

А. М. Лушников
М. В. Лушникова

ТРУДОВЫЕ ПРАВА В XXI ВЕКЕ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

монография



Электронные версии книг на сайте

www.prospekt.org



• ПРОСПЕКТ •

Москва
2015

УДК 349.2(470+571)(075.8)
ББК 67.405(2Рос)я73
Л82

Электронные версии книг
на сайте www.prospekt.org

Авторы:

Лушников А. М., доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор;
Лушникова М. В., доктор юридических наук, профессор.

Рецензенты:

Куренной А. М., доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой трудового права
Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, заслуженный
юрист РФ;

Головина С. Ю., доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой трудового пра-
ва Уральской государственной юридической академии.

Л82 Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции разви-
тия : монография / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. — Москва : Про-
спект, 2015. — 272 с.

ISBN 978-5-392-18106-3

В настоящей монографии на основе исторического и сравнительно-правового анализа рассмотрены закономерности и обоснованы основные тенденции развития трудовых прав в XXI веке. Особое внимание уделено новациям содержания трудовых прав: право на достойный труд, личные, информационные, интеллектуальные права работника. Определены пределы реализации трудовых прав.

Законодательство приведено по состоянию на июль 2014 г.

Для магистрантов, аспирантов, преподавателей юридических вузов и факульте-
тов университетов, научных и практических работников, других читателей, интере-
сующихся проблемами трудового права.

*Исследование выполнено при поддержке проекта № 1127 в рамках базовой части
государственного задания НИР Ярославского государственного университета
им. П. Г. Демидова.*

УДК 349.2(470+571)(075.8)
ББК 67.405(2Рос)я73

*Издательство не несет ответственности за достоверность, полноту и актуальность
содержания произведения. Из содержания этого произведения не могут вытекать
никакие правовые притязания к Издательству.*

Научное издание

**Лушников Андрей Михайлович,
Лушникова Марина Владимировна**

**ТРУДОВЫЕ ПРАВА В XXI ВЕКЕ:
СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ**
Монография

Оригинал-макет подготовлен компанией ООО «Оригинал-макет»
www.o-maket.ru; тел.: (495) 726-18-84

Санитарно-эпидемиологическое заключение

№ 77.99.60.953.Д.004173.04.09 от 17.04.2009 г.

Подписано в печать 13.01.2015. Формат 60×90 1/16.

Печать офсетная. Печ. л. 17,0. Тираж 500 экз. Заказ №

ООО «Проспект»

111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

ISBN 978-5-392-18106-3

© Лушников А. М., Лушникова М. В., 2015
© ООО «Проспект», 2015

Предисловие

В современной России трудности социальной стабилизации во многом обусловлены недостаточной теоретической проработкой правовых реформ. Научная значимость предлагаемой читателю монографии заключается в выявлении закономерностей и тенденций развития трудовых прав в XXI в., научном обосновании решений, возникающих правовых проблем. Данное теоретическое исследование на основе выявленных закономерностей, тенденций развития трудовых прав позволяет в рамках научного подхода осуществить поиск правовых способов разрешения ряда проблем, возникающих в ходе проведения социальных реформ в сфере трудовой занятости, миграции, социального обеспечения.

В России успешная модернизация экономики и инновационное развитие должны сопровождаться и обеспечиваться мерами по реализации Программы достойного труда в рамках международного договора о сотрудничестве РФ и МОТ на 2013–2016 гг. Очевидна потребность в научно обоснованных предложениях *de lege ferenda* по претворению в жизнь этих планов в ключе закономерностей и тенденций развития трудовых прав в XXI в.

Монография посвящена проблемам трудовых прав в системе прав человека в условиях глобализации. В рамках предлагаемой авторской концепции обосновываются современные тенденции развития трудовых прав в XXI в. Они в значительной степени обусловлены Программой достойного труда, принятой Международной организацией труда (МОТ), особо востребованной в период последнего мирового финансового кризиса и экономической стагнации. Дается авторское определение публичных и частных пределов реализации трудовых прав. В этом ключе следует решать актуальные проблемы теории и практики применения презумпции трудовых отношений, запрета злоупотребления трудовыми правами, запрета дискриминации в трудовых правоотношениях. В результате проведенного всестороннего анализа

заявленных проблем разрабатывается новый научный подход к прогнозированию социально-правовой политики Российского государства, перспектив ратификации Конвенций МОТ.

Отметим, что данная проблематика отчасти рассматривалась нами в предыдущих исследованиях¹.

Авторы

¹ См.: Вестник трудового права и права социального обеспечения. Право на труд и право на социальное обеспечение в системе прав человека / под ред. А. М. Лушникова, М. В. Лушниковой. Вып. 2. Ярославль, 2007; Вестник трудового права и права социального обеспечения. Оптимизация межотраслевых связей трудового права и права социального обеспечения / под ред. А. М. Лушникова, М. В. Лушниковой. Вып. 5. Ярославль, 2010; Лушникова М. В., Лушников А. М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 83–323; Они же. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 263–343, и др.

Глава 1. ОСНОВНЫЕ ЗАКОНОМЕРНОСТИ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ТРУДОВЫХ ПРАВ В XXI в.

1.1. Понятие и признаки закономерностей и тенденций развития трудовых прав

Развитие цивилизации в целом, как и любой ее составной части (а право — неразрывная составляющая любой цивилизации), представляет собой сложный, многоуровневый и многофакторный процесс. В этой связи в рамках научных исследований возможно последовательное осуществление трех мыслительных операций:

- 1) выявление закономерностей развития правовых явлений как в общем, так и отраслевом аспекте;
- 2) определение на базе выявленных закономерностей тенденций дальнейшего развития тех или иных правовых явлений;
- 3) как можно более полное соответствие выявленным тенденциям экспертной, а по возможности и правотворческой деятельности.

В данной главе исследования будет предпринята попытка выявить основные закономерности развития правовых явлений в отраслевом аспекте, определение на базе выявленных закономерностей тенденций дальнейшего развития трудовых прав в XXI в.

Прежде чем перейти к сути проблемы, кратко определимся, что мы будем подразумевать под правовыми закономерностями и тенденциями, что между ними общего и в чем различие.

Научных публикаций о правовых закономерностях в российской научной литературе не так много, однако они дают возможность сформулировать определение правовых закономерностей. По наиболее распространенной версии о них можно говорить,

как об объективной, систематической повторяемости устойчивых связей факторов и явлений в сфере права.

В неразрывной связи с правовыми закономерностями находятся тенденции. Очевидно, что предметом любого теоретического знания является не только эмпирически воспринимаемые вещи и явления, а также заложенные в них объективные тенденции, обнаруживаемые лишь на уровне научной абстракции. Тенденцией можно считать основное направление дальнейшего развития, которое со временем может стать закономерностью¹.

Не претендуя на полноту охвата проблемы, попробуем изложить признаки, отличающие закономерности от тенденций.

1. Закономерности всегда ретроспективны, они определяются в координатах «здесь и сейчас», но исходя только из анализа предшествующего развития государственно-правовых явлений. Напротив, тенденции всегда перспективны, где «здесь и сейчас» — только точка отсчета, от которой и определяются тенденции дальнейшего развития.

2. Закономерности служат основой для определения тенденций, так как последние можно условно назвать «предзакономерностями будущего развития». Без выявления закономерностей невозможно определить тенденции, притом что тенденции в будущем с большой долей вероятности могут стать закономерностями (новыми или модификацией старых).

3. Тенденции связаны с разными по содержанию видами закономерностей. Они не могут касаться закономерности возникновения правовых явлений, в некоторой степени связаны с закономерностями функционирования и всецело охватываются закономерностями развития.

4. При этом закономерности представляют собой варианты наиболее жесткой и последовательной связи правовых явлений, как правило, более продолжительны и универсальны. Напротив, тенденции могут отражать более слабые, только формируемые связи правовых явлений, которые могут быть более краткосрочными, непоследовательными, менее ярко выраженными. Как уже указывалось, только наиболее стойкие и внутренне связанные тенденции могут стать закономерностями.

¹ См. подробнее: *Лушников А. М.* Теория государства и права. Базовый курс. М., 2013.

5. Закономерности выражают преимущественно онтологическую, гносеологическую и эвристическую функции теории права. Тенденции, напротив, связаны преимущественно с прогностической функцией.

6. Как закономерности, так и тенденции являются научной абстракцией, однако закономерности по своему содержанию более объективны. Тенденции выражают только потенциал развития правовых явлений и в этом смысле менее объективны¹.

Далее мы рассмотрим предпосылки выделения тенденций развития трудовых прав с опорой на уже выявленные закономерности. Сразу оговоримся, что анализируемые закономерности и тенденции глобального характера (если быть точным, то скорее характерные для экономически развитых стран Запада) во многом совпадают с аналогичными российскими. Однако последние имеют и некоторую специфику, определяемую совокупностью особенностей социально-экономического и политического развития России.

Начнем с того, что на рубеже XX–XXI вв. развитие трудовых прав на Западе, а сегодня и в России выходит на новый качественный уровень. Трудовые права работника XX в. — это права, сформировавшиеся в индустриальном обществе и отчасти постиндустриальном. XXI в. начался как век информационного общества. Это общество основано не на производственной (индустриальной) общественной организации труда, а на новой нарождающейся общественной организации труда, черты которой только еще намечаются. Трудовые права, сформулированные в XX в., уже не укладываются в рамки новой общественной организации труда, продиктованной условиями информационного общества.

Примечательно то, что и приверженцы концепции постиндустриального (информационного) общества², и скептики³ сходятся

¹ Лушников А. М. Трудоправовая футурология: методологические подходы к определению основных закономерностей и тенденций развития трудового права // Актуальные проблемы трудового права и права социального обеспечения. Харьков, 2013. С. 48–52.

² См.: Гэлбрайт Д. Новое постиндустриальное общество. М., 2007; Нейсбит Д. Высокие технологии, глубокая гуманность. М., 2005; Тоффлер Э. Третья волна. М., 2002; Тоффлер Э., Тоффлер Х. Революционное богатство. М., 2008, и др.

³ См. например: Уэбстер Ф. Теории информационного общества. М., 2004. С. 21–25, и др.

в одном: произошли принципиальные, поистине революционные изменения в области занятости, что с неизбежностью влечет изменения в трудовом законодательстве и в перечне трудовых прав.

Все это позволяет говорить нам о формировании постиндустриальной (информационной) организации труда как стойкой тенденции, переходящей в закономерность, в значительной части определяющей дальнейшее развитие трудовых прав. Однако она еще не имеет универсального характера и достаточно большое число государств находится на индустриальной стадии, а некоторые — еще на доиндустриальной.

Таким образом, на развитие трудовых прав в начале нового тысячелетия решающее воздействие оказали два планетарных процесса, имеющих характер общесоциальных закономерностей:

1) техническая революция в сочетании с ускоренной социальной эволюцией, результатом взаимодействия которых стало формирование постиндустриального общества;

2) неразрывно связанный с ними процесс глобализации. На данный процесс особое внимание обращается в современных российских исследованиях¹.

В этом контексте своеобразным манифестом грядущих изменений стал выход сборника «Трудовое право в постиндустриальную эру»², авторами которого были патриархи западной науки трудового права англичанин лорд Уэддерберн, француз Ж. Лион-Кан, немец В. Дойблер, а также голландцы М. Руд, и П. ван дер Хейден. Он был подготовлен по материалам научной конференции, организованной в ноябре 1993 г. юридическим факультетом Амстердамского университета и посвященной памяти одного из первых ученых трудовиков Г. Зинцгеймера (1875–1945). Выводы и прогнозы авторов выдержали испытание временем. Отметим, что один из соавторов сборника германский исследователь профессор В. Дойблер неоднократно выступал в России с докладами, посвященными тенденциям развития трудового права промышленно развитых стран³. В России на базе

¹ См., например: *Морозов П. Е.* Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации. М., 2012.

² *Labour Law in the Post-industrial Era.* Aldershot, 1994.

³ См.: *Дойблер В.* Тенденции развития трудового права в промышленно развитых странах // Государство и право. 1995. С. 103–109 (текст доклада, прочитанного в Московской государственной юридической академии в 1994 г.). В сентябре 2012 г. он выступил в Высшей школе экономики (г. Москва)

материалов международной научно-практической конференции (январь 2006 г., МГЮА) был опубликован сборник работ ведущих российских исследователей «Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения» (М., 2007).

Аналогичным вышеуказанным явилось коллективное исследование «Идея трудового права» (Оксфорд, 2011)¹. Оно было подготовлено на базе материалов научной конференции, состоявшейся в Колледже Святой Католики Кембриджского университета в апреле 2010 г. Его авторами стали ведущие ученые-специалисты в сфере трудового права стран Запада из Великобритании, США, Канады, Германии и др. В значительной части это исследование также посвящено выявлению закономерностей и тенденций развития трудового права. В аналогичном ключе подготовлен сборник «Рынок труда в XXI веке: в поисках гибкости и защиты» (Вильнюс, 2011, на английском, литовском и русском языках). В его подготовке приняли участие не только ряд ведущих ученых стран Запада, но и группа российских ученых (Л. Ю. Бугров (1950–2012), С. Ю. Головина, К. Н. Гусов (1948–2013), А. М. Куренной, М. В. Лушникова и др.). Упоминания достоин и сборник «Трудовое право России и стран Евросоюза» (М., 2012).

Тенденциям развития науки трудового права была посвящена научная конференция, состоявшаяся в апреле 2013 г. на базе Киевского национального университета им. Тараса Шевченко и Института государства и права НАН Украины². Данной проблематики мы также уже касались в предыдущих исследованиях³.

В отечественной науке трудового права впервые в таком ключе о тенденциях развития трудовых прав написал И. Я. Киселев. Он отметил, что переход к постиндустриальному, информационному обществу породил кризис традиционного трудового права в странах Запада. «Некоторые юристы, социологи, политики констатируют, что в складывающейся социальной среде постиндустриального общества трудовому праву просто не вы-

с докладом «Современные тенденции развития трудового права Германии и еврокризис» (не опубликован).

¹ The idea of Labour Law. Oxford, 2011.

² См.: Тенденции развития науки трудового права и права социального обеспечения: сб. науч. тр. Киев, 2013.

³ Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 223–262; Лушникова М. В., Лушников А. М. Очерки теории трудового права. С. 103–146, и др.

