

Н.Л. Лютов



**РОССИЙСКОЕ ТРУДОВОЕ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО
И МЕЖДУНАРОДНЫЕ
ТРУДОВЫЕ СТАНДАРТЫ:
СООТВЕТСТВИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ**

ЦЕНТР СОЦИАЛЬНО-ТРУДОВЫХ ПРАВ

ЮРИСТЫ ЗА ТРУДОВЫЕ ПРАВА

2012, Москва

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЕ ПОСОБИЕ

**РОССИЙСКОЕ ТРУДОВОЕ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО
И МЕЖДУНАРОДНЫЕ
ТРУДОВЫЕ СТАНДАРТЫ:
СООТВЕТСТВИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ**

Н. Л. Лютов

Москва, 2012

УДК
ББК

Лютов Н. Л. Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования. М.: АНО «Центр социально-трудовых прав», 2012.

ISBN

Лютов Никита Леонидович — к.ю.н., доцент Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина.

В данном научно-практическом пособии анализируются вопросы соотношения международно-правового регулирования труда и национального трудового законодательства России, выявляются примеры соответствия и несоответствия российского трудового законодательства международным трудовым стандартам. Наиболее заметные несоответствия выявлены применительно к основополагающим принципам и правам в сфере труда, согласно одноименной Декларации МОТ 1998 г.: свободе объединения и праву на ведение коллективных переговоров, запрету принудительного труда, искоренению детского труда, запрету дискриминации в области труда и занятий. Существенные несоответствия обнаружены также в области инспекции труда, оплаты труда, рабочего времени, процедур информирования и консультаций с представителями работников, предупреждения об увольнении, защиты персональных данных работников и других институтах трудового права.

Пособие может быть полезно профсоюзным активистам и правозащитникам, сотрудникам государственных учреждений, связанным с применением и модификацией трудового законодательства, ученым и преподавателям трудового и международного права, студентам и аспирантам, изучающим данные дисциплины, а также широкому кругу интересующихся вопросами международного права и трудового права.

УДК
ББК

Издание публикации осуществлено при финансовой поддержке
Международной организации труда (МОТ).



АНО «Центр социально-трудовых прав»

127 009, Москва, Глинищевский пер., д.3, подъезд 3

Тел/ факс (495) 721-95-58

e-mail: info@trudprava.ru

www.trudprava.ru

© АНО «Центр социально-трудовых прав», 2012

© Лютов Н.Л., 2012

© Обложка, оформление Пируян И.Э., 2010

ISBN 978-5-9901329-7-9

Содержание

Предисловие 6

Глава 1.

Способы взаимодействия международных трудовых стандартов и национального трудового законодательства 8

Глава 2.

Соответствие внутреннего трудового законодательства России международным договорам в сфере труда 23

1. Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров	25
2. Запрет принудительного труда	28
А) Труд военнослужащих	28
Б) Труд заключенных	29
В) Добровольное предложение своих услуг	30
3. Запрет детского труда	30
А) Сфера применения законодательства	30
Б) Труд детей в творческих организациях	30
4. Инспекция труда	31
5. Оплата труда	32
А) Понятие заработной платы	32
Б) Форма выплаты заработной платы	33
6. Рабочее время и время отдыха. Перенесение отпусков	34

Глава 3.

Соответствие внутреннего трудового законодательства России аутентичному толкованию международных договоров в сфере труда 36

1. Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров	36
А) Уровень ведения коллективных переговоров	38
Б) Коллективные переговоры на основе принципа добросовестности	39
В) Цели забастовочных действий	40
Г) Забастовки солидарности и политические забастовки	41

д) Забастовки с целью признания профсоюзов	41
е) Предъявление требований профсоюзами	42
ж) Субъекты права на забастовку и ситуации, в которых допустимо ограничение права на забастовку	43
з) Найм замещающих работников и локауты	45
и) Минимум необходимых работ (услуг)	46
2. Запрет дискриминации в области труда и занятий	48
а) Запрет определенных профессий для женщин	49
б) Бремя доказывания дискриминации	49
в) Запрет косвенной дискриминации	51
г) Запрет виктимизации	52
д) Эффективные средства защиты от дискриминации	53
е) Дискриминация по признаку инвалидности	54
ж) Дискриминация по признаку возраста	56
з) Дискриминация лиц с семейными обязанностями	57
3. Заработная плата	60
а) Минимальный размер оплаты труда	60
б) Соотношение должностного оклада и премии	65
4. Рабочее время	65
а) Общая продолжительность	65
б) Привлечение к сверхурочной работе	66
5. Прекращение трудового договора	67
а) Предупреждение об увольнении	67
б) Последствия незаконного увольнения	72
Глава 4.	
Соответствие внутреннего трудового законодательства России международным рекомендательным актам в сфере труда	75
1. Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров	79
а) Предоставление сведений, составляющих коммерческую тайну	79
б) Сфера действия коллективных договоров и соглашений	81
2. Запрет принудительного труда. Косвенное принуждение к труду	82
3. Оплата труда. Информирование работников о получаемой заработной плате	84
4. Определение факта наличия трудового правоотношения	84
5. Рабочее время	85
а) Сверхурочная работа	85

б) Сокращение продолжительности работы в ночное время	86
6. Защита персональных данных работников	87
а) Понятийный аппарат	88
б) Сфера применения защиты	88
в) Общие принципы	88
г) Получение персональных данных	89
д) Хранение персональных данных	92
е) Использование и передача данных	93
ж) Индивидуальные права работников	94
з) Коллективные права	94
7. Права пожилых работников	94
8. Труд инвалидов	98

Глава 5.

Соотношение внутреннего трудового законодательства России и международных договоров в сфере труда, по которым Россия не несет обязательств 98

1. Защита требований работников при банкротстве работодателя	98
2. Участие работников в управлении организацией	102
3. Сохранение прав работников при смене собственника имущества работодателя	106
4. Дистанционный труд	110
5. Работники-мигранты	115
6. Проблема заемного труда и деятельность частных агентств занятости	117

Заключение 123

Предисловие

Являются ли сегодня международно-правовые нормы в области прав человека эффективным механизмом защиты прав или это красивая декларация? К сожалению, этот вопрос имеет основания для существования. Хотя область понимания и применения норм международного права в последние годы в России расширяется, противоречий национальных норм международным остается много. Нередкие случаи, когда, несмотря на прямые заимствования международных норм, текст закона искажает эти нормы, нивелируя их суть. Практика использования международных трудовых норм в судах до сих пор распространена мало и в основном — в высших судебных инстанциях.

Предлагаемая читателям книга Никиты Леонидовича Лютова «Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования» является исследованием конкретных случаев несоответствия внутреннего российского трудового законодательства международным трудовым стандартам.

Выявленные несоответствия затрагивают важнейшие аспекты трудового права: право на создание профсоюзов и ведение коллективных переговоров, на проведение забастовок, запрет дискриминации, оплата труда, рабочее время, контроль за соблюдением трудового законодательства, охрана персональных данных и др.

Часть подобных случаев не являлась предметом анализа со стороны международных органов; другая часть такого рода несоответствий уже установлена различными международными органами, и лишь требует устранения путем внесения изменений в законодательство.

Например, нормы Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», ограничившего возможности проведения проверок органами государственной инспекции труда по жалобам работников, находятся в противоречии с ратифицированной Россией Конвенцией МОТ 1947 г. об инспекции труда в промышленности и торговле (№81), дающей инспекции право «осуществлять любые проверки, контроль и расследования, которые они могут счесть необходимыми, чтобы удостовериться в том, что законодательные положения эффективно соблюдаются».

В качестве примера уже установленного международными органами несоответствия российских норм международным можно привести положения законодательства России о целях забастовочных действий. Комитет

по свободе объединения МОТ отмечал, что работникам должно гарантироваться право на забастовку для поиска решения вопросов и проблем, возникающих на предприятии и непосредственно затрагивающих интересы работников, а также право на забастовку солидарности, забастовку с требованиями о признании профсоюза, забастовку с целью критики социально-экономической политики государства.

Острым в последнее время оказался вопрос о соотношении государственного суверенитета России и необходимости соблюдения Россией принятых на себя международных обязательств. Интерес в этой связи представляет резонансное дело, рассматривавшееся сначала Конституционным Судом России, а затем Европейским судом по правам человека (ЕСПЧ) по жалобе военнослужащего Константина Маркина по вопросу о дискриминационности положений закона, лишившего отцов-военнослужащих права пользоваться отпуском по уходу за ребенком. Конституционный Суд России и ЕСПЧ при рассмотрении дела пришли к противоположным решениям, что, в принципе, нормально, исходя из того, что они осуществляли толкования разных правовых актов: соответственно Конституции РФ и Европейской конвенции о правах человека 1950 г. Но их подход к вопросу о дискриминации вышел за чисто правовые рамки и привел к постановке вопроса о необходимости выполнении Россией решений Европейского суда по правам человека.

Центр социально-трудовых прав уделяет большое внимание работе по выявлению таких проблемных вопросов и помощи работникам и профсоюзам в подготовке обращений в международные органы. Мы считаем наш вклад в подготовку, рассмотрение ряда дел и вынесение по ним решений значимым направлением нашей деятельности.

Н.Л.Лютов — член Совета Ассоциации «Юристы за трудовые права», член научно-методического совета Ассоциации. Его работы всегда с большим интересом и вниманием воспринимаются членами Ассоциации.

Книга представляет собой своего рода дайджест толкования российского трудового законодательства, осуществленный через призму международных трудовых стандартов.

Она будет полезна не только законодателям, профсоюзным активистам, правозащитникам, но и всем, кто интересуется проблемами российского и международного трудового права, практикам.

Мы надеемся, что совершенствование российского трудового законодательства будет продолжаться, а настоящая публикация станет шагом в этом направлении.

Елена Герасимова

*к.ю.н., директор Центра социально-трудовых прав
председатель Совета Ассоциации «Юристы за трудовые права»
доцент НИУ ВШЭ*

Глава 1. Способы взаимодействия международных трудовых стандартов и национального трудового законодательства

Национальная и международная правовые системы «обречены» находиться в тесном взаимодействии¹. Применительно к отношениям в сфере труда эта связь особенно сильна. Современное международное право в очень значительной степени сформировано под воздействием наиболее удачных образцов национального трудового законодательства. Однако при анализе какой-либо одной национальной системы трудового права значительно более заметно обратное влияние: воздействие международных правовых актов на национальные.

В Советском Союзе воздействие международных трудовых стандартов на внутреннее законодательство было достаточно ограниченным², что было связано, во-первых, с относительной закрытостью советской экономики и, во-вторых, с тем, что подавляющее большинство международных актов в сфере труда не были «идеологически нейтральными»³. И важнейший субъект международного трудового права — МОТ, и международные акты в сфере труда в большей степени были ориентированы не на социалистические, а на капиталистические государства.

В настоящее время, поскольку идеология России ориентирована на рыночную экономику в «западном» понимании этого термина, внутреннее российское трудовое законодательство в наибольшей степени открыто для воздействия со стороны международных трудовых стандартов, в основном отражающих именно такую идеологию. Можно выделить два основных

1 См. об этом подробно: Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М., 1982. С. 6-20.

2 Об истории взаимоотношений СССР с МОТ см. Лушников М.В., Лушников А.М. Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения. М., 2011. С. 17.26.

3 Защита от распространения коммунистической идеологии в качестве одной из целей существования МОТ, разумеется, не зафиксирована в юридических документах, но о ней откровенно пишут исследователи истории трудовых отношений. См., например: Kaufman B.E. The global evolution of industrial relations: events, ideas and the IIRA. Geneva, 2004. P. 79-80, Standing G. The ILO: An Agency for Globalization? // Development and Change Vol. 39, Issue 3, 2008. P. 380 и др.

способа взаимодействия внутреннего трудового права и международных трудовых стандартов: имплементация международных актов о труде во внутреннем праве и принятие внутреннего трудового законодательства с учетом международных актов.

Первый, и самый очевидный, способ воздействия международных правовых актов на внутреннее законодательство — это их *имплементация во внутреннем праве*. Согласно принятой в международном праве теории трансформации⁴, после того как государство принимает на себя обязательства по международному договору, этот договор становится составной частью внутреннего права. Это правило подтверждается ч. 4 ст. 1 Конституции РФ⁵, в которой говорится, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». В Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 10 октября 2003 г. №5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»⁶ разъясняется, что международные договоры с участием Российской Федерации могут применяться судами общей юрисдикции *непосредственно*, если это не противоречит смыслу самих договоров, например, если в них не указано, что для их исполнения необходимо принятие внутреннего законодательства. Таким образом, *самоисполнимые*⁷ международные договоры Российской Федерации обладают прямым действием на территории России.

Второй способ воздействия международных трудовых стандартов на российское законодательство — это *принятие внутренних актов с учетом международных норм*. В некоторых случаях внутреннее законодательство формулируется при непосредственном консультативном участии международных организаций. Так, в августе 2001 г. Правительство РФ обратилось к МОТ с просьбой предоставить замечания на проект ТК РФ, принятый Государственной Думой РФ в первом чтении. Выполняя эту просьбу, специалисты МОТ составили памятную записку⁸, адресованную Правительству РФ, с которой были ознакомлены представители работников и работодателей. Некоторые из замечаний, сделанных в этой записке, в частности, в отношении соответствия ТК РФ актам МОТ о свободе объединения и запрету

4 Подробнее об этом см., например: Усенко Е.Т. Очерки теории международного права. М., 2008. С. 165.

5 СЗ РФ, 26.01.2009, №4, ст. 445.

6 Бюллетень Верховного Суда РФ, №12, 2003.

7 Т.е. те, для исполнения которых не требуется принятия внутреннего законодательства.

8 Не опубликовано. Автор выражает благодарность Группе технической поддержки по вопросам достойного труда и Бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии за предоставленную Памятную записку.

дискриминации в области труда и занятий, были учтены при составлении окончательного текста вступившего в силу ТК РФ⁹.

Однако и без непосредственного участия международных организаций в подготовке законопроектов, законодательство РФ, безусловно, составляется с учетом содержания международных актов.

Очевидно и то, что «источником для вдохновения» внутреннего законодателя могут быть не обязательно международные договоры, по которым государство имеет формальные обязательства. При формировании внутреннего трудового законодательства могут быть использованы и акты «мягкого права», т.е., не имеющие юридической силы правовые акты, а также международные договоры, в отношении которых соответствующее государство не имеет обязательств.

Положения гл. 14 Трудового кодекса РФ, касающиеся защиты персональных данных, могут быть хорошей иллюстрацией использования актов «мягкого права». В искаженном они виде воспроизводят часть положений по этому вопросу, содержащихся в Рекомендации Комитета Министров Совета Европы № R(89)2 о защите персональных данных, использующихся в области найма¹⁰, а также в Кодексе практики о защите персональных данных работников¹¹, выпущенном Международным бюро труда в 1996 г.

В качестве примера использования российским законодателем международных договоров, в которых Россия не участвует, можно привести ст. 75 ТК РФ. Скорее всего, положения данной статьи, касающиеся недопустимости увольнения работников в связи со сменой собственника имущества организации, были приняты не без влияния актов Европейского союза о сохранении прав работников при переходе предприятия¹². Сама идея заимствования соответствующих норм может вызывать только поддержку, поскольку имеет целью защиту работников от технических злоупотреблений со стороны работодателя. Однако в данном случае заимствование носило слишком поверхностный характер, что привело к сложностям в толковании ст. 75 ТК РФ и отсутствию единообразия в судебной практике¹³.

9 См. подробнее: Лютов Н.Л. Эффективность деятельности МОТ на национальном уровне: воздействие на внутреннее законодательство России в вопросах права на организацию и запрета дискриминации // Трудовое право, № 3, 2008. С.60-66.

10 Council of Europe Committee of Ministers. Recommendation № R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States on the protection of personal data used for employment purposes, 1989. <[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(89\)2E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(89)2E.pdf)>.

11 Protection of workers' personal data. An ILO code of practice. Geneva, 1997 // <<http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf>>.

12 Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses. Official Journal of the European Union L82, 22.3.2001, p. 16–20.

13 См. об этом подробнее в гл. 5 далее.

Заимствование положений международных договоров по вопросам труда, по которым Россия имеет юридические обязательства, также весьма обширно. Провести сквозной анализ всех случаев формирования внутреннего трудового законодательства России с учетом международных норм вряд ли возможно, прежде всего, по причине большого объема актов: подавляющее большинство вопросов отношений в сфере труда, урегулированных на национальном уровне в России, отражены и в международных актах. Следовательно, эти внутренние нормы принимались с тем или иным учетом международных трудовых стандартов. Кроме того, при таком сквозном анализе не всегда можно четко определить, что повлияло на ту или иную формулировку законодательства: внутренние причины, либо наличие близкого по сути международного акта в сфере труда.

Поэтому в качестве иллюстрации достаточно выделить лишь несколько случаев, когда внутреннее трудовое законодательство наиболее очевидно воспроизводит международные акты, и проанализировать, насколько в этих случаях международные трудовые стандарты реализуются во внутреннем российском праве.

Принудительный труд. Очень заметно воспроизведение международных трудовых стандартов в норме ТК РФ, касающейся принудительного труда (ст. 4). Эта статья очень близко к тексту, но не дословно воспроизводит положения сразу двух фундаментальных¹⁴ конвенций МОТ по этому вопросу: №29 и 105¹⁵. Заимствование в ТК РФ текста обеих конвенций очевидно. Более того, в отрыве от текста конвенций определение принудительного труда по ст. 4 ТК РФ выглядят нелогично: сначала дается общее понятие о том, что собой представляет принудительный труд: «выполнение работы под угрозой применения какого-либо наказания (насильственного воздействия)», а далее перечисляются отдельные частные разновидности принудительного труда: в целях поддержания трудовой дисциплины, в качестве меры ответственности за забастовку и др. Никакого практического или юридического смысла в этом перечислении нет: любые работы, попадающие под указанное выше определение и не включенные в изъятия, приводящиеся далее в статье, в любом случае запрещены. Более того, с практической точки зрения это даже ослабляет понятие принудительного труда:

14 Под «фундаментальными» конвенциями МОТ понимает восемь важнейших конвенций, посвященных четырем основополагающим принципам и правам в сфере труда, соблюдение которых, как указывается в одноименной Декларации МОТ 1998 г., обязательно для всех стран-участниц МОТ в силу присоединения к Уставу Организации.

15 Конвенция 1930 г. МОТ относительно принудительного или обязательного труда (№29) и Конвенция МОТ 1957 г. об упразднении принудительного труда (№105). Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919 — 1956. Т. I. - Женева, Международное бюро труда, 1991. С. 197 — 208; Т. II., С. 1161 - 1164.

правоприменитель может задаться вопросом: а если выполнение работы под угрозой какого-либо наказания не связано с трудовой дисциплиной, ответственностью за забастовки и т.д. — может быть, оно не считается принудительным трудом?

Ответ на вопрос, почему в тексте ТК РФ содержится именно такая формулировка, легко найти в тексте указанных конвенций МОТ. Дело в том, что общее понятие принудительного труда, неточно и в суженном виде воспроизводящееся в ТК РФ, дается в более старой Конвенции МОТ №29. В п. 1 и 2 ст. 1 Конвенции №29 говорится о требовании упразднить использование принудительного труда «...в возможно кратчайший срок» и о возможности применения в течение переходного срока принудительного труда исключительно для общественных целей и с соблюдением гарантий, предусмотренных конвенцией. Таким образом в Конвенции №29 не содержится немедленного запрета на применение любых форм принудительного труда. В Конвенции же №105 как раз перечисляются отдельные формы принудительного труда, подлежащие *немедленному запрещению*. Именно эти формы и воспроизведены в тексте ст. 4 ТК РФ. Получается, что в актах МОТ содержится требование о необходимости постепенного искоренения принудительного труда в целом, и немедленный запрет отдельных его форм, а в ТК РФ и принудительный труд в целом, и отдельные его формы запрещены.

Не идентична и *сфера применения* принудительного труда, о котором говорится в конвенциях МОТ и в ТК РФ. Различия можно найти применительно к связи принудительного труда с трудовыми отношениями. В некоторых случаях принудительный труд непосредственно связан с трудовыми отношениями, например, если речь идет о задержке выплаты заработной платы или принуждении работника выполнять работу, несмотря на угрозу его жизни и здоровью вследствие нарушения правил охраны труда. Однако в существенном количестве случаев принудительный труд может вообще не быть связан с трудовыми отношениями. Например, таким случаем может быть принуждение к выполнению какой-либо работы заключенного следственного изолятора, когда не имеется вступившего в законную силу приговора суда. Несмотря на то что принуждение к труду запрещено в ст. 4 ТК РФ, возникает вопрос, применим ли сам Кодекс к ситуациям, не связанным с трудовыми отношениями. Проблема заключается в том, что ТК РФ относится к трудовому законодательству (см. ст. 5 ТК РФ), а оно, в свою очередь, регулирует трудовые и иные непосредственно связанные с ними отношения, ограничительный перечень которых дан в ст. 1 ТК РФ. Собственно, принудительный труд вряд ли вообще можно назвать правовыми отношениями, поскольку речь идет о неправомерном принуждении человека выполнять работу без его согласия. То есть, если ограничительно толковать содержание ТК РФ, может получиться абсурдная ситуация: принуждение к

труду не относится к «принудительному труду» по ТК РФ, поскольку человек не вступил в трудовые и иные непосредственно связанные с ними отношения или, другими словами, не согласился на то, чтобы его принуждали! Хочется верить, что судьи, применяя ТК РФ, в данном случае будут исходить из того, что сфера применения ст. 4 ТК РФ шире, чем сфера применения Кодекса в целом. Конвенция же №29 к таким ситуациям, безусловно, применима, поскольку в ней нигде не говорится о том, что она распространяется исключительно на отношения по трудовому договору.

В том же, что касается формулировки определения принудительного труда, то при заимствовании его из текста Конвенции №29, законодатель его значительно «отредактировал», что привело лишь к ухудшению формулировки. Непонятно зачем было добавлено в скобках указание на то, что наказание должно быть «насильственным воздействием». Явно, что речь в данном случае не обязательно идет о физическом насилии. Тогда о чем же? Почему-то из понятия «выпало» указание на то, что принудительный труд — это работа, для выполнения которой работник не предложил своих услуг добровольно. Без этого указания смысл легального определения принудительного труда во многом теряется. Если принудительный труд — это просто работа под угрозой какого-либо наказания, то нельзя ли к нему отнести вообще любую работу по трудовому договору? Ведь если работник не будет выполнять свои трудовые обязанности без уважительных причин, он может быть подвергнут дисциплинарному взысканию, т.е. наказанию. Дословное толкование ст. 4 может привести к абсурдному выводу: *любой труд по трудовому договору — принудительный*, поскольку за его невыполнение работник может быть наказан, например, законно уволен за прогул.

Есть и другие «редакционные» отличия понятий принудительного труда, которые могут иметь вполне конкретные практические последствия. Подробнее о них будет сказано далее, в следующей главе.

ЗАПРЕТ ДИСКРИМИНАЦИИ В СФЕРЕ ТРУДА. Схожие случаи спорно «отредактированного» перенесения международных норм можно обнаружить и в иных положениях ТК РФ. Например, впервые в отечественном внутреннем законодательстве в ТК РФ (ст. 3) появилась специальная статья о запрете дискриминации в сфере труда. По сути, нормы, обеспечивающие защиту работников от дискриминации, в советском трудовом законодательстве были развиты даже лучше, чем в капиталистических странах. Однако терминологически речь шла не о дискриминации, а о сочетании единства, т.е. равного ко всем применения норм трудового права, и о дифференциации, т.е. установлении в законе специальных норм в отношении отдельных категорий работников, в том числе, тех, которые нуждаются в

особой защите. Такие специальные нормы в западном трудовом праве принято называть «компенсирующими действиями», являющимися частью антидискриминационного законодательства. Однако в условиях развития рыночных отношений была существенно расширена свобода определения сторонами условий трудового договора, в результате чего старые нормы, касающиеся единства и дифференциации, перестали в полной мере обеспечивать справедливость в трудовых отношениях. Выполнение Россией обязательств по фундаментальным конвенциям МОТ по данному вопросу: Конвенция №100 и №111¹⁶ также оказалось затруднено. В связи с этим Комитет экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций не только неоднократно высказывал свое сожаление, но и выносил вопрос применения Россией Конвенции №111 на рассмотрение вышестоящей инстанции — Комитета Международной конференции труда по применению конвенций и рекомендаций¹⁷.

В связи с этим неудивительно, что в тексте ТК РФ появилась специальная статья, посвященная запрету дискриминации. Удивительно, что в тексте ТК РФ нет прямого определения дискриминации. Тем не менее, из текста ст. 3 ТК РФ можно понять, что под дискриминацией следует понимать ограничение в правах и свободах или получение преимуществ в зависимости от открытого перечня критериев и обстоятельств, «не связанных с деловыми качествами работника». Из текста данной статьи четко следует, что никакими иными критериями и обстоятельствами, кроме связанных с деловыми качествами¹⁸ работодатель не имеет права руководствоваться. Несмотря на это, в п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ №2 от 17 марта 2004 г.¹⁹, помимо разъяснения, что именно следует понимать под «деловыми качествами работника», говорится о том, что помимо требований, связанных деловыми качествами, работодатель вправе предъявить к кандидату на работу и иные требования, в том числе, те, «...которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы». Можно ли утверждать, что Верховный Суд в своем толковании ТК РФ

16 Конвенция 1951 г. относительно равного вознаграждения мужчин и женщин за труд равной ценности (№100) и Конвенция 1958 г. относительно дискриминации в области труда и занятий (№111) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919 - 1956. Т. I.- Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1034 — 1038 и Т. II. С. 1262-1265.

17 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Report III (Part 1A) General Report and observations concerning particular countries. Geneva, International Labour Office, 2011. P. 464.

18 За исключением прямо указанных в федеральных законах изъятий, т.е. случаев дифференциации.

19 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 №2 (ред. от 28.12.2006) «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ, №3, март, 2007.

вышел за пределы содержания Кодекса? Вероятно, да. Однако, несмотря на название данного Постановления, из которого следует, что ВС РФ в нем трактует только положения ТК РФ, он не ограничивает себя Кодексом. В данном случае совершенно очевидна цитата п. 2 ст. 1 Конвенции №111, где как раз и говорится о «специфических требованиях, связанных с определенной работой». Получается, что суды должны применять на практике два совершенно разных понятия дискриминации в сфере труда, закрепленные во внутреннем законодательстве и в международном договоре Российской Федерации. Отсутствие координации между этими двумя понятиями, разумеется, не облегчает правоприменительную практику.

Оплата труда. Еще один пример «редакторской обработки» международных норм можно найти в ст. 131 ТК РФ, называющейся «Формы оплаты труда». В этой статье содержится прямая ссылка на международные договоры Российской Федерации, что само по себе нетипично для Кодекса²⁰. Важнейшей международный договор России по данному вопросу — Конвенция МОТ №95²¹. Помимо конкретного ограничения доли заработной платы, выплачиваемой в неденежной форме, 20 процентами от общего объема, ст. 131 ТК РФ содержит и ряд иных существенных отличий от содержания Конвенции №95. Прежде всего, в п. 2 ст. 4 Конвенции говорится о том, что в случаях, когда разрешена частичная выплата заработной платы в натуре, должны быть приняты соответствующие меры для того, чтобы: а) выдача натурой предназначалась для личного использования трудящимся и его семьей и соответствовала их интересам; б) выдача производилась по справедливой и разумной цене. Очевидно, что если работник работает, например, на фабрике игрушек, и его зарплата составляет эквивалент 100 плюшевых медведей в месяц, то ТК РФ не запрещает вместо денег «по заявлению работника», которое от него легко получить «добровольно-принудительно», выдавать ему по 20 медведей ежемесячно вместо 20% заработной платы. Работодатель таким образом может решать свои проблемы сбыта, а точнее, перекладывать их на собственных работников. Работник же в свободное от работы время будет стоять на дороге и продавать этих медведей. В соответствии же с Конвенцией такого рода «выплаты» запрещены даже по просьбе работника, поскольку явно не предназначаются для личного потребления работника и его семьи. С формально юридической точки зрения

20 Помимо общих положений о соотношении внутреннего законодательства и международного права по вопросам труда (ст. 10) в ТК РФ, помимо ст. 131 на международные акты можно найти лишь указание в ч. 1 ст. 360, где упоминаются конвенции МОТ по вопросам инспекции труда.

21 Конвенция 1949 г. относительно защиты заработной платы (№95) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919 - 1956. Т. I.- Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 946 - 953.

в данном случае проблем нет: очевидно, что в отношении заработной платы должны применяться ограничения, предусмотренные и в ст. 131 ТК РФ, и в ст. 4 Конвенции №95. Тем не менее, далеко не все работники, работодатели и даже судьи осведомлены о существовании данной Конвенции, поэтому фактически права работников в данном случае нарушаются очень часто. Достаточно проехать на машине по любой междугородной трассе, чтобы увидеть массу людей, самостоятельно продающих самые разнообразные товары фабричного производства.

Из нескольких приведенных выше примеров видно, что даже в тех случаях, когда международные нормы заимствуются в текст внутреннего российского трудового законодательства наиболее широко, текст внутреннего закона содержит довольно существенные искажения, иногда изменяющие, а иногда, к сожалению, и выхолащивающие суть международных норм. Однако, в силу ч. 4 ст. 15 Конституции, поскольку международные договоры России относятся к ее правовой системе, в судах можно ссылаться не только на «адаптированные» во внутреннем законодательстве нормы, но и непосредственно на международные правовые акты в сфере труда. К сожалению, практика использования в судах международных трудовых норм очень мало распространена и касается, в основном, высших судебных инстанций.

В настоящем исследовании под международными трудовыми стандартами понимается вся совокупность правовых актов, принимаемых на международном уровне, вне зависимости от того, обладают они обязательной юридической силой, или относятся к так называемому «мягкому праву». В связи с этим вопрос о соответствии внутреннего российского трудового законодательства международным трудовым стандартам имеет смысл разделять в зависимости от статуса, которым обладают сами эти стандарты.

Соответственно, можно выделить пять типов международных трудовых стандартов, в отношении которых имеет смысл анализировать соответствие внутреннего трудового законодательства:

- а) императивные нормы общего международного права (*jus cogens*) или, в терминологии российской Конституции, — общепризнанные принципы и нормы международного права;
- б) международные договоры с участием Российской Федерации;
- в) аутентичное толкование содержания этих международных договоров контрольными органами принявших их международных организаций;
- г) международные рекомендательные акты в сфере труда;
- д) международные договоры в сфере труда, по которым Россия не имеет юридических обязательств.

Главным свойством императивных норм общего международного права можно назвать обязательность применения на национальном уровне

вне зависимости от согласия на это суверенного государства, а также неопределенность в отношении включения той или иной конкретной нормы или принципа в число императивных (общепризнанных). Тем не менее, вне зависимости от того, какие именно нормы и принципы считать входящими в число *jus cogens* в сфере труда, их содержание «закрывается» ратифицированными Россией международными договорами. В связи с этим отдельный анализ соответствия российского законодательства этим нормам и принципам не имеет смысла.

Особое значение имеет вопрос о соответствии внутреннего трудового законодательства России *аутентичному толкованию международных норм*, осуществляемому контрольными органами международных организаций. Применительно к актам аутентичного толкования существует та же проблема соотношения правовой теории и практики, что при признании судебных решений в качестве источников права в странах с континентальной правовой системой. Формально суды могут только толковать уже существующие правовые нормы, однако на практике это толкование оказывается настолько расширительным и так повсеместно применяется судами, что специалисты неоднократно ставили вопрос о признании их в качестве источника права как в теории права²², так и применительно к трудовому праву²³. Более того, уже сейчас на международном уровне существует практика прямого цитирования актов аутентичного толкования судом в качестве акта применимого к делу права. Так, Европейский суд по правам человека в своих решениях неоднократно давал прямые ссылки на толкование Европейской социальной хартии, осуществляемое Европейским комитетом по социальным правам²⁴, а также на позиции, высказываемые Комитетом по свободе объединения МОТ и Комитетом экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций в отношении толкования актов МОТ²⁵. В науке высказывается мнение о том, что сами правовые позиции Европейского суда по правам человека должны быть

22 Идею о том, что судебную практику следует признать источником права, в частности высказывали Р.З. Лившиц (Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 14), М.Н. Марченко (Марченко М.Н. Источники права, М., 2008. С. 385-403) и многие другие авторы.

23 Применительно к трудовому праву такая позиция была высказана В.И. Мироновым, Е.Б. Хохловым и др. авторами. См.: Миронов В.И. Источники трудового права Российской Федерации: теория и практика: Диссертация ... доктора юридических наук. М., 1998; Хохлов Е.Б. Судебные акты как источник российского трудового права // Судебная практика в российской правовой системе. СПб., 2003.

24 ECHR: Danilenkov and others v. Russia, 30.07.2007. Para. 103, 104; Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, 12.11.2008, para. 50; Karin Hoffman Karlskov v. Denmark (Admissibility Decision Application no. 62560/00), 20.03.2003.

25 ECHR: Danilenkov and others v. Russia, Para. 107, 108; Demir and Baykara v. Turkey [GC] para. 38, 39; Wilson, NURMTW v. United Kingdom, 92.07.2002. Para. 37; Karin Hoffman Karlskov v. Denmark. First Section, 20 March 2003.

признаны в качестве «...в качестве источника правотворческой и правоприменительной практики»²⁶.

Содержание толкования международного договора, осуществляемое организацией, в рамках которой принят этот договор, существенно выходит за рамки непосредственного текста правового акта. Расширительное толкование фундаментальных международных договоров о правах человека не относится к исключительной «прерогативе» трудового права. Так, Конвенция о защите прав человека и основных свобод²⁷ в результате ее толкования Европейским судом по правам человека фактически была дополнена целым рядом прав, которые не содержатся непосредственно в ее тексте²⁸. Для трудового права особенно важен в этом отношении статус толкования, делающегося контрольными органами МОТ (Комитетом экспертов по применению конвенций и рекомендаций и Комитетом по свободе объединения), а также Европейским комитетом по социальным правам Совета Европы, осуществляющего толкование Европейской социальной хартии. Должны ли суды Российской Федерации руководствоваться этим толкованием? Этот вопрос отнюдь не праздный. Большинство положений международных договоров носит достаточно гибкий, обобщенный и расплывчатый характер, поэтому прямое несоответствие текста внутреннего законодательства формулировке международного договора встречается намного реже, чем несоответствие акту аутентичного толкования. Но толкование международных норм очень часто выходит далеко за пределы содержания этих актов. Например, суть содержания фундаментальных конвенций МОТ, посвященных свободе объединения — №87 и 98²⁹ — это всего около полутора страниц текста. Одновременно с этим контрольные органы МОТ — Комитет по свободе объединения и Комитет экспертов по применению конвенций и рекомендаций — по результатам рассмотрения жалоб в отношении государств периодически переиздают сборники принципов свободы объединения³⁰,

26 Пряхина Т.М., Розанова Е.В. Решения Европейского суда по правам человека в правовой системе России // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. №2, 2010. С. 84.

27 Бюллетень международных договоров, № 3, 2001.

28 Например, правом на доступ к правосудию (ECHR Golder v. United Kingdom, Judgment of 21 February 1975. Series A. No. 18 Paras. 28-34); правом на исполнение судебного решения (ECHR. Hornsby v. Greece, Judgment of 19 March 1997. Reports 1997-II. Paras. 40-41, Burdov v. Russia, Judgment of 7 May 2002. Paras. 34-35); право лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам, вести традиционный образ жизни (ECHR. Chapman v the United Kingdom, Judgment of 18 January 2001, Para. 73) и др.

29 Конвенция 1948 г. относительно свободы ассоциаций и защиты права на организацию (№87) и Конвенция 1949 г. относительно применения принципов права на организацию и заключение коллективных договоров (№98) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1919 - 1956. Т. I.- Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 859 — 864 и С. 1010 - 1014.

30 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO; Свобода объединения и коллективные

в которых указывается, какие положения национального законодательства соответствуют этим принципам, а какие — нет. Эти сборники содержат сотни страниц текста, и далеко не всем требованиям, там указанным, российское законодательство соответствует в полной мере.

Еще один важный аспект применения актов аутентичного толкования международных договоров заключается в том, что это толкование (в отличие от самого текста уже принятого международного договора) носит динамичный характер. Так, Европейский суд по правам человека в своих делах неоднократно отмечал «живую» природу Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая должна толковаться в свете текущих условий сегодняшнего дня, принимая во внимание эволюционирующие нормы национального и международного права³¹. Вероятно, наиболее яркий пример эволюционирующего толкования международных актов, касающихся отношений в сфере труда, можно найти при сравнении подходов контрольных органов МОТ и Европейского комитета по социальным правам СЕ к негативной свободе объединения в профсоюзы, т.е. к праву не вступать в профсоюз. Доктрина МОТ по этому вопросу, сложившаяся в более ранний период, когда в национальных правовых системах разных государств довольно распространена была так называемая система «закрытого цеха»³², исходит из того, что наличие «мер профсоюзной безопасности», направленных на поддержание членства в профсоюзах, должно оставаться на усмотрение национального законодательства³³. В 1950 г. при подготовке к принятию в рамках Совета Европы Конвенции о защите прав человека и основных свобод обсуждался вопрос о включении в его текст нормы о негативной свободе объединения. Было принято решение не включать соответствующее положение в ст. 11 Конвенции в силу существования системы «закрытого цеха» в ряде государств³⁴. В более поздних актах Европейского комитета по социальным правам, связанным с применением Европейской социальной хартии, содержится указание на недопустимость подобной практики³⁵. В итоге, в 2006 г. Европейским судом по правам человека было

переговоры. Женева, 1994.

31 ECHR: Demir and Baykara v. Turkey [GC] para. 68; Soering v. United Kingdom, 7.07.1989, para. 102, series A №161; Vo v. France [GC], №53924/00, para. 82, ECHR 2004–VIII, Mamatkulov and Askarov v. Turkey [GC], №46827/99 and 46951/99, para. 121, ECHR 2005–I.

