**Трудове право після народження**

*Гаррі Артурс*

**А. Вступ**

Питання «для чого існує трудове право?» має минуле. Тому я починаю зі змальовування його історії. У нього є і теперішнє, чия найяскравіша риса - можу вас впевнити – цілком може бути закінченням «родів». І, зрозуміло, воно має майбутнє: як трудове право буде виглядати «після народження»? Я посилаюся в усіх трьох питаннях здебільшого на плани на майбутнє Північної Америки, проте і на досвід Великобританії та Європи.

**В. Для чого існує трудове право? Коротка історія питання**

У англо-американських країнах в різні часи трудове право прагнуло зробити для працівників можливим відповідність догматам Християнської моралі, покласти на них почуття членства в «одній нації», аби попередити руйнування ними «тієї властивості, що є джерелом їх власної підтримки та комфорту в житті», відучити їх від матеріалізму або радикальних ідеологій, дати їм частку в успіху підприємства та/або капіталістичній системі, аби відновити їх здібності споживати, а отже і їх стимули та можливості створення, дати їм можливість вимагати на робочому місці конституційних гарантій, наданих ліберальною демократією усім громадянам у великій державі, отримати їх підтримку в національних військових зусиллях і безперервних проектах будування нації, узаконити і зміцнити «мережу правил», які допомагають крутитися на будь-якому робочому місці, створити систему компенсаційних сил, яка полегшує роботу ринків праці і покращує їх результати, і включити працівників у структури рівня підприємства, призначенні для того, щоб справлятися з їх невдоволеннями, посередницькими компромісами серед них, і здійснювати тренування на робочих місцях, які сприяють підвищенню продуктивності та прибутковості.

Тому зрозуміло, що основний зміст трудового права змінився протягом часу. У перші роки промислової революції воно прагнуло захистити найбільш вразливих робітників від фізичного і морального насильства та впевнитися, що вони працюють у безпечних і здорових умовах і врешті решт вимагати, аби їм платили достатньо аби мати справу з "нормальними потребами середньостатистичного працівника, до якого ставляться як до людської істоти, що живе в цивілізованому суспільстві». Однак, з кінця 19-го століття, і на протязі більшої частини 20-го, трудове законодавство в значній мірі зосередилося на колективних питаннях. В одній із версій трудове законодавство дозволяло, захищало або сприяли узгодженим діям працівників; в інший воно прагнуло регулювати і, якщо можливо, вирішувати конфлікти між профспілками і керівництвом; і по-третє, вони ідеально діяли шляхом ''стриманості» так що роботодавець представники працівників могли б започаткувати режим «колективного пропускного ярмарку».

Втім, ця концентрація на колективних переговорах і економічних конфліктах залишила багато невирішених питань. По-перше: як об’єднати в одне ціле результати колективних переговорів і макроекономічну політику? На початку післявоєнного періоду, більшість країн з розвиненою економікою спирався на кейнсіанські заходи для сприяння економічному зростанню та повній зайнятості, створюючи тим самим сприятливі умови для ведення колективних переговорів; наприкінці післявоєнного періоду вони прийняли монетаристську політику, нерідко в поєднанні з перегулюванням ринків праці і обмеженням профспілкової влади. По-друге: як боротися з питаннями ринку праці, які колективні переговори не можуть вирішити, так як впливають на працівників до або після влаштування на роботу? Держави або залишають такі проблеми невирішеними, або втручаються, щоб навчати працівників, розгорнути їх у економіці і застрахувати їх –в більшому або меншому ступені - від хвороб, скорочення штатів і у випадку виходу на пенсію. І по-третє: як захистити працівників на робочих місцях без профспілок? Знову відповіді різняться: розширення меж колективних договорів, аби охопити й працівників, які не належать до профспілок; прийняття стандартів зайнятості та законодавства з боротьбі з дискримінацією; посилений захист перебування на посаді і боротьба проти довільного звільнення; створення механізмів, спрямованих на забезпечення участі працівників у корпоративному управлінні. Але ні питання ні відповіді не зацікавлені надто у вивченні трудового законодавства та практики, чия увага, як уже зазначалося, сконцентрована на відносинах у колективі, насамперед на рівні робочого місця.

Це імпресіоністичній ескіз двох століть розвитку трудового права може навіяти думку, що "трудове право" є сферою права з довільними, але змінними границями, але без невід’ємного змісту або цілі. Тим не менш, багато тих з нас, хто викладає, практикує трудове право і управляє ним, хочуть вірити в його виразність, послідовність і навіть (тут думки різняться) свою функціональну та концептуальну автономію. Звідси випливають запитання, поставлені в наступному розділі цієї глави: «Що таке трудове право?».