жить, и оно в конечном итоге обречено, или, по крайней мере, его существование как самостоятельной отрасли находится под серьезной угрозой». Но как справедливо отмечал автор, в XXI в. трудовое право преодолеет трудности, полностью возродится на новой основе, заново определит свою нишу, свой предмет, метод, основные принципы, существенно усовершенствует свой инструментарий. Трудовое право с совершенствованием человеческой цивилизации, вполне возможно, станет ведущей отраслью права¹.

И. Я. Киселев инновации отрасли видел прежде всего в изменении предмета и сферы действия трудового права (тенденция «экспансии трудового права»), в новом наполнении методов правового регулирования трудовых отношений (акцент на гибкости, диверсификации, уменьшении авторитарных методов регулирования трудовых отношений за счет интенсивного развития локальных нормативных актов (так называемого корпоративного трудового права); в возрастании роли международно-правовых стандартов трудовых прав в гармонизации и унификации трудового права во всемирном масштабе. Эти тенденции получили признание в исследованиях специалистов по российскому трудовому праву².

Английский политик и ученый Т. Б. Маколей (1800–1859) в свое время выдвинул лозунг либерального реформаторства: «Хочешь выжить — проводи реформы». В настоящее время этот лозунг стал еще более актуальным. Темпы социально-экономических и политических процессов на протяжении всего XX в. постоянно ускорялись, а изменения во всех сферах жизни общества приобретали порой калейдоскопическую быстроту. В этой ситуации особое значение приобретает адаптация к происходящим изменениям, достижению качественного уровня соответствия им. Все это в полной мере относится к отрасли и науке трудового права. Как бы мы ни относились к происходящим изменениям, они являются объективной данностью, основанием современного состояния и определения перспектив правового регулирования трудовых отношений. В этой связи в нашу задачу входит определение перспектив развития основных институтов трудового

¹ Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество) М., 2003. С. 12.

² См., например: Головина С. Ю. Современные тенденции в трудовом праве России // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения: сб. матер. М., 2007. С. 9–27.

права, всей совокупности трудовых прав в системе прав человека. Это не имеет отношения к однозначным оценкам прошлого или футуристическим изыскам. Если выражаться в духе Т. Б. Маколей, главным является совершенствование настоящего, так как только оно «оставляет пространство для достойного человеческого существования»¹. Более подробно на факторах, обусловивших трансформацию трудового права, мы останавливались в предыдущих исследованиях².

В настоящее время Россия находится в переходной стадии от индустриального к постиндустриальному обществу. Негативные процессы деиндустриализации, примитивизации труда и обесценивание его интеллектуальной составляющей, имевшие место в нашей стране в первой половине 1990-х гг., постепенно преодолеваются. Это позволяет рассматривать проблемы трудовых прав и тенденции их развития в XXI в. в России в рамках общемирового постиндустриального процесса трансформации трудовых прав.

Вышесказанное позволяет нам усомниться в обоснованности суждения некоторых ученых о том, что «трудно предсказать детально, каким станет право в XXI в., но ясно, что понимание права будет совершенно новым по сравнению с тем, которое сегодня владеет нашими умами»³.

О детальном развитии в будущем трудового права судить невозможно, да и не нужно. В то же время понимание сущности трудового права в настоящее время сформировалось и кажется нам достаточно устойчивым. Оно опирается на многовековой опыт регулирования трудовых отношений и их современное осмысление в контексте эволюции социально-экономических процессов. Все это позволяет нам говорить о том, что основные тенденции развития трудового права могут быть выявлены уже сегодня, причем не на уровне гаданий или произвольных прогнозов, а с опорой на ростки будущего в сегодняшнем дне.

На наш взгляд, к основным тенденциям развития трудового права и трудовых прав относятся:

¹ См. подробнее: *Маколей Т. Б.* Англия и Европа. Избранные эссе. СПб., 2001.

² *Лушикова М. В., Лушиков А. М.* Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 103–146, и др.

³ *Мальцев Г. В.* Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999. С. 408.

1) *признание общецивилизационной значимости трудовых прав и смещение ценностных приоритетов в содержании трудовых прав в сферу обеспечения всестороннего развития личности;*

2) *расширение сферы действия (экспансия) трудового права и усиление гибкости в правовом регулировании трудовых отношений;*

3) *гармонизация индивидуальных и коллективных трудовых прав на основе принципов социального партнерства;*

4) *обеспечение средствами трудового права трудовой мобильности работников, формирование особого вида «транснациональных» и «наднациональных» трудовых отношений;*

5) *приоритет международных стандартов трудовых прав¹.*

В качестве общего **вывода** отметим следующее. Названные тенденции не отрицают преемственности с многовековым процессом становления и развития трудовых прав. Более того, они отражают общеправовые и специфические отраслевые закономерности развития права. Эти тенденции, несомненно, оказывают влияние на все институты общей и особенной частей трудового права.

1.2. Признание общецивилизационной значимости трудовых прав и смещение ценностных приоритетов в содержании трудовых прав в сферу обеспечения всестороннего развития личности

Эта тенденция связана с определением места трудовых прав в системе прав человека информационного общества и обогащением содержания этих прав личностной компонентой. Как пишет современный французский юрист А. Супио, «трудовое право стало юридическим нововведением текущего столетия (XX в.), а основные его принципы нисколько не утратили своего значения (трудовой договор обеспечивает статус наемного работника, коллективный договор — свободу объединения и право на забастовку). Их лишь необходимо приспособить к социальным и экономическим переменам, в то же время сохранить основополагающие ценности»².

¹ См.: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 223–262.

² Цит. по: Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 13.

Однако универсальность данной закономерности пока не столь четко выражена. Она связана с определением места трудовых прав в системе прав человека информационного общества. Примечательно, что уже Всеобщая декларация прав человека 1948 г. (ст. 23–25) зафиксировала достаточно обширный перечень трудовых прав. В их числе право на труд, свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда, равную оплату за равный труд, на создание профсоюзов, на отдых¹.

В системе социальных прав человека, определенных Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (ст. 6–13) трудовые права занимают доминирующее место². Это право на труд, право на справедливые и благоприятные условия труда, право на создание профсоюзов. Европейская социальная хартия (1961 г. в ред. 1996 г.) закрепляет за работником 18 трудовых прав. Наравне с традиционными трудовыми правами в ней названы и иные трудовые права. Это право на профессиональную ориентацию, профессиональное обучение, информацию и консультации, на защиту своего достоинства во время работы, право участвовать в определении и улучшении условий труда и производственной среды, право работников-мигрантов на помощь и защиту. Отметим, что Европейская социальная хартия ратифицирована 3 июня 2009 г. (с некоторыми исключениями) Российской Федерацией³.

По мнению экспертов Международной организации труда (далее — МОТ), необходим глобальный подход к универсальному «порогу прав» — совокупности минимальных прав, на которые может рассчитывать любой человек независимо от его статуса в качестве занятого, которые, образно говоря, не могут продаваться и покупаться⁴. Соответственно, любое государство обязано обеспечить минимальный набор трудовых прав на максимально

¹ См.: Всеобщая декларация прав человека (официальный текст). М., 1996. С. 12–13.

² См.: Международные пакты о правах человека. СПб., 1993. С. 2–6.

³ Российская газета. 2009. 5 июня.

⁴ См.: Буавэн И., Одеро А. Комитет экспертов по применению конвенций и рекомендаций: достижения в совершенствовании национального трудового законодательства // Международный обзор труда. Т. 144. № 4; Т. 145. № 1–2. М., 2008. С. 117–132; Международные трудовые нормы как глобальные общественные блага // Международный обзор труда. Т. 141. 2002; № 1–2. М., 2003. С. 185–186, и др.

доступном для него экономическом уровне, однако не ниже, чем определен нормами международного права. К этой проблеме мы еще вернемся при рассмотрении последней, шестой, тенденции.

Личные (гражданские) права и свободы служат основанием и состоят в неразрывной связи со вторым поколением прав. Между поколениями прав существует следующая корреляция. Кличным правам относятся: право на жизнь, которое в трудовом праве находит выражение в праве на труд. Право на достоинство становится в трудовом праве правом на защиту трудовой чести и достоинства. Право на свободу и личную неприкосновенность в трудовом праве аналогично свободе труда, запрету принудительного труда, праву на защиту персональных данных. Похожая ситуация и в отношении политических прав и свобод, которые в трудовом праве коррелируются с правом работников участвовать в управлении организацией, правом на объединение в общественные организации (свобода союзов, ассоциации), правом на забастовку. Отличительной особенностью собственно экономических и социальных прав является зависимость их реализации от состояния экономики и ресурсов государства. В этой связи не случайны в международно-правовых актах о труде оценочные формулировки «справедливые и благоприятные условия труда», «удовлетворительное существование», «достойная жизнь». В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. особо подчеркивается, что эти права должны обеспечиваться постепенно и в «максимальных пределах имеющихся ресурсов» (ст. 2).

Некоторые ученые относят к неотъемлемым правам человека только политические и гражданские права, а их смысл видят только в умалении и «обуздании» политической власти государства. Так, современный ученый, юрист и государственный деятель М. В. Баглай подчеркивает тот факт, что защищенность экономических и социальных прав по своей юридической силе слабее, чем политических и гражданских. Он связывает это с реалиями рыночной экономики и уменьшением возможности государства влиять на экономические процессы. По его мнению, права второго поколения не могут быть защищены в судебном порядке, так как суд не примет гражданского иска только на основе конституционного закрепления прав по причине отсутствия конкретного ответчика. В итоге социальные права признаются им не столько

юридическими нормами, сколько стандартами, к которым должно стремиться государство в своей политике¹.

С. С. Алексеев права человека второго поколения также не считал неотъемлемыми правами человека, поскольку они, по его мнению, не переведены в собственно правовую плоскость и зависят от экономического положения государства. Международно-правовое признание этих прав он связывает с давлением СССР, обладавшим большим авторитетом после Второй мировой войны и осуществившим их легализацию в идеологических целях. Более того, даже при наличии экономических условий и переводе рассматриваемых явлений в систему рамочных юридических отношений С. С. Алексеев не признает права второго поколения неотъемлемыми правами человека.

Основанием для этого служат следующие положения:

а) права второго поколения являются в основном декларациями, идеалами и зависят от переменных величин — уровня развития экономики, социальной сферы, культуры общества, политики государства;

б) не могут быть предметом непосредственной судебной защиты, ставят человека в зависимость от чиновника;

в) в силу вышеназванного лишены свойств, позволяющих рассматривать их в качестве неотъемлемых субъективных прав. Далее он предлагает понизить второе поколение прав человека до «прав гражданина данного государства»².

Это достаточно серьезные аргументы уважаемых ученых, но им можно возразить следующее. Во-первых, реализация принципа свободы, основы основ прав человека, имеет еще одну принципиальную составляющую — возможность этой свободой воспользоваться. Русские юристы Б. А. Кистяковский, П. И. Новгородцев, И. А. Покровский и др. неоднократно указывали, что свобода может быть парализована бедностью, элементарным недостатком средств. Они ставили вопрос о правовых гарантиях формально признанных прав и свобод, о социальных функциях государства. Мы согласны с утверждением отечественного историка и теоретика права О. Э. Лейста (1925–2003) о том, что условия

¹ См.: Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. М., 1998. С. 216.

² См.: Алексеев С. С. Право: азбука — теория — философия. М., 1999. С. 621–622.

труда представляют собой составляющую образа жизни данного общества. В этом качестве их правовое регулирование должно ориентироваться на перспективу, но с учетом сложившихся в обществе социально-политических и экономических реальностей¹. Но это же можно сказать и о правах человека первого поколения. Так, в ряде развивающихся стран введение всеобщих демократических выборов, ограничение государственного вмешательства в общественную жизнь при игнорировании традиционных ментальных ценностей имели пагубные последствия вплоть до установления военных диктатур и общих политических кризисов. Но это не говорит об «относительности» политических и гражданских прав. Это свидетельствует о необходимости соответствия механизма их реализации состоянию общества и государства.

Во-вторых, неисчерпаемость прав человека есть следствие неисчерпаемости человеческой природы, и подход к этой проблеме должен быть комплексным и конкретно-историческим. Абсолютно неотчуждаемых прав не существует, любое право может ограничиваться, но не в смысле обладания им, а в контексте его реализации. В конце концов, запрет злоупотреблять правом прямо закреплен в целом ряде международных актов, начиная с Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (ст. 30). Этот же запрет содержится в Конституции РФ (ст. 17). Даже права человека первого поколения могут быть ограничены в реализации в период военных действий, в условиях чрезвычайных ситуаций. Кроме того, слабое государство, не нарушающее прав человека, не сможет гарантировать соблюдение любых прав человека. История нас учит тому, что в условиях массовой безработицы, социальной нестабильности и ухудшения материального положения значительной части населения оно само готово способствовать отказу от своих прав первого поколения. В этом случае политическая свобода может ассоциироваться в общественном сознании со «свободой голодать», как это было в Германии накануне прихода к власти Гитлера². Опыт российских революций 1917 г., приход к власти фашистов в Италии и национал-социалистов в Германии служат ярким тому подтверждением. Известный немецкий политик, бывший канцлер ФРГ В. Брандт (1913–1992) по этому

¹ См.: *Лейст О. Э.* Сущность права. М., 2002. С. 31–32.

² См.: *Лушикова М. В.* Государство, работодатели, работники. Ярославль, 1997. С. 20–23.

поводу говорил: «Трудно представить право на жизнь и неприкосновенность личности там, где процветают голод и нищета»¹.

В-третьих, трудовые права должны осуществляться не только в зависимости от экономического положения страны, но и соответствовать ему. Например, очевидно, что минимальный размер заработной платы, заработная плата госслужащих, уровень гарантий и компенсаций в экономически неразвитом государстве будут достаточно низкими. Но на возможном экономически обоснованном уровне эти права должны быть гарантированы работнику. В этой связи права второго поколения действительно нуждаются в «переводе» на язык конкретных правовых норм, которые должны закреплять социально-трудовые права человека. Это касается обязательного установления любым государством при любых экономических и политических условиях минимальных границ трудовых прав работника, которые обеспечиваются государственной защитой. По мнению ряда экспертов, необходим глобальный подход к универсальному «порогу прав» — совокупности минимальных прав, на которые может рассчитывать любой человек независимо от его статуса в качестве занятого, которые, образно говоря, не могут продаваться и покупаться².