32 Т.е. заключение между профсоюзом и работодателем договора, по которому работник не может быть нанят на работу, если он не является членом соответствующего профсоюза. См. подробнее: Гусов К.Н., Лютов Н.Л. Международное трудовое право. Учебник. М., 2012. С. 211-214.

33 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. 363-368.

34 Council of Europe. Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the “travaux préparatoires”, vol. IV, p. 262

35 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights. I, Statement of Interpretation on Article 5, p. 31.

принято решение в отношении Дании, признающее систему «закрытого цеха» незаконной³⁶. При этом суд, учитывая и отказ согласовать запрет «закрытого цеха» в рамках Конвенции о защите прав человека и основных свобод, и мнение МОТ о том, что такого рода вопросы должны решаться на национальном уровне, отдал предпочтение более позднему подходу Европейского комитета по социальным правам.

В российской Конституции международные договоры и общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы. Однако толкование международных актов, каким бы авторитетным оно ни являлось, само по себе не относится ни к международным договорам, ни к общепризнанным принципам и нормам международного права. Можно ли говорить о том, что членство в той или иной международной организации означает обязанность следовать толкованию международных договоров, принятому в этой организации? В уставных документах международных организаций и в самих международных договорах таких обязательств России нет. В преамбуле к Федеральному закону РФ «О международных договорах Российской Федерации»³⁷ указывается, что «Российская Федерация выступает за неукоснительное соблюдение договорных и обычных норм, подтверждает свою приверженность основополагающему принципу международного права — принципу добросовестного выполнения международных обязательств». В международном праве наиболее широко распространен подход, в соответствии с которым перечень источников международного права сводится к тем, которые перечислены в ст. 38 Статута Международного суда ООН³⁸ в качестве актов, которыми этот суд может руководствоваться при принятии своих решений. Помимо прочего, в этой статье указывается, что Суд может применять «судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». К такого рода доктрине можно относить и решения контрольных органов международных организаций. Поскольку решения контрольных органов касаются отношений между соответствующими международными организациями и государствами, т.е. к отношениям международного права, они не могут быть самостоятельным источником *внутреннего* права. Поэтому суды Российской Федерации могут использовать толкование международных актов контрольными органами международных

36 ECHR. *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*. 11.01.2006.

37 СЗ РФ, 17.07.1995, № 29, ст. 2757.

38 Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. - М., 1956. С. 47 - 63.

организаций в качестве ориентира в тех случаях, когда это не противоречит внутреннему законодательству.

Тем не менее, сказанное вовсе не означает отсутствия у государства *международного* обязательства применять международные договоры в сфере труда с учетом их аутентичного толкования, т.е. принимать законодательство, реализующее нормы международных трудовых стандартов в том виде, как они понимаются контрольными органами. Несмотря на отсутствие указания на обязательность применения решений контрольных органов, процедуры рассмотрения жалоб и в контрольных органах МОТ, и Совета Европы схожи с судебными и административными процедурами, применяющимися во внутреннем праве в отношении юридически обязательных актов. Уже это дает основания авторитетным специалистам в области международного трудового права говорить об обязательности для государств, например, рекомендаций Комитета по свободе объединения³⁹. Однако с точки зрения международного права важнее в данном случае то, что сами государства в течение многолетней повторяющейся практики не возражают против того, что данные решения применяются в их отношении в качестве обязательных. Следовательно, в данном случае имеет место «международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», упомянутый в той же ст. 38 Статута Международного суда. Такой теоретический подход подтверждается практикой Европейского суда по правам человека, прямо ссылающегося на акты аутентичного толкования международных договоров (см. выше).

Таким образом, ссылки на решения этих контрольных органов в российских судах будут носить только информационный характер для судей и могут лишь помочь принять верное решение, а обязательства Российской Федерации в отношении соответствующих международных организаций обладают юридической силой, если можно доказать, что ранее органы власти России исходили из обязательности применения данного толкования.

Вопрос о соответствии внутреннего российского законодательства *рекомендательным международным актам в сфере труда* имеет смысл с точки зрения не установления факта нарушения Россией международных обязательств, а для анализа перспектив совершенствования внутреннего законодательства на добровольной основе.

Сопоставительный анализ *нератифицированных Россией международных договоров в сфере труда с внутренним российским законодательством* необходим, во-первых, для выявления примеров лучшей практики правового регулирования соответствующих вопросов для дальнейшего использования их при совершенствовании внутреннего трудового

39 См. Ben-Israel R. *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike*. Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988. P. 57.

законодательства, и, во-вторых, для решения вопроса о целесообразности или нецелесообразности ратификации соответствующих норм в тех случаях, когда это в принципе возможно.

Кроме того, существует более чем спорная с международно-правовой точки зрения позиция Европейского суда по правам человека по данному вопросу. Как указывается в одном из решений суда, «...при поиске общих оснований норм международного права он никогда не разграничивал источники права по признаку подписания или ратификации выступающим в качестве ответчика государством»⁴⁰. Фактически суд в данном случае открыто игнорирует важнейший международно-правовой принцип суверенного равенства государств, включающий в себя, согласно Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций 1970 г.⁴¹, и право полного суверенитета каждого государства. Причем суд в данном случае не отождествляет нератифицированный государством международный договор с императивной нормой общего международного права, применение которой не требует добровольного принятия соответствующего обязательства государством. Как далее указывается в том же решении, «...малое количество случаев ратификации ... не может быть принято в качестве довода против продолжающейся эволюции внутригосударственного права значительного большинства государств-членов»⁴².

В следующих главах рассматриваются примеры несоответствия внутреннего трудового законодательства России международным трудовым стандартам исходя из приведенной выше логической систематизации этих стандартов.

Глава 2. Соответствие внутреннего трудового законодательства России международным договорам в сфере труда

Международных договоров в сфере труда с участием Российской Федерации довольно много. Наиболее фундаментальные международные договоры, касающиеся вопросов труда — это два Пакта ООН 1966 г. о правах человека⁴³. Кроме того, Россия ратифицировала Конвенцию ООН о правах ребенка 1989 г.⁴⁴ Россия участвует в 56 конвенциях МОТ (66 ратифицировано и 10 денонсировано).⁴⁵ Из этих 56 конвенций 35⁴⁶ имеют статус актуальных⁴⁷. Это больше среднемирового количества ратификаций (оно составляет 42,3), но существенно меньше среднего уровня для стран ЕС (80,1)⁴⁸. Из этих 35 актуальных конвенций три⁴⁹ будут замещены после ожидающейся в скором времени ратификации Россией и вступления в силу Конвенции 2006 г. о труде в морском судоходстве. Еще восемь⁵⁰ конвенций обладают промежуточным статусом, т.е. их статус пока окончательно не согласован государствами-участниками МОТ. Причем одна из этих конвенций — Конвенция №132 об оплачиваемых отпусках — была ратифицирована Россией совсем недавно — в 2010 г., что свидетельствует, вероятно, о недостаточном знании российскими властями оценки конвенций МОТ в рамках самой

43 Пакт 1966 г. о гражданских и политических правах и Пакт 1966 г. об экономических, социальных и культурных правах // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXII. - М., 1976. С. 3 — 26, 44-58.

44 Ведомости СНД СССР и ВС СССР 1990. № 45. Ст.955.

45 См. перечень ратифицированных Россией конвенций МОТ в базе данных МОТ Normlex: http://184.73.195.103:7777/dyn/normlex/en/?p=1000:11200:3718335725810124:::P11200_INSTRUMENT_SORT:1.

46 Конвенции МОТ № 14, 29, 77, 78, 81, 87, 95, 98, 100, 105, 106, 111, 115, 120, 122, 124, 135, 138, 142, 147, 148, 149, 150, 152, 154, 155 (с Протоколом к ней), 156, 159, 160, 162, 163, 179, 182, 185, 187.

47 О классификации актов МОТ по статусу см.: Гусов К.Н. Лютов Н.Л. Международное трудовое право. Учебник. М., 2012. С. 152-156.

48 По данным на февраль 2012 г. База данных МОТ о применении международных трудовых стандартов (APPLIS): <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=EN>.

49 Конвенции МОТ № 147, 163, 179.

50 Конвенции МОТ № 11, 45, 47, 92, 126, 132, 133, 137.

40 ECHR. Demir and Baykara v. Turkey [GC] para. 78.

41 Резолюции, принятые Генеральной Ассамблеей на двадцать пятой сессии. 15 сентября — 17 декабря 1970 г. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Двадцать пятая сессия. Нью-Йорк, ООН, 1971. С. 151 - 155.

42 ECHR. Demir and Baykara v. Turkey [GC] para. 79.

организации. Девять⁵¹ конвенций имеют статус назначенных к пересмотру, т.е. эти конвенции предназначены МОТ для дополнения отдельными новыми положениями в форме протоколов или новых конвенций. Три⁵² из ратифицированных Россией конвенций считаются устаревшими, т.е. они юридически сохраняют свое действие по сей день, однако практически не применяются ввиду принятия новых, более актуальных, конвенций по тому же вопросу. Одна⁵³ конвенция носит чисто технический характер и ей не присвоено никакого статуса.

Из региональных международных договоров важнейшим можно назвать Европейскую социальную хартию, ратифицированную Россией в 2009 г.⁵⁴ Поскольку это допускается самой Хартией, Россия ратифицировала из 31 статьи основной части Хартии лишь 19 статей и ряд отдельных пунктов других статей⁵⁵. Выбор статей и отдельных положений осуществлялся таким образом, чтобы уже действующее российское законодательство не оказывалось в противоречии с соответствующими нормами Хартии. В связи с этим затруднительно найти противоречия между буквальным текстом Хартии и внутренним трудовым законодательством РФ, поэтому в данной главе о Хартии речь идти не будет. Тем не менее, аутентичное толкование Хартии Европейским комитетом по социальным правам значительно расширяет ее содержание, и этом толкованию внутреннее законодательство России не соответствует по многим позициям, о чем подробнее говорится в следующей главе.

Кроме того, в рамках Совета Европы Россией в 1998 г. была ратифицирована⁵⁶ Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. В данном акте содержатся общие положения, касающиеся запрета рабства и принудительного труда, а также закреплена свобода ассоциации и право на вступление в профсоюзы. Поскольку прямых противоречий между текстом Конвенции и внутренним российским законодательством обнаружить нельзя, факт ее ратификации важен с точки зрения эффективности реализации закрепленных в ней положений. Кроме того, рассматриваемые в связи с Конвенцией в отношении России в Европейском суде по правам человека основываются на применении не только Конвенции, но иных конвенций МОТ и Европейской социальной хартии, а также актов их аутентичного толкования⁵⁷.

51 Конвенции МОТ № 13, 16, 27, 69, 73, 79, 90, 119, 134.

52 Конвенции МОТ № 23, 103, 113.

53 Конвенция МОТ о пересмотре заключительных положений (№ 116).

54 См.: Федеральный закон от 3 июня 2009 г. №101-ФЗ. «О ратификации Европейской социальной хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 года» // СЗ РФ 2009. № 23. Ст. 2756.

55 См.: Федеральный закон от 3 июня 2009 г. № 101-ФЗ «О ратификации Европейской социальной хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 г.» // СЗ РФ. 2009. № 23. Ст. 2756.

56 См.: Закон Федеральный закон от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» // СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514.

57 См. об этом гл. 1 выше.

Из юридически обязательных для России актов СНГ о труде можно выделить Конвенцию о правах и основных свободах человека от 26 мая 1995 г.⁵⁸, а также Соглашение о регулировании социально-трудовых отношений в транснациональных корпорациях, действующих на территории государств — участников Содружества независимых государств от 9 октября 1997 г.⁵⁹

Как правило, в международных договорах, касающихся вопросов труда, устанавливаются минимальные стандарты, уже считающиеся нормальной практикой в экономически развитых странах. Если бы международные трудовые договоры «обгоняли» в своем развитии внутригосударственное право, они бы были обречены оставаться лишь на бумаге, поскольку государства не принимали бы на себя соответствующих международных обязательств.

Поэтому примеров прямого несоответствия внутреннего российского законодательства тексту международных договоров, ратифицированных Россией, относительно немного. Тем не менее, при сравнении внутренних российских трудовых норм и международных трудовых договоров, можно найти ряд таких несоответствий. О некоторых из этих несоответствий говорилось в предыдущей главе при анализе воспроизведения содержания международных договоров в тексте российского законодательства. Описанные примеры показывали случаи «деформированного» воспроизведения содержания международных актов. Далее приводятся иные случаи: ситуации, когда в российском законодательстве содержатся прямые проблемы, вообще не воспроизводящие те или иные международные трудовые стандарты, прямо зафиксированные в тексте международных договоров с участием России.

1. СВОБОДА ОБЪЕДИНЕНИЯ И ПРАВО НА ВЕДЕНИЕ КОЛЛЕКТИВНЫХ ПЕРЕГОВОРОВ.

Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров — это первый из основополагающих принципов и прав в сфере труда, закрепленных в одноименной Декларации МОТ 1998 г. и, вероятно, самый важный, поскольку от его реализации зависит обеспечение всех остальных прав и интересов работников. Текстуально важнейшие положения о свободе объединения, содержащиеся в главных актах МОТ по данному

58 СЗ РФ. 1999. № 13. Ст. 1489; См.: Федеральный закон от 4 ноября 1995 г. «О ратификации Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека» // СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4239.

59 Дипломатический вестник. 1997. № 11. С. 33—35. Россия является участником данного соглашения, но выразила свое намерение его денонсировать. См.: Постановление Правительства РФ от 24.06.2003 № 364.

вопросу — фундаментальных Конвенциях №87 и 98 очень невелики по объему. Тем не менее, есть важнейшее положение, касающееся свободы объединения, которое должным образом не отражено в российском законодательстве. Речь идет о независимости объединений работников и работодателей. Статья 2 Конвенции №98 сформулирована следующим образом: «1. Организации трудящихся и предпринимателей должны пользоваться соответствующей защитой против любых актов вмешательства со стороны друг друга или со стороны их агентов или членов в создание и деятельность организаций и управление ими. 2. В частности, акты, имеющие своей целью способствовать учреждению организаций трудящихся под господством предпринимателей или организаций предпринимателей или поддерживать организации трудящихся путем финансирования или другим путем с целью поставить такие организации под контроль предпринимателей или организаций предпринимателей, рассматриваются как акты вмешательства в смысле настоящей статьи». Независимость профсоюзов от вмешательства и контроля со стороны работодателей и их объединений имеет критическое значение для определения эффективности профсоюза. Если профсоюз контролируется работодателем, то зачастую его цель прямо противоположна целям «настоящего» профсоюза: он фактически занимает место представителя работников, подрывая доверие последних к профсоюзам в целом. Но даже если работники создадут независимый профсоюз, их возможности по ведению коллективных переговоров будут резко ограничены самим фактом существования «карманного» профсоюза работодателя. Это очень важно в условиях российской модели коллективных переговоров, когда в рамках организации или обособленного структурного подразделения может быть подписан только один коллективный договор, распространяющийся на всех работников организации или этого подразделения, а профсоюз, представляющий меньшинство работников, не имеет возможности заключить коллективный договор в отношении собственных членов. Причем законодательство в этом отношении последовательно ограничивает права профсоюзов меньшинства. «Карманному» профсоюзу в условиях авторитарной политики управления персоналом очень легко обеспечить фиктивное большое членство, необходимое для получения преимуществ при ведении коллективных переговоров, предусмотренных ст. 37 ТК РФ. Работники будут вступать в такой профсоюз из страха испортить отношения с начальством. В связи с этим в странах с давними традициями коллективно-договорного регулирования труда очень серьезно относятся к вопросу независимости профсоюза от работодателя. Например, в Великобритании для того чтобы профсоюз приобрел все права, связанные с защитой интересов работников, он должен быть сертифицирован в качестве независимого специальным должностным лицом.

Споры по поводу справедливости такой сертификации могут рассматриваться в апелляционном трудовом трибунале, который установил ряд критериев независимости профсоюза, к которым, в частности, относятся: история создания, членская база профсоюза, его финансовое положение, предоставление льгот со стороны работодателя, история коллективных переговоров, организационная структура и др.⁶⁰

Нормы внутреннего российского законодательства на этот счет очень лаконичны и неконкретны. В п. 1 ст. 5 Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»⁶¹ говорится о том, что «Профсоюзы независимы в своей деятельности от органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, работодателей, их объединений (союзов, ассоциаций), политических партий и других общественных объединений, им не подотчетны и не подконтрольны». Кроме того, в ч. 3 ст. 36 ТК РФ указывается, что «не допускается ведение коллективных переговоров и заключение коллективных договоров и соглашений от имени работников лицами, представляющими интересы работодателей, а также организациями или органами, созданными либо финансируемыми работодателями, органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, политическими партиями, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом». В связи с этими формулировками возникает целый ряд вопросов. Каковы правовые последствия ситуации, когда будет выяснено, что профсоюз в действительности подотчетен и подконтролен работодателю? Запрещено ли возглавлять профсоюз руководителям организации или лицам, их фактически представляющим? Запрещено ли подкупать руководителей профсоюза с тем, чтобы они ограничивали требования к работодателям?

Отсутствие внятных ответов законодательства на эти вопросы связано, во многом, с историческими корнями советского профсоюзного движения, которое выполняло принципиально иные функции, чем профсоюзы капиталистических стран, будучи, скорее, посредником между государством и работниками, чем их независимым представителем⁶². Но в условиях рыночных отношений данные правовые пробелы свидетельствуют если не о прямом противоречии внутреннего российского законодательства положениям ст. 2 Конвенции МОТ №98, то, по крайней мере, о серьезнейшем

60 См. подробнее: Лютов Н.Л. Коллективное трудовое право Великобритании. М., 2009. С. 30—34.

61 СЗ РФ, 15.01.1996, 3, ст. 148.

62 Достаточно вспомнить о профкомах предприятий, учреждений, организаций, бывших в течение определенного периода советской истории инстанцией по разрешению трудовых споров. (Ст. 86, 88 Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о труде 1970 г. // Свод законов СССР, т. 2, с. 184, 1990 г.) По сути, представитель одной из сторон спора формально являлся судьей в этом же споре. Очевидно, что «представительство» работников в этой ситуации было скорее фикцией, чем реальностью.

несоответствию, которое имеет очень важные негативные последствия в отношении качества социального партнерства в России. На международном уровне эти несоответствия уже стали предметом жалоб со стороны независимых профсоюзов в адрес Комитета по свободе объединения МОТ и его запросов в адрес Правительства РФ⁶³. Проверка, проведенная Государственной инспекцией труда Краснодарского края по требованию Правительства РФ, сделанному в ответ на просьбу Комитета по свободе объединения МОТ (далее — КСО), не выявила фактов нарушения трудового законодательства в ситуации, когда контролируемый работодателем профсоюз заблокировал выдвижение требований независимым профсоюзом⁶⁴. Очевидно, что трудовая инспекция проверяла в данном случае лишь соблюдение внутреннего трудового законодательства, а именно — ст. 37 ТК РФ, в связи с чем нарушений и не было выявлено. Этот случай хорошо иллюстрирует важность внесения поправок в ТК РФ, направленных на обеспечение независимости профсоюзов от работодателей.

2. ЗАПРЕТ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ТРУДА.

А) Труд военнослужащих. В предыдущей главе уже отмечалось несоответствие сферы действия понятия принудительного труда, дающегося в Конвенциях МОТ №29 и 105, тому, которое дается в ст. 4 ТК РФ, а также некоторых редакционных разночтениях. Помимо этого, есть и случаи, когда одна и та же ситуация может быть признана принудительным трудом согласно Конвенции №29, и не признана таковым по ст. 4 ТК РФ, что означает прямое противоречие внутреннего законодательства международному договору с участием Российской Федерации. Так, в формулировке ТК РФ, в исключениях, касающихся недобровольного труда, не считающегося принудительным, делается ссылка на труд военнослужащих. В ст. 4 ТК РФ речь идет о работе, «...выполнение которой обусловлено законодательством о воинской обязанности и военной службе или заменяющей ее альтернативной гражданской службе». Ни в Федеральном законе «О воинской обязанности и военной службе» 1998 г.⁶⁵, ни в Федеральном законе «Об альтернативной гражданской службе» 2002 г.⁶⁶, ни в иных правовых актах, касающихся

63 См. Международное бюро труда, Административный совет, 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. Седьмой пункт Повестки дня. 332-й доклад Комитета по свободе объединения. Документ GB.288/7, пар. 153, 154. Русский перевод данного дела доступен на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: <http://trudprava.ru/index.php?id=93>. См. также Доклад КСО по данному делу №331, пар. 660-677 <http://trudprava.ru/index.php?id=92>.

64 Международное бюро труда, Административный совет, 289-я сессия, Женева, 2004 г. 334-й доклад Комитета по свободе объединения. Пар. 41-43. <http://trudprava.ru/index.php?id=415>.

65 Федеральный закон «О воинской обязанности и военной службе» от 28 марта 1998 г., СЗ РФ, 30.03.1998 г., №13, ст. 1475.

66 Федеральный закон «Об альтернативной гражданской службе» от 25 июля 2002 г., СЗ РФ 29.07.2002 г., №30, ст. 3030.

порядка прохождения военной службы⁶⁷, не содержится объяснения того, к каким именно видам работ можно привлекать призванных в армию или на альтернативную гражданскую службу граждан. При этом «забыта» фраза, содержащаяся в Конвенции №29⁶⁸, о том, что такое изъятие касается лишь работ, носящих «чисто военный характер». Выполнение приказов командира относится к обязанностям военнослужащего, за исключением выполнения заведомо преступных приказов. Если речь идет о строительстве, например, частного здания, вряд ли можно себе представить ситуацию, что солдаты смогут отказаться от выполнения соответствующего приказа командира, ссылаясь на норму ст. 4 ТК РФ. Конвенция №29 предоставляет им такое право. Как уже говорилось выше, сфера применения запрета принудительного труда, предусмотренного Конвенцией №29 менее категорична, нежели в ТК РФ, поэтому напрямую применить норму Конвенции как прямо запрещающую принудительный труд на территории России, невозможно. Тем существеннее последствия, возникающие вследствие противоречия между двумя определениями принудительного труда.

Б) Труд заключенных. Еще одно отличие формулировок ст. 4 ТК РФ и Конвенции №29 касается труда заключенных. Согласно ч. 4 ст. 4 ТК РФ понятие принудительного труда не включает, в том числе, «...работу, выполняемую вследствие вступившего в законную силу приговора суда под надзором государственных органов, ответственных за соблюдение законодательства при исполнении судебных приговоров». В России действие этой нормы применяется в отношении отбытия наказания в виде обязательных работ в соответствии с главой 4 Уголовно-исполнительного кодекса РФ.⁶⁹ Трактовка Конвенции в данном случае шире положений ТК РФ, так как в ней, в отличие от Кодекса, содержится указание на то, что заключенные при отбытии наказания не могут быть переданы в распоряжение частных лиц, компаний и обществ. Такая трактовка, в частности, не позволила Канаде ратифицировать Конвенцию №29, поскольку современная канадская практика содержания исправительных учреждений подразумевает государственно-частное партнерство при привлечении заключенных к труду, что, с точки зрения правительства Канады, не противоречит конвенции, но Комитет Экспертов МОТ считает иначе.

67 Федеральный закон «О статусе военнослужащих» от 27 мая 1998 г., СЗ РФ 01.06.1998 г., №22, ст. 2331; Федеральный закон «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации» от 26 февраля 1997 г., СЗ РФ 03.03.1997 г. №9, ст. 1014, Постановление Правительства РФ от 29 мая 2006 г. №333 «О военных сборах и некоторых вопросах обеспечения исполнения воинской обязанности» СЗ РФ 05.06.2006 г., №23, ст. 2525.; Положение о порядке прохождения военной службы, утв. Указом Президента РФ от 16 сентября 1999 г. №1273 СЗ РФ 20.09.1999 г., №38, ст. 4534.

68 Пар. «а» п. 2 ст. 2 Конвенции №29.

69 СЗ РФ от 13 января 1997 г. №2, Ст. 198.

В) Добровольное предложение своих услуг. Еще одно важное противоречие касается указания в определении принудительного труда согласно Конвенции №29 на то, что к нему относится не только работа под угрозой наказания, но и то, что для выполнения этой работы соответствующее лицо «не предложило своих услуг добровольно»⁷⁰. Эта часть понятия упущена из определения принудительного труда по ст. 4 ТК РФ. В результате неясно, как трактовать ситуацию, когда, например, студентов будут привлекать к подсобным работам под страхом отчисления из учебного заведения: можно ли считать эту угрозу угрозой «наказания (насильственного воздействия)» согласно формулировке ТК РФ? Это очень спорно. Трактовка же Конвенции №29 не оставляет на этот счет никаких сомнений, если «работодателю» не удастся доказать добровольность предложения услуг. В общем обзоре Комитета экспертов МОТ 2007 г.⁷¹ указывается, что отсутствие добровольного предложения услуг имеет место и в ситуациях, когда, например, работники-мигранты были вовлечены путем обмана, ложных обещаний и незаконного удержания документов или вынуждены оставаться в распоряжении работодателя. Такие действия представляют собой явное нарушение Конвенции №29. Определение принудительного труда в ТК РФ не распространяется на такие случаи.

3. ЗАПРЕТ ДЕТСКОГО ТРУДА.

А) Сфера применения законодательства. Конвенция МОТ 1973 г. о минимальном возрасте для приема на работу (№138) касается «работы по найму или другой работы», т.е. выходит за рамки чисто трудовых отношений. В ТК РФ говорится лишь о заключении трудового договора. Таким образом, *сфера применения ТК РФ же, чем у Конвенции*. В этом отношении Комитет экспертов МОТ делал замечания в адрес правительства по поводу российского законодательства и практики.⁷² Такого рода несоответствия в сфере применения есть и в отношении принудительного труда (см. предыдущую главу), и в ряде других конвенций МОТ.

Б) Труд детей в творческих организациях. В соответствии со статьей 8 Конвенции №138, в отношении участия детей в художественных

70 П. 1 ст. 2 Конвенции №29.

71 Eradication of Forced Labour. General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva, ILO, 2007. P. 20-21. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed_norm/-/relconf/documents/meetingdocument/wcms_089199.pdf.

72 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2008). Individual Observation concerning Minimum Age Convention, 1973 (No. 138) Russian Federation (ratification: 1979) Published: 2008. ILOLEX Document No. 062008RUS13. <<http://www.ilo.org/ilolex/gbe/ceacr2008.htm>>.

выступлениях могут делаться изъятия из правила о минимальном возрасте приема на работу. Однако в таком случае необходимо выпускать специальные разрешения государственного органа власти, издаваемые после консультаций с организациями работников и работодателей. В таких разрешениях ограничивается продолжительность рабочего времени и устанавливаются условия, в которых может выполняться работа. В части 4 статьи 63 ТК РФ содержится общее правило, допускающее заключение трудового договора с лицами, не достигшими 14 лет в творческих организациях, но отсутствует предписываемое Конвенцией специальное разрешение органа власти, содержащее основные условия труда ребенка и не разъясняется, как на практике должно применяться это положение. Это явно не соответствует требованиям Конвенции №138.

4. ИНСПЕКЦИЯ ТРУДА.

В 2008 г., исходя из благих пожеланий защиты бизнеса от произвола чиновников при проверке деятельности предпринимателей, был принят Федеральный закон «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» от 26 декабря 2008 г. №294-ФЗ⁷³. В п. 12 ст. 8 закона устанавливается, что о проведении плановой проверки деятельности юридических лиц и предпринимателей, которая может осуществляться не чаще чем один раз в три года, проверяемые должны предупреждаться не менее чем за три дня до ее начала. Внеплановая выездная проверка деятельности предпринимателей, согласно п. 5 ст. 10 закона, может осуществляться уполномоченным государственным органом только после согласования с органом прокуратуры по месту осуществления деятельности проверяемых. Это единственный вид проверки, при котором государственная инспекция труда имеет возможность убедиться в реальном соблюдении работодателями требований трудового законодательства. Очевидно, что любая проверка с заблаговременным предупреждением, либо ограничивающаяся изучением предоставленных самим работодателем документов, почти не оставляет шансов выявить факты реальных нарушений трудового законодательства, даже если они весьма серьезны, в том случае, если в организации имеется квалифицированный юрист. Этот порядок ограничения выездных проверок находится в прямом противоречии с Конвенцией МОТ 1947 г. об инспекции труда в промышленности и торговле (№81), ратифицированной Россией в 1998 г.⁷⁴

73 СЗ РФ от 29.12.2008 г., №52 (ч. 1), ст. 6249.

74 Федеральный закон от 11.04.1998 г. №58-ФЗ «О ратификации Конвенции 1947 года об инспекции труда и Протокола 1995 года к Конвенции 1947 года об инспекции труда, Конвенции 1978 года о регулировании вопросов труда и Конвенции 1981 года о безопасности и гигиене

Как указывается в ст. 12 Конвенции №81, «инспектора труда, снабженные документами, удостоверяющими их полномочия, имеют право: а) беспрепятственного прохода *без предварительного уведомления* [курсив мой — Н.Л.] и в любое время суток на любое предприятие, охватываемое контролем инспекции; б) входить в дневное время во все здания, которые они имеют достаточные основания считать подпадающими под контроль инспекции; с) осуществлять любые проверки, контроль и расследования, которые они могут считать необходимыми [курсив мой — Н.Л.], чтобы удостовериться в том, что законодательные положения эффективно соблюдаются».

При этом функцию по защите малого и среднего бизнеса данный закон выполняет плохо, поскольку существует масса формальных документов, ведение которых предусматривает трудовое законодательство, изначально ориентированное на стандарты крупного бизнеса (масса локальных актов, приказов и т.п.). Малый бизнес, не имеющий возможности тратить существенные денежные средства на юрисконсультов и специалистов по кадровому делопроизводству, оказывается беззащитным как раз в отношении документарных проверок, которые практически ничем не ограничены. В итоге положения закона, вместо защиты малого бизнеса, защищают наиболее недобросовестных работодателей, сознательно вводящих в заблуждение государственные органы и имеющих финансовую возможность подготовить юридически грамотные, но фиктивные документы.

5. ОПЛАТА ТРУДА.

А) Понятие заработной платы. Согласно ст. 1 Конвенции МОТ 1949 г. относительно охраны заработной платы (№95) «...термин “заработная плата” означает, независимо от названия и метода исчисления, всякое вознаграждение или заработок, могущие быть исчисленными в деньгах и установленные соглашением или национальным законодательством, которые предприниматель должен уплатить, в силу письменного или устного договора о найме услуг, трудящемуся за труд, который либо выполнен, либо должен быть выполнен, или за услуги, которые либо оказаны, либо должны быть оказаны». В ст. 129 ТК РФ заработная плата (оплата труда работника)⁷⁵ определяется как «вознаграждение за труд в зависимости от квалификации работника, сложности, количества, качества и условий выполняемой

труда и производственной среде» // СЗ РФ от 13.04.1998 г., №15, ст. 1698.

⁷⁵ Ранее в ТК РФ использовались два отдельных термина: «заработная плата», означавший вознаграждение работника за труд и «оплата труда», означавший систему отношений, связанных с выплатой заработной платы, однако после принятия изменений в Кодекс (Федеральный закон №90-ФЗ от 30 июня 2006 г.) эти термины стали использоваться как синонимы.

работы, а также компенсационные выплаты (доплаты и надбавки компенсационного характера...) и стимулирующие выплаты (доплаты и надбавки стимулирующего характера, премии и иные поощрительные выплаты)». При внешней схожести двух определений, налицо и существенная разница между внутренним российским законодательством и Конвенцией №95. В Конвенции речь идет не только об оплате выполненной работы, но и об оплате работы, которая должна быть выполнена. Таким образом, как уже давно указывалось специалистами⁷⁶ применительно еще к старому КЗОТ РФ, заработная плата, согласно Конвенции №95, должна выплачиваться в полном объеме даже в случае простоя по вине работодателя, однако в действующем ТК РФ простой по вине работодателя оплачивается в размере лишь двух третей средней заработной платы работника⁷⁷ и двух третей должностного оклада при простое по независящим от сторон трудового договора обстоятельствам⁷⁸.

Б) Форма выплаты заработной платы. Как уже отмечалось в предыдущей главе, в ТК РФ упущено важное требование в отношении неденежной оплаты труда, закрепленное в Конвенции МОТ №95⁷⁹ об охране заработной платы, касающееся того, что соответствующие натуральные выплаты должны подходить для личных нужд работника или его семьи. Однако более внимательное сопоставление Конвенции №95 и ст. 131 ТК РФ ставит и более сложную юридическую проблему. В п. 1 ст. 4 Конвенции указывается, что национальное законодательство, коллективные договоры или решения арбитражных органов могут разрешать частичную выплату заработной платы в натуре *в тех отраслях промышленности или профессиях*, где эта форма выплаты принята в обычной практике или желательна ввиду характера отрасли промышленности или профессии, о которых идет речь. Другими словами, согласно Конвенции №95, недопустимо установление *общего* разрешения натуральной оплаты труда. Возможна лишь выплата в отдельных отраслях или профессиях, где это обычно или желательно. В ТК РФ неденежная оплата допускается в отношении *любых* отраслей экономики и профессий. Это вообще ставит под сомнение возможность использования изъятий, предусмотренных в этой статье ТК РФ, в силу противоречия ратифицированному международному договору с

⁷⁶ Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права. Екатеринбург, 1997. С. 143-144. О проблеме соответствия понятия «заработная плата» Конвенции №95 уже по новому Трудовому кодексу РФ см. она же Соотношение терминологии международных актов о труде и российского трудового права // Теоретические проблемы правового регулирования труда: международно-правовой и национальный аспекты. Екатеринбург, 2009. С. 34-35.

⁷⁷ Ч. 1 ст. 157 ТК РФ.

⁷⁸ Ч. 2 ст. 157 ТК РФ.

⁷⁹ П. 2 ст. 4 Конвенции МОТ №95.

участием Российской Федерации. Международный правовой акт, в котором упоминается возможность натуральной оплаты труда в отдельных отраслях применительно, в том числе, к России — это Хартия социальных прав и гарантий граждан независимых государств 1994 г., принятая в рамках СНГ⁸⁰. В Хартии предусматривается возможность выплаты заработной платы работникам «...по их желанию в натуральном виде (продуктами или товарами) на сельскохозяйственных и некоторых других предприятиях». Сама по себе Хартия не подлежит ратификации и, следовательно, не относится к числу международных договоров Российской Федерации⁸¹. Тем не менее, упоминание сельскохозяйственных предприятий в этом акте «мягкого права» может свидетельствовать о существовании международного регионального обычая в рамках СНГ, дающего основание для таких выплат. Вероятно, из этой логики исходил Верховный Суд РФ, указывая в п. 54 Постановления от 17 марта 2004 г., что суд при установлении законности выплаты заработной платы в неденежной форме должен убедиться, что «выплата заработной платы в натуральной форме является обычной или желательной в данных отраслях промышленности, видах экономической деятельности или профессиях (например, такие выплаты стали обычными в сельскохозяйственном секторе экономики)». С точки зрения юридической техники использование Хартии 1994 г. в качестве подтверждения регионального международного обычая не только громоздко, но и небезупречно. Разумеется, было бы значительно лучше, если в ТК РФ прямо указывались отрасли, в которых возможно установление неденежной оплаты труда, причем соответствующий перечень не мог толковаться расширительно. В этом случае требования Конвенции №95 выполнялись бы в полной мере.

6. РАБОЧЕЕ ВРЕМЯ И ВРЕМЯ ОТДЫХА. ПЕРЕНЕСЕНИЕ ОТПУСКОВ.

Согласно ч. 4 ст. 124 ТК РФ, запрещается непредоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в течение двух лет подряд. Согласно же п. 1 ст. 9 Конвенции МОТ №132 об оплачиваемых отпусках (пересмотренной в 1970 г.), ратифицированной Россией, остаток ежегодного оплачиваемого отпуска должен быть предоставлен не позже, чем в течение восемнадцати месяцев после окончания того года, за который предоставляется отпуск. Таким образом, ч. 4 ст. 124 ТК РФ противоречит Конвенции №132 и применяться должна именно Конвенция. Это противоречие вызвало опасения, в том числе, у профсоюзов⁸², связанное с тем, что работникам, отпуск

80 Ч. 2 ст. 21 Хартии.

81 Подробнее о статусе Хартии 1994 г. см. в гл. 4 далее.

82 См.: Горелик О. В отпуск по принуждению. Эксперт-онлайн, 7 июля 2010 г. http://www.expert.ru/articles/2010/07/07/v_otpusk/.

которых был перенесен на больший период, нежели это предусматривается Конвенцией, нельзя будет выплачивать компенсацию при увольнении за неиспользованный более чем за 18 месяцев. В данном случае, как представляется, смешиваются разные понятия. Недопустимость непредоставления отпуска более максимально предусмотренного законом сроком означает, что если отпуск не был предоставлен, это следует считать нарушением прав работника со стороны работодателя. Но раз это нарушение произошло, это не означает того, что отпуск не должен быть компенсирован. Нарушение работодателя не может освобождать его от обязанности компенсации в пользу работника.

Глава 3. Соответствие внутреннего трудового законодательства России аутентичному толкованию международных договоров в сфере труда

Поскольку, как уже отмечалось выше, аутентичное толкование международных актов в сфере труда зачастую существенно выходит за рамки текстуального содержания этих актов, и носит более конкретный характер, то и примеров несоответствия российского трудового законодательства такому толкованию существенно больше.

1. СВОБОДА ОБЪЕДИНЕНИЯ И ПРАВО НА ВЕДЕНИЕ КОЛЛЕКТИВНЫХ ПЕРЕГОВОРОВ.

Применительно к толкованию международных актов в сфере труда противоречий с российским законодательством по вопросу свободы объединения достаточно много, и данный институт трудового права наиболее ярко демонстрирует большую дистанцию между непосредственным текстом международных договоров и их аутентичным толкованием. Речь идет, прежде всего, о центральном элементе свободы объединения — праве на забастовку. В международных правовых актах этому праву уделено довольно мало места. Прямое указание на это право можно найти в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., где в п. 1 ст. 8 закрепляется «...d) право на забастовки при условии его осуществления в соответствии с законами каждой страны». Из других международных договоров, налагающих обязательства на Российскую Федерацию, прямое указание на право на забастовку можно найти в п. 4 ст. 6 Европейской социальной хартии 1996 г. Ни в одной конвенции МОТ право на забастовку напрямую не закреплено⁸³. Это не случайно и связано с тем фактом, что право

на забастовку — это то право работников, которое наиболее остро вступает в коллизию с другими правами человека: экономическими правами работодателя в отношении свободного осуществления предпринимательской деятельности⁸⁴. Поэтому право на забастовку повсеместно признается не безусловным, а ставится в зависимость от ограничений, которые устанавливаются в национальном законодательстве.