**С. Що таке трудове право?**

**1. Чи є трудове право *правом?***

Під правом зазвичай розуміють щось, джерелом чого є законодавча влада, що призначається державними чиновниками, інтерпретується державними суддями та забезпечується державним примусом. Втім, щодо джерел та функцій трудового права можна сказати, що праця та управління грають визначну роль у його затвердженні та застосуванні. Дійсно, ця роль іноді описується як «конституційна». Більше того, навіть коли нормативні акти трудового права затверджуються державою, вони часто інтерпретуються та використовуються спеціалізованими суб’єктами, приватними агентствами або агентствами змішаної форми власності та судами, укомплектовується неюридичними експертами, включаючи представників праці та управління. Дані особи не просто судять; вони використовують інші стратегії: встановлення правил, освіту, перевірку, медіацію, переговори – аби забезпечити поступливість та підтримати відносини. І коли вони судять, вони, як правило, використовують доказові і пояснювальні правила, способи обґрунтування, і силу виправлення, які відрізняються від моделі курії. Нарешті, трудове законодавство, яке фактично регулює відносини на робочому місці, часто відрізняється від державного права, частково тому що держава значно поступається в широті поглядів партіям у визначенні їх відносини, частково через нестачу потужності для забезпечення дотримання його законодавства на незліченних робочих місцях, а частково - через неприборкану тенденцію робочих місць до створення свого власного місцевого права, що є іноді явним (контракти, колективні договори, стандартні робочі процедури), іноді неявними (звичаї і шаблони поведінки, покладені на режим роботи) – але завжди потужними. Звідси безспірний парадокс «трудового законодавства без держави».

Підводячи підсумок, трудове законодавство відрізняється від інших правових сфер тим, що воно часто поширюється через не-правові (тобто політичні, соціальні і культурні) процеси, виражені в формі «не-правових» (тобто недержавних) норм і виконувані на «не-правових» (тобто не-куріальних) форумах, що працюють з «не-правовими» процесами (тобто тими, що зазвичай не використовуються звичайними судами). Дійсно, трудове право – функціонуюче на фактичних робочих місцях - часто використовувалося правознавцями не тільки аби кинути виклик керівним вимогам державного права і правових інститутів, але й аби ініціювати альтернативні підходи до права, такі як правовий плюралізму, зворотне право і критична теорія. З цієї точки зору трудове право не являється ні не-правом, ні мутантною формою права, а є втіленням права, експериментом у впорядкуванні суспільства, який показує справжню природу правової системи в цілому.

**2. Що робить право *трудовим* правом?**

Трудове право є трудовим правом, тому що в конкретній конфігурації історичних обставин ми обираємо застосувати цей конкретний таксономічний ярлик до кістяка правил, скупчення професійної практики і поля наукового вивчення. У післявоєнній Північній Америці трудове право, як уже зазначалося, на загальну думку, посилалося на право колективних трудових відносин. Його відрізняли від «права зайнятості» (індивідуальних трудових контрактів і нормативних трудових стандартів) і від інших юридичних підгалузей (таких як компенсації працівникам, здоров'я та безпека та пенсійне законодавства), які впливали на права працівників, їх багатство, владу і гідність не менше, ніж колективне трудове право. Це вузьке визначення трудового права багато в чому завдячує, я підозрюю, своїй появі в провідних правових школах і юридичних фірмах в період, коли Закон Вагнера, здавалося, вступав у нову еру захисту американських працівників. Однак, він мав нещасливі наслідки.

Він призвів до відмови від інших аспектів трудового права, таких як неоптимальні альтернативи ведення колективних переговорів; позбавив їх академічної критики і професійної уваги, на яку вони заслуговують; поставив в невигідне становище важливі популяції працівників, які мав захищати; перешкодив міжнародним порівнянням серед моделей ведення колективних переговорів та серед колективних переговорів та інших режимів регулювання ринків праці; і затримав розвиток інтегрованого теоретизування в сфері. Але найбільш небезпечним є те, що він надовго – про строки сперечаються – призвів до занепаду північноамериканського профспілкового руху, наразив трудове законодавство в Канаді і особливо в Сполучених Штатах на навантаження через те, що "після народження" він став не функціональним, політично недоречним і інтелектуально закостенілим.

Колективні переговори фокусуються на трудовому праві, втім, зашифровані в тому, що Брайан Лангілле називає їх «основоположним оповіданням». Ось як, на певному рівні, ми розуміємо трудове право: багатство і влада асиметрично розподілені в нашому суспільстві; так як працівники володіють меншим багатством і меншою владою, ніж роботодавців, вони за своєю суттю знаходяться у невигідному становищі; несприятливе становище стає причиною несправедливості, опору несправедливості і опору соціальній напруженості. Отже, держави повинні втручатися у відносини зайнятості. Вони мають робити це різними шляхами: перерозподіл багатства через оподаткування і трансфертні платежі, відокремлення влади від багатства шляхом обов'язкової участі трудящих у керівництві підприємством і на місці роботи, або зведення нанівець переваг, якими користуються роботодавці, шляхом заохочування компенсаційної влади працівників у формі профспілок. Або ж вони можуть залишити асиметрію багатства і влади в спокої, але покласти зовнішні обмеження на їх використання шляхом застосування мінімальних трудових стандартів, або пом'якшити неминучі несправедливості через соціальні програми, або заборонити опір працівників і придушити заворушення. Кожну з цих форм державного втручання можна було б назвати «трудовим правом», але всі вони випливають з того ж «основоположного оповідання».