В-четвертых, судебная защита трудовых прав не только возможна, но и необходима, в том числе и от произвола чиновников. Как бы мы ни относились к п. 1 ст. 15 Конституции РФ, определяющей ее прямое действие, но в совокупности с закреплением в ней основных социальных прав (ст. 30, 37, 39) это может означать только одно: данные права могут быть непосредственно защищены в судебном порядке.

Наконец, связывать неотъемлемые права человека только с ограничением всевластия государства при наличии основ правового демократического государства, как в значительной части стран Запада, было бы слишком односторонне. Проведение свободных выборов и контроль гражданского общества за властью приводят к тому, что государство перестает быть всепоглощающим левиафаном. Очевидно, что человек должен быть защищен от всевластия государства, но связывать все неотъемлемые права человека только с этим видится нам отголоском борьбы с автори-

¹ Известия. 1987. 22 июня.

² См.: Международные трудовые нормы как глобальные общественные блага // Международный обзор труда. Т. 141. 2002. № 1–2. М., 2003. С. 185–186.

тарным советским режимом, следствием острого постсоветского антиэтатизма. Кажется весьма странным, что главной задачей государства должно быть только ограничение собственного вмешательства в жизнь людей. Другой вопрос, что только декларирование второго поколения прав без правового механизма их реализации и защиты останется не более чем благим пожеланием, красивым лозунгом.

Впрочем, специфические особенности трудовых прав человека были и есть. К их числу относятся:

- 1) связь с выполнением государством определенных обязанностей в сфере социальной политики. Они зависят от состояния экономики;
- 2) эти права менее универсальны. Они принадлежат субъектам трудового правоотношения;
- 3) кроме того, они зачастую связаны с наличием рекомендательных, оценочных базовых положений, таких как справедливые и благоприятные условия труда, достойный жизненный уровень и др.

Как указывалось в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, «идеал свободной человеческой личности, свободной от страха и нужды, может быть осуществлен, только если будут созданы такие условия, при которых каждый может пользоваться своими экономическими, социальными и культурными правами, так же как и своими гражданскими и политическими правами».

Это направление в дальнейшем развитии трудовых прав связано со смещением акцентов с «экономического» человека на личность, ее личные блага. Ценностные приоритеты прав человека все больше перемещаются из сферы экономической и физической безопасности человека в сферу субъективного самочувствия и «качества трудовой жизни». По мнению японских специалистов, содержание качества трудовой жизни включает в себя три главные составляющие: 1) хорошо развитую систему информации в процессе организации труда; 2) поощрение со стороны корпорации творческой инициативы работников; 3) систему непрерывной («пожизненной») подготовки кадров¹.

¹ См.: Шлихтер А. А. Новые методы организации производства и стимулирования труда на предприятиях США, Японии и западноевропейских стран // Труд за рубежом. 2004. № 2. С. 65.

Бурное развитие информационных технологий и совершенствование систем коммуникаций повлекло за собой интеллектуализацию наемного труда, вытеснение механических (конвейерных) операций. Образно выражаясь, в сословном обществе человек был тем, кем родился; при становлении индустриального общества — тем, что имел; в индустриальном обществе — тем, что умел; а в постиндустриальном — он будет тем, что знает, так как формализованное знание есть информация. Ее значение резко выросло, и она определяется как высшая с точки зрения материального наполнения ценность. Это дало основание для второго названия нового качества общества — «информационное общество». Более того, постиндустриальное развитие общества приобретает черты «телематического общества», в котором все связи и отношения осуществляются дистанционно, в том числе и трудовые (так называемый дистанционный (сетевой) труд). По экспертным оценкам, движущей силой общественного развития в обозримом будущем станет производство интеллектуального, информационного продукта.

Личные права работника, такие как право на профессиональное обучение и повышение квалификации, право на «продвижение по служебной лестнице», право на моральное поощрение, оценку трудовых достижений, право на неприкосновенность личной жизни и защиту персональных данных, право на получение информации об условиях труда, право на защиту достоинства в период трудовой деятельности и защиту от моббинга (морального преследования на работе), приобретают особую значимость.

Вслед за И. Я. Киселевым можно повторить, что нормы трудового права призваны дополнить и углубить защиту личных неимущественных прав и других нематериальных благ, осуществляемую гражданским правом, применительно к особенностям трудовых отношений. Они должны обеспечить права и свободы человека в период трудовой деятельности и таким образом формировать статус «социального гражданина»¹. Отметим, что в Трудовом кодексе Республики Казахстан (2007) среди принципов трудового законодательства назван принцип приоритета жизни и здоровья работника по отношению к результатам производственной деятельности (ст. 3). В конституции Португалии к основным трудовым правам работников отнесено право на работу в со-

¹ Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада. С. 44.

циальных условиях, не унижающих человеческое достоинство с целью наиболее полного раскрытия человеческой личности. Она обязывает государство обеспечить работников социально достойной работой, дающей возможности для их самовыражения.

Перечисленные выше трудовые права работника в своей основе имеют личностную доминанту, ярко выраженный характер нематериальных благ человека, защищаемых законом. Все эти личные блага объединяют следующие критерии: нематериальный личный характер, неотчуждаемость и непередаваемость иным способом другим лицам. Эти права возникают по поводу благ, лишенных экономического содержания, тесно связаны с личностью, неотделимы от личности. В правовом механизме реализации и защиты личных трудовых благ эти права выполняют роль правового средства обеспечения личной сферы работника.

Значительные изменения в систему трудовых отношений вносит возникновение новых качественных характеристик рабочей силы, усилившийся переход от «коллективного труда» к «индивидуальному». На рынок труда все более решительно выходит в качестве самостоятельного субъекта трудовых отношений высококвалифицированный работник, который при заключении трудового договора требует индивидуализации его условий.

Особо следует акцентировать внимание читателей на праве работника на профессиональное обучение. В XXI в. происходит переориентация общественного развития. Одним из основных приоритетов становится приобретение знаний, профессиональное обучение. Не случайно новая эпоха получила название «век знаний», появилось понятие «общество, основанное на знаниях». В условиях освоения высокосложных технологий и распространения компьютерной техники рыночная экономика уже не может обходиться без массовой интеллектуальной творческой деятельности. В США, Японии, Германии и других развитых странах формируются трудовые ресурсы нового типа. Интеллектуализация общественного труда в XXI в. диктует новые требования к организации профессиональной подготовки кадров. Международный опыт свидетельствует, что концепция пожизненного образования, широко вошедшая в практику развития кадров в 1970-е гг., окончательно превратилась в его основу в 1980-е и 1990-е. Сегодня в каждой развитой стране создана и постоянно совершенствуется модель «пожизненного» развития творческого потенциала национальных трудовых ресурсов. Эта политика воз-

ведена в ранг государственной и подготовка необходимых кадров стала общим делом образовательных учреждений, работодателей и государства. Особо отметим, что в настоящее время на Западе все чаще в содержание (структуру) трудового договора включается образовательный элемент, причем элементы договора о труде и обучении неразрывно сливаются.

В Рекомендации МОТ № 195 «О развитии людских ресурсов: образование, подготовка кадров и непрерывное обучение» (2004) отмечается, что образование, подготовка кадров и непрерывное обучение имеют основополагающий характер и должны быть неотъемлемой частью социальной политики государств. Более того, государства-члены должны признавать право каждого гражданина на образование и профессиональную подготовку и в сотрудничестве с социальными партнерами обеспечивать доступность непрерывного обучения для всех. Между тем в России до сих пор среди экономистов дискутируются проблемы профессионального образования и роль в процессе профессиональной подготовки высшего образования¹. Отметим, что на сегодняшний день новой формой сотрудничества Российской Федерации и МОТ является финансируемое российской стороной партнерство в области применения стратегии стран «Группы двадцати» «Квалифицированная рабочая сила — основа интенсивного, устойчивого и сбалансированного экономического роста»².

В настоящее время изменилась и идеология организации труда. В индустриальной системе знание и творческие способности работника были как бы отделены от труда, который должен исполняться точно по инструкции в соответствии с техническими нормами. В новой экономике знаний создаются целостные модели инициативного творческого труда, основанного на самоорганизации и самоконтроле. Новые формы организации труда предъявляют и иные требования к личности работника и его способности

¹ См.: *Вишневецкая Н. Т.* Модели первичной профессиональной подготовки в современных экономиках. М., 2010; *Гимпельсон В. Е., Капелюшников Р. И., Лукьянова А. Л.* Уровень образования российских работников: оптимальный, избыточный, недостаточный? М., 2010; *Ощепков А. Ю.* Отдача на высшее образование в Российской Федерации. М., 2010, и др.

² См.: Программа сотрудничества между Российской Федерацией и Международной организацией труда на 2013–2016 годы // Бюллетень трудового и социального законодательства Российской Федерации. 2013. № 3. С. 126–133.

к труду, модифицируется и трудовая функция работника. Это и новые требования к постоянному пополнению и возобновлению профессиональных знаний, широкой квалификации работника при совмещении функций и профессий, а равно требования к творческой составляющей трудовых прав и обязанностей. Речь идет о так называемой профессиональной мобильности современного работника. Профессиональная мобильность предопределяет и новацию многих институтов индивидуального трудового права (трудовой договор, рабочее время и время отдыха и т. д.).

Отметим, что в современной российской науке трудового права проблемы творчества и свободы творчества работников стали предметом специальных исследований представителей пермской школы трудового права¹. Творческая активность работников рассматривается как элемент обязанности соблюдения трудовой дисциплины, и эта обязанность, в свою очередь, представляет собой и элемент содержания трудовых индивидуальных правоотношений. Более того, в каждом виде трудовой деятельности присутствует «творческое отношение». Речь идет о профессиональном творчестве, правовыми гарантиями которого в трудовом праве признаются льготы и преимущества, предусмотренные трудовым законодательством, локальными нормативными актами².

XXI в. — это век «информационного общества». В этой связи потребовали осмысления и теоретического обоснования нового отраслевого института «информационные трудовые права» работников и работодателей. Именно анализ информационных трудовых прав позволил нам утверждать о появлении нового одноименного института в трудовом праве.

Примечательно, что уже само появление в ТК РФ главы 14 «Защита персональных данных работника» было шагом в данном направлении, как и последние изменения, внесенные в кодекс Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 185-ФЗ³. К этой проблеме мы вернемся в отдельном параграфе данного исследования.

¹ См.: Бугров Л. Ю., Худякова С. С., Варламова Ю. В., Гонцов Н. И. Творчество и трудовое право. Пермь, 1995; Михайлова Н. С. Трудовое право и творчество преподавателей вузов. Пермь, 2003, и др.

² Бугров Л. Ю. Проблемы свободы труда в трудовом праве России. Пермь, 1992. С. 147–176.

³ См. подробнее: Лушиников А. М. Персональные данные как вид информации в трудовом праве // Закон. 2011. № 10. С. 46–56; Лушиников А. М.,

Для человеческого потенциала важную роль играют мотивация деятельности, отношение к труду, потребности, интересы и другие личностные характеристики. В 1990 г. ООН ввела в официальный оборот понятие «человеческое развитие», а затем «индекс развития человеческого потенциала». Его основными составляющими стали образование и благосостояние, в том числе соответствие заработной платы прожиточному минимуму. МОТ оперирует категорией «индекс развития людских ресурсов», который определяется на основании продолжительности жизни и уровня грамотности взрослого населения. Из 36 европейских государств (без СНГ) Россия по этому индексу занимала на 2005 г. только 31-е место¹. Именно изменения требований к работнику способствовали тому, что практически во всех развитых странах уровень общественных затрат на образование повысился и имеет дальнейшую тенденцию к росту.

Чем выше образовательный уровень работника и его доходы, тем более сложной представляется проблема трудовой мотивации. В настоящее время это один из ключевых разделов менеджмента. В его рамках управление трудом нередко трактуется как «настройка людей на труд»². Особенно четко это проявилось в ходе реализации программы «повышения качества трудовой жизни», проводившейся первоначально в США в 70–80-х гг. XX в., а затем и в ряде европейских стран. В 1976 г. эта программа получила международное признание в принятой МОТ Программе улучшения условий труда и производственной сферы. Она базировалась на теориях «обогащения содержания труда», «гуманизации труда», «человеческих отношений». Но в данном случае в качестве основной задачи выдвигалось всестороннее обеспечение условий для оптимальной реализации трудового потенциала работника.

При этом в рамках концепции выделялись две группы факторов, определявших мотивацию к труду:

Лушникова М. В. О перспективах развития законодательства, регулирующего обработку персональных данных // Вопросы трудового права. 2013. № 4. С. 13–20; *Они же.* Информация и персональные данные в сфере трудовых отношений // Там же. С. 21–26, и др.

¹ См.: Сотрудничество в условиях перемен. Доклад Генерального директора. Т. 1. Женева. МБТ. 2005. С. 69–70.

² См. подробнее: *Кураков Л. Л., Кураков В. Л.* Экономика и права: большой толковый словарь-справочник. М., 2003. С. 358; *Орлова Е. И.* Менеджмент. Ярославль, 2002. С. 5, и др.

1) внутренние (признание в труде, достижения в труде, со-держательность труда, ответственность и самостоятельность, профессиональное продвижение, развитие личности работника);

2) внешние или гигиенические (уровень заработной платы и дополнительных выплат, условия труда и гарантия занятости, должность, трудовая политика предприятия, характер межличностных отношений и стиль работы управляющих). Многие ученые, в том числе Ф. Герцберг, Г. Кнудсен, Д. Мак-Клеланд, констатировали, что главными мотивами к труду становятся внутренние факторы, связанные в конечном счете с удовлетворением от труда, самореализацией и успехом в труде.

Даже само понятие «надлежащее вознаграждение за труд» коррелировалось уже не только с его качеством и интенсивностью, но и с потребностями работников и их семей, соотношением с оплатой других видов труда, со сложившимися в обществе представлениями о справедливой оплате труда. В итоге основные мотивы к труду делились на три группы: обеспечение жизненно важных благ, реализация призвания, получение достойного в обществе статуса (мотив престижа). С начала 1980-х гг. особое внимание западные фирмы отводят вовлечению работников во внутренние дела, в принятие управленческих решений, участия в прибыли и управлении предприятием. Получили развитие такие мотивационные структуры, как кружки качества, которых только в США в конце 1980-х гг. было около 300 тыс. Это приводит к определенному стиранию граней между управленческим и управляемым трудом, между нововведениями и повседневной деятельностью.