Тем не менее, несмотря на отсутствие упоминания этого права в фундаментальных Конвенциях МОТ — № 87 и 98, Комитет по свободе объединения признает право на забастовку неотъемлемой частью свободы объединения, закрепленной в этих конвенциях; причем из решений Комитета по свободе объединения Административного совета МОТ (КСО) и Комитета экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций (далее — Комитет экспертов) следует, что МОТ придерживается достаточно либеральных взглядов в отношении права на забастовку. Ряд национальных исследователей поддерживают эту трактовку⁸⁵. Представители работодателей в МОТ считают, что поскольку Конвенции № 87 и № 98 не содержат конкретных положений в отношении права на забастовку, выводить из их текста такое право некорректно.

Комитет по свободе объединения с течением времени изменял свое отношение к праву на забастовку. Так, он признал забастовочные действия правовыми, а не социальными, а также: 1) четко определил забастовку в качестве права, которым работники, а также их организации могут воспользоваться; 2) сократил число категорий работников, которых можно лишить этого права, а также правовых ограничений, допустимых в отношении права на забастовку; 3) увязал обеспечение этого права с целями обеспечения и защиты экономических и социальных интересов работников (в отличие от политических интересов); 4) заявил, что законное осуществление права на забастовку не должно повлечь за собой каких-либо санкций, которые бы означали дискриминацию профсоюзов⁸⁶. В результате рассмотрения жалоб в отношении государств-участников МОТ, КСО выработал⁸⁷ детальный перечень критериев, которым должны отвечать национальное

Israel R. Introduction to Strikes and Lock-outs: a Comparative Perspective // *Strikes and Lock-Outs in Industrialized Market Economies*. Bulletin of Comparative Labour Relations, Vol. 29, 1994. P. 1-29.

84 Именно в аспекте коллизии социальных и экономических прав ведутся наиболее оживленные дискуссии в трудовом праве ЕС последних лет по поводу резонансных споров в делах «Лаваль» и «Викинг». См. об этом подробнее: Лютов Н.Л. Конфликт между фундаментальными правами работников и предпринимателей в практике Европейского суда справедливости // *Трудовое право*, №12, 2008. С. 70-79.

85 Verdier J.M., Coëuret A., Souriac M.-A. *Droit du travail*. Paris, 1999. P. 557; Петрилайте Д. Указ. соч. С. 140–141.

86 См.: Гернигон Б., Одеро А., Гидо Г. Принципы МОТ, касающиеся права на забастовку // *Международный обзор труда*. Т. 137. 1998. № 3–4. М., 2000. С. 66.

87 ILO. *Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition, Geneva, 2006. P. 109-136.

83 О сложностях и дискуссиях, связанных с международным закреплением права на забастовку см.: Петрилайте Д. Право на забастовку: международно-правовые аспекты // *Вестник трудового права и права социального обеспечения*. 2009. Вып. 4. С. 139–142; Novitz T. *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, Oxford, 2003. P. 3, 41-47. Источники этого вопроса хорошо раскрыты у Бен-Израэл: Ben-Israel R. *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike*. Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988. P. 35-46; Ben-

законодательство и практика, чтобы соответствовать международным стандартам в области свободы объединения. Далее рассматриваются основные несоответствия внутреннего российского законодательства понятию свободы объединения с точки зрения КСО, а также Европейского комитета по социальным правам, который уполномочен рассматривать коллективные жалобы и отчеты в отношении соблюдения Европейского социальной хартии, в частности п. 4 ст. 6 этого акта, предусматривающего право на забастовку⁸⁸.

А) Уровень ведения коллективных переговоров. Российский профессиональный союз моряков в жалобе на российское Правительство, адресованной МОТ⁸⁹, помимо прочего, указывал, что российское законодательство необоснованно не предусматривает такого уровня ведения коллективных переговоров, как *уровень профессии*. Действительно, в исчерпывающем перечне уровней социального партнерства, содержащемся в статье 26 ТК РФ, такого уровня нет, а среди видов социально-партнерских соглашений, перечисленных в ст. 45 ТК РФ уровень профессии не указывается. Российское законодательство предусматривает *отраслевой уровень* ведения коллективных переговоров, основанный на существовавшем до 2003 г. разделении организаций по отраслям народного хозяйства (им присваивались статистические коды ОКОНХ). Более современное деление по видам экономической деятельности (коды ОКВЭД) не стыкуется с нынешним трудовым законодательством. Подобная нестыковка неслучайна. Она объясняется структурой Федерации независимых профсоюзов России, построенной как раз на отраслевом делении организаций, использовавшемся еще в советское время. Новые профсоюзы, которые объединяют работников отдельной профессии (например, моряков, пилотов, авиадиспетчеров — независимо от того, в какой организации они работают) оказываются фактически не в состоянии вести коллективные переговоры с работодателями, поскольку это противоречит структуре социального партнерства, заложенной в ТК РФ. Комитет по свободе объединения рекомендовал устранить этот пробел российского законодательства, дополнив ст. 45 ТК РФ⁹⁰. Однако Правительство эту просьбу проигнорировало, а Государственно-правовое управление Президента РФ дало отрицательный отзыв⁹¹ на законопроект, подготовленный

88 Об эволюции подхода Европейского комитета по социальным правам к толкованию права на забастовку см.: Kovács E. The right to strike in the European Social charter // Comparative Labor Law and Policy Journal. Vol. 26, issue 4, 2006. P. 445-476.

89 Committee on Freedom of Association case No. 2216, ILO ref. Nos. GB.288/7 (Part II and GB.289/9 Part I). См. русский перевод данного дела на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: <http://trudprava.ru/index.php?id=88>.

90 См.: пар. 906 данного дела.

91 Письмо Государственно-правового управления Президента РФ от 4 марта 2008 г. №Фб-1014. Не опубликовано.

профсоюзом моряков с целью устранения этого дефекта ТК РФ⁹². Отчасти этот отрицательный отзыв связан с излишне радикальной позицией профсоюза, предлагавшего вообще исключить отраслевой уровень из перечня уровней социального партнерства. Тем не менее, проблема отсутствия уровня профессии как одного из уровней социального партнерства, осталась нерешенной до настоящего времени. Интересно, что в ответ на запрос Комитета экспертов Правительство РФ уведомило МОТ о том, что российское законодательство не только не запрещает заключение социально-партнерских соглашений на уровне профессии, но и о том, что в федеральные органы исполнительной власти никогда не поступало никаких жалоб по данному поводу, т.е. ввело органы МОТ в заблуждение⁹³.

Б) Коллективные переговоры на основе принципа добросовестности. Комитет по свободе объединения в своем обзоре принципов, касающихся свободы объединения⁹⁴, очень важное место уделяет необходимости соблюдения сторонами коллективных переговоров принципа добросовестности. Очевидно, что добросовестность — это достаточно субъективная оценочная категория. Тем не менее, во многих странах мира в законодательстве закрепляется не только общий принцип добросовестности, но и некоторые ориентировочные параметры его соблюдения⁹⁵. Так, например, в ст. 32 новозеландского закона «О трудовых отношениях» 2000 г., определяющей критерии добросовестного проведения коллективных переговоров, содержатся следующие обязанности сторон переговоров: «(а) прилагать максимальные усилия для заключения соглашения, настолько быстро после начала переговоров ... насколько это возможно; (b) ... время от времени встречаться друг с другом для осуществления переговоров; (c) рассматривать и отвечать на предложения друг друга; (d) ...признавать роль и авторитет любого лица, избранного каждой из сторон быть их представителем или адвокатом; не должны подрывать и делать чего-либо, что может подорвать процесс переговоров или авторитет другой стороны; (e) должны обеспечивать по требованию друг друга информацией, которая необходима для поддержания... требований или ответов на требования...»⁹⁶. Несмотря на то, что сформулировать

92 Не опубликовано.

93 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A), Geneva, 2011. P. 151. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_151556.pdf

94 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition, Geneva, 2006. Para. 934-943, P. 186-187.

95 См. подробнее: Лютов Н.Л. Коллективные трудовые споры: сравнительно-правовой анализ. М., 2007. С. 117-128.

96 New Zealand Employment Relations Act 2000 // <<http://rangi.knowledge-basket.co.nz/>

минимальные критерии, касающиеся добросовестного ведения коллективных переговоров вполне возможно, и они явно были бы полезны с точки зрения увеличения эффективности коллективных переговоров, в российском законодательстве этот принцип отсутствует даже в общем виде.

В) Цели забастовочных действий. КСО также отмечает⁹⁷, что профессиональные и экономические интересы, которые работники защищают посредством права на забастовку, касаются не только улучшения условий труда или удовлетворения требований профессионального характера, но также и поисков решения вопросов и проблем, возникающих на предприятии и непосредственно затрагивающих интересы работников. Это означает, что, например, такой вопрос как сокращение численности или штата работников должен, с точки зрения МОТ, быть не просто предметом уведомления представительного органа работников, как это предусмотрено статьей 82 ТК РФ, но по этому поводу должна иметься возможность ведения переговоров между представителями работников и работодателем. В случае если эти переговоры не приведут к желаемому для работников результату, последние должны обладать правом оказывать давление на работодателя с помощью забастовок и иных промышленных акций. В ТК РФ забастовка может осуществляться исключительно для разрешения коллективного трудового спора, который, в свою очередь, может возникать по поводу «установления и изменения условий труда (включая заработную плату), заключения, изменения и выполнения коллективных договоров, соглашений, а также в связи с отказом работодателя учесть мнение выборного представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов»⁹⁸. Таким образом, работники лишаются возможностей бастовать в знак протеста против любых планируемых действий работодателя, даже если они непосредственно затрагивают их социально-экономические интересы, что противоречит толкованию Конвенций №87 и 98. В одном из дел КСО прямо указывает, что право на забастовку не должно ограничиваться предметом трудовых споров, которые могут быть урегулированы путем подписания коллективного договора⁹⁹. Схожий подход можно встретить и в решениях Комитета по социальным правам СЕ¹⁰⁰ применительно к толкованию п. 4 ст. 6 Европейской социальной хартии.

gpracts/public/text/2000/an/024.html». При этом положения закона дополняются специально издаваемыми Министерством труда «кодексами доброй воли при ведении коллективных переговоров». Последний такой кодекс был выпущен в 2005 г. См.: <<http://www.ers.dol.govt.nz/goodfaith/code.html>>.

97 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Para. 526, P. 110.

98 Ст. 398 ТК РФ.

99 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Para. 531, P. 111.

100 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights. IV, Germany, p. 50.

Г) Забастовки солидарности и политические забастовки. С определением в ст. 398 ТК РФ забастовки исключительно как средства разрешения коллективного трудового спора связаны и два других случая несоответствия внутреннего российского законодательства требованиям КСО. Как считают специалисты МОТ, требования, выдвигаемые в ходе забастовочных акций, можно разделить на три группы: «...профессиональные (стремление гарантировать или улучшить условия труда и жизни работников), профсоюзные (стремление гарантировать или расширить права профсоюзных организаций, их лидеров) и политические»¹⁰¹. Комитет по свободе объединения считает, что общий законодательный запрет на осуществление забастовок солидарности «...может привести к злоупотреблениям, и что работники должны иметь возможность прибегать к такого рода действиям при условии, что поддерживаемые ими первоначальные забастовки — законны»¹⁰². Кроме того, согласно мнению КСО, «организации, отвечающие за защиту социально-экономических и профессиональных интересов работников должны иметь возможность объявлять забастовку в поддержку своей позиции, в целях поиска решений проблем, связанных с общими тенденциями социальной и экономической политики, которые имеют прямое воздействие на членов этих организаций и работников в общем, в особенности, в отношении вопросов занятости, социальной защиты и жизненных стандартов»¹⁰³. Легальные определения забастовки и коллективного трудового спора согласно ТК РФ не соответствуют этим требованиям, и в этом отношении КСО уже делал замечания в адрес Правительства РФ¹⁰⁴.

Д) Забастовки с целью признания профсоюзов. Еще один вопрос, связанный с вопросом о целях, с которыми могут осуществляться забастовки, касается забастовок с требованием признания профсоюза в качестве стороны коллективных переговоров. В отличие от многих стран, где существуют добровольные либо принудительные процедуры признания профсоюзов для целей коллективных переговоров, российское законодательство не знакомо с таким механизмом¹⁰⁵. Формально, каждый

101 Жернигон Б., Одеро А., Гуидо Г. Принципы МОТ в отношении права на забастовку. Женева, 2001. С. 13.

102 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Para. 534, P. 112.

103 Ibid. Para. 527, P. 110.

104 Международное бюро труда, Административный Совет. 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. — (Документ МОТ — GB.288/7) 332-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2199, пар. 984, 985. См. русский перевод данного дела на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: <http://trudprava.ru/index.php?id=87>.

105 См. подробнее: Bamber G.J., Sheldon P., Gan B. Collective Bargaining: International Developments and Challenges // R. Blanpain (ed.) Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies. X ed. Kluwer Law International, 2010. P. 609-658. Наиболее резонансное дело по поводу признания работодателем профсоюза в качестве стороны

профсоюз может участвовать в коллективных переговорах, участвуя в деятельности единого представительного органа, создаваемого в соответствии со ст. 37 ТК РФ. Однако, как уже описывалось в предыдущей главе, если профсоюз большинства не поддерживает требований профсоюза меньшинства, последний лишен возможности их выдвинуть в отношении работодателя. В связи с этой проблемой КСО также рекомендовал модифицировать российское законодательство¹⁰⁶, но это предложение было проигнорировано.

Е) Предъявление требований профсоюзам. Комитет по свободе объединения исходит из того, что профсоюзы должны иметь право свободно определять порядок предъявления требований к работодателю, и законодательство не должно препятствовать деятельности профсоюза, обязывая его созывать общее собрание каждый раз, когда выдвигаются требования к работодателю¹⁰⁷. В связи с этим КСО попросил дать Правительство РФ разъяснения по поводу применения ст. 399 ТК РФ, касающейся предъявления работниками требований по разрешению коллективного трудового спора. Поскольку российское законодательство как раз обязывает предъявлять требования исключительно на общем собрании или конференции работников вне зависимости от факта наличия профсоюзного представителя, КСО не получил ответа на свой запрос. Даже если забастовка объявляется профсоюзом или объединением профсоюзов на уровне выше уровня единичного работодателя, решение о ее проведении принимается на собрании или конференции работников каждого работодателя данной отрасли или территории¹⁰⁸. Депутаты фракции «Справедливая Россия» в конце 2010 г. предлагали принять закон, позволяющий профсоюзам самостоятельно предъявлять требования по разрешению коллективных трудовых споров, в том числе, на уровне организации, что приблизило бы порядок разрешения коллективных трудовых споров к международным трудовым стандартам, но этот законопроект всерьез даже не обсуждался в Государственной Думе ФС РФ¹⁰⁹.

коллективных переговоров рассматривалось Европейским судом по правам человека в 1975 г. по жалобе Национального профсоюза работников полиции Бельгии в отношении Бельгии. См.: ECHR. National Union of Belgian Police v. Belgium, 27 October 1975, Series A, No. 19.

106 Международное бюро труда, Административный Совет. 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. — (Документ МОТ — GB.288/7) 332-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2199, пар. 984-985. См. русский перевод данного дела на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: <http://trudprava.ru/index.php?id=87>.

107 Там же. Пар. 911.

108 Ч. 2 ст. 410 ТК РФ.

109 Решение трудовых конфликтов // Expert Online. 19 ноября 2010 г. <http://expert.ru/2010/11/19/reshenie-trudovyih-konfliktov/>

Ж) Субъекты права на забастовку и ситуации, в которых допустимо ограничение права на забастовку. Согласно позиции КСО, право на забастовку может быть ограничено только в следующих случаях: 1) на государственной службе лишь для тех чиновников, которые исполняют свои функции от имени государства; 2) в жизненно важных службах в точном смысле этого термина, т.е. службах, прерывание деятельности которых может поставить под угрозу жизнь, безопасность или здоровья части или всего населения; 3) в обстановке острого национального кризиса¹¹⁰. Статья 9 Федерального закона «О государственной гражданской службе»¹¹¹ предусматривает разделение должностей гражданской службы на четыре категории: 1) руководители; 2) помощники (советники) — должности, учреждаемые для содействия лицам, замещающим государственные должности, руководителям государственных органов, руководителям территориальных органов федеральных органов исполнительной власти и руководителям представительств государственных органов в реализации их полномочий и замещаемые на определенный срок, ограниченный сроком полномочий указанных лиц или руководителей; 3) специалисты — должности, учреждаемые для профессионального обеспечения выполнения государственными органами установленных задач и функций и замещаемые без ограничения срока полномочий; 4) обеспечивающие специалисты — должности, учреждаемые для организационного, информационного, документационного, финансово-экономического, хозяйственного и иного обеспечения деятельности государственных органов и замещаемые без ограничения срока полномочий. Очевидно, что не все из перечисленных категорий могут быть отнесены «чиновникам, исполняющим свои функции от имени государства». Тем не менее, в законе указывается на запрет «прекращать исполнение должностных обязанностей в целях урегулирования служебного спора»¹¹² вне зависимости от конкретной категории государственной гражданской службы, что явно противоречит толкованию свободы объединения в понимании МОТ. В этом отношении Конфедерация профсоюзов России обращалась с жалобой в КСО, в результате которой КСО просил Правительство РФ изменить соответствующие положения российского законодательства, но реакции на эту просьбу не последовало¹¹³.

110 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Para. 572-594 (P. 118-120).

111 СЗ РФ 02.08.2004, № 31, ст. 3215.

112 П. 15 ст. 17 Закона.

113 Международное бюро труда, Административный Совет. 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. — (Документ МОТ — GB.288/7) 332-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2199, пар. 992. См. русский перевод данного дела на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: <http://trudprava.ru/index.php?id=87>.

Подход КСО к праву на забастовку государственных служащих разделяет и Комитет по социальным правам СЕ¹¹⁴.

Аналогичная ситуация была и в отношении работников железнодорожного транспорта. В соответствии с п. 2 ст. 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации»¹¹⁵, забастовки работников «...железнодорожного транспорта общего пользования, деятельность которых связана с движением поездов, маневровой работой, а также с обслуживанием пассажиров, грузоотправителей (отправителей) и грузополучателей (получателей) на железнодорожном транспорте общего пользования и перечень профессий которых определяется федеральным законом» незаконны. Представить себе каких бы то ни было работников железнодорожного транспорта, которые бы не были прямо или косвенно связаны с движением и обслуживанием пассажирских и грузовых поездов, очень сложно. В связи с этим КСО указал, что железнодорожный транспорт не относится к жизненно важным службам в строгом значении этого термина, и поэтому обратился к Правительству РФ с просьбой внести изменения в законодательство с тем, чтобы обеспечить право работникам железной дороги на проведение забастовки¹¹⁶. Позже с просьбой к Правительству в отношении соответствующей модификации Федерального закона «О государственной гражданской службе», «О муниципальной службе в Российской Федерации»¹¹⁷, «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации», «О почтовой связи»¹¹⁸ обращался и Комитет экспертов¹¹⁹. Но и в этом случае положительной реакции со стороны Правительства РФ не было. Возможно изменения в законодательстве по данному вопросу появятся после рассмотрения Европейским судом по правам человека жалобы А. Огневенко в отношении России. В январе 2012 г.¹²⁰ ЕСПЧ коммуницировал данную жалобу

114 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights. Confederation of Independent Trade Unions in Bulgaria (CITUB), Confederation of Labour "Podkrepa" and European Trade Union Confederation (CES) v. Bulgaria, Complaint n° 32/2005, Decision on the merits of 16 October 2006, §44-46; Conclusions I, Statement of Interpretation on Article 6§4, pp. 38-39; Confederation of Independent Trade Unions in Bulgaria (CITUB), Confederation of Labour "Podkrepa" and European Trade Union Confederation (CES) v. Bulgaria, Complaint n° 32/2005, Decision on the merits of 16 October 2006, §46.

115 СЗ РФ, 13.01.2003, № 2, ст. 169.

116 Международное бюро труда, Административный Совет. 289-я сессия, Женева, 2004 г. — (Документ МОТ — GB.289/9) 333-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2251, пар. 992. См. русский перевод данного дела на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: <http://trudprava.ru/index.php?id=96>.

117 СЗ РФ, 05.03.2007, № 10, ст. 1152.

118 СЗ РФ, 19.07.1999, № 29, ст. 3697.

119 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A), Geneva, 2011. P. 149-150.

120 ECHR. Ognevenko v. Russia, No. 44873/09. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?act=ion=open&documentId=900074&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8F>

и поставил перед российскими властями, в том числе и вопрос о том, соответствовал ли, с точки зрения Правительства, запрет определенным категориям работников железнодорожного транспорта на участие в забастовках статье 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

3) Найм замещающих работников и локауты. В этом же деле КСО отметил, что наем работников с целью срыва забастовки в отрасли, которая не может рассматриваться как сектор, обеспечивающий жизненно важные услуги в строгом смысле данного термина, где забастовка может быть запрещена, является серьезным нарушением права на объединение¹²¹. Следует отметить, что в других делах¹²² КСО исходит из того, что найм замещающих работников нарушает принцип свободы объединения только в тех случаях, когда речь идет о бессрочной замене бастующих. По российскому законодательству с замещающими работниками можно заключить как трудовые договоры на неопределенный срок, так и срочные — для замены временно отсутствующего работника. Впрочем, найм штрейкбрехеров на бессрочной основе лишен экономического смысла для работодателя, поскольку бастующих работников запрещено увольнять в связи с проведением забастовки согласно ст. 415 ТК РФ. Последнее правило называется в Кодексе запретом локаутов, что совершенно некорректно и не совпадает с пониманием локаута практически во всех зарубежных странах, а также в международных актах. Под локаутом обычно понимается приостановление работодателем трудовых договоров с работниками с целью разрешения трудового спора. Чаще всего он направлен на то, чтобы не дать возможности бастующим работникам занять свои рабочие места с целью недопущения на них замещающих работников. От этого и произошло это слово в английском языке¹²³. На это уже неоднократно указывали российские специалисты¹²⁴. Хорошей иллюстрацией несоответствия российского определения локаута может быть тот факт, что Комитет по социальным правам СЕ, толкуя положения о трудовых спорах об интересах применительно к п. 4 ст. 6 Европейской социальной хартии исходит из того, что общий запрет на

B86142BF01C1166DEA398649.

121 Там же, пар. 905.

122 ILO. Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Para. 633, P. 129.

123 Lock-out по-английски буквально означает «запирать вовне». См. подробнее об этом: Гусов К.Н., Лютов Н.Л. Международное трудовое право. Учебник. М., 2012. С. 285-292.

124 Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. С. 262; Герасимова Е. Ответственность за участие в забастовке // Правозащитник. 1999. № 3 // <http://www.hro.org/editions/hrdef/399/0306.htm>; Лушникова М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социальнообеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001. С. 235; Лютов Н.Л. Коллективные трудовые споры: сравнительно-правовой анализ. М., 2007. С. 243.

локауты в национальном законодательстве недопустим¹²⁵, но одновременно с этим участие в забастовке не может рассматриваться в качестве законного основания для прекращения трудового договора¹²⁶.

И) Минимум необходимых работ (услуг). В соответствии с ч. 6 и 7 ст. 412 ТК РФ в случае разногласий между сторонами коллективного трудового спора по поводу минимума необходимых работ (услуг), выполняемых в ходе забастовки, этот минимум устанавливается органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации, которое может быть обжаловано в суде. Комитет по свободе объединения исходит из того, что любое разногласие по поводу минимума необходимых услуг должно разрешаться через независимый орган, пользующийся доверием всех сторон спора, а не административным органом. В связи с этим КСО обратился с просьбой¹²⁷ к Правительству внести соответствующие поправки в законодательство, однако этого сделано не было. Эта же просьба к Правительству содержалась и в замечаниях Комитета экспертов¹²⁸, но и они не привели к какому либо результату.

Аналогичные замечания КСО и Комитетом экспертов делались и в отношении разрешения разногласий в ситуациях, когда забастовки запрещены согласно ст. 413 ТК РФ, но и они были проигнорированы¹²⁹.

Как видно из приведенных примеров, российское законодательство соответствует далеко не всем международным стандартам в области свободы объединения. Основная проблема российского законодательства в данном случае носит более глубокий характер, чем непосредственная процедура объявления и проведения забастовки или ответственности за участие в незаконных забастовках. Важнее то, что благодаря дискриминационной системе представительства работников, в подавляющем большинстве случаев профсоюзы просто не могут выдвинуть свои требования к работодателю.

125 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, Conclusions I, Statement of Interpretation on Article 6§4, p. 38; Conclusions VIII, Statement of Interpretation on Article 6§4, p. 95.

126 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights. I, Statement of Interpretation on Article 6§4, p. 39.

127 Международное бюро труда, Административный Совет. 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. — (Документ МОТ — GB.288/7) 332-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2199, пар. 991, 995. См.: <http://trudprava.ru/index.php?id=87>.

128 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A), Geneva, 2011. P. 149. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_151556.pdf.

129 Международное бюро труда, Административный Совет. Женева, 2002 г. 337-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2244, пар. 1269. См. русский перевод данного дела на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: <http://trudprava.ru/index.php?id=511>; Report of the CEACR III (Part 1A), Geneva, 2011. P. 149.

В результате подавляющее большинство конфликтных ситуаций, возникающих между работниками (профсоюзами) и работодателями, разрешается вне правовой сферы. В связи с этим неудивительно, что официальная статистика проведения законных забастовок в России насчитывает лишь единичные их случаи¹³⁰, в то время как социологи фиксируют десятки акций протеста ежемесячно¹³¹.

Тот факт, что российское трудовое право излишне ограничивает права представителей работников, понимается социальными партнерами. В 2008 г. группа юристов и социологов, специализирующихся в области трудовых отношений¹³², провела переговоры с Федеральной службой по труду и занятости (Роструд) с целью выработки предложений по возможной либерализации российского законодательства о коллективных переговорах и коллективных трудовых спорах. Переговоры между экспертами и Рострудом проходили с марта по май 2008 г. и привели к выработке рекомендаций Рострудом о подготовке проекта закона об изменении ТК РФ в вопросе представительства работников, порядка проведения коллективных переговоров, разрешения коллективных трудовых споров и организации забастовок¹³³. Почти все сделанные предложения были связаны с приведением российского законодательства по этому вопросу в соответствие со стандартами МОТ. Однако все эти предложения, к сожалению, были положены «под сукно» в Роструде. В ноябре 2011 г. по инициативе Федерации независимых профсоюзов России был принят закон, касающийся разрешения коллективных трудовых споров¹³⁴, вносящий изменения в гл. 61 ТК РФ. Как декларировали его авторы, он направлен на упрощение процедуры разрешения коллективных трудовых споров и объявления забастовки. Наиболее заметные изменения закона касаются сокращения всех процедурных сроков и их дифференциация в зависимости от уровня разрешения спора: на споры на уровне организации (индивидуального предпринимателя) и выше. Однако норма, касающаяся принятия решения об объявлении забастовки выше уровня единичного работодателя, закрепленная в ч. 2 ст. 410 ТК РФ, предусматривающая утверждение решения о забастовке в рамках работников каждого отдельного работодателя, сохранена. Соответственно, легальное

130 Российский статистический ежегодник, 2009. Раздел 5: труд, методологические указания. М., 2009. http://www.gks.ru/bgd/regl/b09_13/issWWW.exe/Stg/html1/05-26.htm.

131 Бизюков П. Трудовые протесты в России в 2008-2011 г. Аналитический отчет. М., 2012. <http://trudprava.ru/index.php?id=2112>.

132 Николаева Д. Профсоюзы предлагают новые правила забастовок // Коммерсантъ, №47, 23 марта 2008 г. <http://www.kommersant.ru/doc-rss.aspx?DocID=870433>.

133 Предложения рабочей группы экспертов по либерализации законодательства РФ о коллективных трудовых спорах и забастовках (2008 г.) <http://ikd.ru/files/Popravkizabastovka.txt>.

134 Федеральный закон от 22.11.2011 № 334-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части совершенствования порядка рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров» // СЗ РФ, 28.11.2011, № 48, ст. 6735.

разрешение коллективных трудовых споров на уровне, например, отрасли экономики, как было нереальным, так и осталось после вступления в силу данного закона. Единственным шагом навстречу просьбам МОТ об упрощении процедуры разрешения споров в этом законе стала отмена обязанности работников заблаговременно объявлять о продолжительности объявленной забастовки. В результате этот закон не внес и не мог внести¹³⁵ каких-либо существенных изменений в отношении практики разрешения коллективных трудовых споров.

2. ЗАПРЕТ ДИСКРИМИНАЦИИ В ОБЛАСТИ ТРУДА И ЗАНЯТИЙ.

Российское законодательство не соответствует и ряду других актов толкования международных трудовых стандартов. Контрольные органы МОТ делают замечания в отношении соблюдения Россией всех основополагающих принципов и прав в сфере труда, предусмотренных Декларацией 1998 г. При этом замечания в отношении запрета принудительного труда и недопущения детского труда касаются не столько содержания законодательства, сколько реальности его исполнения¹³⁶, а применительно к принципу запрета дискриминации в сфере труда и занятий делаются предложения в отношении модификации Россией внутреннего законодательства.

Как правило, вопросы, связанные с применением антидискриминационного законодательства, носят очень противоречивый характер, поскольку связаны с предоставлением дополнительных *прав* отдельным категориям работникам с тем, чтобы уравнивать их *возможности* на рынке труда с другими работниками. В результате нередко возникают споры, не носят ли сами антидискриминационные нормы дискриминационного характера¹³⁷.

135 См. об этом также: Герасимова Е.С. Порядок разрешения коллективных трудовых споров и организации забастовок изменен. Достигнута ли цель? // Трудовое право, №1, 2012. С. 51-59; она же - Законодательство России о коллективных трудовых спорах и забастовках: проблемы и направления совершенствования // Юристы за трудовые права — информационный бюллетень. №85, 2012. С. 25-37.

136 В качестве исключения можно назвать просьбы в отношении России о принятии комплексного закона о запрете торговли людьми как одной из мер, направленных на искоренение принудительного труда. См.: International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 254.

137 См. об этом: Лушников А.М. Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения. Материалы Пятой международной научно-практической конференции. С. 14–15; Гусов К.Н. Единство и дифференциация трудового права: некоторые вопросы // Там же. С. 31–36; Куренной А.М. Дифференциация или дискриминация? // Там же. С. 47–50; Зайцева О.Б. Влияние отдельных объективных факторов дифференциации на трудовую правосубъектность работника // Там же. С. 69; Саликова Н.М. Проблемы соотношения дифференциации и дискриминации в оплате труда // Там же. С. 92–97; Давулис Т. Право Европейского Сообщества как вызов принципу дифференциации в трудовом праве Литвы // Там же. С. 97–105; Байков А.М. Проблемы дифференциации правового регулирования труда в Латвии // Там же. С. 106–112; Лютов Н.Л. Дискриминация и дифференциация в трудовом праве: сравнительно-правовой аспект // Там же. С. 112–118; Гвоздицких А.В. Некоторые проблемы

А) Запрет определенных профессий для женщин. Комитет экспертов и Комитет Конференции по применению конвенций и рекомендаций неоднократно обращались к Правительству России с просьбой изменить ст. 253 ТК РФ, ограничивающую применение труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и опасными условиями труда, а также Перечень, тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утвержденный Постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. №162¹³⁸. Контрольные органы МОТ обращали внимание Правительства на то, что соответствующие нормы не должны выходить за рамки защиты репродуктивного здоровья женщин и основываться на стереотипных представлениях о роли женщин в обществе¹³⁹. Очевидно, что данные правовые нормы принимались с целью защиты женского здоровья. Однако многие женщины воспринимают данные нормы как дискриминационные, поскольку существенное количество профессий, которых касается Перечень №162, в равной степени вредны для мужского и женского здоровья, а право на труд ограничивается только в отношении женщин. В связи с этим значимый общественный резонанс¹⁴⁰ имело дело, рассмотренное в 2009 г. Верховным Судом РФ по заявлению истицы А.Ю. Клевец, просившей отменить запрет для женщин выполнять работу машиниста и помощника машиниста электропоезда, установленный Перечнем №162, как противоречащий Конвенции МОТ 1958 г. о дискриминации в области труда и занятий (№111). Верховный Суд отказал в иске¹⁴¹, ссылаясь на общую вредность данной профессии, без каких-либо ссылок на то, что эта работа вреднее для женщин, чем для мужчин. Таким образом, аргументация МОТ судом в расчет взята не была.

Б) Бремя доказывания дискриминации. По сравнению с подходом МОТ, существенно более фундаментальные расхождения в толковании норм о запрете дискриминации в сфере труда существуют между внутренним российским законодательством и позициями Европейского комитета по социальным правам¹⁴². Процедура коллективных жалоб в отношении

реализации запрета дискриминации в сфере труда // Там же. С. 118–125.

138 СЗ РФ, 06.03.2000, № 10, ст. 1130.

139 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 464.

140 См. об этом: Новгородцев Д. Таких не берут в машинисты // Взгляд, 2.03.2009 г. <http://vz.ru/society/2009/3/2/261218.html>.

141 Решение Верховного Суда РФ от 02.03.2009 г. №ГКПИ09-36 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании недействующим в части пункта 374 раздела XXX Перечня тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утв. Постановлением Правительства РФ от 25.02.2000 №162» // Не опубликовано, цит. по СПС «Консультант-плюс».

142 П. 3 ст. 4, ст. 15 п. 5 ст. 19, ст. 20, 27 Европейской социальной хартии.

соблюдения Россией норм Хартии неприменима¹⁴³, однако есть все основания ожидать критических заключений Комитета после рассмотрения им доклада России о соблюдении Хартии. Один из самых важных и противоречивых аспектов антидискриминационного законодательства — вопрос о доказывании дискриминации. В соответствии со ст. 56 Гражданского процессуального кодекса РФ¹⁴⁴ предусматривается обязанность каждой из сторон судебного разбирательства доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается¹⁴⁵. Это означает, что лицо, считающее, что оно подверглось дискриминации в сфере труда, будет обязано доказывать этот факт в суде. На практике это сделать очень сложно, в связи с чем дела о дискриминации выигрываются российскими работниками в судах очень редко, в отличие от подавляющего большинства других трудовых споров. Даже в очевидных случаях дискриминации добиться справедливости работникам оказывается очень затруднительно¹⁴⁶.

В решениях и заключениях Европейского комитета по социальным правам указывается¹⁴⁷, что национальное законодательство стран — участниц Хартии должно предусматривать смягчение бремени доказывания для истца по делам о дискриминации. В других делах прямо указывается, что бремя доказывания должно быть для истца не просто «облегчено», а перенесено на ответчика¹⁴⁸. Контрольные органы МОТ уже обращались с просьбой по облегчению доказывания фактов дискриминации в адрес Правительства России, но не получили ответа¹⁴⁹. Правило о доказывании, закрепленное в ст. 56 ГПК РФ не предусматривает каких-либо облегчений для истцов по делам, связанным с дискриминацией. При этом следует понимать, что проблема доказывания дискриминации — вопрос очень неоднозначной. С

143 См. Большева А.А. и др. Использование международных механизмов для защиты трудовых и профсоюзных прав. М., 2012. С. 28-38.

144 СЗ РФ, 18.11.2002, №46, ст. 4532.

145 Подробнее о доказывании факта дискриминации в сфере труда см.: Лукьянова И.Н. Доказывание в делах о дискриминации в сфере труда в Российской Федерации // Дискриминация в сфере труда: теория и практика. Научно-практический сборник. М., 2008. С. 192–267; Гвоздицких А.В. Рекомендации по процессуальной работе представителя в делах о дискриминации в трудовых отношениях. М., 2008. С. 35–42.

146 В среде правозащитников большой резонанс имело так называемое «дело Ступко» (см. Апелляционное решение Ленинского районного суда г. Воронежа от 28 января 2008 г. Дело № 11-27/08), в котором работнику изначально отказали в иске, несмотря на наличие письменного отказа работодателя принять его на работу бухгалтером, как неподходящего «по возрастному признаку».

147 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2002. P. 24; Syndicat Sud Travail et Affaires Sociales v. France, Complaint N 24/2004, Decision on the merits of 16 November 2005, § 33.

148 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2004. P. 495; Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIII-5. P. 272–276.

149 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 496.

одной стороны, нынешняя ситуация, когда истцам лишь в исключительных случаях удается успешно доказывать в российских судах факт дискриминации в сфере труда, не может быть признана удовлетворительной. С другой стороны, если принять распространенный в США и ЕС¹⁵⁰ подход (полный перенос бремени доказывания дискриминации на ответчика), эта ситуация отменяет презумпцию невиновности по делам, которые могут иметь самые серьезные правовые последствия для лица, обвиняющегося в осуществлении дискриминации.

В) Запрет косвенной дискриминации. Другой важный аспект запрета дискриминации затронут в одном из заключений Европейского комитета по социальным правам, касающихся Австрии¹⁵¹. Как указывается в заключении, *законодательство должно запрещать как прямую, так и косвенную дискриминацию*. Причем под косвенной дискриминацией понимаются «меры или практика, идентично применяемые ко всем, однако без законной цели непропорционально затрагивающие интересы лиц, имеющих определенные религиозные верования, определенный вид инвалидности, определенный возраст, определенную сексуальную ориентацию, определенные политические убеждения, определенное этническое происхождение и т. п.»¹⁵². Аналогичные просьбы поступали в отношении России и со стороны Комитета Конференции и Комитета экспертов¹⁵³. Во внутреннем российском законодательстве есть только упоминание о запрете на «... прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора»¹⁵⁴. Данный запрет, во-первых, касается только момента заключения трудового договора и не распространяется на дальнейшую работу, и, во-вторых, в законе не разъясняется, что, собственно, следует понимать под прямыми или косвенными действиями работодателя. Соответственно, насколько нам известно, случаи признания фактов косвенной дискриминации в сфере труда в российской судебной практике отсутствуют.