Трохи інше основоположне оповідання могло привести до іншого розуміння сфери. Якщо б ми повинні були дивитися за межами робочого місця на асиметрію багатства і влади в інших економічних відносинах (кредитори /позичальники, орендодавці/орендарі, агробізнес /фермери) і за межами звичайних стратегій профспілок (страйки і пікетування) на інші види опору (голосування, демонстрації, бойкоти, петиції, культурне представництво, споживчі кооперативи), трудове право можна було б віднести до «права нерівних економічних відносин» або «соціального права», термін, що широко використовується в Європі. Однак, цього не сталося, тому що це не здавалося ні природнім для вчених, ні корисно для практиків для формування меж правової сфери навколо мета-структур соціальної впорядкованості, таких як держава, ринки, клас або культура.

Цей вибір знецінив бачення трудового права шляхом затемнення важливих фактів: того, що динаміка ринку часто є більш потужним фактором визначення гідних стандартів праці, ніж регулююче законодавство; що держави формують ринки праці та відносини суб'єктів ринків так же ефективно шляхом торгової, фінансової, грошово-кредитної, імміграції політики, політики соціального забезпечення та освіти, як і трудовим законодавством; і що культури конкретного підприємства, етнічні та популярні культури можуть посилити або підточити місцеві системи нормативності робочих місць не менше сильно, ніж законодавство. Натомість трудове законодавство зосередилося на одному місці взаємодії (на робочому місці), одному наборі учасників (профспілки, працівники і роботодавці) і одному наборі реакцій (конфлікт і переговори). Це спростило організацію матеріалів для наукових досліджень і викладання (юридичні норми та рішення щодо трудових відносин), визначило форму професійної практики (фірми на стороні профспілок та фірми на стороні роботодавця) і підтримало зростання суб-спеціалізацій (незаконне звільнення, сексуальні домагання, право соціального забезпечення інвалідів). Але воно зменшило пояснювальну силу, практичну ефективність і моральну силу трудового законодавства.

**3. Для кого існує трудове право?**

Якими б не був його основний зміст, ми можемо принаймні бути впевнені, що трудове право стосується «праці», що воно працює в контексті «зайнятості», що воно призначено для захисту «працівників». Як підсумовує Річард Мітчелл у своїй проникливій рецензії на пологові муки трудового права - рецензії навряд чи менш похмурій, ніж моя – «наша вірність безумовно належить *праці* як класу, а не «трудовому праву»». Тим не менш, члени цього класу самі по собі демонструють зменшення лояльності до праці. В останні десятиліття в більшості багатих демократіях профспілки неухильно втрачали членів, економічну владу, політичний вплив і характерні особливості культури - за винятком тих, які, за іронією долі, представляють привілейованих працівники, які найменшою мірою потребують захисту. Дружні до праці політичні партії зазнали схожих змін, і їм довелося заново компонувати себе шляхом відмови від їх історичного зв’язку з профспілками, відрікаючись від своєї традиційної мети усунення нерівності, і звертаючись до більш широкого сектору виборців.

Деякі дослідження показують, що ці невдачі для лейбористів промислового і політичного крил циклічні або залежать від конкретних умов або пов'язані з поганими законами чи невдалими організаційними заходами. Проте, значна кількість літератури приписує ці невдачі до зникнення праці як соціального класу і класу як головного визначального фактору політичних і соціальних справ. Соціальний статус, як деякі припускають, зайняв місце класу як головний визначальний фактор відносин і дій працівників. Коли американці ідентифікують себе, вони особливо заявляють про статус своєї сім’ї, рід занять,релігію, місце проживання, стать і вік в пріоритетному порядку їх класу. Аналогічні тенденції починають переважати навіть у Великобританії, де донедавна промислове і політичне крила праці мали глибокі корені в міцній пролетарській культурі.

Пояснення причин «зникнення» праці різняться, як і оцінки його ступеня і наслідків. Американський робітничий клас (або, принаймні, його біла складова) нібито перетворився в новий масовий вищий середній клас - більш освічений, багатший, більш віддалений від роботи руками - з новими інтересами, цінностями і звичками голосування. (Іронічно, що деякі стверджують, що ці поліпшення в житті робітників багато в чому зобов'язані профспілкам і підтримуючим працю партіям, що побудували державу добробуту). На відміну від цього, багато досліджень показують, що за будь-якими об’єктивними стандартами в англо-американських демократіях класові відмінності залишилися і дійсно виросли, і що вони продовжують впливати на політичне вирівнювання працівників і їх схильність до колективних дій. Однак, як навіть ці дослідження визнають, традиційний порядок денний ні робочих партій, ні профспілок більше не охоплює повністю інтереси і не відображає занепокоєння своїх членів, які в даний час мають свій власний «другий порядок денний», який включає в себе такі питання як релігія, оподаткування та стиль життя.

Втрата здатності лейбористів до проведенні виборів та соціальної мобілізації віщує шкоду інтересам працівників. Праві партії, як правило, проводять економічну політику, шкідливу для працівників: вони зменшують вплив на перерозподіл податків, скорочують державу добробуту, послаблюють захисні закони трудового права, і обмежують діяльність і вплив профспілок. Тим не менш, працівники голосують за них в значних кількостях не стільки через помилкове розуміння, а тому що ці партії підтримують їх «другий порядок денний».