В советский период исследование данной проблемы было стеснено идеологическими установками и однозначностью господствующей доктрины в оценке стимулов к труду. Их исследование в основном вращалось вокруг соотношения и правильного сочетания мер материального и морального поощрения. Целый ряд советских авторов провели систематизацию стимулов к труду, установленных в законодательстве, обратив особое внимание на материальное стимулирование, а также развитие способностей работника и поощрение за содействие техническому прогрессу¹.

¹ См.: Орлов А. Г. Законодательство о труде и технический прогресс. М., 1964; Сойфер В. Г. Стимулирование работников за развитие новой техники. М., 1971; Шкурко С. И. Стимулирование качества и эффективности производства. М., 1977, и др.

Так, В. И. Савич вывел категорию «морально-материальных мер поощрения», писал о необходимости морального обоснования материальных выплат и подчеркивал моральный аспект материального поощрения¹. Обращалось внимание и на общую проблему стимулирования в социологическом разрезе. В частности, в литературе обосновывалось положение, согласно которому труд как средство удовлетворения потребностей человека осуществляется через удовлетворение потребностей в материальных благах, в самореализации личности, в познании, потребности в общении².

К числу правовых методов трудового воспитания традиционно относились наряду с убеждением, принуждением и контролем метод стимулирования (поощрения)³. Отметим, что А. Г. Орлов вывел и сформулировал в качестве одного из принципов советского трудового права принцип обеспечения всемерного содействия развитию трудовой инициативы работников. Реализацию этого принципа он проследил на примере отдельных институтов трудового права: трудовой договор, рабочее время и время отдыха, заработная плата, трудовая дисциплина и т. д.⁴

В целом в советский период многие проблемы мотивации к труду связывались с такими идеологизированными категориями, как социалистическое соревнование, комсомольско-молодежные бригады и бригады коммунистического труда, встречные планы, ударничество и др. В настоящее время влияние норм трудового права на мотивацию труда нуждается в дальнейшем исследовании.

В настоящее время на международном уровне ставится вопрос не просто о праве на труд, а о праве на достойный труд. Так, основной доклад генерального директора МОТ в 1999 г. назывался «Достойный труд», а еще один доклад 2001 г. — «Сократить дефицит достойного труда». Соответственно, было выделено четыре измерения достойного труда: основополагающие принципы и права в сфере труда; занятость; социальная защита; социальный

¹ См.: Савич В. И. Управление трудом и трудовое право. Томск, 1986. С. 196 и др.

² См.: Чангли И. И. Труд. М., 1973. С. 73.

³ См.: Лебедев В. М. Воспитательная функция советского трудового права. М., 1981. С. 27.

⁴ Орлов А. Г. Право и инициатива в труде. М., 1982.

диалог¹. В Генеральных соглашениях между Общероссийскими объединениями профсоюзов, Общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ на 2014–2016 гг., как и в предшествующих за 2011–2013, 2008–2010 гг., осуществление концепции достойного труда закреплялось в качестве одной из приоритетных целей социально-экономической политики.

П. Е. Морозов вообще считает достойный труд концепцией развития трудового права зарубежных стран в условиях глобализации². На наш взгляд, правильнее говорить о влиянии концепции достойного труда на развитие трудового права, об ориентации на достойный труд нормотворческой деятельности МОТ и ряда развитых государств. Такая точка зрения достаточно широко распространена в отечественной литературе³.

Выводы

1. Право на труд, реализация которого позволяет получить необходимые средства на существование, а равно право на безопасные условия труда, относятся к числу естественных прав человека. Однако их конкретное наполнение (гарантии трудоустройства, минимальный размер оплаты труда, иные стандарты труда («порог прав»)) зависит от экономического положения государства и ряда других факторов. Следовательно, трудовые права находятся на пересечении естественных прав (по основанию возникновения) и позитивных прав (по порядку закрепления). Трудовые права относятся ко второму поколению прав человека, а именно к числу социальных прав, в перечне которых они занимают центральное место.

2. Ценностные приоритеты прав человека все больше перемещаются из сферы экономической и физической безопасности человека в сферу субъективного самочувствия и «качества трудовой жизни». Это привело к тому, что личные неимущественные трудовые права приобретают все большее значение.

¹ Достойный труд. 87-я сессия МКТ 1999 г. Доклад генерального директора. Женева. МБТ, 1999. С. V.

² См.: Морозов П. Е. Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации. М., 2012. С. 99 и др.

³ См.: Международная организация труда: конвенции, документы, материалы / под ред. З. С. Богатыренко, 2007. С. 33 и др.; Достойный труд — основа социальной политики. М., 2012; Достойный труд — ключевой ресурс инновационного развития: сб. М., 2009 и др.

3. Личные права работника, такие как право на профессиональное обучение и повышение квалификации; право на «продвижение по служебной лестнице», право на моральное поощрение, оценку трудовых достижений, право на неприкосновенность личной жизни и защиту персональных данных, право на получение информации об условиях труда, право на защиту достоинства в период трудовой деятельности и защиту от моббинга (морального преследования на работе), приобретают в этих условиях особую значимость.

1.3. Расширение сферы действия (экспансия) трудового права (презумпция трудовых отношений) и усиление гибкости в правовом регулировании трудовых отношений

Универсальность трудовых прав, основанных на единстве естественно-правовых и позитивистских начал позволяет распространить этот институт на иные сферы применения профессиональной трудовой деятельности, которые отличны от традиционного наемного труда (труд профессиональных спортсменов, труд государственных и муниципальных служащих; лиц, проходящих альтернативную гражданскую службу и др.). Речь идет о расширении сферы действия норм трудового права с целью социальной защиты трудовых прав этих категорий работников. Ни гражданское (обеспечивает устойчивость гражданского оборота), ни административное (обеспечивает публично установленный порядок управления) право не имеют в качестве основной функции обеспечения гарантий трудовых прав.

Анализируя зарубежное законодательство и практику его применения, И. Я. Киселев отмечает появление института «лиц, подобных работникам», «квазиработников», на которых в той или иной мере распространяют гарантии трудовых прав¹. Так, британский закон о заработной плате 1986 г. распространяется не только на наемных, но и независимых работников. Это, например, работники, выполняющие работу по договору подряда и экономически зависимые от своего заказчика. Британское законодательство о запрете дискриминации в области труда

¹ Киселев И. Я. Указ. соч. С. 17–21.

включает в сферу своего действия всех работников независимо от особенностей юридического оформления отношений с работодателем (заказчиком). Трудовой кодекс Франции рассматривает в качестве субъекта трудового договора мелкого торговца, который продает продукцию, поставляемую ему только одной компанией, по условиям и ценам, установленным этой компанией.

Вышеизложенный материал позволяет подтвердить одну из важнейших тенденций развития трудового права в XXI в., а именно экспансию трудового права. В настоящее время проблема экспансии трудового права из чисто теоретической перешла в практическую плоскость и приобретает все большее значение в контексте развивающихся междисциплинарных связей. Термин «экспансия» (от лат. *expansio* — распространение) означает расширение сферы господства, влияния, распространение чего-либо за первоначальные пределы. Чаще всего этот термин употребляется применительно к политической, экономической, военной и медицинской сферам. В последние десятилетия прошлого века об экспансии трудового права начали писать такие ведущие западные ученые-трудовики, как британцы О. Кан-Фройнд, лорд Уэддерберн, С. Фридмэн, Б. Хеппл, французы Ж. Лион-Кан, М. Деспа, немец В. Дойблер, бельгиец Р. Бланпен. Истоки этой концепции восходят еще к трудам немца Г. Зинцгеймера, опубликованным в первой половине XX в. Более того, в перспективе намечается трансформация понятия «труд» в «социальную деятельность» и обособление комплексной суперотрасли с условным названием «право занятости». В России об этом впервые начал писать И. Я. Киселев¹. Но если последние тенденции видятся делом будущего, то экспансия трудового права — это сегодняшний день и этот феномен требует дальнейшего концептуального осмысления.

Данная экспансия связана с тем, что нормы трудового права применяются к общественным отношениям, которые ранее не входили ни в предмет, ни в сферу действия трудового права (труд полицейских, лиц свободных профессий, работающих по отдельным видам гражданско-правовых договоров, труд заключенных,

¹ Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 27–28; *Он же*. Трудовое право стран Запада на рубеже XXI века // Государство и право. 1996. № 1. С. 121–132 и др.

труд членов производственных кооперативов, профессиональных спортсменов, военнослужащих по контракту и др.). По мнению многих ученых (А. Супио, Р. Бланпен, И. Я. Киселев и др.), с которым мы согласны, эта тенденция будет только углубляться. Это не исключает и обратной стороны такого «вторжения» и возможности применения норм других отраслей, прежде всего гражданского, к регулированию отдельных видов трудовых отношений (с руководителями и высшим менеджментом и др.).

Численный рост нетипичных трудовых отношений связан и с экспансией трудового права. Очевидно, что в сфере трудового права в настоящее время происходят поистине тектонические изменения и дискуссия о нетипичных трудовых отношениях вполне назрела. Другой вопрос, что юристы и экономисты не всегда находят общий язык, но необходимость продолжения конструктивного диалога очевидна для всех. На рубеже XX–XXI вв. развитие трудового законодательства на Западе, а сегодня и в России выходит на новый качественный уровень. Трудовое правоотношение прошлого века нередко не укладывается в рамки новой общественной организации труда, продиктованной условиями информационного общества. В этой связи одной из основных тенденций развития трудовых прав в XXI в. является усиление гибкости правового регулирования трудовых отношений, что обусловило появление и численный рост нетипичных трудовых правоотношений.

Современный ученый-трудовик А. М. Куренной обоснованно считает, что проблему «гибкости в сфере труда следует признать одним из национальных интересов Российской Федерации», вопросом, которым необходимо заниматься как на законодательном, так и на правоприменительном уровне¹.

Забегая вперед, отметим, что гибкость (так называемое дерегулирование трудовых отношений) мы рассматриваем на двух уровнях регулирования трудовых отношений, т. е. регулирование в нормативном порядке и регулирование в договорном порядке. В первом случае задействован механизм дифференциации правового регулирования трудовых отношений. Он включает нормативные правовые акты о труде, локальные нормативные акты

¹ См.: Куренной А. М. Гибкость в сфере труда: современные российские реалии // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения: сб. М., 2007. С. 327.

и нормативные условия коллективных договоров и соглашений, устанавливающие особенности правового регулирования нестандартных форм занятости. Во втором случае — механизм договорной индивидуализации условий труда на уровне индивидуальных трудовых договоров.

Однако усиление гибкости (дифференциации и индивидуализации) в правовом регулировании трудовых отношений должно сочетаться с обеспечением трудовых прав работника¹.

На Западе необходимость усиления гибкости государственно-правового регулирования рынка труда рассматривается в последние десятилетия как императив, вызванный объективными требованиями современной развитой экономики. От способности современного трудового права приобрести необходимую гибкость в значительной мере зависит его выживание как необходимого и важного для общества социального института. Аналогичную позицию в настоящее время поддерживают и многие российские ученые².

До начала 1970-х гг. основной сферой занятости как для западного, так и советского общества была развитая индустрия. Очевидным было и господство двух первых секторов экономики (добывающей и обрабатывающей промышленности) над третьим сектором — сферой услуг. Массовое промышленное производство порождало массовые стандартизированные профессии. Предметом трудового права были в основном отношения в сфере наемного труда и коллективно-договорного регулирования при главенствующей роли профсоюзов. Это было индустриальное

¹ Общие подходы см.: *Лушиков А. М.* Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения: сб. М., 2008. С. 6–18; *Он же.* Усиление гибкости трудовых отношений как ответ на вызовы XXI века: причины введения и пределы осуществления // Рынок труда в XXI веке: в поисках гибкости и защиты. Вильнюс, 2011. С. 112–122.

² См. подробнее: *Коркин А. Е.* Нетипичные трудовые отношения: заемный труд, телеработа и работа по вызову. М., 2013; *Лушиков А. М.* Юридическая конструкция «гибкобильности»: нетипичные трудовые правоотношения // Вестник трудового права и права социального обеспечения. Вып. 6. Ярославль, 2012. С. 56–67; *Радевич Е. Р.* Расширение применения сферы нестандартной занятости как средство обеспечения гибкости в использовании наемного труда // Тенденции развития науки трудового права и права социального обеспечения: сб. Киев, 2013. С. 344–348 и др.

производство, которое основано на крупном машинном производстве, где характер взаимодействия работников определяется комбинацией машин с «живыми придатками». Данному типу производства соответствовал технократический тип организации труда и управления им. На рубеже веков уже четко прослеживается утрата промышленностью приоритета в привлечении рабочей силы. Ведущим стал не первичный сектор (производство), а вторичный и третичный (обмен и услуги). На смену приходит новый тип производства — гибкое инновационное производство и, как следствие, новые постиндустриальные типы организации труда и управления им¹.

Таким образом, само представление о трудовых правах в начале XXI в. на уровне обыденного сознания и первого ассоциативного ряда чаще всего устарело и ошибочно. Они до сих пор связываются с правом деиндивидуализированного (коллективного) работника трудиться в стандартных условиях (работа по бессрочному трудовому договору, на полный рабочий день в месте выполнения работы под контролем работодателя). При этом неперенными атрибутами трудового права считается фабричный гудок, заводская проходная, а главными трудовыми правами — право на заработную плату на уровне прожиточного минимума, право на забастовку как единственную эффективную форму давления на работодателя и др. Между тем это не так. Качественно изменились все элементы трудового правоотношения, начиная от его субъектов.

Коренное обновление технической и технологической базы на основе компьютеризации, информатизации, автоматизации, внедрения гибких производственных систем повлекли существенные изменения в сфере организации труда: преодоление тейлоризма и фордизма с ликвидацией конвейеров и организацией гибких

¹ См. подробнее: *Киселев И. Я.* Современные тенденции правового регулирования нестандартных форм занятости в странах Запада // Труд за рубежом. 2003. № 1. С. 113–137; *Соболевская А. А., Попов А. К.* Новые формы труда в современной экономике // Труд за рубежом. 2007. № 3. С. 3–22. Даже исследователи, признающие условность качественных изменений в сфере занятости, не отрицают существенных изменений количественных пропорций в секторах занятости и трансформации характера труда (см., например: *Уэбстер Ф.* Теории информационного общества. М., 2004. С. 88–102, и др.).

