätt har det fortsatt. Dagens kollektiva arbetsrätt har byggt ut den ursprungliga aktörsmodellen; man kan räkna med åtta aktörer, varav en uppträder i tre roller (allmänheten som lagstiftare, som konsument och som producent/presumtiv investerare eller entreprenör), alltså sammanlagt tio aktörer.

Den svenska bilden är inte mindre uttalat och långtgående korporativistisk i ett historiskt perspektiv än vad den amerikanska är pluralistisk.

Nycander skriver att «[D]en tidiga svenska modellen var identisk med Samuel Gompers vision av de önskvärda fackliga relationerna» (s 151). Vad Nycander syftar på är att bland annat förekomsten av starka och självständiga fackföreningar (korporationer), starka inslag av självreglering på arbetsmarknaden och frånvaro av såväl lagstiftare som domstolar från arbetsmarknaden. Säkert har Nycander rätt här. Med detta understryker blott den grundläggande skillnaden, nämligen att den svenska modellen redan från början var korporativistisk i motsats till den pluralistiska amerikanska. Den svenska modellen byggde på att korporationer tog ansvar för utvecklingen, ursprungligen främst två (LO och SAF). De gjorde så genom ett korporativistisk regleringsinstrument (kollektivavtalet), en korporativistisk tvistelösningsmekanism (det fackliga förhandlingsväsendet) och en korporativistisk regleringsmetod (tillämpning såvitt möjligt av kollektivavtalet på alla inom korporationernas verksamhetsområde). Motståndet mot statlig inblandning i denna korporativistiska modell var mycket starkt, till exempel vid införandet av lagstiftningen 1928, och ledde bland annat till att parterna ytterligare byggde ut det korporativistiska systemet genom en egen rättsordning, Saltsjöbadsavtalet 1938. Detta är, såvitt jag kan förstå, korporativism, rentav i sin prydno.

Det är sant att regering och lagstiftare hela tiden fanns med i modellen men dessas uppgift var främst att stärka parternas egen reglering. Ett uttryck bland många för detta var att Arbetsdomstolen fick en sammansättning där korporationernas företrädare bildar majoritet. Ett annat uttryck var att konkurrenslagstiftningen undantog korporationernas regleringsinstrument (kollektivavtalet). Den utveckling som skett sedan 1970-talet innebär inte alls korporativismens intåg på arbetsmarknaden, som Nycander menar, utan dess definitiva seger. Som Nycander mycket riktigt påpekar innebär denna utveckling att staten har intervenerat för att skapa en intressebalansering. Denna tar i någon, låt vara begränsad grad, hänsyn till ytterligare intressenter på ett sätt som inte tidigare förekommit. Denna intervention förändrar något en korporativistisk modell, «den svenska modellen», till en modell med pluralistiska inslag. Men interventionen är utformad på svenska manér. Den är utformad på ett sätt som i nästan ofattbar grad gynnar en korporation, fackföreningarna. Istället för att försvaga den traditionella korporativistiska svenska modellen förstärks den. «Plus ça change, plus ça reste le même!»

Vilka möjligheter ser Nycander till en förändring i USA som leder till ökad facklig organisering och en effektiv kollektiv arbetsrätt? Inte stora. Den åsikten delar han med de flesta bedömare. En sådan utveckling skulle kräva förändringar hos snart sagt alla aktörer i samhället i USA. Särskilt i en tid då den ekonomiska situationen är mycket god och arbetslösheten rekordlåg framstår krav på förändringar av spelreglerna på arbetsmarknaden som både orealistiska och rentav naiva.

En helt annan sak är att ytterligare federal lagstiftning rörande konkreta anställningsvillkor kan komma. Redan idag är lagstiftningen inte obetydlig, med Fair Labor Standards Act 1938 som huvudingrediens. Federal lagstiftning om anställningsskydd framstår dock som osannolik. Detta torde under överskådlig tid förbli en angelägenhet för delstaterna. Nycander behandlar översiktligt delar av anställningslagstiftningen, särskilt den omfattande regleringen med skydd mot diskriminering. All anställningslagstiftning har en annan karaktär än den kollektiva eftersom den är inriktad på den enskilde arbetstagaren. Här förekommer till och med regler om förtursbehandling av enskilda, dvs positiv särbehandling (*affirmative action*).

Motsvarighet till detta inom den kollektiva arbetsrätten har ofta krävts, till exempel att en fackförening som blivit utsedd (*certified*) som företrädare för en grupp anställda, skulle ha en viss rätt att få till stånd ett första kollektivavtal med arbetsgivaren. Det finns dock inga som helst politiska förutsättningar för en sådan positiv särbehandling av en fackförening.