Зникнення праці як руху і класу і небажання працівників ідентифікувати себе як працівників, здається, були широко визнані і дійсно почали самі себе зміцнювати. Три приклади: уряди багатьох країн розпустили свої міністерства праці та перерозподілили їх функції на користь економічних міністерств або міністерств, пов'язаних з соціальним захистом, для яких основні мандати трудових питань стали другорядними. Великі правові фірми на Уолл-стріт, які раніше забезпечували представництво трудового права корпоративним клієнтам, більше не вважають вигідним робити це. Отже, трудові питання займають ще менш чільне місце в обчисленні корпоративного боргу та особистих інтересів, ніж вони колись займали. А ЗМІ, які колись наймали репортерів-фахівців з праці, більше не наймають їх, що призводить до сумних наслідків для якості і кількості репортажів і, в кінцевому рахунку, ступеню суспільного розуміння питань праці. Праця таким чином стала маргінальною як суб'єкт створення публічної політики, як стосунки корпоративних радників та осіб, які приймають рішення, і як тема, знайома пересічним громадянам.

Якщо індивідуальність лейбористів зникає, якщо клас в цілому має менше значення, якщо питання працівників випали з порядку денного державної політики, то знайоме «основоположне оповідання» про трудове право перестає бути основоположним. Без солідарності трудящих законодавство про колективні переговори стає непридатним до застосування; без державної підтримки і державної участі, законодавство про трудові стандарти стає важче застосовувати; і без ефективної мобілізації класу перспективи для дружніх до праці політик ринків праці, законодавства і регулювання значно зменшаться.

Але можливо, що з’явиться нове, оптимістичне оповідання - особливо (що дивно) в місцях зміни правового курсу. Наведу один приклад: Верховний Суд Канади підтвердив, що зайнятість забезпечує працівників не тільки «засобами фінансової підтримки, а головне, сприятливою роллю у суспільстві», але також почуттям «особистості, самоцінності та емоційного добробуту». Незліченні правознавчі думки та думки в судових рішеннях у Канаді, в інших країнах і на міжнародному рівні мають таку ж саму точку зору; дійсно, це здається очевидним. Якщо, в такому разі, «зайнятість» наділена такою соціальною та економічною значущістю, то, безумовно, продовжена важливість трудового права повинна бути гарантована.

Тим не менш, майбутнє «зайнятості» як дескриптору трудових відносин може бути під питанням само по собі. Недавнє дослідження припускає, що все менше і менше робітників, ледь 60 відсотків робочої сили Канади, в даний час є учасниками відносно тривалих стандартних відносинах повної зайнятості. Крім того, деякі стандартні «працівники» не отримують повну міру трудових прав, тому що вони не відповідають законним критеріям прав, інші - тому що вони працюють на віддалених робочих місцях за межами трудових інспекторів або профспілкових організаторів, а також інші, тому що їх роботодавці малі і працюють щосили або потужні та агресивно настроєні до профспілок і регулювання. Що стосується 40 відсотків працівників з нестандартними формами зайнятості - тих, хто працює неповний робочий день (20 відсотків), за короткостроковими контрактами, мимохідь або через посередників ринку праці (10 відсотків) або за наймом (10 відсотків) - значне число таких випадків частково або повністю заперечують охоплення таких працівників трудовим законодавством або, якщо законодавство їх охоплює, такі працівники стикаються з практичними перешкодами для відстоювання своїх прав. Очевидно, погляди Верховного Суду не вплинули ні на нещодавні тенденції ринків праці, ні поліпшили охоплення таких випадків законом, ні пом'якшили серця непокірних роботодавців.

Крім того, зростання нестандартної зайнятості не тільки коштувало мільйонам працівників їх прав, пільг і почуття «особистості та самоцінності». При розширенні прірви і порушенні чисельного балансу між працівниками, раніше охоронюваними трудовим законодавством і тими, кого трудове законодавство не охороняє, можливе також сприяння новій політичній динаміці, в якій працівники, що не мають трудових прав, мовчки погоджуються на це або підтримувати намагання позбавити працівників, які мають трудові права, їх переваг.

Нарешті, важливо відзначити радикальні зміни в просторових відносинах можливих бенефіціарів трудового права. Трудове право колись було для людей, які працювали в тісній фізичній близькості один до одного в шахті, на млині, в магазині або офісі або, принаймні, мали періодичні контакти в холі найму в профспілки або офісі відряджень компанії. Навіть у великих, комплексних підприємствах, де працівники більше не розділяли один фізичний простір, вони принаймні розділяли психічну близькість на основі їх членства в одній організації. Близькість сприяла солідарності; це дозволяло працівникам розвивати особисті зв’язки, визначати потенційних лідерів, обмірковувати їх спільну долю і колективно реагувати на загальне почуття образи. У Північній Америці працівники зі «співтовариством інтересів» були включені у «відповідний орган для ведення колективних переговорів», який часто визначається своїм фізичним місцем розташування. І колективні договори - виграні через промислову дію, здійснену «в поєднанні або за до мовленням або згідно із загальним розумінням» - дали працівникам досвід роботи у відповідності з правилами, щодо яких вони колективно домовилися і які можуть застосовувати у відповідності з процедурами розгляду скарг, які вони всі разом контролюють.