производств. Это вызвало структурные изменения на рынке труда в виде появления нестандартных форм занятости:

1) труд вне основного офиса, в том числе телеработников (компьютерных надомников); 2) заемный труд¹; 3) неполное рабочее время (частичная занятость); 4) разделение рабочих мест; 5) гибкий рабочий график; 6) сокращенная рабочая неделя; 7) временная занятость; 8) суммированный учет ежегодных рабочих часов.

В развитых странах такой формой занятости охвачено в среднем от 15 до 30% работников. В экономической литературе гибкость правового регулирования трудовых отношений связывают с необходимостью правового обеспечения нестандартных форм занятости. При этом под стандартной занятостью в зарубежной литературе обычно понимают занятость по найму в режиме полного рабочего времени, на основе бессрочного трудового договора, на стационарном рабочем месте под непосредственным руководством работодателя. Соответственно, все формы занятости, отклоняющиеся от описанного стандарта, рассматриваются как нетипичные, нестандартные.

Нетипичная занятость имеет свои положительные и негативные последствия. Первые связаны с объективными причинами роста нетипичной занятости. Их можно разделить на две группы. Во-первых, это объективная потребность отдельных категорий работников в трудоустройстве, для которых полная занятость по каким-либо причинам затруднительна или нежелательна (пожилые трудящиеся, матери-одиночки, безработная молодежь без профессиональных навыков и др.) Нетипичная занятость позволяет работникам сочетать работу по найму с исполнением семейных обязанностей, участием в общественной жизни, поддержанием здоровья и др.

Во-вторых, нестандартная занятость продиктована объективной потребностью рынка в мобильной рабочей силе, вызванной глобализацией, децентрализацией и специализацией производства, а также появлением новых технологий. Занятость специалистов в области информационных технологий имеет по определению гибкий характер².

Негативные последствия распространения нетипичной занятости ассоциируются прежде всего с отсутствием или сниже-

¹ См. подробнее: *Лушиков А. М.* Договоры о заемном труде // Вопросы трудового права. 2013. № 2. С. 35–45.

² См.: *Гимпельсон В. Е., Копелюшников Р. И., Лукьянова А. Л.* Указ. соч. М., 2010; *Муравьева А. А.* Труд, основанный на знаниях: высшая школа и производство (опыт стран ЕС) // Труд за рубежом. 2007. № 1. С. 37–58, и др.

нием социальной защиты, гарантий трудовых прав работников, с отсутствием перспективы профессионального развития, так как работодатель не заинтересован вкладывать средства в повышение профессиональной квалификации работника. К социальным издержкам нестандартных форм занятости относятся ограничения в доступе к получению социальных выплат и услуг (пенсии, медицинское обслуживание, оплата дней болезни). Например, в Германии, Ирландии, Японии и Швеции доступ к пенсиям и медицинскому здравоохранению имеют только те работники, у которых продолжительность рабочей недели составляет не менее 15–20 часов. Ущемляет положение частично занятых и то, что на них обычно не распространяется законодательство об оплате сверхурочных часов. В ряде стран (Бельгия, Франция, Испания) на уровне коллективно-договорной практики предпринимаются попытки обеспечить равенство трудовых прав различных категорий работников путем распространения условий коллективных договоров на всех работников без исключения. Однако в целом разрыв в уровне оплаты труда и доступе к социальным гарантиям частично занятых и постоянных работников остается значительным. Так, в США, согласно данным обследования американских работодателей, работающие на временных работах, включая работников на срочных контрактах, работников по вызову и сезонных рабочих, получают значительно меньше постоянных¹. И это практика большинства стран. В некоторых странах такая дискриминация запрещается законодательными актами. Например, в Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе постоянных договоров. Все это свидетельствует о назревшей необходимости с помощью средств трудового права решить проблему пределов «гибкости» регулирования трудовых отношений. Речь идет о поиске баланса между гибкостью правового регулирования трудовых отношений, с одной стороны, и защитой трудовых прав работника — с другой.

Усиление гибкости в регулировании трудовых отношений, расширение сферы нормативной дифференциации и договорного регулирования, как уже отмечалось, ставит на повестку дня вопрос о пределах гибкости. Такими пределами должны стать

¹ Вишневецкая Н. Т. Нестандартные формы занятости в странах с развитой рыночной и переходной экономикой // Труд за рубежом. 2004. № 4. С. 45–77.

прежде всего: 1) общепризнанные нормы и принципы международного трудового права, а равно; 2) отраслевые принципы: запрет дискриминации в трудовых отношениях, запрет принудительного труда и др.; 3) установленный законом минимальный уровень трудовых прав и гарантий: национальные стандарты трудовых прав.

Отметим, что в СССР гибкость правового регулирования труда связывалась преимущественно с режимом неполного рабочего времени для отдельных категорий работников¹. При этом отношение к зарубежному опыту было достаточно критичным, а внимание акцентировалось на экономической выгоде работодателя от использования таких режимов. Изменения к лучшему произошли только в конце 1980-х гг., когда гибкие формы занятости стали рассматриваться как альтернатива безработице, средство реализации трудового потенциала работника². Но в целом «стандартизация» трудовых отношений была адекватна плановой социалистической экономике, облегчая планирование и мобилизацию трудовых ресурсов. До начала реформ 1990-х гг. прошлого века практически все советские граждане работали на условиях стандартного трудового договора. Впрочем, и договора как такового не было, а было достаточно формальное заключение трудового, коллективного договоров, так как стороны были лишены договорной свободы при императивном регулировании трудовых отношений. По существу, стороны лишь информировали друг друга о закрепленных в законодательстве правах и обязанностях.

В ТК РФ в качестве одного из основных принципов правового регулирования трудовых отношений провозглашается сочетание государственного (нормативного) и договорного регулирования трудовых отношений. Более того, в общей части кодекса появилась специальная статья, посвященная установлению трудовых прав и обязанностей в договорном порядке (ст. 9). Анализ норм ТК РФ позволяет констатировать, что вектор соотношения нормативного и договорного регулирования смещается в сторону последнего. Еще в конце 60-х гг. XX в. в связи с проведением хозяйственных реформ, направленных на расширение прав предприятий, советские

¹ См.: Ачаркан В. А., Соловьев А. Г. Работающие пенсионеры. М., 1975; Кулешова Л. М. Использование труда на режиме неполного рабочего времени. М., 1987, и др.

² См.: Никифорова А. А. Гибкие формы занятости // Труд за рубежом. 1990. № 4. С. 15–25.

ученые-трудовики писали о необходимости расширения сферы локального и коллективно-договорного регулирования трудовых отношений. Следующим шагом стало обоснование расширения сферы индивидуального регулирования. А. С. Пашковым был введен в научный оборот термин «индивидуально-договорное регулирование условий труда»¹.

В 1980-е гг. рядом советских ученых был обоснован научный прогноз (тенденция) дальнейшего развития индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений от разрешительного метода к общедозволительному². Этот научный прогноз полностью подтвердился современной законодательной практикой. Согласно ТК РФ установление индивидуально-договорных условий труда обеспечивается двумя основными правовыми способами: дозволение (разрешено все, что прямо не запрещено законом) и разрешение (разрешено то, что прямо указано в законе). Первый способ является ведущим в индивидуально-договорном регулировании трудовых отношений. Однако возросло значение и второго способа за счет сокращения сферы централизованного (нормативного) правового регулирования в сфере труда.

Между тем и экономистами, и юристами справедливо отмечается, что действующее российское трудовое законодательство сохраняет в целом «стандартизированный» подход к регулированию трудовых отношений и накладывает довольно жесткие ограничения на использование многих нестандартных трудовых отношений. По степени «неоправданной жесткости» Россия по-прежнему входит в число стран-лидеров, что подтверждается интегральными оценками жесткости/гибкости трудового законодательства, которые разрабатываются и публикуются различными международными организациями (МОТ, Всемирный банк и др.)³.

Это приводит к тому, что часть работников, работающих на условиях нестандартной занятости, оказались в так называемом теневом, неформальном секторе экономики (трудовые отношения без оформления трудового договора, закрепление

¹ См.: Пашков А. С. Новый этап в развитии трудового права // XXIV съезд КПСС и вопросы теории трудового права. М., 1972. С. 205.

² См.: Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань, 1984. С. 34, 40 и др.

³ См.: Гимпельсон В. Е., Капелюшников Р. И. Нестандартная занятость // Вопросы трудового права. 2006. № 9. С. 41.

в договоре одних условий, а реальное исполнение других (оплата труда «в конверте» и др.), опосредование трудовых отношений гражданско-правовыми договорами). Наличие значительного числа трудовправовых гарантий для лиц, требующих повышенной социальной защиты (женщины, несовершеннолетние, инвалиды), приводит к незаинтересованности работодателя в приеме их на работу на условиях стандартной занятости.

С очевидностью назрела необходимость дальнейшей либерализации трудового законодательства посредством совершенствования правовых средств дифференциации и индивидуализации регулирования трудовых отношений. Но при этом следует иметь в виду следующую очевидную закономерность. Стандартные формы занятости характеризуются довольно высоким уровнем государственной нормативной защиты трудовых прав. Чем жестче законодательство, тем сильнее защищены работники. Нестандартные формы занятости, перенос акцентов правового регулирования на договорный уровень (коллективный, индивидуальный) может объективно привести к снижению уровня гарантий трудовых прав. Выбор правовых средств регулирования трудовых отношений представляет собой компромисс между двумя крайностями: абсолютной гибкостью рынка труда и абсолютной защищенностью наемного работника¹.

В этом контексте не совсем понятно стремление российских законодателей запретить заемный труд. Последние попытки в самом конце 2012 г. и летом 2013 г. не удались, однако вопрос не снят с повестки дня. В контексте вышеназванной тенденции надо вести речь не о запрете, а о легализации заемного труда, однако со всеми разумными ограничениями с целью защиты прав и законных интересов работников².

Традиционное трудовое право не может в полной мере учитывать все происходящие перемены в обществе и экономике, что препятствует реализации интересов участников трудовых отношений. Именно поэтому в литературе все чаще поднимается вопрос о необходимости дерегулирования, которое в первую очередь предполагает модернизацию законодательства, в том числе посредством отмены устаревших и принятия новых норм,

¹ См.: Гимпельсон В. Е., Капелюшников Р. И. Нестандартная занятость. С. 43.

² См.: Лушиков А. М. Договоры о заемном труде // Вопросы трудового права. 2013. № 2. С. 17–22 и др.

смягчение наиболее жестких ограничений, предусмотренных действующим законодательством в сфере защиты прав работников. Дерегулирование осуществляется путем проведения реформ, направленных на обеспечение эффективности функционирования рынка труда, к числу которых, в частности, относятся:

- упразднение монополии государства при оказании услуг по найму, а также поиску и подбору персонала, легализацию частных платных агентств занятости;
- пересмотр правового положения профсоюзов;
- отказ от чрезмерной регламентации отдельных институтов трудового права;
- легитимация большого числа различных, в том числе гибких разновидностей трудовых отношений. В качестве примера можно привести циркуляр Министерства труда Италии № 43 1998 г., который признал легитимность такой договорной схемы, как разделение работы на части¹;
- предоставление сторонам большей свободы при заключении, изменении и расторжении коллективных и индивидуальных трудовых договоров, например, «путем расширения круга обстоятельств, при которых могут заключаться срочные договоры, или посредством разрешения неоднократно продлять срок их действия с условием, что они не будут приравнены к договорам на неопределенный период» и др.²

При этом дерегулирование «не должно представлять собой возврата к чисто рыночным механизмам, поскольку это будет означать замену трудового права нормами гражданского права»³ и полную утрату стабильности положения работника. Это не полный отказ от регулирования, а использование новых форм и методов регулирования. Дерегулирование является общей тенденцией для большинства стран, поскольку рассматривается в качестве одной из основных мер, направленных на оживление и поддержание конкурентоспособности экономики. При этом

¹ См.: *Tiraboschi M.* *Deregulation and Labour Law in Italy* // R. Blanpain (ed.). *Deregulation and Labour Law*. Kluwer Law International. Printed in Great Britain. 2000. P. 69.

² См.: *Cordova E.* *From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations?* // *International Labour Review*. 1986. № 6. P. 641.

³ *Daubler W.* *Trends in German Labour Law* // *Labour Law in the Post-industrial Era*. Aldershot, 1994. P. 105.

дерегулирование по отдельным вопросам должно сопровождаться усилением регулирования в других сферах, таких как запрет дискриминации в трудовых отношениях, регламентация труда лиц, работающих на опасных производствах, защита персональных данных работника и т. п.¹

Дерегулирование касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно, нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Необходимость приспособляться к разнообразным ситуациям приводит к изменению содержания трудового договора. В этой связи можно привести высказывание голландского ученого П. ван дер Хейдена о том, что «трудовой договор с его более или менее взаимно установленными правами и обязанностями постепенно трансформируется в более открытые свободные постоянно эволюционирующие юридические отношения»². Дерегулирование в конечном итоге предполагает отмену наиболее жестких и неэффективных норм трудового права, перенос регулирования трудовых отношений преимущественно на коллективно-договорный, локальный и индивидуально-договорный уровни, но с четким централизованным императивным фиксированием стандартов труда.

Таким образом, сочетание рыночных механизмов, технологических нововведений, перемен в стратегии управления бизнесом, способствующее дерегулированию рынка труда, а также изменившееся положение работников, приводят к росту гибкой занятости, опосредуемой гибкими правоотношениями. При этом достаточно трудно выделить, который из этих факторов является наиболее значимым, решающим в распространении новых видов трудовых отношений.

В новейших зарубежных трудовправовых исследованиях и актах МОТ последовательно проводится идея о необходимости сочетания гибкости для предприятий и гарантий защищенности

¹ См.: *Yamakawa R., Araki T.* Deregulation and Labour Law in the search if a Labour Concept for the 21st century // *Bulletin of Comparative Labour Relations*. 2000. № 38. P. 10.

² *van der Heijden P.* Post-Industrial Labour Law and Industrial Relations in The Netherlands // *Labour Law in the Post-industrial Era*. Aldershot, 1994. P. 133.