На уровне общественных организаций в настоящее время ведутся дискуссии¹⁵⁵ по поводу принятия комплексного антидискриминационного

150 Например, согласно ст. 19 Директивы ЕС 2006/54/ЕС бремя доказывания отсутствия дискриминации (и прямой, и косвенной), кроме случаев уголовно-правовых составов, возлагается на ответчика.

151 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XVIII-I. P. 29.

152 Council of Europe. Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights, 2008. P. 21.

153 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 496.

154 Ч. 2 ст. 64 ТК РФ.

155 Этот вопрос, например, был предметом детального обсуждения на Круглом столе на тему «Перспективы развития российского законодательства в свете борьбы с дискриминаци-

закона, выходящего за рамки отношений в сфере труда, где проблемы доказывания и косвенной дискриминации нашли бы свое отражение. Однако в настоящее время никаких практических шагов к этому на государственном уровне не предпринимается.

Г) Запрет виктимизации. Среди других элементов антидискриминационного законодательства, специально упоминающихся¹⁵⁶ Европейского комитета по социальным правам в связи с п. 2 ст. 1 Хартии, следует отметить необходимость *защиты от виктимизации, т.е. увольнения или иных репрессивных действий работодателя в отношении работников, которые подали жалобу или иск в отношении работодателя*. В другом деле Комитет отмечает, что работники, которые пытаются отстаивать свое право на равное обращение, должны быть защищены не только от увольнения, но и от понижения в должности, изменения условий труда и т.д.¹⁵⁷ Как указывает Комитет¹⁵⁸, законодательство должно содержать прямое указание о запрете увольнения работников в качестве мести работодателя. Российские правозащитники отмечают, что наиболее распространенная причина дискриминации российских работников — это попытка защищать свои права¹⁵⁹. И в этом отношении, к сожалению, приходится констатировать не только слабость российского законодательства, но и тенденцию по ухудшению уже сложившейся системы защиты. Среди последних изменений законодательства такого рода следует отметить изменение ст. 25 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»¹⁶⁰, принятое в июле 2010 г.¹⁶¹ после Определения Конституционного Суда, принятого в ноябре 2009 г.,¹⁶² о неконституционности ст. 374 ТК РФ в связи с тем, что она якобы ограничивает предпринимательские права¹⁶³. В нынешней редакции Закона вместо дополнительных гарантий,

ей», организованном АНО «Юристы за конституционные права и свободы» 10 июня 2010 г. и в рамках ряда других мероприятий.

156 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XVI-1. P. 313.

157 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIII-5. P. 272–276.

158 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, Conclusions 2005, Estonia, pp. 205-210.

159 Право иметь права // <http://trudprava.ru/index.php?id=1856>.

160 СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148.

161 Федеральный закон от 1 июля 2010 г. № 146-ФЗ «О внесении изменений в ст. 25 Федерального закона “О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности”» // СЗ РФ. 2010. № 27. Ст. 3430.

162 Определение Конституционного Суда РФ от 3 ноября 2009 г. № 1369-0-п «По жалобе открытого акционерного общества “Судостроительный завод «Лотос»” на нарушение конституционных прав и свобод положением ч. 1 ст. 374 ТК РФ» // СЗ РФ. 2009. № 50. Ст. 6146.

163 Проблема коллизии права на объединение и права на осуществление предпринимательской деятельности рассматривалась в рамках государств ЕС. При этом законными признавались существенно большие ограничения предпринимательских свобод. См. об этом подробнее гл. 5 далее.

направленных на обеспечение сохранности трудовых отношений с профсоюзными представителями,¹⁶⁴ вносится оговорка о том, что они не могут быть уволены помимо порядка, предусмотренного ТК РФ. Эта оговорка совершенно бессмысленна с практической точки зрения: *любые* работники не могут быть уволены помимо порядка, предусмотренного ТК РФ. Вряд ли кого-то может обмануть такая маскировка очередного урезания прав профсоюзов, сделанная под видом защиты конституционных прав человека. Хочется верить, что после соответствующих замечаний со стороны Комитета, которые наверняка будут сделаны после первого же доклада России по Хартии, чиновники хотя бы задумаются над изменением этой негативной тенденции.

Д) Эффективные средства защиты от дискриминации. По мнению Европейского комитета по социальным правам, «средства защиты, предоставляемые жертвам дискриминации, должны быть адекватными, обеспечивающими защиту и носящими сдерживающий от дальнейших нарушений характер»¹⁶⁵. Помимо прямой компенсации упущенного заработка за время вынужденного прогула, если речь идет об увольнении, лица, подвергшиеся дискриминации, могут рассчитывать на компенсацию морального вреда. Однако размеры этой компенсации, присуждаемые российскими судами, ни в коей мере не отвечают требованиям, о которых говорит Комитет. В качестве варианта решения этой проблемы на общественных слушаниях, которые состоялись 29 июля 2010 г. в Общественной палате РФ¹⁶⁶, было предложено заимствовать применяющуюся в США модель так называемых «*штрафных компенсаций*». Такая модель подразумевает компенсации в фиксированных размерах, установленных для различных видов нарушений трудовых прав и выплачиваемых при установлении судом факта нарушения трудовых прав (например, в случае незаконного увольнения взыскивается дополнительная штрафная компенсация в размере не менее 12 средних заработков).

Вопросы по поводу обеспечения эффективных механизмов защиты от дискриминации задавались России и в рамках МОТ. До принятия изменений в ТК РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. №90-ФЗ, в соответствии со ст. 3 ТК РФ работники имели также возможность обратиться в органы федеральной инспекции труда. В настоящее время в этой статье упоминается только суд, что вызвало вопросы в адрес Правительства РФ со стороны Комитета экспертов МОТ¹⁶⁷.

164 Указанные гарантии уже и до этого последовательно размывались в ходе предыдущих изменений данного Закона.

165 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2006. P. 29.

166 Проект Рекомендаций Общественной палаты РФ по итогам общественных слушаний на тему: «Реальность и эффективность защиты трудовых прав в России». Москва, 29 июля 2010 г. С. 4 (не опубликовано).

167 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations

Е) Дискриминация по признаку инвалидности. Применительно к ратифицированному Россией п. 2 ст. 15 Хартии, касающемуся трудовых прав инвалидов, Европейский комитет по социальным правам указывает, что в национальном законодательстве должен содержаться прямой запрет дискриминации по признаку инвалидности, а также запрет увольнений в связи с инвалидностью¹⁶⁸. Кроме того, на работодателя должны возлагаться обязанности по осуществлению так называемого «разумного приспособления» для обеспечения эффективного доступа инвалидов к занятости, в особенности тех лиц, которые стали инвалидами в результате производственной травмы или профессионального заболевания¹⁶⁹. В современном трудовом праве и праве социального обеспечения экономически и социально развитых стран понятие «разумное приспособление» (англ. — *reasonable accommodation*), понимается как обязательство внести определенные технические приспособления, позволяющие инвалиду на равных условиях с другими гражданами работать, учиться, пользоваться объектами социальной инфраструктуры¹⁷⁰. Неосуществление разумных приспособлений считается косвенной дискриминацией по критерию инвалидности. Право инвалидов на труд наравне с другими закреплено в качестве одного из ключевых прав инвалидов в п. 1 ст. 27 Конвенции ООН о правах инвалидов 2006 г.¹⁷¹, которую Россия недавно ратифицировала¹⁷². Согласно ратифицированной Россией Конвенции МОТ 1983 г. о профессиональной реабилитации и занятости инвалидов (№159)¹⁷³ государственная политика в области профессиональной реабилитации инвалидов должна быть основана на принципе равенства возможностей инвалидов и работников в целом. При этом соблюдается равенство обращения и возможностей для работников мужчин и женщин, являющихся инвалидами. Специальные позитивные меры, направленные на обеспечение подлинного равенства обращения и возможностей для инвалидов и других работников, не считаются дискриминационными в отношении других работников. Комитет экспертов, как и Европейский комитет по социальным

(2008) Individual Observation concerning Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) Russian Federation (ratification: 1961) Published: 2008. ILOLEX Document No. 062008RU51. <<http://www.ilo.org/ilolex/gbe/ceacr2008.htm>>.

168 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2003, Slovenia, p. 503.

169 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2007, Statement of Interpretation on Article 15§2, §10, p. 12.

170 См.: Waddington L., Hendrix A. The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination // The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 18, issue 4, 2002. P. 403-428.

171 См. русский текст на сайте ООН: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disability.shtml.

172 Федеральный закон от 03.05.2012 г. №46-ФЗ «О ратификации Конвенции о правах инвалидов» // 05.12.2011 г., №49 (ч. 5), ст. 7333.

173 Ст. 4 Конвенции МОТ №159.

правам исходит из того, что разумное приспособление — это неотъемлемая часть обеспечения права инвалидов на труд¹⁷⁴.

Во внутреннем российском законодательстве существует норма, закрепленная в ч. 1 ст. 23 Федерального закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» от 24 ноября 1995 г. №181-ФЗ¹⁷⁵, в которой говорится о том, что «Инвалидам, занятым в организациях независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, создаются необходимые условия труда в соответствии с индивидуальной программой реабилитации инвалида». Теоретически это правило и должно означать обязанность осуществлять разумные приспособления. Но формулировка этой нормы не дает ответа даже на элементарный вопрос о том, кем и за чей счет создаются «необходимые условия». Сама индивидуальная программа реабилитации инвалида¹⁷⁶ в части профессиональной адаптации составлена таким образом, что чиновник учреждения медико-социальной экспертизы совершенно свободен в определении типа профессиональной реабилитации, выбирая из таких форм как адаптация на прежнем рабочем месте; адаптация на прежнем рабочем месте с измененными условиями труда; получение новой профессии (специальности); подбор подходящего рабочего места; создание специального рабочего места и др. Таким образом, в законодательстве не установлен приоритет включения работников-инвалидов в обычную профессиональную среду по сравнению с созданием специализированных рабочих мест. Соответственно, и о реализации принципа разумного приспособления не только в практике, но даже на формальном уровне в законодательстве России, в настоящее время, к сожалению, нельзя.

Более того, в отличие от подавляющего большинства экономически развитых стран¹⁷⁷ и несмотря на закрепление этого права в ключевых международных актах, касающихся защиты инвалидов¹⁷⁸, внутреннее российское законодательство даже не содержит прямого указания на защиту от дискриминации по признаку инвалидности, что было предметом критики со стороны уполномоченного по правам человека еще в 2001 г.¹⁷⁹ Тем не менее, этот недостаток законодательства не устранен до сих пор.

174 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 624.

175 СЗ РФ 27.11.1995, № 48, ст. 4563.

176 Форма утверждена Приказом Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 4 августа 2008 г. № 379н // РФ, № 190, 10.09.2008.

177 См. об этом подробнее: О'Рейли А. Право людей с ограниченными возможностями на труд. Женева, МБТ, 2008. С. 37-62.

178 См. об этом подробнее: Жаворонков Р.Н. Сравнительно-правовой анализ федерального законодательства РФ в области реабилитации и социальной защиты инвалидов и Конвенции ООН о правах инвалидов. Научно-практическое пособие. М., 2009. С. 21-26.

179 Права и возможности инвалидов в Российской Федерации: Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. — М., 2001. С. 57.

Ж) Дискриминация по признаку возраста. Европейский комитет по социальным правам исходит из того, что увольнение работников в связи с достижением ими пенсионного возраста не должно признаваться обоснованным и следует признаваться в качестве дискриминационного¹⁸⁰. Данная проблема нашла свое отражение и в российском законодательстве и судебной практике. До 1992 г. в КЗоТ некоторое время существовало такое основание увольнения работников как достижение ими пенсионного возраста. В 1992 г. Постановлением Конституционного Суда РСФСР №2П-З от 04.02.1992¹⁸¹ данное основание было признано не соответствующим Конституции РСФСР и целому ряду международно-правовых актов, прежде всего, Конвенции МОТ 1958 г. о дискриминации в области труда и занятий (№111). Конституционный Суд РСФСР в своем постановлении указал, что «...согласно международно-правовым документам возрастной критерий при прекращении трудовых отношений, не обусловленный родом и особенностями выполняемой работы, носит дискриминационный характер и признается недопустимым». Однако в новом ТК РФ появилась норма, прямо противоречащая тому, что было указано в Постановлении Конституционного Суда. В ст. 59 ТК РФ предусматривается возможность по соглашению сторон¹⁸² заключить с пенсионером по возрасту срочный трудовой договор. Механизм облегчения заключения срочного трудового договора, по сути, можно считать тождественным облегчению увольнения работника. Вряд ли такое ограничение прав пожилых работников можно обосновать специфическими требованиями в отношении конкретной работы или особой защитой определенных категорий работников. Поэтому следует согласиться с К.Н. Гусовым в том, что такая норма не обусловлена практической необходимостью¹⁸³.

Конституционный Суд, как представляется, некорректно признал положения ТК РФ в данном вопросе соответствующими Конституции. В качестве аргументации в Определении Конституционного Суда от 15 мая 2007 г.¹⁸⁴ приводились следующие аргументы: во-первых, не все работники, достигшие пенсионного возраста, подпадают под действие этой статьи, а лишь те,

180 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2007, Statement of Interpretation on Article 24, General introduction.

181 Ведомости СНД и ВС РФ, 26.03.1992, №13, ст. 669.

182 В первоначальной редакции ст. 59 ТК РФ срочный трудовой договор с пенсионерами по возрасту был вообще предусмотрен императивно. Федеральный закон №90-ФЗ от 30 июня 2006 г. внес поправку о «соглашении сторон», которая суть этой нормы практически не изменила.

183 Гусов К.Н. Указ. соч. С. 31–36

184 Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. №378-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Амурского городского суда Хабаровского края о проверке конституционности положения статьи 59 Трудового кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ, № 6, 2007.

которые получили право на пенсию по старости. Соответственно, пенсионеры, в отличие от других работников, имеют гарантированный источник средств к существованию. С учетом крайне низкого размера пенсий по старости, в том числе, по отношению к заработной плате, вряд ли можно назвать этот аргумент состоятельным. Кроме того, наличие любого иного источника средств к существованию (например, наличие собственности, приносящей доход) не признается законом в качестве основания для заключения срочных трудовых договоров. Во-вторых, в определении говорится о том, что заключение срочного трудового договора обусловлено согласием сторон. О том, что такое согласие легко может быть навязано работнику, в Определении, к сожалению, ничего не говорится. В связи с этим вызывает поддержку особое мнение О.С. Хохряковой по данному решению, которая также нашла в данном вопросе аналогию с делом, рассмотренным Конституционным судом в 1992 г., а также несколькими другими и высказала свое несогласие с принятым в 2007 г. Определением¹⁸⁵.

Подобного рода проблемы законодательства не уникальны для мировой практики. Так, в немецком законодательстве правило, предусматривающее необходимость обоснования заключения срочного трудового договора (аналог российской ст. 59 ТК РФ) до декабря 2006 г. не распространялось в отношении работников старше 52 лет. Европейский Суд справедливости указал, что подобные нормы противоречат фундаментальному принципу запрета дискриминации, закрепленному в директивах ЕС¹⁸⁶.

З) Дискриминация лиц с семейными обязанностями. В декабре 2011 г. Конституционным Судом РФ было рассмотрено дело о несоответствии Конституции ч. 4 ст. 261 ТК РФ.¹⁸⁷ Несмотря на то, что основным предметом рассмотрения в данном деле было соответствие ТК РФ Конституции, истец обосновывал свои требования не только Конституцией, но и Конвенцией МОТ 1981 г. о равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями (№156), а суд, удовлетворяя часть требований истца, ссылаясь на практику Европейского суда по правам человека по делу «Веллер (Weller) против Венгрии» 2009 г.¹⁸⁸ Конституционный суд признал положение ч. 4 ст. 261 ТК РФ не соответствующим Конституции, «...в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования оно, запрещая увольнение по инициативе

185 Особое мнение Судьи Конституционного Суда Российской Федерации О.С. Хохряковой // Там же.

186 См. Barnard C. EC Employment Law. 3-d ed. Oxford University Press, 2006. P. 320.

187 Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2011 № 28-П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 261 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.Е. Остаева» // СЗ РФ, 26.12.2011 г., №52, ст. 7639.

188 П. 5.1 Постановления.

работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей указанного возраста без матери, исключает возможность пользоваться этой гарантией отцу, являющемуся единственным кормильцем в многодетной семье, воспитывающей малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, где мать в трудовых отношениях не состоит и занимается уходом за детьми».

Таким образом, можно утверждать, что в этом деле был зафиксирован факт несоответствия законодательства РФ, в том числе, актам толкования международных договоров в сфере труда. Это один из очень немногих примеров такого рода констатации со стороны высших судебных органов РФ.

Еще более интересно это дело выглядит на фоне практически аналогичного дела, рассмотренного Конституционным Судом РФ в отношении военнослужащего — мужчины. В январе 2009 г. Суд принял отказное Определение¹⁸⁹ в отношении жалобы военнослужащего К.А. Маркина — одинокого отца, воспитывавшего троих детей, который не смог получить отпуск по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет, полагающийся в таких ситуациях женщинам. То есть в данном случае рассматривалась строго аналогичная предыдущему делу ситуация, но в отношении лица, на которое не распространяются нормы ТК РФ. Маркин просил Суд признать не соответствующими Конституции соответствующие нормы Федерального закона «О статусе военнослужащих»¹⁹⁰ и Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей»¹⁹¹, не предоставляющие ему такой возможности наравне с женщинами. Отказывая заявителю, Конституционный суд прямо сослался на п.2 ст.1 Конвенции МОТ №111, предусматривающий, что «не считаются дискриминацией различия, исключения или предпочтения в области труда и занятий, основанные на специфических (квалификационных) требованиях, связанных с определенной работой». Суд указал, что «Поскольку военная служба в силу предъявляемых к ней специфических требований исключает возможность массового неисполнения военнослужащими своих служебных обязанностей без ущерба для охраняемых законом публичных интересов, отсутствие у военнослужащих мужского пола, проходящих службу по контракту, права на отпуск по уходу

189 Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 г. №187-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 13 и 15 Федерального закона "О государственных пособиях гражданам, имеющим детей", статей 10 и 11 Федерального закона "О статусе военнослужащих", статьи 32 Положения о порядке прохождения военной службы и пунктов 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей» // Не опубликовано. Цит. по СПС «КонсультантПлюс».

190 П. 9 ст. 10 и п. 13 ст. 11 Федерального закона от 27 мая 1998 г. №76-ФЗ «О статусе военнослужащих» // СЗ РФ, 01.06.1998 г., №22, ст. 2331.

191 Абзацы 2 и 7 ч. 1 ст. 13, абз. 2 и 3 ч. 1 ст. 15 Федерального закона от 19 мая 1995 г. №81-ФЗ «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» // СЗ РФ, 22.05.1995 г., №21, ст. 1929.

за ребенком не может рассматриваться как нарушение их конституционных прав и свобод, в том числе гарантированного статьей 38 (часть 2) Конституции... Кроме того, данное ограничение согласуется с добровольным характером заключения контракта о прохождении военной службы»¹⁹².

После этого Определения заявитель обратился за защитой своих прав в Европейский суд по правам человека. В марте 2012 г. Большая Палата ЕСПЧ приняла решение в пользу Маркина¹⁹³. Правительство РФ, возражая против требований Маркина в ЕСПЧ, дополнило аргументацию Конституционного Суда ссылками на то, что при предоставлении права на отпуск в таких ситуациях только женщинам, имеет место «позитивная дискриминация», обусловленная особой защитой государства в отношении данной категории лиц. В ответ на это ЕСПЧ выразил согласие с заявителем, «...что такое различие имеет следствием сохранение гендерных стереотипов и не предоставляет никаких преимуществ ни для карьеры женщин, ни для семейной жизни мужчин»¹⁹⁴. ЕСПЧ также указал, что «...существуют иные средства достижения правомерной цели защиты национальной безопасности кроме предоставления права на отпуск по уходу за ребенком военнослужащим-женщинам и лишения этого права всех военнослужащих-мужчин»¹⁹⁵. Рассматривая ссылку Конституционного суда на Конвенцию МОТ №111, ЕСПЧ отметил, что должность истца на время отпуска могла быть замещена другим военнослужащим — мужчиной или женщиной. При этом, «важно, что аналогичные должности в части, в которой служил заявитель, часто занимали женщины, и что его самого часто замещали военнослужащие — женщины»¹⁹⁶. Как видно из этого примера, международные судебные органы толкуют международные нормы о защите от дискриминации существенно шире, чем российские суды.

С делами Остаева и Маркина самым непосредственным образом связано еще одно дело, рассмотренное Конституционным Судом в ноябре 2011 г.¹⁹⁷ В данном деле рассматривалась та же ч. 4 ст. 261 ТК РФ, но не с точки зрения ее собственной неконституционности, а с точки зрения противоречия Конституции неприменения ее к служебным отношениям государственных гражданских служащих. Делая прямые ссылки, в том числе, на

192 П. 2.2 Определения Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 г. №187-О-О.

193 Konstantin Markin v. Russia [GC], Case no. 30078/06, 15.03.2012. См. русский текст Постановления: Информационный бюллетень Ассоциации «Юристы за трудовые права», №87, 2012. С. 23-36. http://lpa.ru/files/Bulleten.2012/bulleten_87_fin.pdf.

194 П. 44 Постановления.

195 П. 50 Постановления.

196 П. 52.

197 Постановление Конституционного Суда РФ от 22.11.2011 г. №25-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 31, пункта 6 части 1 статьи 33 и статьи 37 Федерального закона "О государственной гражданской службе Российской Федерации" в связи с жалобой гражданки В.Ю. Боровик» // СЗ РФ, 05.12.2011 г., №49, ст. 7333.

международные акты (Конвенцию ООН о правах ребенка 1989 г.) Суд пришел к выводу о том, что неприменение защиты от увольнения в отношении одиноких матерей, воспитывающих детей до 14 лет, к государственным гражданским служащим, нарушает принцип равенства этой категории лиц по сравнению с работниками по трудовым договорам, на которых распространяется соответствующая гарантия.

Тем не менее, два судьи не согласились с таким решением и высказали особые мнения. Судья К. В. Арановский мотивировал свое несогласие тем, что государственные гражданские служащие имеют целый ряд привилегий по сравнению с работниками по трудовому договору. Наличие таких привилегий подразумевает возможность и определенных ограничений. Поэтому автоматическое распространение всех гарантий, полагающихся работникам по трудовому договору, на государственных служащих, может «...больше нарастить привилегии служебного положения в неравенстве с другими трудящимися и вопреки действующим правовым установлениям»¹⁹⁸. Привилегированный статус государственных гражданских служащих в современных российских условиях — это действительно серьезная проблема. Поэтому аргументация К. В. Арановского заслуживает если не безоговорочной поддержки, то, по крайней мере, пристального внимания и анализа.

Судья С. Д. Князев мотивировал свое особое мнение, в основном, тем, что особая забота государства о лицах с семейными обязанностями не должна перекладываться государством на плечи работодателя¹⁹⁹. Эта аргументация не представляется убедительной: сам Конституционный Суд никогда не признавал дополнительные гарантии в отношении лиц с семейными обязанностями ограничением предпринимательских прав работодателя. В этой части никто ч. 4 ст. 261 ТК РФ не оспаривал. А в случае с государственными гражданскими служащими эта аргументация вообще теряет свои основания, поскольку нанимателем в данном случае выступает государственный орган. Следовательно, говорить о перекладывании заботы с плеч государства на работодателя в данном случае никак нельзя.

Три приведенных дела свидетельствуют о крайней сложности и неоднозначности проблемы дискриминации, которая проявляется и на международном уровне, и внутри России.

3. ЗАРАБОТНАЯ ПЛАТА.

А) Минимальный размер оплаты труда. В ст. 7 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.,

198 Особое мнение Судьи Конституционного Суда Российской Федерации К. В. Арановского, п. 2. // Там же.

199 Особое мнение Судьи Конституционного Суда Российской Федерации С. Д. Князева // Там же.

ратифицированного Россией, предусмотрено, помимо прочего, право работников на заработную плату, обеспечивающую «удовлетворительное существование для них самих и их семей». Термин «удовлетворительное существование», очевидно, имеет оценочный характер. Тем не менее, это не означает, что нет никаких указаний, на что ориентироваться в данном случае. Прежде всего, следует отметить, что в аутентичном тексте Пакта используется термин не «удовлетворительное» (англ. — *satisfactory*), а «достойное» (англ. — *decent*)²⁰⁰. Это очень важно, потому что то же самое слово (*decent*) использовано в п. 1 ст. 4 Европейской социальной хартии, касающейся того же самого вопроса. Эту норму Хартии Российская Федерация отказалась ратифицировать, очевидно, опасаясь, что ее выполнение повлечет за собой «излишние» расходы для государственного бюджета.

Можно ли говорить о том, что внутреннее российское законодательство соответствует требованиям ратифицированного ею Пакта 1966 г. по данному вопросу? В настоящее время минимальный размер оплаты труда составляет 4611 рублей²⁰¹, причем еще при принятии ТК РФ в 2001 г. в его тексте было отмечено²⁰², что он не должен быть ниже прожиточного минимума, составляющего, на третий квартал 2011 г., 6072 рубля²⁰³. Однако неспециалиста в трудовом праве ч. 1 ст. 133 ТК РФ может лишь ввести в заблуждение, поскольку в самом конце Кодекса, в ст. 421 ТК РФ, указывается, что эта норма вводится отдельным (несуществующим) федеральным законом, т.е. не действует. Принята она исключительно из декларативных политических соображений и минимальный размер оплаты труда в России может быть даже нищенского прожиточного минимума, установленного в законодательстве.

Нельзя всерьез говорить о том, что МРОТ может обеспечить достойное существование работника и, тем более, его семьи. В настоящее время МРОТ более чем в четыре раза ниже средней заработной платы по стране, составляющей по состоянию на ноябрь 2011 г. 24310 рублей²⁰⁴.

Очевидно, что бедность — понятие относительное и зависящее не только от конкретных денежных сумм, которыми располагает человек, но и от уровня цен и доходов в государстве. В связи с этим бедность в странах ЕС

200 В Полном англо-русском юридическом словаре, составленном А. С. Мамуляном и С. Ю. Кашкиным (М., 2006, С. 223) слово “decent” переводится следующим образом: «приличный, благопристойный; порядочный; достаточный; изрядный».

201 Ст. 1 Федерального закона «О минимальном размере оплаты труда» в ред. ФЗ от 1.06.2011 г. №106-ФЗ // СЗ РФ, 06.06.2011 г., №23, ст. 3246.

202 Ч. 1 ст. 133 ТК РФ.

203 Постановление Правительства РФ от 21.12.2011 г. №1068 «Об установлении величины прожиточного минимума на душу населения и по основным социально-демографическим группам населения в целом по Российской Федерации за III квартал 2011 г.» // СЗ РФ, 02.01.2012 г., №1, ст. 113.

204 Сайт Федеральной службы государственной статистики. Уровень жизни населения. http://www.gks.ru/bgd/free/B11_00/lssWWW.exe/Stg/dk11/6-0.htm.

принято исчислять исходя из средней заработной платы²⁰⁵. Европейский комитет по социальным правам, толкуя п. 1 ст. 4 Европейской социальной хартии, исходит из того, что уровнем бедности следует считать величину, равную 50% от средней заработной платы в стране²⁰⁶. Заработной платой, обеспечивающей достойный уровень существования, согласно п. 1 ст. 4 Хартии этот Комитет считает, в качестве общего правила, зарплаток, который составляет не менее 60% от средней заработной платы по стране — с учетом детальной информации о стоимости жизни в соответствующей стране. Но ни при каких обстоятельствах не признается соответствующим п. 1 ст. 4 Хартии минимальный размер оплаты труда, составляющий менее 50% от средней заработной платы по стране²⁰⁷.

Поскольку в Пакте 1966 г. и в Хартии использованы дословно одни и те же термины, представляется вполне корректным использовать толкование Европейского комитета по социальным правам и в отношении положений Пакта 1966 г., в отношении которого у России имеются прямые юридические обязательства. Аргументация о том, что Россия экономически не готова к закреплению таких обязательств, несостоятельна не только юридически (речь идет о приведении внутреннего законодательства в соответствие с уже действующим в отношении России международным договором согласно ч. 4 ст. 15 Конституции), но и экономически. Экономически эти доводы не вполне корректны по той причине, что приведение минимального размера оплаты труда в соответствие с международными стандартами направлено, в первую очередь, не на общее увеличение заработной платы в стране, а на снижение недопустимо высокого разрыва между богатыми и бедными гражданами²⁰⁸, который в настоящее время больше в России чем у всех без исключения стран, входящих в ОЭСР²⁰⁹. Дополнительные расходы государственного бюджета в данном случае могут быть получены за счет прогрессивной шкалы налогообложения доходов, налогообложения

205 Статистическое ведомство ЕС «Евростат» определяет национальный уровень бедности как 60% и менее от медианного дохода взрослого человека. См. Официальный сайт «Евростат»: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-18012010-AP/EN/3-18012010-AP-EN.PDF.

206 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Statement of Interpretation on Article 4§1, pp. 50-52.

207 Council of Europe. Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights, 2008. P. 43.

208 По так называемому «коэффициенту Джини». См. объяснение его применения на сайте Всемирного банка: World Bank. Measuring Inequality: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTPOVERTY/EXTPA/O,,contentMDK:20238991~menuPK:492138~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:430367,00.html>.

209 Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD). OECD Reviews of Labour Market and Social Policies: Russian Federation. OECD Publishing, Paris. 2011. http://www.oecd.org/vgn/images/portal/cit_731/61/62/49176827Fig%203.1.png. Fig. 3.1. О проблемах роста неравенства доходов в глобальном масштабе см. также исследование ОЭСР: OECD. Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising. OECD Publishing, Paris, 2011.

собственности и иных финансовых мер, направленных на обеспечение большей социальной справедливости.

Таким образом, если ориентироваться на подход Совета Европы, российский МРОТ должен быть (в цифрах на ноябрь 2011 г.) не менее 14586 рублей (60% средней заработной платы) или, по крайней мере, 12155 рублей (50%). Контраст с применяющимся минимумом, равным 4611 рублей, производит тяжелое впечатление. Даже если игнорировать толкование Европейского комитета по социальным правам, и исходить из того, что прожиточный минимум обеспечивает достойное существование для работника и его семьи, хотя это явно не так, то минимальная заработная плата должна быть доведена хотя бы до этого уровня. Но и этого не делается уже более десяти лет. Какой бы оценкой ни пользоваться, очевидно, что положения ТК РФ в данном случае совершенно не соответствуют требованиям ст. 7 Пакта 1966 г. Примечательно, что крупнейшие профсоюзные объединения России, похоже, даже не ставят перед собой цели приведения МРОТ в соответствие с международными трудовыми стандартами. В Генеральном соглашении между социальными партнерами на 2011-2013 гг. содержится ни к чему не обязывающая формулировка о «проведении консультаций» в отношении доведения МРОТ до уровня, предусмотренного ч. 1 ст. 133 ТК РФ²¹⁰. О доведении МРОТ до уровня, обеспечивающего достойное существование, стороны даже не решаются упоминать.

Можно было бы говорить о том, что международные стандарты в области минимальной заработной платы формулируются только на международном уровне и на национальном уровне в других странах не реализуются, если бы не данные статистики. По данным Всемирного банка²¹¹, российский МРОТ меньше всех без исключения²¹² стран, входящих в ЕС. Следует отметить, что ВБ рассчитывал МРОТ разных стран в отношении 19-летнего работника или ученика (в долларах США в месяц). Российский же МРОТ не включает в себя требования о том, что он применяется только к неквалифицированному труду (хотя до 01.09.2007 г. такая оговорка

210 Ст. 2.2 Генерального соглашения между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2011 - 2013 годы // РГ, №11, 11.01.2011 г.

211 См.: World Bank, The International Finance Corporation. Doing Business Report, 2012. Doing Business in a More Transparent World, 2012. P. 141-147. <http://www.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB12-FullReport.pdf>.

212 Формально говоря, в ЕС есть государства, где МРОТ не установлен законодательно (например, в Швеции). Но в этих случаях он устанавливается в отраслевых социально-партнерских соглашениях, которые распространяются почти на всех работников и работодателей. Профсоюзы имеют очень мощные средства давления на работодателей, фактически принуждая тех принимать на себя соответствующие обязательства, а уровень зарплат весьма высок. Хорошим примером такой ситуации является спор по делу «Лаваль» (См. об этом подробнее: Лютов Н.Л. Конфликт между фундаментальными правами работников и предпринимателей в практике Европейского суда справедливости // Трудовое право, №12, 2008. С. 70-79).

содержалась в ч. 2 ст. 129 ТК РФ²¹³). Соответственно, по этому показателю отечественное законодательство «либеральнее» общего параметра, который оценивает ВБ.

При этом Россия отнюдь не беднее всех государств-членов ЕС. Валовой внутренний продукт (ВВП) на душу населения²¹⁴ России в номинальном выражении²¹⁵ на 2011 г. составлял 13235 долларов США. При этом МРОТ ее (139 долл.) оказался ниже румынского (222,9 долл.) и даже болгарского (167,2 долл.) при том, что ВВП Румынии составлял 8666 долл., а Болгарии — 7243, т.е. почти вдвое меньше российского. В странах ЕС, ВВП на душу населения которых сопоставим с российским, МРОТ в несколько раз выше, чем в России. В Латвии (ВВП — 10694 долл., т.е. существенно ниже, чем в России) МРОТ составляет 408,2 долл.; в Литве (ВВП — 12323 долл., т.е. также ниже) — 325,4 долл.; в Польше (ВВП — 13079 долл.) МРОТ составляет 386,2 долл.; в Эстонии (ВВП — 15272 долл.) МРОТ 389,9 долл.; в Хорватии (ВВП — 14523 долл.) МРОТ 534,2 долл. Европейский союз ориентируется на построение социально-ориентированной экономики, поэтому такой резкий контраст с российской системой, ориентированной последние десятилетия на примитивную эксплуатацию сырьевых ресурсов с одновременным произнесением политиками красивых и громких лозунгов, не должен удивлять. Но Россия «смогла» отстать по МРОТ даже от Китая (МРОТ — 182,5 долл.), ВВП которого хотя и составляет в абсолютных величинах огромную цифру из-за величины населения, в расчете на каждого жителя все еще в 2,5 раза меньше российского (5184 долл.). И это несмотря на то, что Китай «славится» своей ориентацией на интересы бизнеса и гибким трудовым законодательством²¹⁶, стимулирующим китайский экспорт за счет дешевого труда. Российский МРОТ ниже турецкого (550,6 долл.) почти в четыре раза при том, что турецкий ВВП (10106 долл.) существенно ниже российского. ВВП Ирана (6260 долл.) больше чем в 2 раза отстает от российского, но МРОТ (318,3 долл.) более чем в 2 раза превышает российский показатель.

213 Эта часть была исключена Федеральным законом от 20.04.2007 г. №54-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О минимальном размере оплаты труда" и другие законодательные акты Российской Федерации» (СЗ РФ, 23.04.2007 г., №17, ст. 1930). Э.Г. Тучкова предлагает, тем не менее, при оценке российского МРОТ все равно ориентироваться на изъятые из закона определения, поскольку иного в настоящее время не имеется. См. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. Под ред. К.Н. Гусова. 8-е изд. М., 2009. С. 334.

214 По данным Международного валютного фонда за 2011 г. См.: International Monetary Fund. World Economic Outlook Database. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2011/02/weodata/index.aspx>.

215 При сопоставлении уровня экономического развития корректнее сравнивать ВВП разных государств по паритету покупательной способности (ППС), учитывающим уровень цен в каждой стране, но в данном случае мы сопоставляем ВВП с номинальным МРОТ, поэтому правильное его сравнивать именно с номинальным ВВП на душу населения.

216 См. об этом, например: Hunter C., Lam L., Lin K. Employment Law in China. 2nd ed. Wolters Kluwer, 2008.

Россия по данному показателю контрастирует в худшую сторону даже с такими странами как ЮАР (МРОТ 543,1 долл. при ВВП 8342 долл.) и Парагвай, где МРОТ 191 долл., т.е. больше российского при ВВП, равном всего 2885 долл. Представляется, что приведенных примеров вполне достаточно, чтобы наглядно продемонстрировать совершенно неудовлетворительную ситуацию с МРОТ в России.

Противники повышения МРОТ, разумеется, могут апеллировать к тому, что «излишнее» повышение МРОТ чревато уходом экономики «в тень». На самом деле, ситуация прямо противоположная. Нынешний МРОТ, который в подавляющем большинстве случаев не соответствует реальности на рынке труда, позволяет недобросовестным работодателям оформлять трудовые договоры с оплатой, равной МРОТ, а остальную часть платить работникам в «конверте». При этом страдают не только работники, права которых фактически оказываются защищенными только в отношении суммы, указанной в договоре, но и государство, не получающее налоговых платежей.

Б) Соотношение должностного оклада и премии. Еще одна серьезная проблема, связанная с правовым регулированием оплаты труда в российском законодательстве связана с тем, что в законе никак не регулируется вопрос о соотношении размера должностного оклада и премиальных выплат. На практике это нередко приводит к тому, что большая часть заработной платы оформляется в качестве «премии», выплачиваемой за особые заслуги, хотя на самом деле является обычной заработной платой. Такие «премии» хотя и включаются в понятие заработной платы, могут выплачиваться на существенно более жестких по отношению к работнику условиях. Работодатель получает возможность лишать такой «премии» работников практически по собственному усмотрению. В близкой по сути ситуации, имевшей место в Венесуэле (там премиальные выплаты и официально не включались в понятие заработной платы), Комитет экспертов МОТ отметил²¹⁷, что «...само понятие заработной платы в таком случае теряет всякий смысл».

4. РАБОЧЕЕ ВРЕМЯ.