Безсумнівно, близькість і солідарність мали свої темні сторони: «інші», що не були фізично чи психологічно поблизу і, отже, не сприймалися як такі, що розділяють спільні інтереси, не претендували на солідарність і ризикували опинитися на узбіччі і ризикували, що їх інтереси проігнорують. Але сьогодні трудове законодавство часто "за" людей з малим ступенем або взагалі без близькості, чиї інтереси (справедливо чи помилково) сприймаються конфліктно, і чия солідарність, отже, не може бути стійкою. Ця втрата близькості пояснюється багатьма факторами, включаючи аутсорсинг і переміщення роботи у віддалені місця, перебудування робочих місць і процесів, але, насамперед, глобалізація.

Глобалізація розширила світове постачання праці, створила транснаціональний ринок праці і сприяла розвитку глобальних ланцюгів постачань, чиї ланки, що ведуть до основного підприємства є часто неясним, а іноді і прихованими. Отже, навіть працівники, які насправді працюють на одного основного роботодавця, часто навіть не знають про існування один одного, не кажучи вже про спільні переживання, культуру, звичаї, мову або правові рамки. Навіть гірше: вони часто сприймають один одного не як колег, а як конкурентів у доступній роботі. Таким чином глобалізація не тільки усуває близькість в зайнятості, але в корені підриває солідарність праці.

Підводячи підсумок: чим може стати трудове право «після народження»: у світі, в якому «праця» як соціологічний дескриптор і як політична сила стала анахронізмом, в якому «працівники» більше не відповідають на це ім'я і в якому «зайнятість» стала настільки концептуально невизначеною та функціонально виснаженою, що більше не складає стабільну платформу для захисту прав або проекції права?

**4. Для чого існуватиме трудове право «після народження»?**

Якщо основоположне обґрунтування трудового права було таким непостійним; якщо воно спрямоване на все більш гетерогенний та широко розсіяний трудовий авторитет, населений суб’єктами, які, здається, більше не розділяють індивідуальність звичайного робочого класу чи професійну спорідненість; якщо воно залежить від трудового руху, який став нездатним до ефективної індустріальної і політичної дії; якщо воно розроблено аби регулювати застарілу парадигму зайнятості; якщо його основний зміст є питанням, його межі оспорюються, а його інтелектуальну узгодженість залишили помирати – якщо в усіх цих відношеннях ми живемо в епоху «після народження» - чи варто ще питати «що таке трудове право»?

Це, ствердив би я, дійсно правильний момент для саме такого питання, так як ми стоїмо навпроти того, що Даніель Роджерс назвав «інтелектуальною економікою катастрофи»:

Криза [каже він, маючи на увазі Велику Депресію]…, якщо триматиметься досить довго,… може привести встановлену структуру взаємин до глибокої дискредитації… Розмивши звичну розсудливість, криза, що поширилася, може створити простір, в який можуть проникнути інновації. [Втім]… парадокс політики під час кризи полягає в тому, що в момент, коли звична розсудливість зникає, як раз коли нові прагматичні ідеї найбільш терміново необхідні, саме інноваційні ідеї найскладніше знайти… Одним з найважливіших наслідків кризи в результаті є те, що цінність політичних ідей, що вже наготові, що вже сформовані, хоча ще і не можуть бути введені політично в дію, роздувається.

У часи протистояння найгіршій економічній кризі з 1930-х років, які інноваційні «політичні ідеї» щодо трудового права «чекають напоготові»? Які нові «програмні ідеї» щодо трудового права доступні для заміни ними «встановленої структури» , яка дійсно була «глибоко дискредитована»? З’явилися три широкі підходи, кожний пропонує різні відповіді на питання: «Що таке трудове право?».

*а. Трудове право слід вбудувати всередину і допомогти йому прогресувати в режим фундаментальних і універсальних прав людини*

Загальновідомо, що трудові права та права людини історично розвивалися паралельно через їх різні (хоча і пов’язані) інтелектуальні та ідеологічні джерела та через те, що держави, міжнародні організації, соціальні діячі та вчені не могли або не хотіли інтегрувати їх в єдину мову. Втім, інтеграція спричиняє збільшення підтримки. Працівники могли б значно виграти, якщо б трудове право було вбудовано в рамки прав, що є фундаментальними, не лише прав, передбачених статутом чи контрактом; універсальних, не лише класових і відносних; і принципіальних, не лише фінансових. Поширивши їх старі класові ознаки приналежності та індивідуальні риси, працівники змогли б встановити нові зв’язки з їх правозахисниками, отримати нові індивідуальні риси як «громадяни» та ініціювати нові, такі, що змінюють курс, законні стратегії. Нарешті, формулювання трудових прав як прав людини дозволить особам, що вибудовують їх, уникнути національної винятковості та сконструювати транснаціональні режими трудового права. І навпаки, режими прав людини та адвокатські групи отримають вигоду від ближчої інтеграції з трудовим правом і його клієнтурою. Інтеграція перенаправила б аналіз прав людини на колективні чи соціальні права від того, що часто буває деполітизованим індивідуалізмом, змусила б ліберальний легалізм звертатися суб’єктивно як і ад’єктивні права, сприяло б мобілізації масових рухів за права людини.