для работников (гибких гарантий), трудовой мобильности и стабильной занятости. Объективные данные таковы: в промышленно развитых странах каждый год сокращается и одновременно создается одно из десяти рабочих мест. Общеизвестно, что рынок труда, который меняется радикальным образом под воздействием процессов глобализации и технического прогресса, уже не будет обеспечивать гарантий занятости и социального обеспечения, как это было в прошлом. В связи с этим настоятельно необходимо развивать новые гарантии в отношении занятости, доходов и социальной защиты¹. И хотя сообщение о завершении эпохи стабильной занятости «сильно преувеличены», в экономически развитых странах пребывание на рабочем месте или в должности уже не воспринимается в качестве синонима гарантий занятости. Для достижения достойного труда необходимо нечто большее, чем стабильные рабочие места, т. е. стабильные правоотношения. Конечно, идея обеспечения полной занятости остается одной из руководящих в деятельности МОТ, но европейская модель трудовых отношений, к которой тяготеет и Россия, основана как на защите занятости, так и на признании позитивного влияния гибкости труда на занятость и безработицу.

Отметим, что самые стабильные рабочие места в западно-европейских странах приходятся на страны с наименее развитой экономикой, такие как Греция и Португалия. Самыми гибкими оказались экономические лидеры в лице Великобритании, Дании, Нидерландов. Отсюда появилась целая школа исследователей, выступающих в защиту ценностей «переходных рынков труда», обеспечивающих гарантии от социальных рисков, связанных с рынком труда. Они ратуют не за создание «защитной оболочки», консервирующей старые рабочие места, а выдвигают идею «крыльев безопасности», защищающих переходы между различными сегментами рынка труда, такими как: между рабочими местами; между работой и безработицей; между работой и профессиональной подготовкой; между образованием и профессиональной деятельностью и др. Отсюда вывод экспертов МОТ: «Определенный уровень гибкости труда приемлем в тех случаях, когда он не разрушает стандартных трудовых отношений

¹ См.: Справляясь с переходными процессами: Управление как средство обеспечения достойного труда // Доклад генерального директора. Т. 2. Женева. МБТ. 2005. С. VI–VII, 2, 9, 66 и др.

и опирается на гарантии рынка труда, что обеспечивает защиту при переходе на другое место работы, поскольку это способствует укреплению благополучия работника, а не его разрушению... Правительства должны формировать эффективную систему гарантий рынка труда, основанную на политике в области труда, а также в первую очередь на труде и только затем — на социальной защите»¹.

Как нам представляется, одним из ключевых вопросов является соотношение нетипичности (гибкости), с одной стороны, и дифференциации и индивидуализации трудовых отношений — с другой. Заслуживает внимания определение места этого явления в контексте равенства (единства) трудовых прав и обязанностей². Западные социологи и экономисты (Д. Белл, Р. Райх, Л. Туроу, М. Кастельс, М. Пайор и др.), а также часть российских ученых под гибкостью трудовых отношений понимают: а) гибкость наемных работников, т. е. их готовность к смене профессии, «пожизненному обучению», к автономной трудовой деятельности и принятию самостоятельных решений, к интеллектуализации и информатизации труда (адаптивность); б) гибкость оплаты труда (ее индивидуализация в трудовом договоре, а не ее установление в тарифном соглашении или по государственным расценкам); в) трудовую гибкость, т. е. готовность менять место работы раз в несколько лет, в том числе готовность к переезду для работы в другую местность, распространение срочных трудовых договоров (мобильность); г) временную гибкость (возрастание числа рабочих мест с неполным или ненормированным рабочим днем, с гибким графиком рабочего времени, со сменной работой, с необходимостью работать в выходные и нерабочие праздничные дни, сверхурочными работами и др.)³. С точки зрения трудового

¹ Справляясь с переходными процессами... Т. 2. С. 70, 74–76.

² См. подробнее: *Лушикова М. В., Лушиков А. М.* Очерки теории трудового права. С. 426–440; *Лушиков А. М.* Принципы равенства, дифференциации и запрета дискриминации в международном и российском трудовом праве // *Юридические записки ЯрГУ.* Вып. 10. Ярославль, 2006. С. 108–119.

³ *Гимпельсон В. Е., Капелюшников Р. И.* Нестандартная занятость и российский рынок труда. М., 2005; *Капелюшников Р. И.* Нестандартные формы занятости и безработица в России. М., 2004; *Какой рынок труда нужен российской экономике? Перспективы реформирования трудовых отношений.* М., 2003; *Уэбстер Ф.* Теория информационного общества. М., 2004. С. 106–107, и др. Впрочем, Ф. Уэбстер отмечает уязвимость «периферийных»

права все это укладывается в рамки индивидуализации и отчасти дифференциации трудовых отношений.

В западной науке получило распространение деление нетипичной (гибкой) занятости на «плохую» и «хорошую». Первая из них связана с переносом акцента с интересов работников на интересы потребителей, переносом социальных издержек труда на работников и общество в целом, ростом социально-трудовой нестабильности и неопределенности, увеличением разрыва в оплате труда. Вот как писал об этом известный американский экономист, лауреат Нобелевской премии Д. Стиглиц: «Заклиная об усилении гибкости труда — это лишь плохо скрываема попытка лишить трудящихся (под прикрытием “экономической эффективности”) завоеваний, добытых ими в ходе многолетнего торга и политической активности»¹. Издержки такой занятости очевидны: снижение уровня профессионализма работников в силу временной востребованности, ухудшение физического и морального состояния в условиях нестабильности, более высокий травматизм², ослабление социальной солидарности и профессиональных связей, усложнение координации и контроля за деятельностью работников, расширение возможностей для обхода императивных норм трудового законодательства.

«Хорошую» гибкость принято связывать с известной стабильностью нетипичных трудовых отношений, равенством трудовых прав в традиционном и нетипичном секторах занятости, сочетанием интересов работников и работодателей. С ней связано новое понятие «гибконадежность (гибкобильность)». Можно выделить три модели гибкости: 1) индивидуальная гибкость, основанная на индивидуальных отношениях работника и работодателя (Великобритания, Ирландия); 2) диктуемая государством гибкость, когда законодателю принадлежит достаточно важная роль в правовой регламентации нетипичной занятости (Франция, Испания,

(негибких) работников и сложность реального отслеживания тенденций гибкости. Не отрицая больших изменений в организации труда, он ставит под сомнение убедительность и оригинальность концепции гибкости трудовых отношений (с. 127–130).

¹ См.: *Стиглиц Д.* Занятость, социальная справедливость и общественное благосостояние // *Международный обзор труда.* Т. 141. 2002. № 1–2. М., 2003. С. 15.

² См.: *Кузнецов Г.* «Нестандартная» занятость и охрана труда // *Человек и труд.* 2004. № 7. С. 45–49.

Финляндия). К этой модели с определенной оговоркой тяготеет Россия; 3) договорная гибкость, при которой важную роль играют коллективные переговоры и соглашения (Дания, Нидерланды, Германия). При этом рынок гибкой занятости достаточно сегрегирован, особенно в части временной занятости женщин, молодежи, лиц старшего возраста.

Таким образом, сочетание стабильности и гибкости трудового договора означает дальнейшую дифференциацию правового регулирования трудовых отношений (нормативный уровень гибкости) и индивидуализацию условий трудового договора (индивидуально-договорный уровень гибкости), но в пределах, диктуемых публичными началами трудового права. При этом в каждом проявлении гибкого регулирования трудовых отношений динамика, отступление от регламентации стандартной (типичной) занятости должны сочетаться с гарантиями прав работника, стабильностью трудового правоотношения. В каждом сегменте рынка труда глубина гибкости должна быть сопоставима с правовыми гарантиями. Понятие стабильности трудового правоотношения во многом связывается с гарантированностью трудовых прав работника, запретом ухудшать положение работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав, а равно уровнем международно-правовых стандартов трудовых прав.

Нетипичные формы трудовых правоотношений также характеризуются высокой степенью индивидуализации их условий соглашением сторон. Но и в этом случае свобода трудового договора ограничена пределами, вытекающими из публичных начал трудового права. Таким образом, нормативная дифференциация и договорная индивидуализация трудового отношения (его гибкость) всегда сопровождаются публичными пределами. Это проявление более общего принципа единства частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений в ключе социального назначения трудового права. Подчеркнем, что наряду с гарантированностью, защитой трудовых прав работника социальное назначение современного трудового права во многом сориентировано на справедливое согласование прав и законных интересов сторон в трудовом договоре (ст. 1 ТК РФ).

Публичные пределы гибкости трудового правоотношения могут быть, во-первых, общими, во-вторых, специальные (конкретные пределы). Общие пределы вытекают из социального назначения трудового права, его принципов (международно-право-

вых, отраслевых). Расширение прав работодателя в установлении договорных условий должно компенсироваться усилением гарантий прав работника. Баланс прав и законных интересов сторон в трудовом правоотношении является необходимым условием их гармонизации в социальном правовом государстве. Социальное назначение трудового права определяет общие пределы гибкости трудового отношения, правового регулирования нетипичных его форм. Специальные пределы гибкости трудового договора связаны с минимальным уровнем основных трудовых прав работника, который гарантирован государством (минимальный размер заработной платы, максимальная продолжительность рабочего времени, минимальная продолжительность отпуска и т. д.).

Подчеркнем, что любая юридическая конструкция нетипичных трудовых отношений должна соответствовать правовым принципам, которые отражают единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений. Они обеспечивают, с одной стороны, стабильность (гарантированность) трудовых прав работника, вступившего в нетипичные трудовые отношения. С другой — именно правовые принципы устанавливают и общие пределы договоренности сторон такого отношения. Здесь весьма уместно упомянуть о повышении авторитета международных трудовых стандартов, многие из которых воплощают общепризнанные в цивилизованном мире принципы и нормы международного права, действуют как внутреннее национальное право и даже имеют приоритет по сравнению с ним. В настоящее время формируется механизм прямого обеспечения международно-правовой защиты трудовых прав работников и появляются признаки превращения региональных трудовых стандартов в наднациональное право, например в странах Европейского союза¹.

Как уже отмечалось выше, новые виды трудовых правоотношений не отрицают значимости традиционной юридической конструкции трудового правоотношения, отвечающей классической триаде признаков: личностный, организационный и имущественный. Нетипичные виды трудовых правоотношений характеризуются модификацией одного или нескольких перечисленных признаков. Так, в отношениях, основанных на договоре о заемном труде, видоизменен личностный признак и организационный в силу наличия, условно говоря, двух работодателей. В трудовых

¹ Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 4.

правоотношениях с «компьютерными надомниками» в значительной части видоизменен организационный признак трудового договора. В трудовых отношениях с руководителями организаций в значительной мере модифицируется организационный и имущественный признаки. При этом государство в законодательном порядке определяет особенности регулирования нетипичных трудовых правоотношений. Степень и глубина правовой дифференциации в регулировании нетипичных форм занятости зависит от сектора приложения труда, особенностей (характера) условий труда и рода деятельности. Но эта дифференциация (различия) должна быть оправданной, обоснованной и не вести к дискриминации в трудовых отношениях, снижению уровня трудовых прав работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав.

Очевидно, что гибкая занятость, отвечающая интересам и стремлениям все возрастающей части работников, должна получить больше внимание со стороны законодателя, поскольку отсутствие регулирующих норм может усилить уязвимость положения атипичных работников. Именно поэтому необходимо установить правовую защиту, которая бы обеспечивала определенную стабильность их положения. С этой целью недостаточно просто выявить причины гибкой занятости. На наш взгляд, необходимо проанализировать разнообразные формы, которые она принимает, рассмотреть социальное положение работников и в итоге определить, какие аспекты гибкой занятости требуют большего регулирования. С этой целью ниже мы более подробно рассмотрим различные *варианты отклонений от типичной модели занятости (типичной модели трудового отношения)*.

1. Первое отклонение касается продолжительности трудовых отношений между работником и работодателем, поскольку трудовое право традиционно регулирует труд работника, занятого полный рабочий день на основе бессрочного трудового договора. Конечно, договор на определенный срок используется повсеместно уже в течение долгого времени, поэтому его едва ли можно рассматривать как новую форму занятости. Еще в Кодексе Наполеона 1804 г. он был назван как *locatio operatum*, единственный, в котором усмотрение сторон ограничивалось только необходимостью указать срок договора. Работа без определенного срока рассматривалась как покушение на свободу работника.

Стоит отметить, что данный вид отношений на срок относительно недавно получил законодательное закрепление в большинстве европейских стран (Франция, Германия, Испания, Португалия), а также в странах Латинской Америки (например, Доминиканская Республика, Бразилия, Уругвай). В таких сферах, как ресторанный бизнес, туризм, индустрия развлечений и отдыха, ни один из других видов договоров, кроме срочного, так часто не встречается. Более того, закрепление данного вида трудового договора в законодательстве повлекло за собой расширение тех секторов экономики, где ранее было невозможно прибегнуть к его заключению, что свидетельствует о гибком использовании трудовых ресурсов для нужд производства. Фактическая либерализация рынка труда во многих странах привела к тому, что работа на основании срочного трудового договора стала серьезной альтернативой постоянной занятости.

Возможность вступления в срочные трудовые отношения в некоторых странах может быть ограничена наличием перечня объективных причин: «указанием на то, что это разумно и оправданно при существующих обстоятельствах» (германское законодательство), «сущностью работы» (бельгийское законодательство), «необычностью и исключительностью, т. е. особым характером работы» (испанское законодательство). Несмотря на то что в Великобритании или Швейцарии свобода сторон на вступление в такие отношения не ограничивается законодательством, тем не менее запрещено перезаключение срочных договоров несколько раз подряд¹. В соответствии с итальянским законодательством при заключении срочных договоров можно делать ссылку на коллективные договоры, получившие одобрение наиболее представительного профсоюза. При этом отраслевыми коллективными соглашениями введены обязательные условия: заключать такие договоры нельзя менее чем на четыре и более чем на 12 месяцев. Во Франции максимальная их продолжительность не может превышать 18 месяцев. В Германии, напротив, в соответствии с Актом о содействии занятости запрещается ограничивать максимальный срок первого найма работников 18 месяцами². В этой части следует упомянуть о Директиве Европейского союза 1999/70/ЕС о работе на основании срочных договоров, которая

¹ См.: *Киселев И. Я.* Указ. соч. С. 106.

² *Daubler W.* Op. cit. P. 107.

предусматривает требование о создании правовых механизмов, с помощью которых можно избежать злоупотреблений при заключении срочных договоров.