А) Общая продолжительность. Согласно п.1 ст.2 Европейской социальной хартии, участвующие в ней государства обязуются установить «разумную продолжительность рабочего дня и рабочей недели». Поскольку в самой Хартии не говорится о том, что следует понимать под «разумной продолжительностью», разъяснения на этот счет даются Европейским

217 Report of the Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations set up to examine the representation under article 24 of the Constitution alleging non-observance by Venezuela of Convention No. 95, March 1997, GB.268/14/9, Para. 38, P. 20.

комитетом по социальным правам. Как указывает Комитет, установление экстремально продолжительного рабочего времени, например, до 16 часов в течение каких-либо суток²¹⁸ или, при некоторых условиях, более 60 часов в неделю²¹⁹, не могут считаться разумной продолжительностью и, следовательно, находится в противоречии с Хартией. В отношении дневной продолжительности рабочего времени никакого общего²²⁰ ограничения, касающегося любых работников, во внутреннем российском законодательстве не содержится. Следовательно, законодательство не запрещает устанавливать рабочую смену любой продолжительности. Поэтому на практике широко распространены такие формы труда, как суточные дежурства, например, медицинских работников, охранников и других категорий работников, что противоречит толкованию Хартии, осуществляемому Комитетом. Недельная продолжительность рабочего времени может быть существенно увеличена по сравнению с установленной законом²²¹ нормальной продолжительностью, равной 40 часам, если работник «эпизодически» привлекается к работе за ее пределами, будучи нанятым в режиме ненормированного рабочего дня²²². Нигде в законодательстве не говорится, что такая «ненормированная» продолжительность не может превышать и 60 часов в неделю²²³, что также противоречит Хартии.

Б) Привлечение к сверхурочной работе. В связи с соответствием внутреннего российского законодательства международным стандартам в отношении рабочего времени важно иметь в виду и указание Комитета о том, что привлечение к сверхурочной работе не должно оставаться исключительно на усмотрение работодателя и работника²²⁴. В ч. 4 ст. 99 ТК РФ содержится указание на то, что в случаях, не рассматриваемых в качестве особых оснований для привлечения к сверхурочной работе, перечисленных в этой же статье, привлечение к сверхурочной работе допускается с письменного согласия работника и с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации. Механизм учета мнения выборного органа первичной

218 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Norway, P. 578.

219 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Netherlands, P. 535-536.

220 Исключения из этого правила устанавливаются лишь для отдельных категорий работников, согласно ст. 94 ТК РФ.

221 Ч. 2 ст. 91 ТК РФ.

222 Ст. 101 ТК РФ.

223 Подробнее об этом см. в отношении соответствия российского законодательства положениям Рекомендации МОТ №116 — ниже.

224 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Statement of Interpretation on Article 2§1, P. 32.

профсоюзной организации²²⁵ не позволяет профсоюзу заблокировать соответствующее решение работодателя. Если же в организации отсутствует первичная профсоюзная организация, что имеет место в большинстве случаев, привлечение к сверхурочной работе осуществляется исключительно по согласию сторон, т.е. без каких-либо внешних ограничений, как это требует Комитет.

В прессе вызвали большой резонанс предложения РСПП по модификации ТК РФ, сделанные в конце 2010 г. Среди прочего, там предлагается внести следующее дополнение в ст. 97 ТК РФ: «По просьбе работника и на основании его письменного заявления работодатель может разрешить работнику работу по той же профессии, специальности или должности за пределами нормальной продолжительности рабочего времени без оформления внутреннего совместительства. При этом общая продолжительность рабочего времени не может превышать 60 часов в неделю и двенадцати часов в день. Такая работа не является сверхурочной и оплачивается в размере, установленном в трудовом договоре»²²⁶. Помимо очевидной юридической безграмотности текста обращает на себя внимание и явное противоречие данного предложения международно-правовым подходам, высказываемым как Европейским комитетом по социальным правам — в части невозможности самовольного увеличения сторонами трудового договора продолжительности рабочего времени за пределы нормальной, так и МОТ — в части исключения работы, выполняемой сверх нормальной продолжительности, из числа сверхурочных²²⁷.

5. ПРЕКРАЩЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА.

А) Предупреждение об увольнении. В п. 4 ст. 4 Европейской социальной хартии, ратифицированной Россией, указывается, что государства участники обязуются «признать за всеми трудящимися право на получение в разумные сроки заблаговременного уведомления о прекращении их работы по найму». В Приложении²²⁸ к Хартии делается оговорка, что данное положение не применяется к немедленному увольнению в случае серьезного проступка. Как указывает Европейский комитет по социальным правам, данное требование применяется ко всем основаниям прекращения трудового договора (за исключением дисциплинарных), таким, например, как банкротство, прекращение деятельности или смерть работодателя²²⁹.

225 Ст. 372 ТК РФ.

226 Предложения Комитета РСПП по рынку труда и кадровым стратегиям (сравнительная таблица): <http://media.rspp.ru/document/1/6/0/60f84b0150ec5bbd3cb74670d1c94264.pdf>.

227 Об этом говорится в Рекомендации МОТ №116, см. гл. 4 ниже.

228 Ч. II Приложения к Европейской социальной хартии.

229 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Spain, P. 684.

Комитет исходит из того, что при установлении в национальном законодательстве конкретных сроков предупреждения следует руководствоваться стажем работы у данного работодателя в качестве основного критерия установления срока предупреждения²³⁰.

Кроме того, Комитет, не указывая, какие конкретно сроки предупреждения соответствуют требованиям Хартии, при рассмотрении ряда отдельных дел предложил руководствоваться тем, что следующие сроки предупреждения *не* соответствуют требованию п. 4 ст. 4:

- одна неделя при стаже менее шести месяцев²³¹;
- две недели при стаже более шести месяцев²³²;
- менее одного месяца при стаже более одного года²³³;
- тридцать дней при стаже не менее пяти лет²³⁴;
- шесть недель при стаже от пяти до пятнадцати лет²³⁵;
- восемь недель при стаже более пятнадцати лет²³⁶.

В дополнение к этому, работнику должно предоставляться освобождение от работы для поиска новой работы в течение срока предупреждения об увольнении²³⁷.

Российское законодательство предусматривает предупреждение работников об увольнении лишь при отдельных основаниях увольнения, а именно: при ликвидации организации, сокращении численности или штата работников (за два месяца)²³⁸, для трудовых договоров, заключенных на срок до двух месяцев, — за три календарных дня²³⁹, для сезонных работников — за семь календарных дней²⁴⁰, в связи с окончанием срока действия срочного трудового договора (за три дня)²⁴¹, в случае неудовлетворительного прохождения испытания (за три дня)²⁴², при увольнении работника совместителя в случае приема на работу лица, для которого данная работа будет основной (за две недели)²⁴³. При этом сроки предупреждения об

230 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIII-3, Portugal, P. 267.

231 Ibid.

232 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XVI-2, Poland, P. 616.

233 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Spain, P. 684.

234 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2003, Bulgaria, P. 41.

235 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Ireland, P. 398

236 Ibid.

237 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIII-1, Greece, p.124; Conclusions XIII-3, Greece, p. 220.

238 Ч. 2 ст. 180 ТК РФ.

239 Ч. 2 ст. 292 ТК РФ.

240 Ч. 2 ст. 296 ТК РФ.

241 Ч. 1 ст. 79 ТК РФ.

242 Ч. 1 ст. 71 ТК РФ.

243 Ст. 288 ТК РФ.

увольнении работников, работающих у работодателей-физических лиц²⁴⁴, и работников религиозных организаций — по основаниям, предусмотренным трудовым договором²⁴⁵, определяются трудовым договором.

При сопоставлении национального законодательства России с требованиями Хартии становится очевидно, что в большом количестве ситуаций российское законодательство не соответствует п. 4 ст. 4 Хартии в трактовке Комитета. Во-первых, в отношении большинства оснований увольнения работника, не относящихся к дисциплинарным, предупреждение работника вообще не требуется. Во-вторых, законодательство России не учитывает стажа работы у данного работодателя в качестве критерия, определяющего продолжительность предупреждения об увольнении. В-третьих, в тех случаях, когда предупреждение работника требуется, даже самый длительный срок предупреждения (два месяца) не соответствует трактовке Хартии Комитетом в отношении работников с длительным стажем работы у данного работодателя.

Следует иметь в виду, что защита работников от увольнения во внутреннем российском законодательстве строится по иной схеме, чем в большинстве стран СЕ, ратифицировавших Хартию. Основным средством защиты права на труд работников в России в данном случае выступает не предупреждение об увольнении и выплата компенсаций, а ограничительный перечень оснований, прямо перечисленных в законе. В качестве примера того, как строится защита прав работников при увольнении, можно привести пример немецкого законодательства. В Германии срок предупреждения об увольнении зависит от стажа работы у данного работодателя (для работников старше 25 лет). Работник, проработавший более 2 лет, должен быть предупрежден об увольнении не менее чем за 1 месяц; более 5 лет — за 2 месяца; более 8 лет — за 3 месяца; более 10 лет — за 4 месяца; более 12 лет — за 5 месяцев; более 15 лет — за 6 месяцев; более 20 лет — за 7 месяцев. Увольнение с предупреждением называется ординарным увольнением, альтернативой которому является экстраординарное увольнение, т.е. увольнение без предупреждения. Ординарное увольнение не требует каких-либо обоснований со стороны работодателя. Экстраординарное увольнение, в отличие от ординарного, может быть осуществлено только, как указывается в ст. 626 Германского гражданского уложения, «...если имеются факты, на основании которых, с учетом обстоятельств дела и интересов обеих сторон, для лица, расторгающего договор, продолжение служебных отношений до истечения срока предупреждения или до обусловленного в договоре срока их прекращения, является невозможным»²⁴⁶. Конкрет-

244 Ч. 2 ст. 307 ТК РФ.

245 Ч. 2 ст. 347 ТК РФ.

246 Гражданское уложение Германии. Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz. Перевод с немецкого языка. В. Бергманн, 3-е изд. М., 2008. С. 262.

ные обоснования экстраординарного увольнения определяются судебной практикой и могут быть связанными либо с недостаточной квалификацией или грубым проступком работника, либо с тяжелой экономической ситуацией работодателя. Интересно отметить, что немецкие юристы считают, что обобщение в законе причин для прекращения трудового договора по инициативе работодателя было бы неправильным, поскольку суд должен учитывать обстоятельства каждого дела, которые могут существенно отличаться в конкретных случаях²⁴⁷. В большинстве стран-участников Хартии правовые нормы по данному вопросу принципиально более схожи с немецкими, чем с российскими²⁴⁸.

Таким образом, работники в других странах-участницах СЕ в большей степени защищены в случае увольнения по инициативе работодателя, но само увольнение работника в этих странах осуществить легче, чем в России. По сути, можно говорить о двух разных подходах к защите прав работников при прекращении трудовых отношений в России с странами с «традиционной» рыночной экономикой. Для работодателей преимущество российского подхода заключается в большем уровне предсказуемости в отношении последствий увольнения, недостаток же — меньший уровень гибкости.

Важнейшие универсальные международные акты по данному вопросу — Конвенция МОТ 1982 г. о прекращении трудовых отношений по инициативе работодателя (№158) и одноименная Рекомендация (№166) — совмещают оба эти подхода. В ст. 4 Конвенции №158 указывается, что «трудовые отношения с работниками не прекращаются, если только не имеется законных оснований для такого прекращения, связанного со способностями или поведением работника или вызванного производственной необходимостью предприятия, учреждения или службы». Эта норма, будучи вполне совместимой с российским законодательством, не может быть принята для стран, использующих концепцию ординарного увольнения, осуществляющегося с предупреждением и компенсацией, но без обоснования причин. Вместе с тем в соответствии с со ст. 11 этой же Конвенции «работник, с которым намечено прекратить трудовые отношения, имеет право быть предупрежденным об этом за разумный срок или имеет право на денежную компенсацию вместо предупреждения, если он не совершил серьезного проступка, то есть такого проступка, в связи с которым было бы нецелесообразно требовать от работодателя продолжать с ним трудовые отношения в течение срока предупреждения». Этому требованию не вполне соответствует уже внутреннее российское законодательство. Поэтому вряд

247 Weiss M., Schmidt M. Federal Republic of Germany // The International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations / R. Blanpain (ed.). Hague; London; Boston, 2000. P. 104–105.

248 См. об этом подробнее: Гусов К.Н., Лютов Н.Л. Международное трудовое право. Учебник. М., 2012. С. 403–405; Киселев И.Я., Лушников А.М. Трудовое право России и зарубежных стран: учебник / под ред. М.В. Лушниковой. 3-е изд. М., 2008. С. 371–375.

ли можно согласиться с позицией Минздравсоцразвития РФ, сделавшего в 2009 г. вывод о том, что российское законодательство уже сейчас соответствует требованиям Конвенции №158 и позволяет ее ратифицировать²⁴⁹.

Несмотря на то что в Конвенции есть достаточное количество так называемых «механизмов гибкости», касающихся возможности исключения применения Конвенции по усмотрению ратифицирующего государства, в отношении некоторых категорий работников, а также некоторых иных механизмов, уровень ратификации Конвенции №158 довольно невысок²⁵⁰. Россия не участвует в Конвенции. Более того, в отношении Конвенции №158 и Рекомендации №166 в рамках самой МОТ ведутся многолетние дискуссии. В 1987 г. внимание к этим актам было привлечено со стороны созданной при Административном совете МОТ Рабочей группы по международным трудовым стандартам («Группы Вентейола»²⁵¹), которая рекомендовала продвигать эти акты на приоритетной основе. В 1995 г. Комитет экспертов подготовил Общий обзор, посвященный защите от увольнений²⁵², касавшийся, прежде всего, Конвенции №158 и Рекомендации №166. Рабочая группа по политике в отношении пересмотра стандартов («Группа Картье»), действовавшая с 1997 по 2002 г. рассматривала эти акты, но не смогла прийти к какому-либо заключению в отношении их статуса²⁵³. Комитет экспертов МОТ высказал в своем общем обзоре 2008 г., касающемся данной Конвенции, мнение о том, что Конвенция №158 представляет собой «тщательно выверенный баланс интересов работника и работодателя, обеспечиваемый положениями об увольнении работников по причинам, связанным с оперативными потребностями предприятия»²⁵⁴. Тем не менее, эти два акта — единственные, которым

249 Информация о возможности ратификации конвенций Международной организации труда (МОТ) // Материалы парламентских слушаний «Развитие российского законодательства в социальной сфере: перспективы дальнейшей ратификации Российской Федерацией конвенций МОТ», 2009.

250 По состоянию на февраль 2012 г. Конвенцию №158 ратифицировали 35 государств-членов МОТ.

251 См. ILO Doc. No. GB.262/9/2.

252 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, General Survey. Protection against unjustified dismissal. Geneva, 1995. ILOLEX Database of International Labour Standards. Doc. No. 251995G01. http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=18&chapter=25&query=%28%23docno%3D251995G*%29+%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0.

253 Committee on Legal Issues and International Labour Standards (LILS Committee). Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment. Geneva, 2009. P. III. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed_norm/-/normes/documents/meetingdocument/wcms_103555.pdf.

254 ILO Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations (CEACR). General observation on the Termination of Employment Convention, adopted by the Committee of Experts at its 79th Session, Geneva, 2008. ILOLEX Database of International Labour Standards. Doc. No. 052009158. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconv.pl?host=status01&textbase=iloeng&document=570&chapter=5&query=%28C158%29+%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>.

МОТ так и не смогла присвоить какого-либо статуса. Комитет МОТ по юридическим вопросам и международным трудовым стандартам подготовил в 2009 г. серьезное исследование, посвященное применению Конвенции №158 и Рекомендации №166 в национальном законодательстве государств-участников с целью определения перспектив улучшения ситуации с ратификацией Конвенции²⁵⁵. Административный совет с тех пор неоднократно рассматривал вопрос, связанный со статусом данных актов²⁵⁶, была создана специальная трехсторонняя рабочая группа экспертов с целью выработки соответствующих рекомендаций. Однако эта группа смогла в апреле 2011 г. обнародовать рекомендации по дальнейшим шагам в отношении продвижения данных актов только от имени представителей работников и правительств²⁵⁷. Данные дискуссии свидетельствуют об особой сложности согласования интересов работников и работодателей по данному вопросу.

Б) Последствия незаконного увольнения. Еще одно важное требование в отношении увольнения работников закреплено в ст. 24 Европейской социальной хартии, которая также ратифицирована Россией. Согласно п. б) данной статьи, работникам, уволенным без уважительных причин, должна предоставляться «адекватная компенсация и иные надлежащие пособия». С точки зрения Европейского комитета по социальным правам, компенсация в данном случае будет считаться адекватной, если она включает в себя возмещение финансовых потерь, понесенных работником между датой увольнения и решением юрисдикционного органа (т.е. в российской терминологии — компенсация вынужденного прогула), возможность восстановления и/или компенсацию на достаточно высоком уровне, чтобы убедить работодателя не совершать незаконных увольнений и должным образом компенсировать вред, причиненный работнику²⁵⁸. Аналогом последней выплаты по российскому законодательству можно назвать компенсацию морального вреда. Очевидно, что Комитет при анализе соответствия российской правовой системы требованиям Хартии будет изучать не только наличие формальной юридической нормы, предусматривающей соответствующее право, но и судебную практику.

255 LILS Committee. Op. cit.

256 ILO Governing Body 306th Session, Nov. 2009. Committee on Legal Issues and International Labour Standards. Improvements in the standards-related activities of the ILO. ILO Document № GB.306/LILS/4(Rev.). Geneva, 2009. P. 2–4.

257 Way forward of the Tripartite Meeting of Experts to Examine Convention No.158 and Recommendation No.166. Geneva, 18-21 April 2011. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed_dialogue/-/actrav/documents/meetingdocument/wcms_155142.pdf.

258 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2003, Bulgaria, P. 78.

В России неоднократно исследовались на теоретическом уровне вопросы, связанные с компенсацией морального вреда²⁵⁹, в том числе, в отношении вреда, причиненного работнику²⁶⁰. Тем не менее, несмотря на то что в 2004 г. было принято специальное Постановление Пленума Верховного суда по данному вопросу²⁶¹, в настоящее время в России отсутствуют утвержденные к применению или рекомендованные методики определения размера компенсации морального вреда. Российская судебная практика в отношении размера компенсации морального вреда, понесенного работниками вследствие незаконного увольнения, такова, данная компенсация явно не может рассматриваться в качестве убедительного мотива для работодателя, предупреждающего его от дальнейших нарушений закона. Сквозной анализ 244 дел, связанных с требованиями восстановления на работе, размещенных в базе данных судебных решений Профессиональной ассоциации «Юристы за трудовые права»²⁶², показывает, что в тех случаях, когда компенсации морального вреда вообще присуждалась восстановленному работнику²⁶³, ее сумма составляла от 100 до 10000 рублей, а наиболее рас-

259 Голубев К.И., Нарижный С.В. Компенсация морального вреда как способ защиты немущественных благ личности. СПб., 2000; Горшенков Г.Г. Моральный вред и его компенсация по российскому законодательству. Диссертация на соискание ученой степени к.ю.н. — Нижний Новгород, 1996. — 171 с.; Гуцин Д. И. Юридическая ответственность за моральный вред. СПб., 2002; Калинина А.Н., Усов А.И. Комплексный характер судебной экспертизы по гражданским делам о компенсации морального вреда // Российское право в Интернете, № 3, 2006 http://www.rpi.msa.ru/prints/200603civil_law1.html; Эрделевский А.М. Проблемы компенсации за причинение страданий в российском и зарубежном праве. Диссертация на соискание ученой степени д.ю.н. — М., 2000. — 348 с.; он же Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики — 3-е изд., М., 2007. — 320 с.; Редько Е.П. Соотношение понятий «моральный» и «неимущественный» вред: теоретические и практические аспекты // Мировой судья, №10, 2008. С. 20-23; Сторожкова Е.С. Вина как одно из условий ответственности за моральный вред // Российский юридический журнал, №3, 2005. С. 105-108 и мн. др.

260 Шафикова Г.Х. Компенсация морального вреда, причиненного работнику. Диссертация на соискание ученой степени к.ю.н. Екатеринбург, 2000., - 160 с.; Воробьев С.М. Компенсация морального вреда работнику как способ защиты трудовых прав граждан // Юридический мир, №3, 2006, С. 56-60; Иглин В.В. Проблемы возмещения морального вреда, причиненного работнику // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева, №73, 2010. С. 5-7; Никитин Е. Моральный вред // Кадровик. Трудовое право для кадровика. №4, 2007. С. 5; Селезнева С.К. Вопросы возмещения морального вреда, причиненного в рамках трудового правоотношения // Юридический мир, №2, 2007, С. 11-13; Сосна Б.И., Аворник Г.К. Возмещение морального вреда, причиненного нарушением социальных прав работника // Безопасность бизнеса, №2, 2004, С. 23; Теофилактов А.С. Особенности компенсации морального вреда, как способа защиты трудовых прав работника // Трудовое право, №1, 2010. С. 25-39; Шведов А.Л. Право работника на компенсацию морального вреда // Адвокат, №3, 2005. С. 22-25 и др.

261 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.1994 г. №10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» // РФ, № 29, 08.02.1995.

262 База данных судебных решений Профессиональной ассоциации «Юристы за трудовые права»: http://lpa.ru/rws/edit.php?d=sr_tematiki. Доступ только для членов Ассоциации.

263 В некоторых делах, несмотря на признание судом факта незаконности увольнения, принятие решения о восстановлении на работе и оплате вынужденного прогула, наличие требований истребования морального вреда, в последнем требовании работнику отказывали. См., например, Решение Черногогорского городского суда Республики Хакасия по иску Багаевой к ГУП РХ «Черногогорское пассажирское автотранспортное предприятие» от 13 апреля 2007 г. №913; Решение

пространенные выплаты находятся в диапазоне от 1000 до 5000 рублей. В одном исключительном случае суд оценил размер морального вреда в 15000 рублей²⁶⁴. Для сравнения: Европейский суд по правам человека в резонансном деле «Даниленков и другие против России»²⁶⁵, связанным с восстановлением на работе незаконно уволенных ЗАО «Морской торговый порт Калининград» профсоюзных активистов присудил компенсацию морального ущерба, в размере 2500 евро (около 100000 рублей) в отношении каждого истца. Это приблизительно соответствует обычному размеру компенсации морального вреда незаконно уволенным работникам, присуждаемой ЕСПЧ. Есть все основания считать, что Европейский комитет по правам человека будет ориентироваться на соответствующие размеры при принятии решения о соответствии российской судебной практики требованиям ст. 24 Хартии.

Проблема размера компенсации морального ущерба достаточно сложна. Очевидно, что невозможно законодательно «измерить» моральный ущерб, причиненный работнику в отрыве от конкретной ситуации. В случае проведения политики присуждения очень высоких размеров компенсации, существует риск злоупотребления соответствующим правом со стороны работников. Наиболее иллюстративен в данном случае пример США, где размеры компенсации ущерба истцам зачастую выходят за рамки здравого смысла. Возможно, в качестве восполнения проблем, связанных с компенсациями восстанавливаемым работникам, имеет смысл воспользоваться моделью так называемых «штрафных убытков» (англ. — *punitive damages*), применяемой в США²⁶⁶. Речь идет о штрафных выплатах, которые выплачиваются по решению суда ответчиком в пользу государства, но часть этих выплат идет в пользу истца. Однако вряд ли имеет смысл воспроизводить эту систему полностью: истец должен получать компенсацию, связанную с восстановлением его прав, а в выплате работодателем штрафных платежей он не должен быть заинтересован лично. Возможно, имеет смысл установить шкалу штрафных платежей, которые выплачиваются в данном случае в зависимости от оборота компании — работодателя.

Находкинского гор.суда Приморского края по Иску профкома РПД ОАО «НБАМР» в интересах Бутакова, Федченко, Прибанковой к ОАО «НБАМР». Дело № 2-3151-02; Решение Первомайского районного суда г. Ижевска Удмуртской республики по иску Порсева к МП «Управление городского строительства администрации города Ижевска» 11 февраля 2005 г. и др. // База данных судебных решений Профессиональной ассоциации «Юристы за трудовые права».

264 Решение Савеловского р. суда г. Москвы по иску ФПАД России в интересах Белякова к ФГУП «Госкорпорация по ОрВД» от 28 мая 2010 г. Дело №2-779/10 // Там же.

265 Danilenkov and others v. Russia, 30.07.2007. European Court of Human Rights Database HUDOC: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=danilenkov&sessionId=84782435&skin=hudoc-en>.

266 См., например: Laycock D. Modern American Remedies. Aspen, 2002. P. 732-736.

Глава 4. Соответствие внутреннего трудового законодательства России международным рекомендательным актам в сфере труда

Рекомендательные международные акты в сфере труда можно условно разделить на две группы: общие декларативные документы, в которых содержатся базовые принципы правового регулирования труда, в отношении которых можно ставить вопрос о принадлежности их положений к императивным нормам общего международного права (*jus cogens*), и подробные технические положения, уточняющие содержание международных договоров в сфере труда.

К актам первой группы можно отнести, прежде всего, Всеобщую декларацию прав человека 1948 г. Три из четырех Деклараций МОТ²⁶⁷ также входят в эту группу. В рамках ЕврАзЭС к таким актам можно отнести Концепцию евразийской социальной хартии, принятую Межпарламентской Ассамблеей ЕврАзЭС в 2004 г.²⁶⁸ Такие акты в самом общем виде закрепляют базовые принципы правового регулирования труда. Очевидно, что искать противоречия между внутренним законодательством России и их прямыми формулировками бесперспективно.

Значительно большую почву для анализа несоответствий дают рекомендательные акты второй группы, число которых также значительно больше. Только в рамках МОТ была принята 201 рекомендация и 43 кодекса практики²⁶⁹. Рекомендации МОТ в большинстве случаев расширяют и конкретизируют положения, которые не удалось согласовать в рамках юридически обязывающего акта. Чаще всего кодексы практики МОТ касаются отдель-

267 Трехсторонняя декларация принципов, касающихся многонациональных предприятий и социальной политики 1977 г., Декларация относительно основополагающих принципов и прав в сфере труда 1998 г., Декларация о социальной справедливости в целях справедливой глобализации 2008 г.

268 См. текст на сайте Межпарламентской Ассамблеи ЕврАзЭС: (http://www.ipaeurasec.org/docsdown/astana-280504/Addon_Hartia.pdf); а также текст проекта Хартии: (http://www.ipaeurasec.org/docsdown/evra_hartia.pdf).

269 См. перечень и тексты кодексов практики на сайте МОТ: ILO Codes of Practice: <http://staging2.ilo.org/safework/normative/codes/lang-en/nextRow--21/index.htm> / Подавляющее большинство кодексов практики посвящено отдельным техническим аспектам охраны труда. Существует также кодекс практики, посвященный защите персональных данных и защите от насилия на рабочем месте.

ных технических аспектов охраны труда. Кроме того, существуют также кодексы практики, посвященные защите персональных данных²⁷⁰, защите от насилия на рабочем месте²⁷¹, вопросам, связанным с трудом работников, инфицированных ВИЧ/СПИД²⁷², а также вопросам труда инвалидов²⁷³.

Помимо этого, на каждой сессии Международной конференции труда принимаются резолюции МКТ²⁷⁴ по отдельным вопросам, большинство из которых носит технический характер и касается функционирования самой МОТ. Однако некоторые содержат в себе и принципы, касающиеся международных трудовых стандартов²⁷⁵. Всего таких резолюций МКТ начиная с 1919 г. было принято 1281. Тем не менее, в тех случаях, когда речь идет о резолюциях, посвященных конкретным международным трудовым стандартам, резолюции МКТ посвящены, как правило, не конкретному тексту правовых норм, а направлению социальной политики, которую, с точки зрения МОТ, должны по данному вопросу проводить государства-члены МОТ²⁷⁶. Поэтому чисто юридическое сопоставление таких резолюций с внутренним российским законодательством не представляется перспективным.

Рекомендательные акты, принимаемые в рамках МОТ, безусловно, обладают различным общественно-политическим весом. Существует и определенная юридическая разница в их статусе. В Уставе МОТ среди принимаемых актов называются только конвенции и рекомендации. Исходя из п. 6 ст. 19 Устава МОТ, из рекомендательных актов МОТ, только в отношении рекомендаций у государств-членов имеются и определенные юридические

270 ILO. Protection of workers' personal data. An ILO code of practice. Geneva, 1997. <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf>.

271 ILO. Workplace violence in services sectors and measures to combat this phenomenon. An ILO code of practice. Geneva, 2003. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107705.pdf.

272 ILO. HIV/AIDS and the world of work. An ILO code of practice. Geneva, 2001. http://www.ilo.org/safework/normative/codes/WCMS_107779/lang--en/index.htm.

273 МОТ. Вопросы труда инвалидов. Кодекс практики МОТ, Женева, 2002.

274 См. перечень резолюций МКТ на сайте МОТ. Resolutions adopted by the International Labour Conference: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/resolutions.htm>.

275 Например: Resolution concerning the promotion and the implementation of the Recommendation on HIV and AIDS and the world of work, 2010 // Resolutions adopted by the International Labour Conference at its 99th Session, Geneva, June 2010. P. 1-2. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_143164.pdf#page=1; Resolution concerning labour administration and labour inspection, 16 June, 2011 // Resolutions adopted by the International Labour Conference at its 100th Session, Geneva, June 2011. P. 1-6. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_162049.pdf#page=1 и др.

276 Например: Resolution concerning promotion of rural employment for poverty reduction Pact // Resolutions adopted by the International Labour Conference at its 97th Session. Geneva, June 2008. P. 2-22. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_098017.pdf#page=2; Resolution on recovering from the crisis: A Global Jobs Pact // Resolutions adopted by the International Labour Conference at its 98th Session. Geneva, June 2009. P. 1-7. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_113004.pdf#page=1 и др.

обязанности. Они связаны с информированием законодательных органов власти государств-членов на предмет рассмотрения вопроса о придании рекомендации силы закона. Декларации принимаются лишь в особых случаях по вопросам, которые представляются МОТ наиболее фундаментальными. Кодексы практики основываются, как правило, на уже принятых конвенциях и рекомендациях МОТ и конкретизируют закрепленные в них стандарты. Принимаются они не высшим органом МОТ — Международной конференцией труда, а специальными органами, создающимися при Административном совете. Но поскольку во всех случаях речь идет не о юридически обязательных актах, а о рекомендациях, устанавливать какую-либо иерархию в отношении этих актов вряд ли корректно. В любом случае эти акты представляют собой международные трудовые стандарты, с которыми можно сопоставлять внутреннее трудовое законодательство на предмет возможности его модификации.

В рамках Совета Европы принимаются рекомендации Совета министров СЕ, ряд которых касается вопросов, связанных с отношениями в сфере труда²⁷⁷. Интересно, что несмотря на то что рекомендации не относятся к числу международных договоров, Европейский суд по правам человека в некоторых делах ссылается на рекомендации Совета министров СЕ²⁷⁸, а также на имеющую рекомендательный характер Хартию основных прав Европейского союза²⁷⁹, как на применимые к делу акты международного права. Как указывает сам Суд, рекомендательные акты им используются «... для подкрепления обоснования своих решений»²⁸⁰. Совет министров СЕ принял также ряд рекомендаций в отношении применения Европейской социальной хартии отдельными государствами, но они носят правоприменительный характер.

Промежуточное положение среди рекомендательных актов в сфере труда занимает принятая в рамках СНГ Хартия социальных прав и гарантий граждан независимых государств 1994 г.²⁸¹ С одной стороны, в ней содер-

277 Recommendation of the Committee of Ministers to member states concerning sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults No. Rec(91)11E, 09 September 1991; Recommendation ... on the role of employment services No. Rec(95)2E, 11 January 1995; Recommendation ... on reconciling work and family life No. Rec(96)5E of 19 June 1996; Recommendation ... on improving the economic and employment situation of Roma/Gypsies and Travellers in Europe No. Rec(2001)17E of 27 November 2001; Recommendation ... on improving access to social rights No. Rec(2003)19E of 24 September 2003; Recommendation ... on the access of non-nationals to employment in the public sector No. Rec(2004)2E of 24 March 2004; Recommendation ... on improving access of migrants and persons of immigrant background to employment No. CM/Rec(2008)10E of 10 July 2008; Recommendation ... on validating migrants' skills (Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2011 at the 1103rd meeting of the Ministers' Deputies) No. CM/Rec(2011)2E of 19 January 2011 и др. Сайт Совета Европы: Recommendations of the Committee of Ministers to member states - <http://www.coe.int>.

278 ECHR. Demir and Baykara v. Turkey [GC] para. 46.

279 Sørensen and Rasmussen v. Denmark. 11.01.2006. Para. 37, 74.

280 Demir and Baykara v. Turkey [GC] para. 75.

281 Одобрена в г. Санкт-Петербурге 29.10.1994 Постановлением Межпарламентской Ассам-

жаты рамочные базовые положения относительно социально-трудовых прав, дающие основание М.В. Лушниковой считать эту хартию обязательным актом, поскольку данный документ, с ее точки зрения, закрепляет нормы *jus cogens*²⁸². С другой стороны, эта же хартия содержит достаточно детальные положения трудового законодательства, которые должны содержаться во внутренних нормах стран СНГ. Эти положения сформулированы на основе действовавшего в первой половине 1990-х гг. трудового законодательства стран региона и сейчас не во всем отражают современную ситуацию. Хартия явно игнорируется странами-участницами. На нее не содержится ссылок в судебных решениях и правоприменительных актах. Более того, первая же статья этой хартии, в которой говорится о том, что государства-члены создают единый рынок труда на своей территории, кардинально противоречит и законодательству, и общему направлению миграционной политики Российской Федерации, имеющей общий рынок труда только с Беларуссией и Казахстаном (с 1 января 2012 г.)²⁸³.

Применительно к правовым актам СНГ в сфере труда правомернее говорить скорее не об их воздействии на национальное законодательство России, а, наоборот, о влиянии внутреннего законодательства на их содержание. Например, Модельный закон СНГ «О занятости населения» 1999 г.²⁸⁴, построен по модели российского Закона «О занятости населения в Российской Федерации»²⁸⁵ 1991 г. и воспроизводит основные его положения. Влияние правовых актов СНГ в сфере труда на внутреннее законодательство и правоприменительную практику России и других государств-участников СНГ, незначительно.

Очевидно, что даже ставить задачу провести сквозной анализ всех рекомендательных международных актов, которые так или иначе касаются вопросов отношений в сфере труда, нецелесообразно. Во-первых, объем этих актов больше любых разумных пределов, во-вторых, многие из этих актов не воспринимаются в качестве актуальных даже самими принявшими их органами²⁸⁶. Юридических обязательств по их исполнению Россия в

блеи СНГ. Официальной публикации не было. Название приводится по базе данных «Консультант Плюс».

282 Лушникова М.В. О единстве (унификации, гармонизации) и дифференциации источников международного трудового права и права социального обеспечения // Вестник трудового права и права социального обеспечения. 2009. Вып. 4. С. 73.

283 На основании соглашения между Республикой Беларусь, Казахстаном и Российской Федерацией «О правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей» от 19 ноября 2010 г. // СЗ РФ, 30.01.2012 г., №5, ст. 546.

284 Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников СНГ. 2001. №26. С. 283–288. См. текст на сайте Всеобщей конфедерации профсоюзов (ВКП): <http://vkp.ru/104/106/117/127.html>.

285 СЗ РФ, 1996. №17, ст. 1915.

286 Например, статус актуальных имеют лишь 88 рекомендаций МОТ из 201.

любом случае не несет. Поэтому далее рассматриваются лишь отдельные случаи несоответствия положений российского законодательства с целью изучения перспектив его улучшения.

1. СВОБОДА ОБЪЕДИНЕНИЯ И ПРАВО НА ВЕДЕНИЕ КОЛЛЕКТИВНЫХ ПЕРЕГОВОРОВ.

Большинство случаев несоответствия внутреннего российского законодательства международным трудовым стандартам, связанным с этим основополагающим принципом и правом в сфере труда, касается толкования содержания этого принципа международными органами и описывается в предыдущей главе. Тем не менее, есть и отдельные международные рекомендательные акты, которые также позволяют выявить некоторые несоответствия.

А) Предоставление сведений, составляющих коммерческую тайну. В п. 2 а) Рекомендации МОТ 1981 г. о содействии коллективным переговорам (№163) содержатся следующие положения: «...предприниматели частного и государственного секторов должны по просьбе организаций трудящихся представлять информацию о социально-экономическом положении производственного подразделения, в рамках которого ведутся переговоры, и предприятия в целом, необходимую для компетентного ведения переговоров; если разглашение части этой информации может нанести ущерб предприятию, ее предоставление может быть обусловлено обязательством считать ее в необходимой мере конфиденциальной; предоставление информации могло бы определяться соглашением, заключенным между сторонами, ведущими коллективные переговоры». В ТК РФ²⁸⁷ содержатся схожие по смыслу, но недостаточно ясные требования. Согласно нормам ТК РФ, «стороны должны предоставлять друг другу не позднее двух недель со дня получения соответствующего запроса имеющуюся у них информацию, необходимую для ведения коллективных переговоров». Прямого разъяснения, как обязан поступить представитель работодателя, если он получает от представителя работников требование разгласить информацию, составляющую коммерческую тайну, в ТК РФ не содержится. Далее в этой же статье ТК РФ говорится о том, что если представители стороны коллективных переговоров получили от другой стороны сведения, составляющие коммерческую тайну, они обязаны воздерживаться от ее разглашения. Но эта обязанность еще не подразумевает обязанности работодателя данные сведения предоставить. Представитель работодателя может отказать в предоставлении таких сведений, ссылаясь на то, что другие нормы

287 Ч. 7 и 8 ст. 37 ТК РФ.

ТК РФ допускают не только запрет разглашения коммерческой тайны, но и специальное основание для увольнения работника, допустившего такое разглашение²⁸⁸. При этом вполне корректно апеллировать к тому, что положение о том, что представители другой стороны (работников), получившие информацию, составляющую коммерческую тайну, и обязанные ее не разглашать, могли ее получить от представителя работодателя с добровольной санкции непосредственно работодателя, какой могло и не быть. В ч. 7 ст. 37 ТК РФ не говорится об «информации, необходимой для ведения коллективных переговоров», но даже приблизительно не разъясняется, что может включаться в такую информацию и кто имеет право определять ее содержание. Обязан ли представитель работодателя предоставить любую информацию, которую от него может потребовать представитель работников, если он считает, что она ему необходима для ведения коллективных переговоров? Вряд ли.