Якщо б не всі зваби трудового права нової концепції і, сподіваємося, зміцненого, як гілка права, що вивчає права людини це був би зовсім інший вид трудового права. Воно було б відокремлено від зайнятості, перестало б робити наголос на трудових агентствах, через нього втратили б законність екстра-законні само допоміжні ініціативи, а також воно б все більш і більш спрямовувало партії, що сперечаються, до судів, яким недостає історичної легітимності в сфері трудового права так само як і інституційної потужності аби мати справу з їх щоденними завданнями. Якщо коротко, йому б недоставало історичної, контекстуальної та функціональної специфіки трудового права, яке ми зараз знаємо. Можливо, ці побоювання можуть бути переможені, якщо б право, що вивчає права людини, функціонувало відповідно до Теубнеріанської логіки , рефлексивно, шляхом впливу на процес прийняття рішень на місцях роботи, підприємствах, ринках праці та інших напівавтономних правових сферах. Але це був би дуже відмінний вид права, що вивчає права людини, відмінний від того виду, що зараз виконується конституційними судами та їх транснаціональними двійниками.

Якщо б трудове право розвивалося цим шляхами, тоді воно було б «за» трансцендентну мету стирання межі між правами, якими ми насолоджуємося як громадяни демократичної держави та тими, в яких нам ефективно відмовлено як громадянам, зайнятим на місцях роботи, які характеризуються асиметрією багатства та сили. Але є значні причини особливо ставитися до потужності статутів, що, як правило, покладаються на свої обіцянки, і в особливості до перспектив на заснований на правах і такий, що керується судовим процесом, режим трудового права.

*b. Трудовому праву слід спонукати працівників, сприяючи накопиченню їх людського капіталу та реалізації їх людських здібностей*

Коли мине нинішня криза (деякі кажуть що вона вже минула, інші – що вона затримається та повториться) ми все ще будемо залишені з певною версією капіталізму. Дійсно, здається, широко приймається те, що поки є велика різноманітність капіталізму, в даний час немає гідних довіри альтернатив йому. Тому трудове право мусить забезпечити накопичення працівниками людського капіталу, який дозволить їм обом повною мірою реалізувати їх індивідуальні здібності та сприяти чомусь і мати частку в успіху капіталізму. Простіше кажучи, трудовому праву слід покинути свою традиційну місію захисту працівників на користь підвищення їх здібностей і наділення їх людським капіталом. Звісно, будуть суперечки щодо того, як це реалізувати, і якщо такий підхід варто додати, а не усунути традиційні захисні трудові закони. Але всі варіанти людського капіталу та здібностей майже передбачають, що працівники та роботодавці будуть співіснувати у скоріше відносинах співпраці ніж у відносинах змагальності.

Співпраця між працівниками та роботодавцями може бути необхідною умовою для успіху людського капіталу – чи здібності – заснованого на системі трудового права; але цього недостатньо. Як визнають деякі ініціатори пропозиції, співпраця між соціальними партнерами та державою є істотною, але її важко досягти в економіці ліберальних ринків. Розглянемо нещодавні дослідження в Північній Америці. «Психологічний контракт», що спирається на профспілки індустріальної зайнятості був в односторонньому порядку переписаний роботодавцями; поняття роботи було урізано; стандартних робіт менше та більше нестандартних робіт; робоча частка GDP зжалася, а дохід нерівномірно зріс; матеріальне забезпечення та нагороди, що забезпечують роботодавці, доступні меншій кількості працівників, тоді як універсальне державне соціальне забезпечення значно скоротилося. Ці події показують структурні, не просто циклічні, перешкоди стратегії соціального капіталу. Капіталізм Північної Америки радіє «креативному знищенню», керується результатами наступного кварталу та схильний до довготермінових інвестицій в людський капітал чи інше. Більше того, його індустріальні системи відносин роздрібнені. Переважно вони сконцентровані на місці роботи та підприємстві; розбиті на сектори, ліберальні чи тристоронні інституції зустрічаються рідко, тільки для конкретних випадків і часто є нестабільними; а одностороння позиція роботодавця є помилковою позицією.