Отметим, что Конвенция МОТ № 158 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» (1982) (не ратифицирована РФ) и соответствующая Рекомендация № 166 содержат положения о необходимости установления гарантий против использования договоров о найме на определенный срок, установив одну или более мер защиты работника:

1) ограничить использование договоров о найме на определенный срок случаями, когда учитывается характер предстоящей работы или условия ее выполнения, или интересы трудящихся, эти отношения не могут устанавливаться на определенный срок;

2) считать договоры о найме на определенный срок, если они заключены без законных оснований, договорами о найме на неопределенный срок;

3) считать договоры о найме на определенный срок и продлевающиеся без оснований один или несколько раз, договорами о найме на неопределенный срок.

Согласно ТК РФ (ст. 58) трудовые договоры могут заключаться как на неопределенный срок, так и на определенный срок не более пяти лет, если иной срок не предусмотрен ТК РФ и иными федеральными законами. При этом запрещается заключение срочных трудовых договоров в целях уклонения от предоставления прав и гарантий, предусмотренных для работников, с которыми заключается трудовой договор на неопределенный срок. В ТК РФ устанавливаются ограничения и гарантии работникам при заключении срочных договоров, которые соответствуют двум из вышеназванных мер, рекомендуемых МОТ.

Во-первых, срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. Перечень таких случаев является закрытым, устанавливается ТК РФ (ст. 59) и иными федеральными законами. Между тем в интересах работодателя или работника, а также в случаях, установленных ТК РФ и иными федеральными законами, допускается заключение срочных трудовых договоров по соглашению сторон без учета характера предстоящей работы или условий ее выполнения. В этом случае важно, чтобы соглашение сторон в отношении работника носило характер добровольного

волеизъявления. Если судом при разрешении спора о правомерности заключения трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок¹. Указанные гарантии соответствуют международным стандартам. В Конвенции МОТ № 158 отмечается, что в той степени, в какой это необходимо, компетентным или соответствующим учреждением каждой страны могут быть приняты меры для исключения из сферы применения ограничений заключения срочных трудовых договоров трудящихся в свете особых условий занятости.

Во-вторых, согласно ТК РФ трудовой договор, заключенный на определенный срок при отсутствии достаточных к тому оснований, установленных судом, считается заключенным на неопределенный срок (ст. 58).

В-третьих, суд вправе с учетом обстоятельств конкретного дела признать трудовой договор заключенным на неопределенный срок, если в ходе судебного разбирательства устанавливается факт многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции². Названная гарантия закреплена в виде правоположения высшей судебной практикой. Между тем, как отмечалось выше, Рекомендацией МОТ № 166 данную гарантию предлагается устанавливать на уровне закона.

Таким образом, российское трудовое законодательство о срочных трудовых договорах соответствует международным стандартам трудовых прав.

Одной из разновидностей трудовых отношений являются отношения, основанные на *срочном договоре, закрепляющем обязанность работодателя обеспечить обучение работника*. В итальянском законодательстве содержится специальное упоминание о том, что целью таких договоров является обеспечение гарантий в получении навыков, которые представляют профессиональную ценность для работника-ученика. Такие модели правоотношений, с одной стороны, способствуют созданию новых рабочих мест, а с другой — закрепляют определенные преимущества для

¹ Daubler W. Op. cit. P. 107.

² См.: п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 (ред. от 28.09.2010) «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 6.

предприятий. Последние заключаются в уменьшении издержек, налогов, снижении риска увольнения работников по собственному желанию, т. е. обеспечивается компромисс интересов сторон договора.

Согласно ТК РФ (ст. 196) необходимость подготовки работников (профессиональное образование и профессиональное обучение) и дополнительного профессионального образования для собственных нужд определяет работодатель в порядке, предусмотренном коллективными договорами, соглашениями, трудовыми договорами. По соглашению с работником заключаются ученический договор, договор о повышении квалификации и др. Из этого правила сделаны исключения, когда работодатель обязан проводить профессиональное обучение или дополнительное профессиональное образование работников в случаях, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ для выполнения работником определенных видов деятельности.

2. Второе отклонение от классической модели трудового отношения, обусловленное экономическими и социальными преобразованиями, касается рабочего времени (времени работы): неполное рабочее время, гибкие графики работы и иные режимы рабочего времени. Важно отметить, что сокращение числа рабочих часов не изменяет саму природу трудового отношения, которое предполагает по-прежнему подчиненное положение работника. Значительное увеличение количества частично занятых работников является следствием гибкости рынка труда и рассматривается в качестве одной из политических мер, направленных на обеспечение высокого уровня занятости и основанных на принципе солидарности между занятыми и незанятыми работниками.

Частичная занятость обычно определяется как работа на регулярной и добровольной основе, продолжительность которой в течение дня или недели значительно короче нормальной продолжительности рабочего времени (наиболее распространенной или установленной законом). Среди частично занятых преобладают замужние женщины, имеющие малолетних детей, офисные работники в таких отраслях, как банковская деятельность, страхование и т. п.

В отношении работы на условиях неполного рабочего времени была принята Конвенция МОТ от 24 июня 1994 г. № 175 (нератифицирована РФ) и одноименная Рекомендация № 182.

В соответствии с названными международными актами государствами должны приниматься меры для обеспечения того, чтобы работники, занятые неполное рабочее время, пользовались такой же защитой, что и находящиеся в сравнимой ситуации работники, занятые полное рабочее время. Согласно ТК РФ (ст. 93) работа на условиях неполного рабочего времени не влечет для работников каких-либо ограничений трудовых прав. Как справедливо утверждается в литературе, трудовое законодательство России предоставляет этой категории работников больший объем защиты, чем та, которая предусмотрена в актах МОТ¹.

Согласно ТК РФ (ст. 102) работа в режиме гибкого рабочего времени определяется соглашением сторон. Кроме того, установление такого режима должно быть закреплено в локальном нормативном акте — Правилах внутреннего трудового распорядка. Значительная роль в правовом регулировании этого режима отведена подзаконным и рекомендательным актам советского периода, которые применяются в части, не противоречащей ТК РФ².

В зарубежной практике получил распространение режим работы по вызову, в соответствии с которым работник принимает на себя обязательство выполнять работу в будущем, а именно тогда, когда работодатель решит привлечь его для выполнения этой работы. Заключая подобный договор, работник дает обещание, выражает свою готовность работать на фирму в ряде случаев, даже если он не является нанятым этой фирмой. Это и составляет отличительную особенность данной формы занятости. Подобное явление достаточно распространено в сфере услуг (например, экспресс-почта), туризме, воздушном транспорте, однако во многих странах оно не урегулировано законодательством. Но ряд стран легализовали эту форму гибкой занятости (Германия, Нидерланды, Турция и др.). В соответствии с законодательством Германии в целях защиты прав работника устанавливается ряд гарантий прав названных работников. Во-первых, законом преду-

¹ См.: Гусов, Люттов Н. Л. Международное трудовое право. М., 2013. С. 464.

² См.: Положение о порядке и условиях применения скользящего (гибкого) графика работы для женщин, имеющих детей (утв. постановлением Госкомтруда СССР, ВЦСПС от 06.06.1984 № 170/10/101); Рекомендации по применению режимов гибкого рабочего времени на предприятиях, в учреждениях и организациях отраслей народного хозяйства (утв. постановлением Госкомтруда СССР № 162, ВЦСПС № 12-55 от 30.05.1985).

считается минимальная продолжительность рабочей недели 10 часов, если она не установлена соглашением сторон. Во-вторых, работодатель обязан предупредить работника о вызове на работу за 4 дня. В-третьих, при каждом вызове на работу работник должен быть занят не менее трех часов.

В российском трудовом законодательстве отсутствует режим «работы по вызову». Между тем в отношении работников, с которыми заключен трудовой договор, не исключается применение такого режима в рамках сочетания по соглашению сторон неполного рабочего времени и гибкого его графика работы.

3. Следующий тип отклонений от стандартной модели занятости касается рабочего места и места выполнения работы (надомная работа, дистанционная работа, заемный труд, разделение рабочего места и др.). В последнее время появляются такие виды договоров, которые предполагают выполнение работниками работы вне места нахождения работодателя. Данное новшество также носит относительный характер. Однако сегодня появляются совершенно особые экономические и организационные формы работы, они становятся распространенными и в немалой степени благодаря техническому прогрессу. Осуществление работником вне пределов фирмы трудовой деятельности, которая составляет часть ее производственного цикла и которая, как правило, всегда выполняется в самой фирме, ставит вопрос о том, как это соотносится с общим представлением о подчинении работника работодательской власти. К таким отклонениям можно отнести децентрализацию работы (передачу части трудовых функций другим субъектам вне организации), филиализацию (создание новой компании-спутника посредством разделения штата), телеработу (с использованием различных видов телекоммуникационной связи и которая может быть выполнена как непосредственно в фирме, так и за ее пределами).

Основная, заслуживающая внимания особенность заключается в том, что если в промышленной экономике работодатель одновременно является и управленцем, и техническим организатором труда, то в эпоху высоких технологий он выполняет только первую из этих ролей. Многие из работников предприятия в настоящее время являются высоко квалифицированными специалистами, у работодателя больше нет необходимости контролировать, как, когда и какая работа выполняется. Его власть скорее распространяется на то, каким образом работник вовлечен

в организацию процесса производства на предприятии. При этом и традиционное надомничество, и телеработа могут предполагать подчинение даже в том случае, когда работа выполняется за пределами фирмы, поскольку данное обстоятельство не исключает возможности осуществлять работодателем власть. Концепция подчинения таким образом не теряет ни одного из своих основных моментов, даже в том случае, когда работники в географическом плане находятся далеко от работодателя. Следствием этого является необходимость распространения на таких работников всех защитных положений действующего трудового законодательства.

С советских времен нашему отечественному законодательству известны трудовые договоры с надомниками. Особенности регулирования труда надомника предусмотрены специальной гл. 49 ТК РФ. Среди этих особенностей основания расторжения трудового договора, которые предусматриваются этим договором. В 1996 г. МОТ приняла Конвенцию № 177 (не ратифицирована РФ) и соответствующую Рекомендацию № 184 о надомном труде. Цель этих актов состояла в том, чтобы обеспечить этой категории работников права, аналогичные правам обычных работников. Между тем эти акты не содержат каких-либо дополнительных оснований для прекращения трудовых отношений с этой категорией работников. В части договорных оснований прекращения трудового договора с надомниками позиция российского законодателя представляется необоснованной, влекущей дискриминацию трудовых прав данной категории работников.

В зарубежной практике получила широкое распространение «телеработа». На уровне ЕС в 2002 г. социальными партнерами было заключено Рамочное соглашение о телеработе между Европейской комиссией и европейскими объединениями профсоюзов и работодателей. В нашем российском законодательстве данный вид нетипичной занятости появился в 2013 г. (гл. 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников»). Согласно ТК РФ (ст. 312.1) на дистанционных работников распространяется действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, с учетом особенностей, установленных кодексом. Однако в числе этих особенностей названы и договорные основания прекращения трудовых отношений, что на наш взгляд, как и в отношении надомников, вызывает вопросы в части обеспечения принципа равенства трудовых прав и запрета дискриминации в трудовых отношениях.

Особого внимания заслуживает такой вид нетипичной занятости, как заемный труд. Он был известен еще КЗоТ 1922 г. (ст. 32), а затем существовал *de facto* в виде временных переводов работников на другое предприятие¹.

В настоящее время в законодательстве зарубежных стран сложились две основные модели правового регулирования трудовых договоров с заемными работниками. Первая модель, назовем американской (или англосаксонской), вторую — европейской (или континентальной). Согласно американской правовой модели трудового договора о заемном труде агентство и организация-пользователь рассматриваются в качестве сонанимателей (совместных работодателей) в отношении конкретного работника. В Великобритании работник «предприятия занятости» (кадрового агентства) имеет право на равное обращение с другими работниками только после 12 недель занятости на соответствующем месте. При этом за услуги по трудоустройству предприятия брать плату не могут, за исключением узкоспециальных случаев (актеры, спортсмены, модели и др.). Директива ЕС 2008/104/ЕС привела к изменениям как в британском законодательстве, так и в судебной практике. В целом в странах с англосаксонской правовой системой регулирование заемного труда отличается существенным своеобразием².

Европейская практика признает работодателем в трехсторонних отношениях по заемному труду агентство, которое заключает трудовой договор с работником. При этом между агентством и организацией-пользователем заключается гражданско-правовой договор, а между заемным работником и агентством — трудовой. Гражданско-правовой договор является основанием передачи части прав и обязанностей работодателя организации-пользователю. Например, важной особенностью правового регулирования заемного труда в Нидерландах является то, что объем прав работника увеличивается по мере увеличения периода занятости на основе заемного труда, а по истечении определенного периода работы (1 года), согласно закону, работнику необходимо предложить бессрочный трудовой договор. Законодательство Нидерлан-

¹ См. подробнее: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. В 2 т. Т. 2. М., 2009. С. 385–393.

² См.: *Черняева Д. В.* Трудовые отношения в странах англосаксонского права. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 70–74.

дов устанавливает и так называемый принцип равного режима условий оплаты труда. По общему правилу агентство заемного труда должно выплачивать заемному работнику заработную плату и иные выплаты в том же размере, что и работникам, занятым на таких же или схожих должностях (работах) в организации-пользователе¹.

Отметим, что в Нидерландах частные службы занятости трудоустраивают ищущих работу только тогда, когда государственные службы занятости не предоставили соискателю подходящей работы и пришли к выводу о невозможности его трудоустройства.

Почти во всех странах установлен предельный срок работы заемного работника на организацию-пользователя: во Франции по общему правилу до шести месяцев, в ФРГ — до девяти месяцев, в Испании — до шести месяцев, в Японии и Нидерландах — до одного года. По истечении этого срока у работника возникает право на заключение бессрочного трудового договора с организацией-пользователем.

При этом требования к частным агентствам занятости (агентство заемного труда, лизинговые агентства) достаточно жесткие. Только в редких случаях (Франция, Испания) такой деятельностью могут заниматься физические лица, а также кооперативы и государственные организации, содействующие обеспечению занятости. Во всех странах установлено обязательное государственное лицензирование кадровых агентств, условиями которого является наличие определенного уставного капитала, соблюдение требований к организационной структуре, наличие в штате подготовленных специалистов и др. При этом лицензия носит, как правило, срочный характер и может быть отозвана при нарушении агентством трудового законодательства.

Таким образом, в современном трудовом законодательстве стран Запада договоры о заемном (лизинговом) труде получили легализацию. Отношения между работником и лизинговым агентством, между работником и предприятием-пользователем регулируются трудовым законодательством. Трудовой договор, заключаемый между работником и лизинговым агентством,

¹ См. подробнее: *Хоуверзейл М.* Правовое регулирование заемного труда в Нидерландах // Трудовое право России и Евросоюза. М.: Риор, 2012. С. 246–265.