Om teserna om individualism och pluralism som viktiga förklaringsgrunder för den amerikanska modellen är korrekta borde man kunna förvänta sig att domstolarna i princip har godtagit anställningslagstiftning, inklusive positiv särbehandling, och inte bekämpat den på samma sätt som kollektiv arbetsrätt. Förhåller det sig så? Ja, just så förhåller det sig! Inte nog med detta. Det förhåller sig till och med så att domstolarna här står i frontlinjen för ökat skydd för de enskilda arbetstagarna. Viktigast här är att de regler om anställningsskydd som faktiskt finns (utöver antidiskrimineringsreglerna) är domstolsgjorda! Detta, låt vara svaga, regelsystemet är i sin helhet utvecklat genom domstolspraxis!

Som en ytterligare huvudanledning till att kollektiv arbetsrätt misslyckats i USA brukar arbetsgivarmotståndet anföras. Det är ett faktum att arbetsgivarkollektivet i USA alltid och utan avbrott för någon period i historien varit starkt emot facklig arbetstagsamverkan. Varför? Det finns goda ekonomiska skäl till detta. Fackföreningarna har som idé att minska konkurrensen på utbudssidan och därigenom höja priset på arbete. Nycander redovisar utförligt de forskningsresultat som Freeman & Medoff nått fram till.¹⁰ Dessa innebär sammanfattningsvis att fackföreningar leder till högre arbetskraftskostnader, lägre vinster men också högre produktivitet. Den nästan obegripligt krångliga rättsliga regleringen av den kollektiva arbetsrätten spelar också in, liksom det flitiga processandet som den ofta ger upphov till. Nycander pekar på ett företag som vid ett tillfälle drev 150 skadeståndsmål samtidigt (s 109)! Allt detta är riktigt och är i dagsläget skäl nog för mången arbetsgivare att vida föredra en fackföreningsfri miljö. Men hur var det under de formativa årtiondena under 1800-talet? Då fanns ingen krånglig federal lagstiftning. Arbetsgivarmotståndet var inte desto mindre kompakt. Nycander visar utförligt hur arbetsgivarna inte skydde några medel

¹⁰ A a not 1.

för att krossa kollektiva aktioner. Blod har flutit i nästan ofattbara mängder. Hyrda slagskämpar för att bokstavligen klå upp fackliga aktivister var ett stående inslag i arbetsgivarkampen ända in på 1940-talet och hör fortfarande till verkligheten. Den legendariske bilarbetarordföranden Walter Reuther fick smaka knytnävarna när han ledde organiseringen av Ford i Dearborn/Detroit år 1941.¹¹ «Pinker-ton-men» blev ett begrepp.¹² Varför detta rabiata arbetsgivarmotstånd? Berodde detta på domstolarna? Inte ens Nycander hävdar detta. Men vad berodde det på? Nycander lämnar sina läsare utan att ens spekulera om detta, långt mindre försöka ge ett svar. Vad beror det då på? Kanske har det att göra med en «amerikansk exceptionalism»? Mången läsare kan nog dra den slutsatsen!

Svante Nycander avslutar sin bok med ett avsnitt om «(D)et underförstådda anställningskontraktet». Han stämmer där upp en fackets Höga Visa. En lågmäld men varm lovsång till fackföreningar, den lilla människans försvarare. Visan har betydande skönhet. Klingar den lika vackert i USA? Ja, det gör den nog men den får ett annat mottagande där. Inte en sång om fackföreningar men om icke-fackförenings fackföreningar!¹³ USA: «amerikansk exceptionalism»! USA: Landet Annorlunda!

Svante Nycander har berikat den nordiska litteraturen med en välskriven och stimulerande bok om samhällseliga grundproblem rörande arbetsmarknaden. Vem är mest att gratulera, läsekretsen eller Svante Nycander? Bägge!

¹¹ Reuther var ordförande i bilarbetarförbundet – United Automobile Workers, UAW – åren 1946–1970.

¹² Detta vaktbolag hyrde till arbetsgivare ut personer som kunde användas för snart sagt varje ändamål i kampen mot fackföreningar. Företaget finns fortfarande men har lämnat affärsområdet antifackförening verksamhet. Sedan 1999 ägs företaget av den svenska koncernen Securitas!

¹³ Önskemål om en icke-fackförenings fackförening («non-union union») är utbrett. Se härtill anmälan av en bok om bland annat detta i tidskriften *Lag & Avtal* 1999:9. Se även Nycander, främst s 124 och 156.