С положениями Рекомендации МОТ №163 связана и позиция Европейского комитета по социальным правам в отношении ст. 21 Европейской социальной хартии, ратифицированной Россией. Как считает Комитет, работники и/или их представители (профсоюзы, делегаты работников, представители по охране труда, производственные советы) должны информироваться обо всех вопросах, связанных с рабочей средой, кроме случаев, когда ведение бизнеса требует, чтобы какая-либо конфиденциальная информация оставалась нераскрытой. Более того, с этими представителями необходимо проводить заблаговременные консультации за достаточный отрезок времени в отношении тех предполагаемых решений, которые могут существенно затронуть интересы работников, в особенности тех, которые могут повлиять на их занятость²⁸⁹.

Представляется, что практика ведения коллективных переговоров могла бы быть улучшена, если бы закон включил в себя более конкретные правила в этом отношении, основывающиеся на ориентирах, заложенных в Рекомендации МОТ №163. Таким правила могут в себя включать указания на то, что информация, подлежащая разглашению, должна напрямую касаться социально-экономического положения предприятия, но не стратегических управленческих планов работодателя, если они напрямую не представляют собой рисков для стабильности положения работников (например, выход на новые рынки, освоение новой продукции и т.д.). При этом, если информация касается соответствующих вопросов, ее разглашение для целей коллективных переговоров должно быть обязанностью работодателя даже в случае, если она относится к коммерческой тайне (при условии принятия

288 Пп. «в» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ.

289 Council of Europe. Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights, 2008. P. 144.

на себя представителями работников обязанности по неразглашению и готовности нести ответственность за ее нарушение).

Б) Сфера действия коллективных договоров и соглашений. В п. 4 Рекомендации МОТ 1951 г. о коллективных договорах (№91), указывается, что коллективный договор должен распространяться на всех работников «...соответствующих категорий, работающих на охватываемых коллективным договором предприятиях, если в нем не предусматривается иного». В отношении общего правила о сфере действия коллективных договоров российское законодательство вполне соответствует положениям Рекомендации №91, т.е. коллективные договоры и соглашения распространяются на всех работников организации или структурного подразделения²⁹⁰, либо организаций, в отношении которых действует социально-партнерское соглашение²⁹¹. Этим российское законодательство радикально отличается, например, от немецкой системы социального партнерства, предусматривающей²⁹², что коллективный договор действует в отношении членов профсоюза, подписавшего данный договор. Отличие внутреннего российского законодательства от положений Рекомендации №91 заключается не в общем правиле, а в изъятии, допускающем, что в коллективном договоре может предусматриваться «иное» правило в отношении его действия. Возможность заключения коллективного договора от имени членов профсоюза очень важна для профсоюзов, представляющих меньшинство работников, которым необходимо доказать свою эффективность перед теми работниками, которые в этот профсоюз еще не вступили. Зачастую такие профсоюзы находятся в довольно напряженных отношениях с работодателем и профсоюзом большинства. Если коллективный договор распространяется на всех работников независимо от членства в профсоюзе, то в такой профсоюз просто нет мотивации вступить. Право заключать коллективные договоры от имени своих работников раньше предоставлялось профсоюзам меньшинства по Закону «О коллективных договорах и соглашениях» 1992 г.²⁹³. Тем не менее, фактической возможности заключить такой договор на достойных условиях у них практически не было: процедуры разрешения коллективных трудовых споров и объявления забастовки касались всех работников в целом, а не данного профсоюза. Но сейчас и такой возможности у профсоюзов меньшинства нет.

290 Ч. 3 ст. 43 ТК РФ.

291 Ч. 5 ст. 48 ТК РФ.

292 См.: Weiss M., Schmidt M. Federal Republic of Germany // The International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations / R. Blanpain (ed.). Hague; London; Boston, 2000. P. 38–39.

293 Закон РФ от 11.03.1992 № 2490-1 «О коллективных договорах и соглашениях» // Ведомости СНД и ВС РФ, 23.04.1992 г., № 17, ст. 890.

Представляется, что необходимо законодательно установить возможность не только заключения таких коллективных договоров представителями профсоюзов меньшинства, но и предоставить профсоюзам право объявления забастовки с целью склонения работодателя к заключению таких договоров. Во избежание злоупотреблений, например, создания предпринимателями профсоюзов имеющих целью дестабилизацию предпринимателя-конкурента, возможно, во-первых, установить определенный минимальный «порог отсечения» в отношении членства в профсоюзе, дающего право на самостоятельные коллективные переговоры, например, 5% от всех работающих в организации, где работает более 1000 человек, с увеличением порога пропорционально уменьшению численности штата работодателя. Во-вторых, необходимо распространить гарантии обеспечения независимости профсоюзов²⁹⁴ не только в отношении независимости от «собственного» работодателя, но и в отношении любых третьих лиц и внешних источников финансирования.

2. ЗАПРЕТ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ТРУДА. КОСВЕННОЕ ПРИНУЖДЕНИЕ К ТРУДУ.

Еще в 1930 г. была принята Рекомендация МОТ о косвенном принуждении к труду (№35), до сих признающаяся МОТ в качестве актуальной. В соответствии с п. III Рекомендации №35, «...следует избегать каких-либо ограничений добровольного перемещения рабочей силы из одного вида занятости в другой или из одного района в другой, что могло бы иметь косвенным результатом принуждение трудящихся поступать на работу в определенные отрасли хозяйства или районы, за исключением тех случаев, когда такие ограничения считаются необходимыми в интересах соответствующего населения или трудящихся». С формальной точки зрения таких ограничений на перемещение внутри страны для граждан России не установлено. Институт регистрации предполагает уведомительную регистрацию гражданина РФ по прибытии в другой регион на место жительства или пребывания²⁹⁵. Но эта регистрация вменяется гражданам в качестве их обязанности. Регистрация по месту жительства представляет собой рудимент советской системы прописки, когда граждане СССР не имели права на свободу перемещения без разрешения административных органов даже

²⁹⁴ См. гл.2 выше.

²⁹⁵ Закон РФ от 25.06.1993 г. №5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ, 12.08.1993 г., № 32, ст. 1227; Постановление Правительства РФ от 17.07.1995 г. №713 «Об утверждении Правил регистрации и снятия граждан Российской Федерации с регистрационного учета по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации и перечня должностных лиц, ответственных за регистрацию» // РФ, 24.07.1995 г., №30, ст. 2939.

внутри страны. Не представляет собой тайны, что обязанность регистрироваться по месту пребывания и жительства — это трудоемкая и отнимающая время процедура, нередко сопряженная с коррупцией чиновников. Существует практика, когда правоохранительные органы используют нормы о регистрации избирательно по этническому признаку, т.е. осуществляют откровенный расизм²⁹⁶. Несмотря на то, что в ст. 64 ТК РФ есть прямой запрет на установление прямых или косвенных ограничений или преимуществ при заключении трудового договора, в том числе, в связи с регистрацией по месту пребывания или жительства, понадобились специальные разъяснения со стороны Верховного суда РФ, данные в Постановлении от 17 марта 2004 г. №2²⁹⁷, о том, что регистрация по месту жительства или пребывания относится к одному из критериев дискриминации. Это свидетельствует о широком распространении практики отказа в приеме на работу по данному критерию. Уровень экономического развития в различных регионах Российской Федерации очень существенно отличается²⁹⁸. Сдерживание внутренней трудовой миграции любыми средствами, включая институт регистрации, косвенно принуждает работников в труде в тех регионах, где они проживают, что противоречит Рекомендации МОТ №35. Кроме того, снижая трудовую мобильность, этот институт «работает» против мер по поддержанию занятости, одной из которых является как раз повышение внутренней трудовой мобильности граждан. Федеральная служба по труду и занятости тратит бюджетные средства на меры поддержки занятости, включающие в себя, помимо прочего, адресную поддержку на переезд в другую местность с целью трудоустройства²⁹⁹. При этом чисто административные преграды для такого переезда не снимаются. Что еще хуже, этот институт способствует сохранению резкой дифференциации в уровне оплаты труда в разных регионах страны, а это порождает центробежные тенденции в государстве. Более богатые регионы заинтересованы в том, чтобы максимально «закрыться» от более бедных, а лучше вообще отделиться. Неудивителен и резкий рост межнациональной напряженности на этом фоне в последние годы. Одной из мер по противодействию этим тенденциям долж-

²⁹⁶ См., например: Этнически избирательный подход в действиях милиции в московском метро. Доклад по результатам социологического исследования, проведенного АНО «ЮРИКС» в 2005-2006 гг. М., 2006.

²⁹⁷ П. 10 Постановления Пленума Верховного суда РФ «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ, №6, 2004.

²⁹⁸ Так, средняя заработная плата в 1 кв. 2011 г. в Ненецком АО составляла 56051 руб. в месяц, а в Дагестане — 10100 руб., т.е. различалась в 5,6 раз. <http://www.mojazarplata.ru/main/srednemesjachnaja-nominalnaja-nachislennaja-zarabotnaja-plata>.

²⁹⁹ Официальный сайт Федеральной службы по труду и занятости (Роструд). Мониторинг реализации региональных программ, предусматривающих дополнительные мероприятия, направленные на снижение напряженности на рынке труда. Январь-Август 2011 г. М., 2011. <http://www.rostrud.ru/cmssc/upload/docs/201109/261647315M.doc>.

на быть отмена унижающего и нарушающего права человека института обязательной регистрации граждан по месту пребывания и проживания.

3. Оплата труда. Информирование работников о получаемой заработной плате.

Содержание информации о заработной плате, которая должна доводиться до сведения работника до заключения трудового договора, приводится в п. 6 Рекомендации МОТ 1949 г. об охране заработной платы (№85). В эту информацию должны включаться сведения относительно: а) ставок полагающейся заработной платы; б) метода исчисления; с) периодичности выплаты заработной платы; д) места выплаты; е) условий, согласно которым могут производиться удержания. Во внутреннем российском законодательстве закреплено только второе из этих двух прав³⁰⁰. Подразумевается, что работник уведомляется о размере полагающейся ему заработной платы и порядке ее выплаты в момент подписания трудового договора. Существует лишь в общем виде сформулированное право работника на «полную достоверную информацию об условиях труда и требованиях охраны труда на рабочем месте»³⁰¹. Представляется, что трудовые права работников были бы лучше защищены, если бы во внутреннем законодательстве России воспроизводились все положения Рекомендации МОТ №85.

4. Определение факта наличия трудового правоотношения.

В п. 13 Рекомендации МОТ 2006 г. о трудовом правоотношении (№198) указывается, что государства-члены МОТ должны предусмотреть возможность определения в своих нормативных правовых актах, либо иными средствами, конкретных признаков существования трудового правоотношения. К таким признакам могли бы относиться следующие элементы: а) тот факт, что работа: выполняется в соответствии с указаниями и под контролем другой стороны; предполагает интеграцию работника в организационную структуру предприятия; выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица; выполняется лично работником; выполняется в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее; имеет определенную продолжительность и подразумевает определенную ответственность; требует присутствия работника; предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу; б) периодическая выплата вознаграждения работнику; тот факт, что данное вознаграждение является единственным или основным источником

300 Ч. 1 ст. 136 ТК РФ.

301 Ч. 1 ст. 21 ТК РФ.

доходов работника; осуществление оплаты труда в натуральном выражении путем предоставления работнику, к примеру, пищевых продуктов, жилья или транспортных средств; признание таких прав, как еженедельные выходные дни и ежегодный отпуск; оплата стороной, заказавшей проведение работ, поездок, предпринимаемых работником в целях выполнения работы; или то, что работник не несет финансового риска.

В ТК РФ содержится определение трудового отношения³⁰². Это определение очень важно, поскольку в зависимости от применимости его к конкретным правоотношениям решается вопрос о применении или неприменении к данным отношениям трудового законодательства. Существует целый ряд ситуаций, когда конкретное отношение, связанное с использованием труда, достаточно трудно квалифицировать с точки зрения распространения в его отношении ст. 15 ТК РФ. Данная проблема не уникальна для России, и ей посвящаются объемные исследования в зарубежных странах³⁰³. Было бы целесообразно, если Верховный суд РФ принял разъясняющий акт, основывающийся на критериях, содержащихся в п. 13 Рекомендации МОТ №198, где бы давались соответствующие ориентиры. Это бы внесло определенное единообразие и предсказуемость в судебную практику.

5. РАБОЧЕЕ ВРЕМЯ.

А) Сверхурочная работа. В п. 16 Рекомендации МОТ 1962 г. о сокращении продолжительности рабочего времени (№116) указывается, что «все часы, проработанные сверх нормальной продолжительности рабочего времени, должны считаться сверхурочными, кроме тех случаев, когда согласно принятому обычаю эти часы учитываются при установлении заработной платы». Нормальная продолжительность рабочего времени в России, как известно, не может превышать 40 часов в неделю³⁰⁴. Согласно п. 11 Рекомендации №116 «нормальная продолжительность рабочего времени означает ... число часов, установленное в каждой стране законодательством, коллективными договорами или арбитражными решениями, или там, где она не установлена таким способом, число часов, сверх которых всякая выполняемая работа оплачивается по ставкам сверхурочных часов или является исключением из признанных правил или практики данного предприятия или производственного процесса». Если в отношении внутреннего совместительства еще можно спорить о том, следует ли его считать сверх-

302 Ст. 15 ТК РФ.

303 См., например: European Labour Law Network. Study Group on a Restatement of Labour Law in Europe. The Identification of an Employment Relationship. B. Waas, R. Rebhahn (eds.). In print (2013); Muelberger U. Dependent self-employment: workers on the border between employment and self employment. Palgrave-Macmillan, 2007.

304 Ч. 2 ст. 91 ТК РФ.

урочной работой по смыслу Рекомендации, то режим ненормированного рабочего дня никаких сомнений вызывать не может. Минимальная компенсация в виде трех дополнительных дней к отпуску³⁰⁵ за то, что работник «эпизодически»³⁰⁶ привлекается к работе за пределами установленной для него продолжительности в режиме ненормированного рабочего дня, совершенно не соответствует ограничениям и правилам о дополнительной оплате, справедливо установленным в ТК РФ в отношении сверхурочной работы. По сути, нынешние нормы о ненормированном рабочем дне позволяют работодателю маскировать сверхурочную работу под один из режимов рабочего времени, злоупотребляя своей административной властью в отношении работника. Очевидно, что реализация положений ст. 16 Рекомендации МОТ №116 позволила бы установить значительно более справедливое правовое регулирование этого вопроса.

Б) Сокращение продолжительности работы в ночное время. В ст. 9 Хартии социальных прав граждан независимых государств 1994 г. указывается, «что при работе в ночное время, с 22 до 6 часов, ее продолжительность (смена) сокращается на 1 час с соответствующим сокращением рабочей недели». На внутригосударственном уровне в России работе в ночное время посвящена ст. 96 ТК РФ. При том, что общая норма о сокращении продолжительности работы в ночное время на 1 час совпадает с положениями Хартии СНГ 1994 г., далее в Кодексе содержатся изъятия из этого правила, противоречащие Хартии: согласно ч. 3 ст. 96, «не сокращается продолжительность работы (смены) в ночное время для работников, которым установлена сокращенная продолжительность рабочего времени, а также для работников, принятых специально для работы в ночное время, если иное не предусмотрено коллективным договором». Кроме того, согласно ч. 4 этой же статьи, «продолжительность работы в ночное время уравнивается с продолжительностью работы в дневное время в тех случаях, когда это необходимо по условиям труда, а также на сменных работах при шестидневной рабочей неделе с одним выходным днем. Список указанных работ может определяться коллективным договором, локальным нормативным актом». Такое регулирование ухудшает положение работников по сравнению с рекомендательным актом, принятым в рамках СНГ, как представляется, без достаточных на то оснований.

305 Ст. 119 ТК РФ.

306 Ст. 101 ТК РФ. На то, что термин «эпизодически» сформулирован слишком неопределенно, уже неоднократно указывалось в юридической литературе. См., например: Дзугоева З.В. Правовое регулирование рабочего времени. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, М., 2010. С. 7; Новикова О.И. Запрещение принудительного труда как принцип трудового права. Автореф. ... канд. юрид. наук, М., 2010. С. 8.

Помимо этого, в Рекомендации МОТ 1990 г. о ночном труде (№178) указывается на желательность сокращения средней продолжительности труда в ночное время по сравнению с работниками, выполняющими аналогичную работу в дневное время.³⁰⁷ В первоначальной редакции ст. 96 ТК РФ не разъяснялось, сокращается ли недельная продолжительность работы в ночное время при сокращении смены на 1 час. Отсутствие прямых указаний на этот счет приводило некоторых специалистов к толкованию данной нормы таким образом, что, несмотря на сокращение смены, недельная продолжительность рабочего времени сохраняется без сокращения³⁰⁸. В 2006 г. норма о сокращении продолжительности смены была дополнена недостаточно ясной фразой «...без последующей отработки». Скорее всего, имелось в виду сокращение и недельной продолжительности. Хотя вряд ли будет нарушать ст. 96 ТК РФ установление такого режима рабочего времени, когда у работника в течение учетного периода имеются и ночные, и дневные смены, причем распределенные таким образом, что работник будет выполнять 40-часовую недельную норму. Поэтому специалисты осторожно комментируют данное положение, говоря о том, что «видимо законодатель имел в виду» в данной ситуации³⁰⁹.

Еще более заметно несоответствие ст. 96 ТК РФ другому положению Рекомендации №178³¹⁰, по которому «Нормальная продолжительность рабочего времени для работников, работающих в ночное время, не должна превышать восемь часов в течение любого 24-часового периода» за исключением некоторых отдельных ситуаций. Поскольку общего ограничения суточной продолжительности рабочего времени российское законодательство не предусматривает, то эта норма Рекомендации не реализуется.

6. ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ РАБОТНИКОВ.

По вопросу защиты персональных данных работников действует два международных рекомендательных акта: Рекомендация Совета министров СЕ №R(89)2 1989 г.³¹¹ (далее — Рекомендация СЕ) и Кодекс практики МОТ 1997 г.³¹² Внутреннее правовое регулирование этой проблемы содержится

307 Пп. 2 п. 4 Рекомендации МОТ №178.

308 См.: Киселев И.Я., Леонов А.С. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. М., 2003. С. 217.

309 Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. Под ред. К.Н. Гусова. М., 2009. С. 267. Автор комментария к ст. 96 — М.О. Буянова.

310 Пп. 1 п. 4 Рекомендации МОТ №178.

311 Council of Europe Committee of Ministers. Recommendation № R(89)2 of the Committee of Ministers to Member States on the protection of personal data used for employment purposes, 1989. [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(89\)2E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(89)2E.pdf).

312 Protection of workers' personal data. An ILO code of practice. Geneva, 1997 // <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wc-code-97.pdf>.

в гл. 14 ТК РФ и в Федеральном законе 2006 г. «О персональных данных» №152-ФЗ³¹³ (Далее — Закон о персональных данных), которые воспроизводят существенную часть, но далеко не все положения этих актов.

А) Понятийный аппарат. В Рекомендации СЕ и Кодексе практики МОТ *персональные данные понимаются* как любая информация, относящаяся к работнику или физическому лицу. Схожим образом это понятие определяется и в Законе о персональных данных. В ч. 1 ст. 85 ТК РФ персональные данные понимаются как «информация, необходимая работодателю в связи с трудовыми отношениями и касающаяся конкретного работника». По сути это означает, что иная информация, намеренно или случайно полученная работодателем, не являющаяся необходимой работодателю в связи с трудовыми отношениями, не подлежит защите в соответствии с гл. 14 ТК РФ, а только в соответствии с Законом о персональных данных.

Важное понятие, имеющееся в Кодексе практики МОТ, — «мониторинг персональных данных», т.е. использование устройств, таких как компьютеры, видеооборудование, звуковые устройства, телефоны и иные средства связи, различных методов идентификации или установления местонахождения, либо любой иной вид наблюдения. Аналогичных понятий в российских законах не содержится.

Б) Сфера применения защиты. Согласно Рекомендации СЕ³¹⁴ и Кодексу практики МОТ³¹⁵, эти акты применяются в отношении любого настоящего или бывшего работника либо кандидата на трудоустройство. Нормы гл. 14 ТК РФ применяются только в отношении работников, т.е. лиц, согласно ч. 2 ст. 20 ТК РФ, *вступивших* в трудовые отношения с работодателем. Таким образом, сфера применения гл. 14 существенно уже. Потенциальные и бывшие работники защищаются только нормами Закона о персональных данных.

В) Общие принципы. В Кодексе практики МОТ³¹⁶ указывается, что персональные данные, полученные в связи с техническими или организационными мерами, направленными на обеспечение безопасности и должное функционирование автоматических систем, не должны использоваться для контроля за поведением работников. Аналогичные нормы во внутреннем российском законодательстве отсутствуют.

И в международных, и во внутренних российских актах содержится принцип, согласно которому решения работодателя в отношении

313 СЗ РФ, 31.07.2006, № 31 (1 ч.), ст. 3451.

314 П. 1.3 Рекомендации СЕ.

315 П. 3.4 Кодекса практики МОТ.

316 П. 5.4 Кодекса практики МОТ.

работника не должны основываться исключительно на автоматической обработке персональных данных. Однако Кодекс практики МОТ³¹⁷ расширяет этот принцип указанием на данные, полученные в результате электронного мониторинга. Аналогичных норм во внутреннем российском законодательстве не содержится.

В Кодексе практики МОТ³¹⁸ указывается, что работодатели должны регулярно анализировать практику обработки персональных данных с целью: а) уменьшения, насколько это возможно, объема и видов получаемых персональных данных; б) улучшения способов защиты частной жизни работников. Аналогичных норм во внутреннем российском законодательстве также не содержится.

В Рекомендации СЕ³¹⁹ указывается, что работодатели должны заблаговременно информировать или проводить консультации со своими работниками и их представителями относительно введения или изменения автоматических систем получения и использования персональных данных. Данный принцип распространяется и в отношении введения или изменения использования технических устройств, предназначенных для слежения за передвижениями или производительностью труда работников. В ТК РФ³²⁰ указывается лишь на право работников на информацию о процессах получения персональных данных, без указания на заблаговременное информирование и право на консультации с представителями работников в соответствующих случаях.

В Кодексе практики МОТ³²¹ есть положение, согласно которому лица, обрабатывающие персональные данные, должны регулярно проходить подготовку с целью усвоения процедур и принципов получения данных. Аналогичных положений во внутреннем российском законодательстве не имеется.

В Кодексе практики МОТ³²² указывается, что обработка персональных данных не должна приводить к незаконной дискриминации в области труда и занятий. Аналогичных положений в ТК РФ и Законе о персональных данных нет, однако есть запрет на получение и обработку данных, касающихся ряда критериев дискриминации.

Г) Получение персональных данных. В Кодексе практики МОТ³²³ предусматривается, что если работодатель получает согласие работника на получение персональных данных, он должен обеспечить, чтобы все лица или организации, которым работодатель поручает получение данных, знали о

317 П. 5.6 Кодекса практики МОТ.

318 П. 5.7 Кодекса практики МОТ.

319 П. 3.1 Рекомендации СЕ.

320 П. 8 ч. 1 ст. 86 ТК РФ.

321 П. 5.9 Кодекса практики МОТ.

322 П. 5.10 Кодекса практики МОТ.

323 П. 6.4 Кодекса практики МОТ.

цели такого получения и избегали ложного или неправильного представления данных. Аналогичных норм в российском законодательстве нет.

В Рекомендации СЕ³²⁴ говорится о том, что данные, получаемые от работника, должны относиться к трудовым отношениям и не быть избыточными с учетом характера трудовых отношений и потребностей работодателя в информации. В Кодексе практики МОТ³²⁵ говорится о том, что работодатель не должен собирать данные: а) о сексуальной жизни работника; б) о политических, религиозных и иных взглядах; с) о криминальном прошлом. В исключительных случаях работодатель может собирать эти данные, если они прямо касаются решения о трудоустройстве работника и соответствуют национальному законодательству. ТК РФ³²⁶ предусматривает более жесткую норму, согласно которой работодатель не имеет права получать и обрабатывать персональные данные работника о его политических, религиозных и иных убеждениях и частной жизни. В случаях, непосредственно связанных с вопросами трудовых отношений, в соответствии со ст. 24 Конституции РФ работодатель вправе получать и обрабатывать данные о частной жизни работника только с его письменного согласия. Согласно этой норме, например, незаконно даже задавать вопрос священнослужителю о том, верит ли он в Бога. В отношении информации о судимости действуют ограничения, предусмотренные Законом о персональных данных³²⁷, но эти ограничения распространяются лишь в отношении государственных и муниципальных органов власти. Представляется, что российские законодательные ограничения в определенных ситуациях могут быть избыточными.

Как указывается в Рекомендации СЕ³²⁸, работник или претендент на трудоустройство могут опрашиваться о состоянии здоровья или проходить медицинское освидетельствование только в случаях: а) для определения того, подходит ли работник для конкретной работы; б) выполнения требований медицинской профилактики; и с) для определения права на социальные выплаты. Схожая норма имеется в Кодексе практики МОТ³²⁹. Положения о получении и обработке медицинских данных есть в Законе о персональных данных (п. 3 и 4 ч. 2 ст. 10). Медицинские данные могут обрабатываться без согласия субъекта данных только в случаях, если данные относятся к состоянию здоровья субъекта данных, а их обработка необходима для защиты жизни, здоровья или иных жизненно важных интересов самого субъекта или иных лиц. Важно, что ограничения, содержащиеся в Рекомендации СЕ

324 П. 4.2 Рекомендации СЕ
 325 П. 6.5 и 6.6 Кодекса практики МОТ.
 326 П. 4 ст. 86 ТК РФ.
 327 П. 3 ст. 10 Закона о персональных данных.
 328 П. 10.2 Рекомендации СЕ.
 329 П. 6.7 Кодекса практики МОТ.

и Кодексе практики МОТ, не зависят от факта согласия работника на получение и обработку данных. Аналогичных ограничений в ТК РФ нет.

Согласно Кодексу практики МОТ³³⁰, если работнику задают вопросы, несовместимые с принципами Кодекса практики, за неточные или неполные ответы, он не может быть уволен или подвергнут иным дисциплинарным санкциям. Аналогичных положений в российском законодательстве нет.

Интересно положение, закрепленное в п. 6.9 Кодекса практики МОТ: персональные данные, выходящие за пределы тех сведений, которые были запрошены работодателем, и предоставленные работником вследствие его неправильного понимания запроса работодателя, не должны обрабатываться. Аналогичных положений в российском законодательстве нет.

В Кодексе практики МОТ³³¹ указывается на недопустимость использования полиграфов, оборудования для проверки правды или иных сходных процедур. А тесты, оценивающие личность, и иные схожие системы тестирования могут использоваться только с соблюдением положений Кодекса практики, с оговоркой о том, что работник имеет право возражать против такого тестирования³³². Соответствующая норма есть и в Рекомендации СЕ. В российском законодательстве аналогичных положений нет.

Тестирование в отношении наркотиков, как указывается в Кодексе практики МОТ³³³, должно проводиться только в соответствии с национальным законодательством, практикой и международными стандартами. Таких норм, касающихся трудовых отношений, в России нет. В МОТ в 1993 г. по этому вопросу были приняты специальные Руководящие принципы и в 1996 г. — Кодекс практики³³⁴, которые могут быть использованы в качестве ориентира для принятия внутреннего законодательства.

В п. 6.14 Кодекса практики МОТ указывается, что если в отношении работников ведется мониторинг, работники должны информироваться заранее о том, в какое время он ведется, об используемой методике и технических средствах, а также о собираемых данных. При этом работодатель должен минимизировать вмешательство в личную жизнь работников. Секретное наблюдение может осуществляться только: а) если это соответствует национальному законодательству; б) если существует разумно обоснованное подозрение о криминальной деятельности или иных серьезных правонарушениях. Постоянный мониторинг допустим только в случаях, когда это необходимо для обеспечения безопасности и гигиены труда либо

330 П. 6.8 Кодекса практики МОТ.
 331 П. 6.10 Кодекса практики МОТ.
 332 П. 6.11 Кодекса практики МОТ.
 333 П. 6.13 Кодекса практики МОТ.
 334 Guiding principles on drug and alcohol testing in the workplace. ILO, Geneva, 1993; Management of alcohol- and drug-related issues in the workplace: An ILO code of practice. ILO, Geneva, 1996.

для защиты собственности. Схожие нормы закреплены в Рекомендации СЕ³³⁵. В российском законодательстве аналогичных положений нет.

Д) Хранение персональных данных. И в Рекомендации СЕ³³⁶, и в Кодексе практики МОТ³³⁷ есть положения о том, что хранение персональных данных должно быть ограничено теми данными, которые соответствуют принципам в отношении получения данных, а само хранение должно быть обусловлено целями трудовых отношений. Кроме того, согласно Кодексу практики МОТ³³⁸, данные должны храниться лишь столько времени, сколько необходимо для целей, с которыми они были получены, за исключением случаев, когда: а) работник хочет быть в списке кандидатов на работу в течение определенного периода; б) персональные данные должны храниться в соответствии с требованиями национального законодательства; в) данные требуются работнику или работодателю для доказывания обстоятельств, связанных с существующими или существовавшими трудовыми отношениями. В ТК РФ соответствующих норм нет.

В Кодексе практики МОТ³³⁹ говорится о том, что работодатели должны регулярно предоставлять общую и обновляемую информацию, касающуюся видов хранимых персональных данных работников и обработки этих данных. В ч. 1 ст. 9 ТК РФ есть похожая, но не идентичная норма: работники имеют право на полную информацию о своих персональных данных и об их обработке. Однако для реализации этого права работники должны о нем знать, в то время как Кодекс практики предусматривает обязанность работодателя по собственной инициативе регулярно информировать работников.

Согласно Кодексу практики МОТ³⁴⁰ и Рекомендации СЕ³⁴¹, работодатели должны периодически удостоверяться в корректности, актуальности и полноте персональных данных. Аналогичных норм во внутреннем законодательстве нет.

В Рекомендации СЕ³⁴² говорится о том, что данные не должны храниться или кодироваться таким образом, чтобы это могло нарушить право работника не быть охарактеризованным или оцененным без его ведома. Близкая по идее, но отличающаяся по формулировке норма содержится в Кодексе

335 П. 3.1 и п. 3.2 Рекомендации СЕ.
 336 П. 5.1 Рекомендации СЕ.
 337 П. 8.1 Кодекса практики МОТ.
 338 П. 8.5 Кодекса практики МОТ.
 339 П. 8.3 Кодекса практики МОТ.
 340 П. 8.4 Кодекса практики МОТ.
 341 П. 5.2 Рекомендации СЕ.
 342 Там же.

практики МОТ³⁴³: персональные данные должны храниться и кодироваться таким способом, чтобы: а) работник мог их понять; б) данные не присваивали работнику таких характеристик, которые могли бы привести к его дискриминации. В ТК РФ аналогичных норм нет. Согласно ч. 2 ст. 14 Закона о персональных данных, сведения о наличии персональных данных должны быть предоставлены субъекту персональных данных оператором в доступной форме, и в них не должны содержаться персональные данные, относящиеся к другим субъектам персональных данных. То есть положения Рекомендации СЕ и Кодекса практики МОТ воспроизводятся лишь частично.

Е) Использование и передача данных. В Рекомендации СЕ³⁴⁴ особо оговаривается вопрос о трансграничной передаче персональных данных, которая может осуществляться только в соответствии с принципами хранения и передачи, закрепленными в Рекомендации. В ТК РФ схожих норм нет. В ст. 12 Закона о персональных данных содержится менее жесткое требование в этом отношении: перед осуществлением трансграничной передачи данных, оператор данных обязан убедиться в том, что другим государством обеспечивается адекватная защита персональных данных.

В Кодексе практики МОТ³⁴⁵ указывается, что правила, касающиеся передачи третьим лицам, распространяются и на передачу персональных данных между работодателями в одной группе и между различными государственными структурами. Специальных данных в этом отношении в российском законодательстве нет. Работодатели, объединенные в одну структуру (холдинг) юридически являются отдельными работодателями. Это отражает один из существенных системных пробелов российского законодательства. То же самое касается работодателей — различных государственных органов. В тех ситуациях, когда государственные органы не являются работодателями субъекта персональных данных, ограничений, аналогичных закрепленным в Кодексе практики МОТ, во внутреннем российском законодательстве нет.

Кодекс практики МОТ³⁴⁶ предусматривает, что внутренние передачи данных (в пределах организации работодателя) должны быть ограничены теми данными, в отношении которых прямо уведомлен работник. В ч. 1 ст. 88 ТК РФ это положение воспроизводится неточно: передача в таких ситуациях осуществляется «...в соответствии с локальным нормативным актом, с которым работник должен быть ознакомлен под роспись». Т.е. по российскому законодательству работник должен быть ознакомлен

343 П. 8.6 Кодекса практики МОТ.
 344 П. 9 Рекомендации СЕ.
 345 П. 10.3 Кодекса практики МОТ.
 346 П. 10.5 Кодекса практики МОТ.

лишь с процедурой передачи, а по Кодексу практики МОТ — с содержанием передающихся данных.

Ж) Индивидуальные права работников. Согласно Кодексу практики МОТ³⁴⁷, право работников на информацию о своих персональных данных включает право изучить и получить копию любых записей, постольку, поскольку такие данные включают персональные данные работника. Это правило воспроизводится в ч. 1 ст. 89 ТК РФ. В Кодексе практики МОТ³⁴⁸ также уточняется, что доступ работников должен быть возможен в течение обычного рабочего времени. Если в это время обеспечить доступ невозможно, должны быть приняты другие нормы, учитывающие интересы работников и работодателя. Таких норм в российском законодательстве нет.

В Кодексе практики МОТ³⁴⁹ говорится о том, что работодатели не должны брать денег с работников за доступ или снятие копий со своих данных. Это право также воспроизведено в ч. 1 ст. 89 ТК РФ. Исключение из этого правила делается для служебного расследования, на время которого работнику может быть отказано в доступе к данным³⁵⁰. Однако, согласно Кодексу практики МОТ, решение в отношении трудовых отношений с работником не может быть принято до тех пор, пока работник не сможет ознакомиться со своими данными. Таких правил во внутреннем российском законодательстве не содержится.

З) Коллективные права. Согласно Рекомендации СЕ³⁵¹ и Кодексу практики МОТ³⁵², в случае наличия *представителей работников*, они должны информироваться, и с ними должны проводиться консультации в соответствии с национальным законодательством и практикой по поводу: а) введения или модификации автоматических систем, обрабатывающих персональные данные работников; б) введения любых электронных систем контроля за поведением работников на рабочем месте; в) о целях, содержании и способе обращения и интерпретации любых анкет и тестов, касающихся персональных данных работников. Аналогичных, весьма важных, норм в российском законодательстве не существует.

7. ПРАВА ПОЖИЛЫХ РАБОТНИКОВ.

Данному вопросу посвящена Рекомендация МОТ 1980 г. о пожилых работниках (№162). Она обладает промежуточным статусом, но очевидно,

347 П. 11.3 Кодекса практики МОТ.

348 П. 11.4 Кодекса практики МОТ.

349 П. 11.7 Кодекса практики МОТ.

350 П. 12.2 Рекомендации СЕ и п. 11.8 Кодекса практики МОТ.

351 П. 3.1 Рекомендации СЕ.

352 П. 12.2 Кодекса практики МОТ.

что ее пересмотр может осуществляться только с учетом обновления и дополнения мер защиты в отношении данной категории работников, поэтому уже имеющиеся в ней положения, как представляется, следует рассматривать как вполне актуальные. Единственная специальная норма, содержащаяся в ТК РФ³⁵³, посвященная защите пожилых работников, это — дополнительный отпуск (без сохранения заработной платы) работающим пенсионерам по старости (по возрасту) — до 14 календарных дней в году. По сути, эта норма ничего не дает работникам, поскольку речь идет о неоплачиваемом отпуске. Иные специальные нормы ТК РФ, касающиеся пожилых работников, лишь ограничивают их права по сравнению с обычными работниками³⁵⁴. Между тем пожилые работники, безусловно, нуждаются в дополнительной защите. Это связано не только с естественными моральными соображениями о необходимости защиты тех, кто в этом особенно нуждается, большими трудностями в вопросе трудоустройства пожилых и низким уровнем пенсионного обеспечения, не позволяющим вести достойное существование на заработанную пенсию. Очень важен и экономический аспект такой защиты. При выведении с рынка труда работающих пенсионеров, за них перестают выплачиваться взносы в Пенсионный фонд, что увеличивает его финансовую нагрузку. Представляется, что в условиях относительно невысокой безработицы в России, когда конкуренция пожилых работников с молодыми не очень велика, следует предпринимать меры по максимальному вовлечению пожилых работников на рынок труда, чему может поспособствовать реализация во внутреннем законодательстве положений Рекомендации МОТ №162.

Можно выделить целый ряд заслуживающих имплементации во внутреннем законодательстве положений Рекомендации МОТ №162. Прежде всего, согласно п. 3 Рекомендации, государства-члены МОТ должны принимать меры по недопущению дискриминации пожилых работников в области труда и занятий³⁵⁵. Причем, как указывается в п. 10 Рекомендации, применение этих мер не должно неблагоприятно отражаться на признанных необходимыми специальных мерах защиты или помощи пожилым работникам, т.е. на так называемых «компенсирующих действиях».

Раздел III Рекомендации посвящен специальным мерам защиты пожилых работников. Так, согласно п. 12 Рекомендации, при участии организаций работодателей и работников необходимо проводить исследования с целью определения тех видов деятельности, которые ускоряют процесс

353 Ч. 2 ст. 128 ТК РФ.

354 Речь идет о ст. 59 ТК РФ, допускающей заключение срочного трудового договора с работниками, достигшими пенсионного возраста, а также ст. 332 и 336, касающихся предельного возраста занятия педагогических должностей.

355 О дискриминационном характере ст. 59 ТК РФ, допускающей заключение срочного трудового договора с работниками, достигшими пенсионного возраста, говорится в гл. 3 выше.