Тим не менш, деякі роботодавці – аби попередити об’єднання в союзи або будучи в дусі розумної заінтересованості – засвоїли передумови, за яких працівників необхідно проконсультувати про зміни в умовах роботи або операційних процедурах; а деякі обмежили себе, аби дотримуватися кодексу поведінки або стандартів продуктивності ISO. Дійсно, деякі ініціювали так звані системи роботи високої продуктивності (HPWS) за якими вони добре оплачують роботу своїх працівників; вони забезпечили їх тренінгами та іншими можливостями аби підвищити їх людський капітал; кинули їм виклики та наділили їх відповідальністю; і поєднали їх персональні, сімейні та громадянські виміри їх життів. Натомість дані фірми очікують, що працівники («колеги» або «партнери») присвятять свою вірність, навички, енергію та уяву підприємству з відповідним посиленням продуктивності та прибутку. Дійсно, навіть деякі відносно войовничі об’єднання були змушені поексперементувати з так званими підходами до переговорів «додавання вартості» або «взаємних доходів», підходами, що очевидно сприяє розвиткові людського капіталу та здібностей. Втім, здається, жоден з цих відносних ініціатив не є остаточним успіхом. Навпаки, дослідження показують, що ініціативи HPWS часто асоціюють зі скороченням; з тим, що якщо їх ввести в дію, вони можуть спричинити стрес працівникам і позбавити їх влади; і з тим, що багато об’єднань вбачають підхід людського капіталу як стратегію, що відраджує працівників від організування – ця підозра підтримується використання просторіччя в HPWS (таких слів як «розширення прав і можливостей») імення для цієї цілі. Звичайно, специфічні ініціативи, такі як HPWS, не можуть бути прирівняні до ґрунтовного нормативу, поведінкових змін, передбачених підходом людського капіталу та підходом «здібностей». Але вони дійсно сигналізують про те, що для роботодавців, працівників чи об’єднань буде непросто зробити необхідні врегулювання.

Остання складність: багато елементів стратегії людського капіталу не можуть бути виконані в ланцюгу зайнятості або на базі оформлення контрактом. Вони вимагають державних дій здійснених шляхом універсального забезпечення (страхування здоров’я та пенсійні виплати) або специфічних програм для поліпшення стану ринку праці щодо ризиків (виплати безробітним, компенсації працівникам, трудові біржі) або кооперації з роботодавцями та об’єднаннями на секторальному рівні чи рівні підприємства (тренування навичок, працевлаштування молоді, надлишкові виплати). Отже, здається, що такі стратегії з меншою ймовірністю матимуть успіх у Північній Америці, ніж у економіці скоординованого ринку праці Західної Європи, де ринками праці керують більш цілеспрямовано, якість трудового життя та збереження соціальної солідарності є справою публічної політики, а працівникам зазвичай забезпечується голос у керівництві на місці роботи.

Такий висновок навряд чи може здивувати. Трудове право на значному ступені шляху, що подає надії; в нього є свої ціль, форма та зміст від більшої політичної економіки, в якій воно зароджується і діє. Не важко передбачити, що система трудового права, яка «за» просування людського капіталу, уникання конфліктів, підтримання співпраці та досягнення справедливого поділу доходів підприємства, с більшою ймовірністю досягне своїх цілей у політичній економіці, яка розділяє дані цілі, ніж у економіці, яка їх не розділяє.

*С. Ціль трудового права має залишатися незміненою, аби дозволити працівникам мобілізуватися до пошуку справедливості на місці роботи та ринку праці*

В «інтелектуальній економіці катастрофи» Роджера ідею, що трудове право існує аби дозволити працівникам мобілізуватися важко назвати «інноваційною»; дійсно, вона була центральною десятиліттями, а не «була напоготові». Втім, якщо справедливість передається «згори» працівникам доброзичливими суддями або освіченими роботодавцями, мобілізація залишається їхнім єдиним рятівним засобом. Кажучи про це, вважаючи, що «після народження» будує незначний політичний тиск до перегляду структур керівництв підприємств, архітектури ринків праці чи фундаментального допущення капіталізму, безумовно необхідний новий підхід до мобілізації.

Під цим новим підходом мається на увазі набагато збільшені амбіції до трудового права. У відповідь на інноваційні форми мобілізації працівників, дослідження трудового права матиме поширити свій радіус дії на всі галузі політики, які мають вплив на трудові відносини чи результати роботи ринків праці; для всіх нормативних режимів – внутрішніх чи транснаціональних, формальних чи неформальних, таких, що виправдовують розв’язки і обмежують способи узгоджених дій працівників та інших громадян; для всіх учасників ринку праці – незалежно від того, чи кваліфікуються вони технічно як «працівники» відповідно до трудового законодавства чи економічно як потенційні «клієнти» адвокатів трудового права; і, зрештою, для всіх не-учасників, чиї дії посягають на динаміку ринків праці, включаючи безробітних, працівників неформального сектору і працівників, зайнятих неоплачуваними завданнями соціального відтворення.

З практичної точки зору будь-яка спроба активізувати мобілізацію працівника «після народження» - після об’єднань – потребуватиме формування нових колективів на місці роботи. Такі колективи вже існують як у англомовних країнах, так і на континенті. Наради на роботах Працює поради (з участю або без участі профспілок) широко визнані в Європі. Комітети на місці роботи уповноважені законом в деяких північноамериканських юрисдикціях для вирішення особливих питань, таких як охорона здоров'я і безпека та управління пенсійним фондом. Членство в асоціаціях, що не належать до профспілок , можливо, тепер прирівнюватиметься до або перевищує членство в профспілках. З’явилися фракційні наради, мережі та віртуальні веб-організаціїї аби надати працівникам «голос» і економічні важелі у певних підприємствах і секторах. Проте всі ці альтернативні форми організації робочого місця мають серйозні недоліки. У тій мірі, що вони поширюються за відсутності профспілок, їх іноді справедливо підозрюють у тому що вони «відкачують» підтримку колективних переговорів. У тій мірі, що вони не бачать себе зайнятими постійною боротьбою за владу з роботодавцями, вони, ймовірно, будуть кооптовані. У тій мірі, що вони не мають формального статусу, структури, повноважень і ресурсів, вони, ймовірно, матимуть короткий термін життя. І найголовніше: у тій мірі, що вони не виходять за рамки робочого місця, щоб завербувати нових прихильників, вони, швидше за все, більше не користуватимуться владою чи впливом, якими раніше користувалися профспілки.