старения или при которых пожилые работники испытывают трудности адаптации к требованиям их работы, а также с целью определения причин этого и выработки соответствующих решений. В п. 16 Рекомендации указывается, что в отношении пожилых работников необходимо применять системы вознаграждения, приспособленные к их потребностям, т.е. должны использоваться системы вознаграждения, в которых учитывается не только скорость выполнения работы, но также умение и опыт; должен поощряться перевод пожилых работников с системы сдельной на систему повременной оплаты. В Рекомендации также предлагается принимать меры для предоставления пожилым работникам по их желанию других возможностей для работы по той же или другой специальности, где они смогут применять свои способности и опыт, по возможности, без потерь в заработке.

Поскольку одной из основных проблем пожилых работников, связанных с трудом, является проблема трудоустройства, в Рекомендации³⁵⁶ предлагается в случае сокращения численности работников, особенно в находящихся на спаде отраслях промышленности, принимать особые меры, чтобы учесть конкретные потребности пожилых работников, например, способствуя их переквалификации для работы в других отраслях промышленности, оказывая им помощь в обеспечении новой работой или гарантируя им соответствующую защиту их доходов или денежную компенсацию. Такого рода программы реализуются в Европейском союзе в рамках так называемого «пожизненного обучения»³⁵⁷.

В разделе IV Рекомендации содержатся положения, посвященные выходу на пенсию и подготовке к выходу на пенсию пожилых работников. В этом разделе Рекомендации также говорится о том, что государства-члены МОТ должны стремиться к обеспечению того, чтобы пожилые работники, продолжительность рабочего времени которых постепенно сокращается и те, кто начинает работать неполное рабочее время, в течение установленного периода, предшествующего дате достижения ими нормального возраста выхода на пенсию по старости, получали специальное пособие, которое частично или полностью компенсировало бы сокращение вознаграждения за труд³⁵⁸, а также ряд иных положений.

К сожалению, практически никакие специальные нормы Рекомендации МОТ №162 не находят своего отражения во внутреннем российском трудовом законодательстве в настоящее время.

356 П. 18 Рекомендации МОТ №162.

357 См. об этом подробнее: Киселев И.Я., Лушников А.М. Трудовое право России и зарубежных стран. Учебник. 3-е издание. Под ред. М.В. Лушниковой, М., 2008. С. 382.

358 П. 23 Рекомендации МОТ №162.

8. Труд инвалидов.

В предыдущей главе говорилось о том, что в России существуют серьезные проблемы с реализацией принципа «разумного приспособления» условий труда к нуждам инвалидов. Это противоречит требованиям п. 2 ст.15 Европейской социальной хартии в трактовке Европейского комитета по социальным правам. Развернутый перечень требований и критериев в отношении такого «разумного приспособления» рабочих мест для нужд инвалидов дается в Кодексе практики МОТ «Вопросы труда инвалидов», принятом в 2002 г. В нем подробно перечисляются обязанности работодателей, органов власти и профсоюзных представителей, направленных на то, чтобы адаптировать рабочие места и условия труда под нужды людей с ограниченными возможностями. Внутреннее российское законодательство должно использовать данный Кодекс практики для улучшения положения инвалидов на рынке труда.

Глава 5. Соотношение внутреннего трудового законодательства России и международных договоров в сфере труда, по которым Россия не несет обязательств

В данной главе исследуются некоторые положения международных договоров о труде, по которым Россия не имеет юридических обязательств. Цель исследования заключается в том, чтобы сделать вывод, имеет ли смысл для России принимать на себя соответствующие обязательства (если это юридически возможно), и/или воспроизводить положения этих норм во внутреннем законодательстве.

1. ЗАЩИТА ТРЕБОВАНИЙ РАБОТНИКОВ ПРИ БАНКРОТСТВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ.

В соответствии с Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»³⁵⁹, требования работников в отношении заработной платы в случае банкротства работодателя относятся к обязательствам второй очереди. Это одна из привилегированных очередей по выплате, хотя целый ряд выплат осуществляется до погашения долгов перед работниками³⁶⁰. Если же оставшихся у работодателя денежных средств и имущества не хватит для погашения долгов перед работниками, закон о банкротстве признает эти долги погашенными из-за недостаточности имущества должника³⁶¹. В результате, по состоянию на 2005 г., в период устойчивого экономического роста, в России задолженность по заработной плате работодателей-банкротов погасалась лишь на 60-70%, т.е. около трети работников не получали причитающихся им денежных средств³⁶².

359 СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190 (с послед. изм.).

360 Судебные расходы, вознаграждение арбитражному управляющему и реестродержателю, коммунальные платежи и др.

361 См. об этом подробнее: Никитина О.А. Комментарий к ст. 134 Федерального закона о несостоятельности (банкротстве) // Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный) / под ред. В.В. Витрянского. М., 2003.

362 См.: Страхование на случай банкротства: платить будут все // Российский налоговый курьер. 19.04.2005 г. // <<http://mk.ru/news/tax/document40494.phtml>>.

Очевидно, что после наступления экономического кризиса значение этой проблемы существенно возросло.

В 2004 г. Конституционный Суд РФ рассматривал³⁶³ жалобу в интересах гражданки М.Г. Ершовой по поводу соответствия Конституции нормы п. 9 ст. 142 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» о том, что требования кредиторов, не удовлетворенные по причине недостаточности имущества должника, считаются погашенными. В жалобе было отказано, в том числе, со ссылкой на Конвенцию МОТ 1949 г. об охране заработной платы (№95), которая устанавливает лишь приоритет требований работников как кредиторов, но не предусматривает их защиты в случае недостаточности средств для погашения их требований. Значительно позже (в 2010 г.) заявительница добилась уже в Европейском суде по правам человека³⁶⁴ выплаты части причитавшихся ей денежных средств. Помимо прочего, в решении ЕСПЧ указывалось, что поскольку речь шла о государственном унитарном предприятии, обязательства предприятия порождают ответственность государственных органов, которые, таким образом, обязаны обеспечить своевременную и надлежащую выплату задолженности, установленной решением суда³⁶⁵.

Между тем, данная проблема имеет достаточно несложное решение, которое практикуется уже несколько десятков лет в странах Европейского союза и закреплено не только в национальных, но и международных правовых актах: страхование работодателями своих обязательств по выплате заработной платы на случай банкротства.³⁶⁶ В рамках Европейского союза с целью закрепления страхового механизма на случай банкротства работодателя была принята Директива 2002 г. №2002/74/ЕС, пересматривающая Директиву 1980 г. №80/987/ЕС о сближении законодательства государств-членов относительно защиты работников в случае банкротства их работодателя 2002 г.³⁶⁷

Этот вид страхования не запрещен и сейчас, но, не будучи обязательным, не реализуется на практике: предпринимателю незачем страховать себя на

363 Определение Конституционного Суда РФ от 08.06.2004 г. №254-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки М.Г. Ершовой положением пункта 5 статьи 114 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // Вестник Конституционного Суда РФ, №6, 2004 г.

364 Постановление Европейского суда по правам человека «Ершова (Yershova) против Российской Федерации», 2010 г. (жалоба №1387/04) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека, №10, 2010.

365 П. 72 Постановления.

366 Терентьев А. Проблемы защиты прав работников при банкротстве (несостоятельности) работодателя // Трудовое право. №6, 2010. С. 59.

367 Directive 2002/74/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 80/987/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the protection of employees in the event of the insolvency of their employer.

случай собственной «финансовой смерти» – это нужно не ему, а работникам. Для решения проблем такого рода в экономически и социально развитых государствах, начиная с 1960-х гг. стали функционировать специальные учреждения — государственные и коммерческие, осуществляющие страхование работников на случай банкротства работодателя. Сейчас страховые учреждения для защиты работников на случай банкротства работодателя созданы в достаточно большом количестве стран. Они финансируются либо исключительно за счет взносов работодателей (в Австрии, Дании, Норвегии, Польше), либо совместно государством и за счет взносов работодателей (в Греции, Словакии). В некоторых случаях (например, в Словении, Австралии) такие учреждения целиком финансируются за счет государственного бюджета. Предложения использовать этот опыт и ввести систему гарантийных учреждений уже делались в российском трудовом праве³⁶⁸.

Этот вид страхования предусмотрен Конвенцией МОТ 1992 г. о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (№ 173), а также ст. 25 Европейской социальной хартии. Данная статья Хартии, к сожалению, не ратифицирована Россией, а Конвенция №173 недавно ратифицирована, но только в части, касающейся привилегий³⁶⁹. Страховой механизм при ратификации был сознательно проигнорирован. Из стран СНГ в настоящее время Украина рассматривает возможность введения соответствующего механизма³⁷⁰.

Вряд ли соответствующие страховые сборы лягут непосильным бременем на российский бизнес. Страховые же компании от этого нового вида обязательного страхования существенно выиграют. Если государство считает необходимым обязательное страхование гражданско-правовой ответственности автовладельцев, непонятно, почему в строго аналогичном случае, только связанным с еще более социально-значимыми обязательствами, оно не вводит схожий механизм. Органам законодательной и исполнительной власти в данном случае следует руководствоваться не только соображениями гуманизма, но и элементарным инстинктом самосохранения. В настоящее время подавляющее большинство стихийных протестов работников вызваны задержками выплаты заработной платы³⁷¹. При вполне вероятном дальнейшем ухудшении экономической ситуации, проблема социально-трудовых протестов может многократно усилиться и угрожать стабильности государства.

368 Терентьев А. Проблемы защиты прав работников при банкротстве (несостоятельности) работодателя // Трудовое право. №6, 2010. С. 59.

369 Федеральный закон от 01.05.2012 г. №39-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (Конвенции №173)» // ОЗС РФ от 7.05.2012 г., № 19, ст. 2273.

370 См.: International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. P. 662.

371 Бизюков П. Какую роль играют трудовые протесты в регулировании трудовых отношений? <http://trudprava.ru/index.php?id=1896>.

Несколько лет назад Минэкономразвития РФ совместно с Минздравсоцразвития и Министерством финансов была подготовлена Концепция проектов федеральных законов «О системе обязательного государственного гарантирования материальных прав работников» и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в связи с принятием Федерального закона «О системе обязательного государственного гарантирования материальных прав работников» и техническое задание на разработку указанных проектов федеральных законов³⁷². Предполагалось предоставить работнику должника, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве, право уступить Российской Федерации часть требований к работодателю по выплате заработной платы в пределах лимитов, ежегодно устанавливаемых Правительством Российской Федерации. В качестве страховщика должен выступать Фонд социального страхования Российской Федерации.

Опыт создания схожих по смыслу структур в России имеется: на основании Федерального закона «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» от 23 декабря 2003 г. №177-ФЗ³⁷³ действует система обязательного страхования банков на случай их неплатежеспособности перед вкладчиками — физическими лицами (кроме индивидуальных предпринимателей). Причем обязательному страхованию подлежат как раз социально значимые вклады: те, которые сделаны физическими лицами и составляют менее 700.000 рублей.

Представители работодателей выступили против законопроекта о страховании ответственности работодателей³⁷⁴. С точки зрения Российского союза промышленников и предпринимателей, поскольку задолженность по заработной плате в начале 2009 г. имела «лишь» в отношении 0,5 млн. работников, это «... не является важнейшей проблемой российской экономики». Действительно: для экономики тут не большой проблемы. Проблемы, и большие, есть у работников, не получивших заработанные ими деньги, что, похоже, не беспокоит РСПП. Такой подход, к сожалению, — один из составляющих элементов общей позиции РСПП, заключающейся в целесообразности ориентации российской экономики на низкие социальные издержки работодателя, т.е. на политику дешевого труда. Эта позиция гораздо лучше иллюстрирует реальное отношение бизнеса к социальным нуждам работников, чем ни к чему не обязывающие красивые фразы о якобы имеющейся «социальной ответственности бизнеса».

372 См.: <http://tppvo.ru/uploads/files/files/konceptcia.zip>.

373 СЗ РФ, 29.12.2003 г., №52 (часть I), ст. 5029.

374 См. Предложения Российского союза промышленников и предпринимателей по проекту концепции федеральных законов, направленных на создание системы гарантирования материальных прав работников при банкротстве работодателя (март 2009): <http://archive.rsp.ru/Attachment.aspx?id=14100>.

2. УЧАСТИЕ РАБОТНИКОВ В УПРАВЛЕНИИ ОРГАНИЗАЦИЕЙ.

Еще одно направление, в котором можно было бы усовершенствовать отечественное трудовое законодательство с учетом международных правовых норм — это введение механизмов вовлечения в управление предприятием представителей работников, аналогичных существующим в Европейском союзе. Первый механизм, о котором идет речь — это процедуры информирования и консультаций с представителями работников путем создания непрофсоюзных представительских структур, которые в Западной Европе принято называть производственными советами или комитетами предприятия. Второй — вовлечение представителей работников в управляющие органы компаний. По вопросу информирования и консультаций с представителями работников в ЕС изначально была принята в 1994 г. Директива о европейских производственных советах³⁷⁵, которая была пересмотрена в 2009 г.³⁷⁶ Европейские производственные советы — структуры, которые создаются в крупных (более 1000 работников) компаниях, выходящих в своей деятельности за пределы одной страны ЕС³⁷⁷. В менее крупных компаниях — с числом работников 50 и более — проведение процедур информирования и консультаций в ЕС обязательно после принятия Директивы 2002 г.³⁷⁸ Второй механизм обеспечивает вовлечение работников в управление предприятиями путем участия их представителей в наблюдательных советах и советах директоров. В 2001 г. в ЕС была принята Директива об участии работников в управлении «Европейскими компаниями»³⁷⁹ (№ 2001/86/ЕС)³⁸⁰. В этой

375 European Council Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees // Official Journal of the European Union L254. 30 Sept. 1994. P. 64–72.

376 Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (Recast) // Official Journal of the European Communities. 16 May. 2009. L 122/28. Подробнее о новациях, внесенных новой Директивой, см.: Alaimo A. The New Directive on European Works Councils: Innovations and Omissions // International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations. Vol. 26 (2), 2010. P. 217–230, Blanpain R. European Works Councils: Euro Directive 2009/38/EC of 6 May 2009 // Bulletin of Comparative Labour Relations. 2009. Vol. 72.

377 См. об этом подробнее: Лютов Н.Л. Консультации и информирование работников в праве Европейского союза // Российский юридический журнал, №4, 2009. С. 108–116.

378 Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community // Official Journal of the European Communities L 80/29. 23 March 2002.

379 Т.е. компаниями, зарегистрированными не в юрисдикции отдельных государств ЕС, а в ЕС в целом. Такая регистрация стала возможной также в 2001 г. после принятия Регламента об уставе европейской компании (№ 2157/2001).

380 Council Directive № 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees // EU Official Journal. L 294. 10 Nov. 2001. P. 22–32.

директиве предусматривается, что нормы, касающиеся участия работников в управлении такой «Европейской компанией», не должны быть хуже для работников, чем те, которые предусмотрены их национальным законодательством.

На примере этих актов можно увидеть двойное взаимодействие национального и наднационального правового регулирования труда. Изначально процедуры информирования и консультаций, а также вовлечения работников в управляющие органы компаний развивались в «локомотивах» экономики Западной Европы — Германии и Франции. Постепенно они становились обычной практикой и в других западноевропейских государствах³⁸¹. После этого на уровне ЕС принимались достаточно гибкие и учитывающие специфику различных национальных правовых систем директивы и регламенты, обобщающие эту практику, устанавливающие ее обязательность для всех стран Европейского сообщества (позже — Европейского союза). После того как произошло расширение ЕС, в результате чего к нему присоединился ряд государств Восточной Европы с менее развитой экономикой, эти новые члены ЕС были обязаны имплементировать соответствующие акты ЕС в своем национальном трудовом законодательстве³⁸². То есть правовое регулирование этого вопроса на национальном уровне сначала сформировало наднациональные нормы, которые затем стали основой для модификации национального законодательства других стран ЕС.

В России законодательно установлена и обязанность работодателя «учитывать мнение» представительного органа работников³⁸³, и даже такая форма социального партнерства как «участие работников, их представителей в управлении организацией»³⁸⁴. Однако механизмы консультаций почти никак не ограничивают свободу работодателя поступать как он считает нужным и несопоставимы со значительно более серьезными и жесткими консультационными и информационными процедурами в ЕС. Система информирования и консультаций, во-первых, подразумевает значительно более широкий круг вопросов, подлежащих обсуждению с представителями работников. Во-вторых, консультации и информирование проводятся, в том числе, по поводу планов работодателя, затрагивающих положение работников, например, в отношении предстоящей реструктуризации бизнеса. Работники узнают об этом заранее и имеют возможность не только высказать свое мнение, но и повлиять на решение работода-

381 За исключением Великобритании, где традиционен либеральный подход к экономике.

382 Skupień D. The statute for a European Company and the Polish model of Employee involvement // Bulletin of Comparative Labour Relations. Vol. 77, 2011. P. 105–119.

383 Ст. 371–374 ТК РФ.

384 Ст. 27 ТК РФ.

теля. В-третьих, создание механизма информирования и консультаций, в соответствии с актами ЕС, — это обязанность работодателя. Расходы, связанные с деятельностью непрофсоюзных органов представительства работников, возлагаются на работодателя. Реализуются эти положения ЕС на национальном уровне. Так, французским комитетам предприятия выделяется бюджет в размере 0,2% от общей суммы расходов работодателя по заработной плате и дополнительные средства на социальную и культурную деятельность на предприятии³⁸⁵. В российском же законодательстве принятие локальных актов или увольнение работников «с учетом мнения» осуществляется только в тех случаях, когда в организации есть представитель, мнение которого необходимо учесть. Работодатель не обязан ни создавать или содействовать созданию таких органов, ни осуществлять их финансирование. В-четвертых, сама процедура информирования и консультаций в ЕС налагает значительно больше обязательств на работодателя. Например, в соответствии с Директивой 2002 г., важен не только сам факт проведения информирования и консультаций, но и то, что они были проведены «... целью достижения соглашений в отношении решений работодателя...»³⁸⁶. На национальном уровне эти требования конкретизируются различными способами³⁸⁷. Так, немецкие производственные советы, создающиеся в организациях с числом работающих пять и более человек³⁸⁸, имеют право «совместного принятия решений» (нем. — *Mitbestimmung*) в отношении целого ряда вопросов, относящихся обычно к управленческой компетенции работодателя³⁸⁹. К таким вопросам относятся вопросы внутреннего распорядка организации и дисциплины труда; начало и окончание рабочего дня, включая перерывы и распределение рабочего времени в течение недели; временные сокращения или увеличение обычной продолжительности рабочего времени; время, место и способ выплаты заработной платы; установление общих принципов в отношении предоставления ежегодных отпусков, составления графика отпусков, установление времени и продолжительности предоставления отпуска конкретному работнику, если между работником и работодателем не достигнуто согласие по этому вопросу; установка и применение технического оборудования, предназначенных для наблюдения за поведением и работой работников; положения о предотвращении несчастных случаев на работе, профессиональных заболеваний и охраны здоровья в предусмотренных законодательством и иными

385 Code du Travail. — Art. L2325-43.

386 Directive 2002/14/EC, art. 2, para. 4.

387 Подробнее о различных вариантах имплементации Директивы 2002 г. в национальном законодательстве стран ЕС см.: Squire, N., Healy, K., Broadbent, J. *Informing and Consulting Employees: The New Law*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

388 Betriebsverfassungsgesetz v. 25.9.2001. — BGBI I. — S. 2519. — § 1.

389 Ibid. § 87.

положениями об охране труда рамках, а также многие другие вопросы. Такое совместное принятие решений не считается ограничением конституционного права работодателя на ведение экономической деятельности, как посчитал Конституционный суд РФ³⁹⁰ в отношении вопроса, который в значительно меньшей степени связывает работодателя, чем немецкое законодательство. В Германии член производственного совета может быть уволен лишь в исключительных случаях, при наличии таких веских оснований, как грубое нарушение трудовой дисциплины, и только с согласия производственного совета или по решению суда по трудовым спорам. Во Франции комитеты предприятия, состоящие на паритетной основе из представителей работников и работодателей, вообще получают в собственное управление социальные аспекты деятельности работодателя.

В том что касается участия работников в управлении организацией по российскому законодательству, то такое участие вообще ограничивается упоминанием факта этого участия в законе. В Советском Союзе осуществлялась попытка реализации аналогичных механизмов — советов трудовых коллективов (СТК) после принятия в 1983 г. Закона «О трудовых коллективах и повышении их роли в управлении предприятиями, учреждениями, организациями»³⁹¹, однако она не увенчалась успехом. Неудачу внедрения системы СТК в 1980-е гг. можно объяснить тем, что полномочия этих структур были плохо разделены с профсоюзами и администрацией предприятия, в результате чего и руководители организаций, и профсоюзы воспринимали СТК как конкурентов. Кроме того, полномочия СТК были настолько обширны, что зачастую выходили за рамки чисто социально-трудовых отношений. Наконец, системе СТК «не повезло» со временем, когда они стали внедряться в хозяйственную жизнь: они представляли из себя прямо противоположную тогдашнему общественному развитию тенденцию. На фоне разложения социалистической системы хозяйства, повышению автономии предприятий и внедрению либерально-рыночной идеологии, они, наоборот, ограничивали самостоятельность работодателей и выглядели как рудимент советской плановой системы.

Механизмы вовлечения работников в управление организациями, если вводить их дозированно и не связывать предпринимателей «по рукам и ногам», безусловно, существенно способствовали построению социально-ориентированной экономики в России. При этом опыт распространения соответствующих актов ЕС в отношении восточноевропейских государств мог бы быть очень полезным, поскольку системы трудового законодательства

390 См. Определение Конституционного Суда РФ от 03.11.2009 №1369-О-П // СЗ РФ, 14.12.2009, № 50, ст. 6146. См. об этом подробнее в гл. 3 выше.

391 Ведомости ВС СССР. 1983. № 25. Ст. 382 (утратил силу). Подробнее об этом см.: Куренной А.М. *Производственная демократия и трудовое право*. М., 1989.

этих стран и России имеют схожие корни. При этом можно было бы избежать тех трудностей и ошибок, которые там совершаются при имплементации актов ЕС³⁹². В связи со сказанным всяческую поддержку вызывает озвученное В.В. Путиным в «социальной» предвыборной статье предложение использовать модель немецких производственных советов³⁹³. Очень хочется верить, что это предложение не останется пустым предвыборным обещанием.

3. СОХРАНЕНИЕ ПРАВ РАБОТНИКОВ ПРИ СМЕНЕ СОБСТВЕННИКА ИМУЩЕСТВА РАБОТОДАТЕЛЯ.

В России в настоящее время вопрос защиты прав работников при смене собственника имущества организации регулируется ст. 75 ТК РФ, где указывается, что смена собственника имущества организации не является основанием для расторжения трудовых договоров с работником, кроме руководителя организации, его заместителя и главного бухгалтера. На недостаточность и неясность положений закона указывают многие авторы³⁹⁴. М. В. Лушникова и А. М. Лушников справедливо отмечают наличие пробела в ТК РФ, не содержащем среди правовых институтов института правопреемства³⁹⁵. Из текста ТК РФ неясно, как следует интерпретировать закон в ситуации, когда имущество организации (или его часть) продано другому юридическому лицу. То, что смена собственника имущества организации не является *основанием* для расторжения трудового договора, очевидно из ч. 2 ст. 77 ТК, в которой говорится о том, что, помимо перечисленных в ч. 1 этой статьи оснований, трудовой договор может быть прекращен исключительно по основаниям, предусмотренным ТК или иными федеральными законами. Существует ли правопреемство в отношении трудовых договоров

392 Хороший анализ трудностей, связанных с созданием и функционированием системы производственных советов и их взаимодействия с профсоюзами на примере Венгрии можно найти в статье Э. Ковач: Kov cs E. Hungarian Unions: How Representative? How Effective? // Comparative Labor Law and Policy Journal. Vol. 32, No. 4, 2011. P. 894-896.

393 Путин В.В. Строительство справедливости. Социальная политика для России // Комсомольская правда, 13.02.2012. <http://kp.ru/daily/3759/2807793/>.

394 Бугров Л. Ю. Трудовой договор и «фирменные» правила управления персоналом // Российская юстиция. 2002. № 5; Орловский Ю. П. Проблемы совершенствования трудового законодательства // Журнал российского права. 2005. № 9; Лютов Н.Л. Права работников при смене собственника имущества организации: проблемы российского законодательства и нормы Европейского союза // Российский ежегодник трудового права, №4, 2008, СПб, 2009. С. 467-474; Томашевский К.Л. Трудовые отношения при переходе бизнеса в трудовом праве Беларуси, России и Европейского союза // Национальная государственность и европейские интеграционные процессы: Сб. науч. трудов: В 2 т. Т. 2. Проблемы унификации законодательства в Содружестве Независимых Государств и Европейском союзе / Под ред. С. А. Балашенко и др., Минск, 2008. С. 349-354. и др.

395 Лушникова М. В., Лушников А. М. К проблеме формирования новых институтов общей части трудового права // Доклады и выступления. Конференция, посвященная 100-летию профессора Н. Г. Александрова. 19-20 июня 2008 г. М., 2008 С. 104.

между старым и новым собственниками имущества? Несмотря на то, что Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении 2004 г., касающемся применения судами ТК РФ³⁹⁶ сделал попытку определить понятие смены собственника имущества работодателя, это не привело к единообразию и простоте судебной практики. В различных делах суды толкуют ст. 75 ТК РФ по-разному применительно к сходным ситуациям³⁹⁷. Практически всегда решения судов по данному вопросу обжалуются в апелляционной и кассационной инстанции и получают новую правовую оценку, а разбирательство длится по несколько лет.

По данному вопросу на уровне ЕС действует Директива, принятая в 1977 г. и дополненная в 1998 г. (эти Директивы были объединены в общую Директиву 2001 г.), касающаяся сохранения прав работников при передаче предприятия 2001/23/ЕС³⁹⁸.

Под *предприятием* по смыслу Директивы 2001 г. понимается юридическое лицо или «техническая оперативная единица». Понятие технической оперативной единицы приблизительно аналогично российскому обособленному структурному подразделению (с учетом того, что соответствующая дефиниция не раскрывается в российском трудовом законодательстве)³⁹⁹. Директива 2001 г. исходит из того, что техническая оперативная единица, для того чтобы быть признанной в качестве таковой, должна обладать определенной структурной автономией. На национальном уровне (например, в

396 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации ТК РФ» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3.

397 См. решения Долгопрудненского городского суда от 08.11.2005 и от 31.01.2006, Московского областного суда от 16.03.2006 (СПС «Консультант плюс»), Постановление президиума Московского областного суда от 25.10.2006 № 648, решения Балтийского районного суда г. Калининграда от 24.05.2002 № 2-378/2002 и от 07.10.2002 № 2-796/2002, определение судебной коллегии по гражданским делам Калининградского областного суда по делу № 33-1803-2003, решение Савеловского районного суда г. Москвы от 12.07. 2002; определение судебной коллегии по гражданским делам Московского горсуда от 12.09.2002 № 2-1028/02 (База данных судебных решений Профсоюзной ассоциации «Юристы за трудовые права»: http://lpa.ru/rws/edit.php?d=sr_tematiki).

398 Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses // Official Journal of the European Union. L82. 22.03.2001. P. 16-20 <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32001L0023&model=guichett>.

399 В Налоговом кодексе РФ (п. 2 ст. 11) содержится понятие обособленного подразделения организации, подразумевающее территориальное обособление подразделения, по месту которого оборудованы стационарные (действующие более одного месяца) рабочие места. Однако нигде не сказано, что термин «обособленное структурное подразделение», используемый в ТК, тождествен термину «структурное подразделение», используемому в НК. Кроме того, в ст. 55 ГК говорится о двух видах «обособленных подразделений» — филиалах и представительствах, а в ТК неоднократно употребляется термин «филиалы, представительства, иные (курсив мой. — Н. Л.) обособленные структурные подразделения». Таким образом, неясно, следует ли, например, считать цех завода, специализирующийся на выпуске определенной продукции, обособленным структурным подразделением.

Италии) можно встретить понимание автономии, сводящееся к тому, что «передаваемый сегмент должен хотя бы минимально быть приспособлен для осуществления продуктивной деятельности, которая может быть объективно выявлена (даже судьей, если это необходимо)»⁴⁰⁰. Такая автономная единица не обязательно должна обладать самостоятельной структурой, ее приобретатель вполне может самостоятельно осуществлять управление таким предприятием или его подразделением.

Что следует понимать под передачей предприятия — вопрос более сложный⁴⁰¹. Его решению посвящена большая судебная практика Европейского суда справедливости, уполномоченного давать национальным судам государств ЕС разъяснения относительно правильного толкования положений директив ЕС. В одном из дел Европейский суд справедливости сформулировал признаки, которые, с его точки зрения, свидетельствуют о наличии передачи бизнеса⁴⁰². Суд указал, что Директива 2001 г. применяется, если выполняются три условия: 1) передача приводит к смене работодателя; 2) передача касается предприятия, бизнеса или части бизнеса; 3) передача является результатом контракта. При этом не обязательно должны существовать договорные отношения между участниками передачи предприятия: Директива применяется и в ситуации, когда каждое из предприятий отдельно заключало договоры, приводящие к оказанию и прекращению оказания услуг.

В процитированном решении Европейский суд справедливости обобщил два подхода (или теста), использовавшихся национальными судами для определения того, имел ли место переход предприятия. Первый принято называть *тестом деятельности* (англ. *activity test*). Он заключается в том, что переход считается состоявшимся в том случае, если новый работодатель занимается в основном той же деятельностью, что и старый. Второй тест называется *тестом активов* (англ. *assets test*). Этот тест подразумевает, что переход имеет место в случае, если произошел переход существенной части активов (движимых или недвижимых) от одного работодателя к другому. Оба этих теста были выработаны судами до того, как широкое распространение в экономической деятельности получил аутсорсинг, т. е. передача определенных бизнес-процессов или вторичных функций предприятия для выполнения другой компанией, специализирующейся на таких услугах (например, компания, специализирующаяся на уборке помещений, доставке обедов в офис, выполнении бухгалтерской работы и т. д.). При применении к ситуациям аутсорсинга теста деятельности (например, в отношении труда

400 Garofalo M. G. La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni // Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale. 2003. P. 359.

401 См. об этом подробнее: Лютов Н.Л. Права работников при смене собственника имущества организации: проблемы российского законодательства и нормы Европейского Союза // Российский ежегодник трудового права, №4, 2008. СПб., 2009. С. 467-494.

402 ECJ. Temco Case C-51/00, 2002.

уборщицы, работавшей в специализированной компании по уборке) переход предприятия практически всегда будет иметь место.

В случае же применения теста активов решение суда будет зависеть от факта перехода активов. Несмотря на то что официальная позиция Европейского суда справедливости заключается в сочетании обоих тестов, т.е. использовании еще одного, *многофакторного теста*, на практике из ряда решений Суда следует, что он ограничивается только одним из них. Например, в так называемом деле «Сюзен»⁴⁰³ Европейский суд справедливости однозначно отказался от использования теста деятельности. Таким образом, *суд фактически делит работодателей на две категории: тех, для деятельности которых ключевым фактором являются не материальные активы, а человеческий труд, и всех остальных*. Разумеется, этот подход нельзя назвать облегчающим применение Директивы 2001 г. для национальных судов ЕС. Так, в одном из дел⁴⁰⁴ национальный суд пришел к выводу о том, что переход собственности по смыслу Директивы не имел места, апелляционный суд принял решение, что переход произошел, а Европейский суд справедливости — что перехода все-таки не было.

Тем не менее, приведенная система тестов может помочь хотя бы каким-то образом выстроить стороне спора свою позицию в отношении наличия или отсутствия факта правопреемства в отношении трудовых отношений.

Важно, что применение Директивы 2001 г. не может быть препятствием для увольнения работников по экономическим, техническим или организационным причинам, обуславливающим изменения в составе персонала предприятия. Для защиты работников в таких ситуациях в настоящее время действует Директива ЕС 1998 г. о сближении законодательства государств-членов в отношении коллективных увольнений 98/59 ЕС⁴⁰⁵. Это означает, что увольнение работников по экономическим причинам не может быть следствием передачи предприятия, а передача, в свою очередь, не может быть препятствием для такого увольнения. Таким образом, Европейский суд справедливости указал на взаимную независимость этих двух процессов. В России эта проблема решена противоположным образом: в ч. 4 ст. 75 ТК РФ говорится о том, что сокращение численности или штата работников при смене собственника имущества возможно только после государственной регистрации смены собственника.

403 ECJ. Ayse Süzen v. Zehnackeer Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, C-13/95, 1997.

404 ECJ. Carlito Ablar and Others v. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbh, Case C-340/01, 2003.

405 Council Directive 98/59 EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies // Official Journal of the European Union. L 225/16. 12.08.1998. См. текст на русском языке: <www.trudsud.ru/ru/docs/legislation/A7>. О национальных системах коллективных увольнений см.: Киселев И.Я., Лушников А.М. Трудовое право России и зарубежных стран. Учебник. 3-е издание. Под ред. М.В. Лушниковой, М., 2008. С. 377-379.

Очень важно, что в Директиве 2001 г.⁴⁰⁶ указывается, что перед проведением реорганизации предприятия работодатель обязан проинформировать о ней представителей работников и провести с ними соответствующие консультации. Информирование и консультации должны быть осуществлены в отношении: даты или предполагаемой даты передачи; причин передачи; юридических, экономических и социальных последствий для работников; мер, которые предполагается предпринять в отношении работников. Такая информация должна быть предоставлена «достаточно заблаговременно». Обязанность информирования возлагается и на старого, и на нового работодателя. Представительные органы по консультированию и информированию работников (производственные советы) сохраняют свой статус и у нового работодателя.

Таким образом, очевидно, что проблема сохранения прав работников при смене собственника имущества работодателя достаточно сложна и для государств ЕС. Тем не менее, выработанная на наднациональном уровне система критериев и гарантий для работников при переходе предприятия очень перспективна для адаптации в России не только в рамках текста ТК РФ, но и для разъяснения в соответствующем акте Верховного суда РФ. Дела, связанные с сохранением прав работников при передаче бизнеса, рассматриваются и в Европейском суде по правам человека в отношении государств-членов СЕ⁴⁰⁷.

4. ДИСТАНЦИОННЫЙ ТРУД.

В последние десятилетия в мире очень широко распространяется такая форма трудовых отношений как дистанционный труд. Согласно данным социологических опросов⁴⁰⁸, в США более 2% работников (2,8 млн. человек), не считая самозанятых работников и неоплачиваемых волонтеров, считают дом своим основным местом работы. В ЕС в 2005 г. было проведено масштабное исследование дистанционного труда, в ходе которого было установлено, что в 27 странах ЕС и Европейской экономической зоны около 7% работников вовлечены в дистанционные формы труда одну четверть своего рабочего времени и более, а 1,7% работников работают дистанционно почти все свое рабочее время⁴⁰⁹. Какой-либо достоверной социологической информации о распространенности этого явления в России в

406 Directive 2001/23/EC, art. 7.

407 ECHR. UNISON v. United Kingdom, 10 January 2002.

408 Telework Research Network. Statistics: <http://www.teleworkresearchnetwork.com/telecommuting-statistics>.

409 European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Telework in the European Union. 2010. P. 5. <http://www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf>.

настоящее время не имеется, но очевидно, что это очень быстро растущий сегмент трудовых отношений.

В научный оборот введен особый термин «телеработа» и «телеработник»⁴¹⁰, подразумевающий, что ключевая особенность таких трудовых отношений заключается в использовании компьютерной техники. Поэтому принято даже употреблять термин «компьютерное надомничество»⁴¹¹. На самом деле определяющей особенностью такого рода трудовых отношений можно назвать не использование работником компьютера и не нахождение его у себя дома, а выполнение любой работы, связанной с той или иной формой информации, и выполнение этой работы вне места нахождения работодателя. По сути место выполнения работы в этой ситуации может быть любым, и, соответственно, такую работу вряд ли корректно именовать надомничеством. Дистанционный труд утрачивает многие характерные признаки трудового отношения: работник не находится под непосредственным контролем работодателя, поэтому и вопросы трудовой дисциплины, и охраны труда (возможность работодателя ее обеспечить) и взаимной ответственности сторон оказываются под вопросом. Такие отношения носят «пограничный» характер между гражданским и трудовым правом, поскольку не всегда легко определить предмет отношений: труд как процесс или результат труда. Часто дистанционные работники работают сразу для нескольких работодателей. В связи с этим разграничение между самозанятыми лицами и работниками, вступившими в трудовые отношения, становится особенно сложным⁴¹². В силу этого обстоятельства

410 Гебриль В.Н. Социальные аспекты феномена дистанционной работы как нового вида трудовых отношений // Государственное управление. Электронный вестник, №17, 2008. С. 3; Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада: прорыв в постиндустриальное общество. М., 2003. С. 113–118; Коркин А.Е. Правовое регулирование телеработы // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения. Мат. Пятой междунар. науч.-практ. конф. М., 2009. С. 328–336; Красильников О.Ю. Изменение трудовых отношений в условиях становления информационной экономики // Известия Саратовского университета. Новая серия. Серия: Экономика. Управление. Право, №9, 2009. С. 3–6; Лозенко В., Морозов Д. Телеработники в организации: факты, аргументы, обобщения // Управление персоналом, №15, 2007. С. 34–40; Лушников А.М., Фомина М.А. Особенности правового регулирования трудовых отношений при нестандартных формах занятости: опыт стран Запада // Труд за рубежом, №2, 2007, С. 78–109; Лушникова М.А., Лушников А.М. Институт трудового договора в постиндустриальную эпоху: новации и традиции // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки, №3, 2008, С. 58–64; Мерко А.И. Виртуальная занятость как инструмент преодоления кризисных явлений на российском рынке // Вестник Омского университета. Серия: Экономика, №2, 2010. С. 5–10; Фомина М.А. Особенности правового регулирования труда телеработников // Lex Russica, №1, 2008, С. 198–201; Яворчук Н.Н., Шушкина В.В. Телеработа и фриланс: в порядке постановки проблемы // Юридический факультет Кубанского государственного университета, №5, 2010. С. 6–10 и др.