З іншого боку, якщо робітники дійсно відновлять свій апетит до більш здорових форм колективного представництва, чи в змозі профспілки відреагувати? В Америці деякі профспілки робили спроби винайти самих себе і свій підхід до колективних переговорів. Вони експериментували з новими стратегіями, такими як «соціальний» або «громадянський» профспілковий рух, побудований на коаліціях з широкою основою – права працівників, безробітних, членів етнічних груп, релігійні права, права споживачів, студентів, права людини та групи боротьби з бідністю - а не на традиційних «профспілках переговорів», спеціалізованих на виготовлені та місці роботи. Деякі працювали з місцевими цивільними рухами, які адресували ринкам праці такі питання як расова дискримінація, ризи кування безпекою або несплата «мінімальної заробітної плати». А деякі організували бойкоти споживачів та інвесторів внутрішніх або заморських роботодавців, підозрюваних у грубих практиках на робочих місцях. Ці операції приносили іноді перемоги: вони допомагали працівникам об'єднуватися у профспілки або доповнювали їх навики переговорів; вони поліпшили умови праці для неорганізованих, меншин, іммігрантів, жінок і низькокваліфікованих працівників; вони зробили громадськість чутливою до питань ринку праці і знизити ворожість до профспілок; вони познайомили профспілки з потенційними перевагами вітчизняних та міжнародних спілок; і найголовніше, вони надихнули деякі профспілки сформулювати бачення соціальної справедливості. Але ці перемоги, настільки вражаючи на скільки вони можуть бути в даних обставинах, були здебільшого локальними та ефемерним. Вони - досі - ні змінили принципово структуру ринків праці, ні пробудили свідомість класу, ні активізувати трудовий рух в цілому, ні заклали основи для нової лівої партії, яка б прагнула до справедливості для працівників.

**D. Висновок. Трудове право «після народження»**

Усі три образи того, як трудове право має виглядати «після народження», пропонують, що воно матиме інтегруватися в більший проект, проект конституційних прав людини, спільного та продуктивного капіталізму чи перевернутої догори ногами цивільної демократії та соціального протесту. Тоді тим чи іншим чином «народження» здається призначеним для того щоб бути віднесеним до більших і більш звичайних соціально-економічних категорій і для того щоб зневажені члени робітничого класу перевтілилися в громадян, що мають права та належать до середнього класу. Якщо це так, то цілком імовірно, що саме трудове право розвинеться в ширший, більше включаючий у себе та, можливо, більш ефективний режим соціального управління, поле інтелектуального дослідження та ділянка професійної практики.

Але є небезпеки.

Працівники – його призначені бенефіціарії – продовжать зазнавати нестачу індивідуальності, солідарності та посередництва, але їхні очікування справедливості на місці роботи та на ринку праці, можливо, матимуть бути врегульовані для влаштування вимог їх нових союзників і «релевантних інших». Також, зрозуміло, працівники сумніватимуться щодо зміни їх старих, знайомих, нехай навіть потріпаних прав на нові форми захисту, ефективність яких не випробувана та походження яких, чесно кажучи, підозріле. Для важливих учасників ринку праці – об’єднань та роботодавців - виявиться важким скинуту стару шкіру їх старих змагальних позицій і покинути юридичні правила, інституції та процеси, що були оформлені для вирішення їхніх відмінностей. Соціально-демократична та трудова партії – такий довгий час «природні» прихильники дружнього до працівника трудового законодавства – матимуть заново обміркувати їхню позицію аби зберегти впевненість нових плеяд прихильників. І, не в останню чергу, інтелектуали трудового права, політики та практики, вклавши свій інтелектуальний і соціальний капітали в існуючу систему, ймовірно, не бажатимуть ліквідувати їх інвестиції в збиток собі.

Більше того, у кожному з цих трьох нових можливих примірників трудове право може значно втратити частину свого унікального характеру. Якщо це станеться, якщо трудове право «після народження» так видозміниться, що більше не просуватиме справедливість на ринку праці, йому недоставатиме законності. Якщо його зв'язок з щоденними відносинами на місці роботи стане таким ослабленим, що воно більше не регулюватиме їх ретельно, воно навряд буде ефективним. І якщо воно стане настільки інтелектуально розсіяним, що – після десятиліть усе більш амбіціозного, методично змінюваного і багатонаціонального вивчення – ряди непослідовного співтовариства юристів у сфері трудового права порідіють, тоді ми будемо не в змозі дуже допомогти під час нинішньої «інтелектуальної економії катастрофи».

Усе ж, незважаючи на всі їх можливі недоліки, ці три нових підходи не лише зображують найкраще наближення того, як може виглядати трудове право «після народження», але також істотну консультацію щодо того, як воно виглядає сьогодні.