411 Томашевский К.Л. Компьютерное надомничество (телеработа) как одна из гибких форм занятости в XXI в. // Трудовое право в России и за рубежом. №3, 2011. С. 32–35.

412 См. об этом: Engels C. Subordinate Employees or Self-Employed Workers? // Comparative Labor Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies. R. Blanpain (ed.) Wolters Kluwer, X ed., 2010. P. 339–360.

в трудовом праве экономически развитых стран в последние годы намечается интересная тенденция, связанная с попытками распространения норм трудового законодательства на так называемых «зависимых самозанятых лиц»⁴¹³, например, мелких фермеров, поставляющих товары для крупных торговых сетей и т.п.

В 1996 г. МОТ приняла Конвенцию № 177 и Рекомендацию № 184 о надомном труде. Хотя название этих актов связано с надомным трудом, на самом деле, как следует из понятия надомников, дающегося в ст. 1 Конвенции, речь идет как раз о дистанционных работниках, т.е. тех лицах, которые выполняют свою работу вне помещений работодателя. Согласно ст. 1 Конвенции, «...термин «надомный труд» означает работу, которую лицо, именуемое надомником, выполняет: i) по месту его жительства или в других помещениях по его выбору, но не в производственных помещениях работодателя; ii) за вознаграждение; iii) с целью производства товаров или услуг, согласно указаниям работодателя, независимо от того, кто предоставляет оборудование, материалы или другие используемые ресурсы, если только это лицо не располагает такой степенью автономии и экономической независимости, которая необходима для того, чтобы считать его независимым работником в соответствии с национальным законодательством или судебными решениями». Несмотря на то, что в этом определении делается изъятие в отношении независимых работников, оно применимо только при условии, что работники не только юридически автономны, но и экономически независимы. Фактически это означает, что если даже если работник юридически работает по гражданско-правовому договору, но находится в экономической зависимости от работодателя, он должен считаться надомным работником с точки зрения Конвенции №177.

Согласно положениям Конвенции⁴¹⁴, государства обязаны принимать, проводить и периодически пересматривать национальную политику в области надомного труда, направленную на улучшение положения надомников, консультируясь при этом с наиболее представительными организациями работодателей и работников, а также с организациями, занимающимися проблемами надомников, и с организациями работодателей, предоставляющих работу надомникам, где таковые существуют.

Как указывается в ст. 4 Конвенции, национальная политика в области надомного труда должна по мере возможности содействовать равенству в обращении между надомниками и другими наемными работниками с учетом особенностей надомного труда. В частности, должно поощряться равенство в отношении: права надомников на создание организаций или

413 См. об этом: Muelberger U. *Dependent self-employment: workers on the border between employment and self employment*. Palgrave-Macmillan, 2007.

414 Ст. 3 Конвенции №177.

вступление в организации по их собственному выбору и на участие в деятельности таких организаций; защиты от дискриминации в области труда и занятий; защиты в области безопасности и гигиены труда; оплаты труда; защиты посредством установленных законодательством систем социального обеспечения; доступа к профессиональной подготовке; минимального возраста приема на работу или допуска к трудовой деятельности; защиты материнства. Более детально положения, направленные на обеспечение равенства надомников и обычных работников, по этим направлениям раскрываются в Рекомендации № 184.

В ст. 7 Конвенции⁴¹⁵ содержится также важное указание на то, что национальное законодательство о безопасности и гигиене труда применяется и к надомному труду, принимая во внимание его особенности.

На уровне ЕС в 2002 г. социальными партнерами было заключено Рамочное соглашение о телеработе между Европейской комиссией и европейскими объединениями профсоюзов и работодателей⁴¹⁶. Это соглашение различными способами реализуется в государствах-членах ЕС⁴¹⁷.

Дистанционная работа нередко осуществляется на оборудовании, принадлежащем работнику. В ст. 7 Соглашения указывается, что по общему правилу оборудование для работы должно предоставляться работодателем. В любом случае, вопрос об использовании оборудования должен заранее обсуждаться сторонами и закрепляться в трудовом договоре.

В ст. 6 говорится о необходимости охраны частной жизни дистанционных работников⁴¹⁸. Как указывается в этой статье, установка оборудования для наблюдения за деятельностью дистанционных работников допускается только в соответствии с положениями Директивы ЕС 90/270/ЕЕС о минимальных требованиях охраны труда при работе с оборудованием с видеомониторами⁴¹⁹. Данная норма связана с повышенным озабоченностью работодателей в отношении находящихся вне их контроля дистанционных работников. Как уже говорилось выше, дистанционная работа связана с риском потери важной информации, принадлежащей работодателю. В соответствии со ст. 5 Соглашения, работодатель несет ответственность за принятие необходимых мер, направленных на сохранность предоставленных

415 Ст. 7 Конвенции №177.

416 Framework Agreement on Telework, between the ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP 2002. <http://ec.europa.eu/employment_social/news/2002/oct/teleworking_agreement_en.pdf>.

417 См. об этом: European Framework Agreements and Telework: Law and Practice, a European and Comparative Study // Bulletin of Comparative Labour Relations. Ed. R. Blanpain, Kluwer Law International, 2007.

418 О защите персональных данных см. гл. 4 выше.

419 Council Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the minimum safety and health requirements for work with display screen equipment, Official Journal of the EU, art. L 156, 21.06.1990 P. 14 — 18. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L027_0:EN:HTML>.

дистанционным работникам для профессиональной деятельности данных, в частности, в электронном виде. Работодатель обязан информировать работников о действующем законодательстве и корпоративных правилах в отношении защиты данных, в частности, об ограничениях в отношении пользования электронным оборудованием и интернетом, а также об ответственности за несоблюдение этих требований и ограничений. Дистанционный работник отвечает за исполнение этих правил и законодательства. Одной из проблем, связанных с надомной работой и дистанционной работой, считается недостаточное вовлечение надомников и дистанционных работников в процесс производственного обучения и повышения квалификации по сравнению с обычными работниками. В ст. 10 Соглашения указывается, что дистанционные работники в этом вопросе должны обладать равными возможностями с основными работниками. Кроме того, в этой статье указывается, что дистанционные работники должны проходить необходимое обучение в отношении технического оборудования, которое им предоставляется. Помимо этого, руководители дистанционных работников и их непосредственные сослуживцы должны обучаться практике данной формы работы и управлению телеработой.

Во внутреннем российском законодательстве надомникам (а не дистанционным работникам) посвящено всего три статьи⁴²⁰. Никаких мер правовой защиты для этой категории работников не предусматривается, зато в ст. 312 ТК РФ в отношении надомников предусматривается возможность расторжения трудового договора по основаниям, предусмотренным трудовым договором. По этому признаку надомники почему-то как бы приравниваются к руководителям организации. В отличие от внутреннего российского законодательства, в международных актах, касающихся труда надомников, ничего не говорится об упрощении процедуры увольнения этой категории работников. Представляется, что эта норма носит дискриминационный характер в отношении этой категории работников. Следует отметить, что среди в целом юридически безграмотных и сомнительных с моральной точки зрения предложений РСПП⁴²¹ по модификации ТК РФ, серьезного обсуждения заслуживает, пожалуй, лишь идея о регулировании дистанционного труда. Однако то, каким образом это регулирование предлагается РСПП в настоящее время, не предоставляет никакой защиты дистанционным работникам и усиливает дискриминационность их положения, императивно вводя срочный характер трудового договора с ними. Кроме того, никаких преимуществ работодателям эти предложения тоже не дают,

420 Гл. 49 ТК РФ — ст. 310-312.

421 Предложения Комитета РСПП по рынку труда и кадровым стратегиям (сравнительная таблица): <http://media.rssp.ru/document/1/6/0/60f84b0150ec5bbd3cb74670d1c94264.pdf>.

поскольку ничего в отношении характера их правовой связи с работодателем, не разъясняют.

В науке высказывается мнение, что понятие «надомный труд» следует заменить более общим понятием дистанционного труда⁴²². Это предложение не вызывает принципиальных возражений, хотя значительно более важным представляется вопрос предоставления правовых гарантий дистанционным работникам. Важнейший вопрос, который должен быть решен в отношении дистанционного труда в национальном законодательстве — это распространение норм трудового права даже на тех дистанционных работников, которые формально не заключали трудовых договоров, но находятся в экономической зависимости от работодателя. Под такой зависимостью следует понимать тот факт, что заказы со стороны того или иного «дистанционного работодателя» составляют основные средства существования для работника и его семьи. Как следствие распространения трудового законодательства на дистанционных работников должен реализовываться и принцип недопущения дискриминации таких работников по сравнению с обычными.

5. РАБОТНИКИ-МИГРАНТЫ.

Наиболее важным международным актом, касающимся работников-мигрантов можно назвать принятую в рамках ООН Международную конвенцию о защите прав всех трудящихся-мигрантов и их семей 1990 г.⁴²³ Россия не участвует в этой конвенции, что неудивительно, поскольку большинство ее требований внутреннее российское законодательство не соответствует. Вопрос о предоставлении работникам-мигрантам прав, уравнивающих их с работниками — гражданами принимающего государства, очень болезненный. Он связан с тем, что иностранные работники конкурируют с национальной рабочей силой на рынке труда. В настоящее время, несмотря на относительно строгое миграционное законодательство, российский рынок труда в части неквалифицированной низкооплачиваемой работы переполнен работниками-мигрантами из более бедных стран бывшего СССР, подавляющее большинство из которых работает нелегально⁴²⁴. Это серьезнейшая проблема для рынка труда. Выгоду из этой ситуации получают недобросовестные работодатели, использующие нелегальных

422 Избиенова Т.А., Целищев А.А. Эволюция «надомного труда», или правовое поле фриланса // Трудовое право, №2, 2010. С. 24.

423 Советский журнал международного права. №3 — 4, 1991. С. 136 - 172.

424 Ромодановский К.О. Иностранцы строят пол-России, а мы гордимся ее преобразованием // Профиль, №4, 2008. С. 13; Литюшкин В.В. Национальная безопасность и миграционная политика // Миграционное право. №2, 2007. С. 16; Рекомендации парламентских слушаний на тему «Проблемы законодательного регулирования трудовой миграции и деятельности негосударственных агентств занятости в Российской Федерации». М., 2008.

мигрантов почти как рабскую рабочую силу. Либеральные экономисты⁴²⁵ призывают к большей открытости российского рынка труда для иностранцев, утверждая, что российские работники в любом случае не соглашаются на непрестижные и низкооплачиваемые места, занимаемые мигрантами, а бедственное положение мигрантов, обусловленное их нелегальным статусом, вызвано строгостью миграционного законодательства. Эта аргументация содержит в себе полуправду, влекущую ложные выводы. Действительно, полная либерализация миграционного законодательства приведет к улучшению положения мигрантов. Но российские работники не конкурируют с мигрантами не потому, что они ни при каких условиях не готовы занимать соответствующие рабочие места, а по той причине, что условия, которые предлагаются работодателями в настоящее время, учитывают наличие предложения труда со стороны нелегалов. Если российским работникам предложить достойную оплату и условия труда, нет никаких сомнений, что они согласятся работать и дворниками, и строителями, и разнорабочими. Нелегальные мигранты соглашаются на такие условия работы лишь по причине катастрофической бедности их собственных государств, и в этом отношении России не следует фактически объединять свой рынок труда (и, соответственно, условия труда на нем) с беднейшими государствами.

Выходом из сложившейся сейчас ситуации, как представляется, должно быть увеличение контроля за соблюдением миграционного законодательства, в том числе, возможно, введение визового режима с отдельными странами — массовыми экспортерами нелегальной рабочей силы. Одновременно с этим в отношении имеющих мигрантов (в том числе, нелегальных) следует применять гуманные международные нормы, обеспечивающие их достойное существование на территории нашей страны. Конвенция ООН 1990 г. не препятствует такому контролю, о чем прямо указывается в ее тексте⁴²⁶. В Конвенции есть ряд прав работников-мигрантов, которые явно следовало бы воспроизвести во внутреннем законодательстве России. К ним можно отнести: недопустимость коллективной высылки работников-мигрантов; необходимость рассмотрения каждого случая высылки в индивидуальном порядке и только на основании решения компетентного органа, уполномоченного законом⁴²⁷. При этом решение о высылке должно быть предоставлено работнику на языке, который он понимает. До осуществления высылки работник-мигрант должен иметь возможность урегулировать любые претензии, связанные с причитающейся ему зара-

425 См., например, Институт современного развития (ИНСОП). Обретение будущего: стратегия 2012. М., 2011. С. 179-216. http://www.riocenter.ru/files/Finding_of_the_Future%20FULL.pdf.

426 Ст. 79 Конвенции ООН 1990 г.

427 Ст. 22 Конвенции.

ботной платой или иными платежами. В случае высылки работник и члены его семьи не должны нести расходы, связанные с высылкой⁴²⁸. Важны также закрепленные в Конвенции недопустимость ухудшения положения работников-мигрантов по сравнению с работниками страны пребывания в вопросе оплаты и других условий труда⁴²⁹, право вступать и участвовать в деятельности профсоюзов наравне с работниками страны пребывания⁴³⁰, а также некоторые иные права.

Однако некоторые иные положения Конвенции не настолько бесспорны. Например, в ст. 54 Конвенции, помимо прочего, указывается, что работникам-мигрантам устанавливается равный режим с гражданами государства работы по найму в отношении: а) защиты против увольнения; б) пособий по безработице; в) доступа к программам общественных работ, проводимых в целях борьбы с безработицей. И хотя эти права предоставляются с учетом разрешительного порядка допуска иностранных работников на внутренний рынок труда, не очень понятно, почему меры, направленные на обеспечение занятости и улучшение положения безработных, должны распространяться на иностранцев. Это противоречит идее приоритета для собственных граждан на рынке труда, составляющей неотъемлемый элемент национальной политики в области занятости. Поскольку Конвенция 1990 г. не допускает частичной ратификации отдельных ее положений, вряд ли имеет смысл в обозримой перспективе ее ратифицировать.

6. ПРОБЛЕМА ЗАЕМНОГО ТРУДА И ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ЧАСТНЫХ АГЕНТСТВ ЗАНЯТОСТИ.

Деятельность частных агентств занятости в течение всего времени существования МОТ вызывала и до сих пор вызывает очень много споров. Международно-правовое регулирование этого вопроса в рамках МОТ в течение XX в. претерпело значительную эволюцию: в 1933 г. Конвенция о платных бюро найма (№34) установила запрет на деятельность таких агентств; в 1949 г. в Конвенции №96 деятельность частных агентств занятости была легализована в определенных и строго ограниченных случаях; наконец, в 1997 г. МОТ были приняты Конвенция №181 и Рекомендация №188 о частных агентствах занятости. В Конвенции №181 указывается⁴³¹, что одна из целей Конвенции состоит в том, чтобы в рамках ее положений частные агентства занятости получили возможность действовать, а работники, пользующиеся их услугами, были защищены. Причем под частным агентством занятости по смыслу Конвенции понимается, помимо прочего,

428 Там же.

429 Ст. 25 Конвенции.

430 Ст. 26 Конвенции.

431 П. 3 ст. 2 Конвенции №181.

независимое от государства физическое или юридическое лицо, оказывающее услуги, состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом («предприятие-пользователь»), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение⁴³². Речь в данном случае идет о легализации в конвенции так называемого заемного труда (более официальное название на английском языке — *temporary agency work*, т.е. труд в агентствах временной занятости). Под заемным трудом понимаются трехсторонние отношения, когда работник, обращаясь в агентство занятости, вступает с этим агентством в трудовые отношения и направляется для осуществления своих трудовых обязанностей к работодателем-пользователям, т.е. фактическим работодателям этого работника⁴³³.

В 2008 г. в ЕС была принята Директива о труде в агентствах временной занятости 2008/104/ЕС⁴³⁴, посвященная проблеме заемного труда. Причем принятие Директивы воспринимается в ЕС как победа профсоюзов, поскольку заемный труд уже фактически легализован практически во всех странах «старой Европы» (т.е. 15 странах Европейского союза — до его расширения в 2004 г.). Принятию Директивы предшествовали более 10 лет сложных переговоров между социальными партнерами на уровне ЕС. В ходе переговоров выяснилось, что «камнем преткновения» для социальных партнеров стал принцип одинакового положения заемных и обычных работников: профсоюзы категорически настаивали на том, что в директиве должны содержаться положения, уравнивающие заемных и «классических» работников, а объединения работодателей не были к этому готовы. Именно этот принцип — запрет дискриминации заемных работников по отношению к обычным — положен в основу Директивы 2008/104/ЕС⁴³⁵, поэтому ее принятие вызвало одобрение со стороны Европейской конфедерации профсоюзов (ETUC). Директива 2008 г. не ставит своей целью комплексно урегулировать все права и обязанности субъектов отношений по заемному труду, а исходит из того, что национальное трудовое законодательство стран ЕС в любом случае распространяется в полном объеме на заемных работников. Задача Директивы — соотнести положение заемных и обычных работников.

432 П. 1 ст. 1 Конвенции №181.

433 Подробнее о предмете договора заемного труда см.: Головина С.Ю. Содержание трудового договора при заемном труде // *Хозяйство и право*, № 4, 2009. С. 21-25; Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество), М., 2003, С. 103-112; *Temporary Agency Work and the Information Society // Bulletin of Comparative Labour Relations*, R. Blanpain, R. Graham (eds.), Vol. 50, 2004.

434 Directive 2008/104/EC of the European Parliament and Council of 19 November 2008 on temporary agency work. Official Journal of the European Union, December, 5, 2008, L 327/9.

435 Art. 2, art. 5 - Directive 2008/104/EC.

Помимо общего закрепления принципа равенства заемных и обычных работников, в Директиве есть и нормы-изъятия⁴³⁶. В п. 2 ст. 5 говорится о том, что государства-члены ЕС имеют право после проведения консультаций с социальными партнерами установить исключения из принципа равного обращения с заемными работниками в отношении платежей, которые делают этими агентствами заемным работникам *в периоды между их работой* на предприятиях-пользователях. Существенное изъятие из принципа равного обращения — право государств ЕС после проведения консультаций с профсоюзами и объединениями работодателей на национальном уровне разрешать заключение социально-партнерских соглашений, в которых, при общем обеспечении защиты работников агентств временной занятости, будут предусматриваться отклонения от принципа равного обращения⁴³⁷.

Ст. 7 Директивы касается представительства заемных работников с помощью профсоюзов и производственных советов. Государствам ЕС предоставляется выбор между двумя моделями регулирования коллективных трудовых прав работников агентств временной занятости: в соответствии с первой моделью работники агентств временной занятости учитываются с точки зрения подсчета необходимого для представительства их интересов минимума работников в рамках агентства временной занятости. Если количество работников в агентстве временной занятости равно или превышает предусмотренный национальным законом минимум для создания производственного совета, производственный совет должен быть создан в агентстве временной занятости на тех же условиях, что и у обычного работодателя. Вторая модель предусматривает, что работники агентств временной занятости должны учитываться при исчислении соответствующих минимумов на предприятии-пользователе. То есть производственные советы создаются в таких предприятиях на основе представительства как обычных, так и заемных работников. Государства ЕС имеют возможность применения как обеих моделей представительства работников одновременно, так и выбора какой-либо одной модели.

В пар. 20 преамбулы к Директиве 2008 г. отмечается, что ее положения не могут использоваться для ограничения положений национального законодательства стран ЕС, запрещающих использование работников агентств временной занятости для замены бастующих⁴³⁸. Однако императивного запрета на такое использование в Директиве не содержится. Следует от-

436 Art. 5, Directive 2008/104/EC.

437 Art. 5, para. 3, Directive 2008/104/EC.

438 Подобного рода ограничения предусмотрены в законодательстве Австрии, Испании, Италии, Нидерландов, Словении, Франции и других стран ЕС. См.: *European industrial relations observatory on-line (EIRO), Temporary agency work and collective bargaining in the EU*. <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0807019s/tn0807019s.htm>>.

метить, что в Конвенции МОТ №181 о частных агентствах занятости также не удалось согласовать такую норму, и она нашла отражение лишь в Рекомендации №188⁴³⁹.

Конвенция МОТ №181 — это акт, налагающий меньшее количество обязательств на агентства и работодателей по сравнению с Директивой ЕС и, таким образом, оставляющий большее пространство для ущемления интересов работников. В Конвенции не содержится общего принципа запрета дискриминации заемных работников по отношению к обычным. Вместо этого устанавливается принцип бесплатности услуг агентств для работников, хотя и из этого принципа на национальном уровне делаются изъятия⁴⁴⁰. Кроме того, перечисляются наиболее базовые права таких работников, которые не должны нарушаться (право на свободу объединения, запрет детского труда, расплывчатые ограничения в отношении обработки персональных данных работников и др.).

С момента принятия Конвенции МОТ №181, она была ратифицирована 23 государствами. В России по поводу перспектив ратификации Конвенции №181 еще в 2004 г. проходили специальные парламентские слушания, отразившие накал противоречий в обществе по поводу этой проблемы. Россия не ратифицировала данную Конвенцию и, скорее всего, вряд ли в ближайшее время ратифицирует. Легальное использование заемного труда по российскому трудовому законодательству невозможно: в соответствии с ТК РФ трудовое отношение — это отношение между двумя, а не тремя сторонами. Тем не менее, несмотря на фактическую незаконность заемного труда, он широко практикуется в России, а доказать в суде факт наличия заемного труда очень сложно: скорее всего суд признает работодателем то лицо, с которым формально заключен трудовой договор, т.е. частное агентство занятости.

Преимущества заемного труда для бизнеса очевидны: вместо того, чтобы организовывать новые полноценные рабочие места, предприниматели могут «арендовать» работников у агентства занятости, имея возможность в любой момент без каких-либо компенсаций избавиться от ненужного работника. Как правило, заемные работники занимают должности, не требующие высокой квалификации, и оплата их труда ниже, чем у «полноценных» работников данного работодателя. В пользу использования заемного труда выдвигается также тот аргумент, что работники, которые в другой ситуации не могли бы получить вообще никакой работы (например, студенты, которые могут работать лишь несколько часов в неделю в свободное от учебы время), имеют возможность трудоустроиться хотя бы в качестве заемных работников.

439 Ст. 6 Рекомендации МОТ №188.

440 Art. 7 - Directive 2008/104/EC.

Против легализации заемного труда традиционно выступают профсоюзные организации. Во-первых, положение заемных работников с точки зрения защиты их прав существенно хуже, чем положение традиционных работников; во-вторых, что не менее важно, заемные работники не состоят в профсоюзах и не выплачивают профсоюзных взносов. За счет увеличения доли заемных работников уменьшается уровень профсоюзного членства. Социологические исследования показывают⁴⁴¹, что большинство заемных работников не удовлетворены своим статусом и предпочли бы работать по «обычным» стабильным трудовым договорам. Заемные работники работают в сравнительно худших условиях, они в меньшей степени контролируют ту работу, которой занимаются; их труд, как правило, менее квалифицированный, они значительно реже проходят программы повышения квалификации и переобучения персонала. Охрана труда таких работников осуществляется хуже; с ними происходит большее количество несчастных случаев на производстве. За ту же самую работу, что выполняется обычными работниками, оплата заемных работников ниже; кроме того, они лишены разного рода надбавок, связанных с работой у конкретного работодателя. Труд заемных работников намного более нестабилен, чем в обычных условиях. Например, во Франции средняя продолжительность работы заемного работника — всего две недели. При этом работа в агентствах временной занятости — это наиболее быстрорастущий вид атипичных трудовых отношений в Европейском союзе в течение последних двадцати лет. В Дании, Испании, Италии и Швеции использование заемного труда за последние годы увеличилось в пять раз, а в других странах ЕС их использование увеличилось, по крайней мере, в два раза⁴⁴².

В российском трудовом праве заемный труд — это предмет достаточного острого спора. Проблема легализации заемного труда посвящаются диссертационные исследования⁴⁴³. Группа ученых во главе с проф. И.Я. Киселевым в 2004 г. написала программную статью о необходимости легализации заемного труда⁴⁴⁴, их мнение разделяют и другие известные специалисты в области трудового права⁴⁴⁵. Среди противников заемного труда

441 Ляпин А., Нойнхеффер Г., Шершукова Л., Бизюков П. Неустойчивая занятость и ее последствия для работников. М., Центр социально-трудовых прав, 2007. <http://trudprava.ru/files/pub/neust-zanyatost.pdf>.

442 European Trade Unions Confederation. Temporary agency workers in the European Union. <http://www.etuc.org/a/501>.

443 Власенко М.С. Проблемы правового регулирования заемного труда в России // Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 М., 2009, Кривой Я.В. Правовое регулирование заемного труда: международно-правовой, сравнительный и национальный аспекты // Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 М., 2006, Рымкевич О.П. Сравнительно-правовой анализ регулирования отношений по заемному труду: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 СПб., 2005.

444 Киселев И., Карабельников Б., Черкасова Э., Кука С., Юдкин В., Леонов А., Свечкаренок В. Концепция регулирования заемного труда // Хозяйство и право, № 2,3, 2004.

445 Лушникова М.В., Лушников А.М. Заемный труд: исторический опыт и перспективы

очень многое, важные элементы советского восприятия профсоюзного движения сохранились до сих пор. С этим сложным процессом связано и разделение профсоюзов на так называемые «старые» и «новые» или «независимые», сопровождаемое конфронтацией между двумя профсоюзными «лагерями»⁴⁵¹. С точки зрения последствий для законодательства такое «деформированное» восприятие профсоюзного движения приводит к слабости правовых механизмов обеспечения основных прав профсоюзов, связанных с коллективными переговорами, коллективными трудовыми спорами и забастовками. Кроме того, законодательство содержит очень важные пробелы, касающиеся обеспечения реальной независимости профсоюзов от работодателей, а также наличия прозрачных правил, касающихся внутрив профсоюзной демократии и межпрофсоюзных отношений.

Представляется, что эти существенные изъяны законодательства следует исправлять. Тем не менее, даже в случае их эффективного исправления профсоюзы в России уже не смогут стать настолько сильными субъектами трудового права, какими они были в экономически развитых странах «Запада» в середине XX в., когда им требовалось от государства лишь обеспечение «коллективного невмешательства» — по образному выражению классика британского и сравнительного трудового права О. Кан-Фройнда⁴⁵². Это связано с общемировой тенденцией по ослаблению профсоюзного движения, которая, в свою очередь, обусловлена, прежде всего, изменением социальной структуры трудовых отношений, перемещением в экономически развитых странах рынка труда в сферу услуг по сравнению со сферой производства и «размыванием» рабочего класса как мощной социальной структуры индустриального времени⁴⁵³. Для «западного» трудового права эта тенденция оказалась существенно более разрушительной, чем для оте-

чественного, поскольку механизмы защиты прав и интересов работников в этих странах в существенно большей степени зависимы именно от «коллективной самозащиты» с помощью профсоюзов, а защита индивидуальных прав работников с помощью законодательных норм развита значительно слабее. В России же действуют механизмы защиты трудовых прав, заложенные еще в советское время, когда договорное регулирование трудовых отношений практически отсутствовало. Работник и работодатель фактически не договаривались (ни индивидуально, ни коллективно) об условиях труда, а применяли те условия, которые устанавливало государство. Поэтому неудивительно, что такой авторитетный специалист в области трудового права, как В.Н. Толкунова, совершенно справедливо называла в качестве причин трудовых споров не объективный конфликт интересов между работниками и работодателем, а бюрократизм руководителей и плохое знание сторонами спора трудового законодательства⁴⁵⁴. Поэтому, если для «западного» права в настоящее время нередки панические рассуждения о «смерти» трудового права в связи с ослаблением профсоюзов и глобализации мировой экономики и рынка труда, то в России уместно говорить лишь о необходимости усиления соответствующего института трудового права. Причем делать это можно и нужно не только за счет усиления норм, касающихся профсоюзов, но и внедряя иные механизмы представительства работников, связанные с информированием и консультациями, с учетом опыта по этому вопросу, имеющегося в Европейском союзе.

В том, что касается дискриминации в области труда и занятий, то и в этом вопросе неразвитость внутреннего российского законодательства по сравнению с международными трудовыми стандартами связана с фактическим отсутствием договорного регулирования труда в советское время. Проблема дискриминации в сфере труда не была чужда и советскому законодательству. Хотя термин «дискриминация» в советском праве не использовался, трудовое право оперировало таким понятием как сочетание единства и дифференциации в качестве отличительной черты метода правового регулирования труда⁴⁵⁵. Под единством понималось равное

451 См.: Московский общественный научный фонд. Отчет по проекту: «Альтернативные профсоюзы в системе регулирования социально-трудовых конфликтов». СПб., Центр независимых социологических исследований (ЦНСИ), 2010; Бизюков П.В., Бизюкова В.А., Бурнышев К.В., Донован И.В. Место профсоюзов в системе регулирования трудовых отношений, М., ИСИТО, 2004; Профсоюзное пространство современной России. Под ред. В. Борисова, С. Кларка. М., 2001; Бизюков П.В. Альтернативные профсоюзы в России. Причины сохранения раскола // Профсоюзы на предприятиях современной России: возможности ребрендинга. Под ред. И.М. Козиной. М., 2009. С. 116-138.

452 Kahn-Freund, O. Legal Framework. In *The System of Industrial Relations In Great Britain: its History, Law and Institutions*. A. Flanders, H.A. Clegg, (eds.) London, 1954.

453 См.: Trade Unions. Resurgence or demise? / S. Fernie, D. Metcalf (eds.). Routledge, 2005; Global Unions? Theory and strategies of organized labour in the global political economy / J. Harrod, R. O'Brien (eds.) Routledge, 2002; The Role of Unions in the Twenty-First Century. A report for the Fondazione Rodolfo De Benedetti / T. Boeri, A. Brugiavini, L. Calmfors (eds.). Oxford, 2001; Trade Union Revitalisation. Trends and Prospects in 34 Countries. C. Phelan (ed.). Peter Lang, 2007; Wheeler H.N. The Future of the American Labor Movement. Cambridge University Press, 2002; Wheeler H.N., Klaas B.S., Mahony D.M. Workplace Justice Without Unions. W.E. Upjohn Institute for Employment Research Kalamazoo, Michigan, 2004; Kochan T.A., Katz H.C., McKersie R.B. The Transformation of American Industrial Relations. ILR Press, 1994; Erne R. European Unions: Labor's Quest for a Transnational Democracy. ILR Press, 2008.

454 Толкунова В.Н. Трудовые споры и порядок их разрешения. М., 1996. С. 10-14.

455 Между специалистами в области трудового права ведутся дискуссии по поводу того, относить ли дифференциацию к характерной особенности метода или к одному из принципов трудового права. Особенностью метода трудового права дифференциация называется в работах К.Н. Гусова и В.Н. Толкуновой, А.М. Куренного, Т.Ю. Коршуновой, М.А. Бочарниковой и др. (См.: Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России. М., 2006. С. 22–23, Трудовое право России / под ред. А.М. Куренного. 2-е изд. испр. и доп. М., 2008. С. 27–28; Бочарникова М.А. Коршунова Т.Ю. Дифференциация правового регулирования трудовых отношений: теоретические аспекты // Российский ежегодник трудового права. 2006. № 2 / под ред. Е.Б. Хохлова. СПб., 2007. С. 239). О дифференциации как о принципе трудового права говорится в работах И.О. Снигиревой, А.М. и М.В. Лушниковых и других авторов (см.: Снигирева И.О. Комментарий к статье 251 // Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. К.Н. Гусова. 7-е изд. М., 2008. С. 598; Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового

применение норм трудового законодательства ко всем работникам, а под дифференциацией — установление специальных норм, в том числе, в отношении определенных категорий работников, нуждающихся в особой защите. *Можно утверждать, что советское право лучше справлялось с проблемой защиты от дискриминации, нежели это делается не только в современном российском, но и в «западном» трудовом праве.* Связано это с тем, что в условиях максимального ограничения договорной свободы применительно к трудовым отношениям, у работодателя остается гораздо меньше возможностей для дискриминации работников. Более того, сама мотивация работодателя дискриминировать работника в условиях, когда отсутствует частная собственность на средства производства, минимальна: ведь нуждающиеся в защите категории работников защищаются за счет государства, а не личного кармана работодателя.

При анализе современного российского и «западного» законодательства и правоприменительной практики, касающихся запрета дискриминации в сфере труда, следует понимать, что они существуют в принципиально разных условиях и под воздействием различных социальных процессов. Соответственно, и проблемы, которые возникают в связи с применением этого законодательства в России и в странах «условного Запада» принципиально разные.

«Западное» антидискриминационное законодательство сформировалось и развивается под мощным идеологическим воздействием США⁴⁵⁶. В этой стране вплоть до второй половины XX в. в широком обиходе был откровенный расизм и сексизм. Нация, построившая свою государственность на почти полном истреблении коренного — индейского — населения, рабстве негров, а после его отмены — на долгих традициях расовой сегрегации, до сих пор с трудом преодолевает свое тяжелое историческое наследие. По мере осмысления несправедливости самых уродливых форм дискриминации в «свободном демократическом» государстве, американское общество вырабатывает механизмы противодействия им. Как нередко бывает в таких случаях, общество бросилось из одной крайности в другую: руководствуясь благородной целью защиты находящихся в неблагоприятном положении меньшинств, законодательство и практика стали зачастую переходить грань разумной достаточности. Появился феномен так называемой «дискриминации наоборот», когда дискриминироваться стало большинство работников по отношению к защищаемому меньшинству. Очевидно, что у США нет никаких моральных оснований учить остальной мир бороться

права: учебник: в 2-х т. Т. 1. С. 526 и далее).

456 См. об этом подробнее: Исаева Е.А. Проблема дискриминации в сфере труда в США: теория и практика // Дискриминация в сфере труда: теория и практика. Науч.-практ. сб. М., 2008.

с дискриминацией. России следует с большой осторожностью относиться к этой сложной и щекотливой проблеме, в том числе, в вопросе переноса бремени доказывания факта дискриминации в отношении ответчика⁴⁵⁷.

Особое место в современном «западном» антидискриминационном законодательстве уделяется дискриминации по признаку пола или гендерной дискриминации. Причем в гендерной дискриминации выделяются такие формы как «преследование» или «сексуальное преследование» (англ. — *harassment, sexual harassment*). Защита от этих действий наиболее распространена в законодательстве США и ЕС⁴⁵⁸. Дополнительно вопрос преследования и насилия на работе отражен в Рамочном соглашении социальных партнеров на уровне ЕС, заключенном по этому поводу в 2007 г.⁴⁵⁹ В Директиве ЕС 2006 г. о гендерной дискриминации (№ 2006/54/ЕС) под преследованием понимается «нежеланное поведение, связанное с полом лица, осуществляющееся с целью или приводящее к унижению достоинства человека, а также создающее запугивающую, враждебную, унижительную или оскорбительную обстановку». Соответственно, под сексуальным преследованием понимаются аналогичное поведение сексуального характера в форме «вербальных, невербальных или физических действий». И преследование, и сексуальное преследование включены в понятие дискриминации по смыслу Директивы. Эти нормы очень противоречивы как с точки зрения целесообразности, так и в морально-этическом аспекте. С одной стороны, очевидно, что необходимо защищать работников (прежде всего, женщин) от оскорбляющего их человеческое достоинство поведения коллег. С другой стороны, формулировку этих норм можно понимать (и это происходит на практике) весьма расширительно. Что означает «невербальные действия сексуального характера»? По сути, к таким действиям можно отнести даже взгляд коллеги, оцениваемый каждым совершенно субъективно. А если учитывать перенос бремени доказывания, то становится понятно, что такое правовое регулирование может приводить к очень серьезным злоупотреблениям со стороны «жертв дискриминации».

457 Об этом говорилось в гл. 3 выше.

458 С понятием преследования тесно связано еще одно явление, находящееся в последние десятилетия в центре внимания специалистов по отношениям в сфере труда, — моббинг. Моббинг (от англ. *mobbing*, буквально — «организация толпы») — это совместные действия руководства компании и послушных ему работников, направленные на психологическую травлю отдельных работников по дискриминационным основаниям или в связи с попыткой защиты ими своих трудовых прав. См. об этом подробнее: Киселев И.Я., Лушников А.М. Трудовое право России и зарубежных стран. Учебник. 3-е издание. Под ред. М.В. Лушниковой, М., 2008. С. 391–392.

459 Framework agreement on harassment and violence at work. 2007 // <http://www.tradeunionpress.eu/Agreement%20violence/Framework%20Agreement%20Harassment%20and%20Violence%20at%20Work2.pdf>. Подробнее об интерпретации понятий «преследование» и «насилие» на работе см. специальное пособие, выпущенное Европейской конфедерацией профсоюзов: http://www.etuc.org/IMG/pdf_CES-Harcelement-Uk-2.pdf.

В России социальная ситуация принципиально иная. Общественная психология в отношении дискриминации в большинстве случаев не ушла от восприятия проблемы дискриминации в соответствии с советскими мерками. Для советского общества по уже описанным причинам проблема дискриминации не была в числе существенных. Между тем, свобода трудового договора — это один из неотъемлемых инструментов современного рынка труда в России. Соответственно, и мотивация, и возможности осуществлять дискриминацию у российских работодателей появились. В результате дискриминация в сфере труда стала весьма распространенным явлением. *Можно сказать, что тенденции развития антидискриминационного регулирования в России и «на Западе» противоположны: у нас это набирающий силу и опасность социальный феномен, развивающийся на фоне относительно благополучного прошлого; на Западе — это избыточная защита меньшинств на фоне давних исторических дискриминационных проблем.*

Сопоставление международных трудовых стандартов и внутреннего трудового законодательства выявляет и ряд других, очень важных, проблем, касающихся принудительного труда, оплаты труда (в первую очередь — минимального ее размера), рабочего времени, защиты персональных данных работников, правового регулирования дистанционного труда и др. Но не все стандарты, установленные на международном уровне, следует немедленно имплементировать в российскую правовую систему. Хорошей иллюстрацией этого тезиса могут служить нормы о заемном труде.



Книга «Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования» — это своего рода дайджест толкования российского трудового законодательства, осуществленный через призму международных трудовых стандартов.

Мы надеемся, что совершенствование российского трудового законодательства будет продолжаться, а настоящая публикация станет шагом в этом направлении.