включает условие о выполнении различных по своему характеру работ в фирмах — клиентах агентства¹.

В Государственной Думе РФ достаточно долго шла работа над подготовкой законопроекта «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам». Еще в 2004 г. была подготовлена и опубликована концепция правового регулирования заемного труда². В целом она соответствовала нормам Конвенции МОТ № 181 «О частных агентствах занятости» (1997), которая до настоящего времени так и не ратифицирована Российской Федерацией.

17 мая 2004 г. Комитетом Государственной Думы по труду и социальной политике были проведены Парламентские слушания на тему «О перспективах ратификации Конвенции МОТ № 181 1997 г. о частных агентствах занятости и о концепции регулирования заемного труда». Примечательно, что вопрос о ратификации ставился еще в 2004 г., однако с того времени никаких шагов в этом направлении не было принято.

Между тем к 2010 г. общие подходы к заемному труду претерпели определенные изменения. Свидетельством этого стал проект федерального закона № 451173-5, который предлагал совокупность мер, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров, в том числе путем использования механизмов заемного труда. Он предусматривал запрет заемного труда: «Организации по содействию в трудоустройстве населения, в том числе негосударственные, не вправе заключать с лицами, ищущими работу, трудовые договоры с целью передачи (предоставления) их для использования их личного труда другим организациям или индивидуальным предпринимателям». Названный законопроект был поддержан стороной общероссийских объединений профсоюзов Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений. В то время как сторона общероссийских объединений работодателей той же Российской трехсторонней комиссии не поддержала данный законопроект. Этот законопроект вызвал достаточно оживленную критику.

¹ См.: Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М.: Бизнес-школа, 2003. С. 103–112.

² См.: Концепция правового регулирования заемного труда // Хозяйство и право. 2004. № 2. С. 52–60; № 3. С. 40–48.

Наконец, преодолев первое и второе чтение, был принят компромиссный Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ¹. Согласно этому Закону, с одной стороны, с 1 января 2016 г. заемный труд запрещается, что отвечает требованиям профсоюзов, с другой — легализуется деятельность по предоставлению труда работников (персонала), на чем настаивали объединения работодателей. Между тем данный закон вызывает ряд вопросов в контексте рассматриваемых нами проблем.

Отметим, что заемный труд признан на уровне МОТ, ЕС, регламентируется во всех экономически развитых странах, а императивно запрет на его применение существует только в ряде развивающихся стран, например Намибии. В РФ вводится запрет заемного труда, при этом под заемным трудом понимается «труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического или юридического лица, не являющегося работодателем данного работника». В то же время ТК РФ вводит новый вид трудового договора — договор о предоставлении работников (персонала), который, по своей сути, является заемным трудом по европейской модели. По этому договору исполнитель (частное агентство занятости) направляет временно своих работников с их согласия к заказчику для выполнения ими определенных их трудовыми договорами функций. При этом трудовые отношения между этими работниками и частным агентством занятости не прекращаются, а трудовые отношения между этим работником и принимающей стороной (заказчиком) не возникают.

С учетом опыта европейских стран к частным агентствам занятости российский законодатель предъявляет целый ряд требований. Это, в частности, обязательная аккредитация, наличие уставного капитала в размере не менее 1 млн руб., отсутствие задолженности по налогам и сборам в бюджеты бюджетной системы РФ, наличие у руководителя агентства высшего образования и стажа работы в области трудоустройства не менее двух лет в последние три года. Таким образом, обеспечивается надзор государства за деятельностью частных агентств занятости (лизинговых агентств).

Договор о предоставлении персонала в отличие от заемного труда по российскому законодательству может быть заключен

¹ РГ. 2014. 7 мая.

только в определенных законом случаях: при направлении сотрудников к физическим лицам в целях личного обслуживания, по ведению домашнего хозяйства; при предоставлении сотрудников для временного исполнения обязанностей отсутствующих работников, за которыми в соответствии с законодательством РФ сохраняется рабочее место, и др. Более того, закон содержит запреты заключения таких договоров для замены участвующих в забастовке работников принимающей стороны; для замены работников принимающей стороны, которые отказались выполнять свои трудовые обязанности в связи с задержкой им заработной платы на срок более 15 дней, и др. Тем самым обеспечивается содействие сохранению занятости постоянных работников предприятий-пользователей и недопущению их вытеснения заемными работниками.

И последнее. Закон обеспечивает равенство трудовых прав постоянных работников и работников, работающих по трудовому договору о предоставлении персонала. Им гарантируются условия оплаты труда не ниже, чем у постоянных работников, которые имеют такую же квалификацию и выполняют аналогичные трудовые функции, условия охраны и безопасности труда.

Как видим, заимствование зарубежного опыта в виде «европейской модели» заемного труда осуществлялось с учетом мнения социальных партнеров, согласования интересов профсоюзов и работодателей в применении заемного труда. Более того, такая практика соответствует и нормам международного трудового права. Следует отметить, что процесс международно-правовой регламентации заемного труда шел от его отрицания, запрета до легализации в определенных пределах. Между тем этот процесс нельзя назвать завершенным. Известно, что еще в Версальском договоре о создании МОТ (1919) прозвучал принцип «труд не является товаром». В этой связи МОТ рекомендовал государствам-участникам в соответствии с потребностями того времени сохранять монополию государства на трудоустройство работников (Конвенция МОТ № 2 «О безработице» 1919 г.). Принятие в 1933 г. Конвенции МОТ № 34 о платных бюро найма стало первой ласточкой в признании важности деятельности частных агентств на рынке труда, однако их деятельность так и не была легализована. Затем принимается более гибкая Конвенция № 96 о платных бюро по найму 1949 г., которая предоставляла государствам две возможности — либо постепенно запретить, либо строго

регулировать деятельность частных агентств, включая ежегодное лицензирование и надзор за деятельностью агентств. Однако эта Конвенция регулировала только два вида деятельности частных агентств занятости: рекрутинг и трудоустройство. Широкое распространение во многих развитых странах форм заемного труда, появление агентств, которые не только выполняли роль посредника на рынке труда, но и выступали в роли формального работодателя заемных работников. Вышеназванная Конвенция не содержала ответов на многие вопросы, продиктованные новыми видами трехсторонних отношений при заемном труде.

В качестве ответа на изменившиеся экономические реалии МОТ принимает новую Конвенцию № 181 «О частных агентствах занятости» 1997 г. Наряду с регулированием деятельности частных агентств по трудоустройству и рекрутингу работников названная Конвенция также затрагивает общие правила регулирования отношений, складывающихся между организацией — пользователем заемного труда, агентством и работником. Конвенция призывает государства обеспечить адекватную защиту работников, нанятых частными агентствами занятости, разграничить обязательства организаций-пользователей и агентств и обеспечить реализацию коллективных трудовых прав заемных работников. При этом Конвенция ограничивается общими принципами правового регулирования заемного труда, предоставляя право государствам-участникам установления конкретных правовых форм заемного труда в национальном законодательстве. Однако ее ратифицировали до настоящего времени всего 23 государства, в число которых Россия не входит. В этой связи об имплементации норм международного права говорить не приходится, хотя о некотором заимствовании в части запретов говорить можно. Кроме того, Конвенция № 181 в категорической форме не запрещает использовать заемных работников для замены бастующих, что только рекомендуется в Рекомендации МОТ № 188 «О частных агентствах занятости» (1997 г.). Не содержит Конвенция и общего принципа запрета дискриминации заемных работников по сравнению с постоянными, хотя и предусматривает бесплатность услуг частных агентств занятости.

Принятая в ноябре 2008 г. на уровне Европейского союза Директива 2008/104/ЕС о труде в агентствах временной занятости предписывала завершить ее реализацию для государств — членов ЕС на внутригосударственном уровне к концу 2011 г. В ней после-

довательно проводится требования одинакового положения для постоянных и заемных работников, а дискриминация заемных работников запрещена. Однако закреплено право государств ЕС после консультаций на национальном уровне с представителями профсоюзов и работодателей заключать социально-партнерские соглашения, предусматривающие возможность отклонения от принципа равного обращения. Реализация этой Директивы идет сложно и до настоящего времени не завершена¹.

Еще один вид нетипичной занятости «разделение рабочего места» практикуется за рубежом, но не получил легального закрепления в российском трудовом законодательстве. Речь идет о разделении рабочего места, когда на одно рабочее место нанимаются два (или несколько) работника, которые работают поочередно. Такие договоры используются в таких сферах бизнеса, как разработка информационных систем, финансовый сектор, страховые услуги и др. Такой режим применяется и в России с использованием универсального соглашения сторон трудового договора о работе неполное рабочее время.

Основная проблема, которая связана с атипичной занятостью — прямое или скрытое ухудшение условий труда, ослабление схем социальной защиты отдельных категорий работников. Временные работники, частично занятые, самозанятые, телеработники зачастую исключены из систем предоставления определенных льгот и преимуществ. Последние основываются на модели традиционной занятости и были изначально направлены на преодоление рисков, с нею связанных, а потому неприменимы к гибким трудовым правоотношениям. В некоторых странах такие льготы, как медицинская страховка, предоставление и оплата отпуска по временной нетрудоспособности, оплата выходных и иные пособия, являются исключительно предметом индивидуальных трудовых договоров. Однако концепция добровольной занятости и принцип свободы труда предоставляет работодателям возможность в отсутствие профсоюза, фактически в одностороннем порядке диктовать свою волю и устанавливать выгодные для себя условия договора. Коллективные договоры также обеспечивают незначительную защиту, поскольку нетипичные работники крайне редко охватываются их действием. В США, например,

¹ См. об этом также: *Гусов К. Н., Лютов Н. Л.* Международное трудовое право. С. 395—401.

работодатели, имеющие так называемый социальный план (план социальной защиты) обязаны осуществлять выплаты пенсий и пособий работникам. Но данная обязанность существует только в отношении тех, кто работает не менее 1000 часов в год. При этом работник, не отработавший более пяти лет на этого работодателя, таких выплат не получает¹. Выплата надбавок за стаж по своей природе относится к долговременным, и, как результат, многие работники — субъекты нетипичных трудовых отношений, чьи взносы на социальную защиту носят случайный, прерывистый, краткосрочный характер, обнаруживают, что несут определенные обязательства, но исключены из системы предоставления таких льгот². То есть временные работники, так же как и работающие неполное рабочее время, могут вообще не получить право на льготы. Пожалуй, единственное гарантированное пособие, на которое нетипичные работники имеют право без всяких условий, — это компенсация в случае несчастного случая на производстве либо профессионального заболевания. Однако некоторые сложности могут возникнуть в связи с определением предприятия, ответственного за выплату пособия, особенно в случае тройственных трудовых отношений.

Нестабильность положения работников, вступивших в гибкие трудовые отношения, особенно проявляется при их прекращении. Германское законодательство о содействии занятости, например, не распространяет гарантии при увольнении на частично занятых работников, работающих менее 45 часов в месяц. В Великобритании и Ирландии частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты в случае увольнения, что и полностью занятые, однако только если работают не менее 16 часов и 18 часов в неделю соответственно. В Ирландии же предусмотрено дополнительное условие — обязанность отработать на данного работодателя не менее одного года. В Нидерландах все частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты, что и обычные работники, но только в том случае, если договор носит бессрочный характер. При этом предложение вакантной должности в случае увольнения нетипичного работника по экономическим причинам

¹ См.: *Contingent employment in the United States // Comparative labour law journal*. 1997. № 4. P. 511.

² См.: *Cordova E. From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations? // International Labour Review*. 1986. № 6. P. 655.

обусловлено не столько стремлением избежать неблагоприятных правовых последствий, сколько не допустить возможного вреда имиджу предприятия.

С точки зрения самих работников, наиболее серьезная проблема — это дискриминация со стороны работодателей в сфере заработной платы (хотя отчасти это объясняется недостатком их квалификации). В Японии, например, средняя заработная плата работника, работающего неполное рабочее время, приблизительно равна начальной заработной плате самой низко оплачиваемой категории работников, работающих полное рабочее время. Более того, японские работники, занятые полное рабочее время, в дополнение к основной зарплате получают различные премии, пособия, доплату за трудовой стаж, а также часть от ежегодной прибыли предприятия, в то время как частично занятые получают только минимум, и то не во всех случаях таких форм вознаграждения. При этом прямая дискриминация атипичных работников в области заработной платы — достаточно редкое явление.

В США положение нетипичных работников, за исключением тех, которым устанавливается неполное рабочее время с целью их удержания в штате предприятия, также значительно хуже. Размер оплаты труда частично занятого работника составляет чуть больше половины оплаты труда среднестатистического работника, занятого полный рабочий день. Более четверти частично занятых работников получают минимальную заработную плату.

Однако в некоторых странах на законодательном уровне предпринимаются попытки обеспечить равенство прав различных категорий работников в области заработной платы. В Италии, например, закреплена обязанность работодателя выплачивать атипичным работникам заработную плату в том же размере, что и штатным сотрудникам компаний. В Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе традиционных договоров. Германские трудовые суды пытались приравнять положение частично занятых работников к положению полностью занятых в том смысле, что заработная плата и дополнительные выплаты за час работы должны быть одинаковы¹. Что касается рабочего

¹ См.: *Daubler W. Trends in German Labour Law // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot. 1994. P. 117.*

времени и времени отдыха, то правовое положение атипичных работников также отличается нестабильностью. Предоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в натуре, равно как и учебного отпуска, является редкостью.

Международно-правовая и сравнительно-правовая квалификация трудовых отношений в современных условиях

В материалах Международной организации труда (МОТ) отмечалось, что глубокие изменения, происходящие в современном мире труда, привели не только к росту нестандартных форм занятости, но и к возникновению новых форм трудовых отношений. Начиная с 1990 г. на сессиях Международных конференций труда (МКТ) основное внимание уделялось защите зависимых работников, основанной на понятии «трудоустройство», а также защите тех зависимых трудящихся, которые ее лишены. К таковым, в частности, относятся мнимые самостоятельно занятые работники. В этой связи в 1997 и 1998 гг. на конференциях рассматривался вопрос «о труде на условиях подряда» и обсуждались проекты Конвенции МОТ о труде на условиях подряда и проекта одноименной Рекомендации. Так, в проекте Конвенции о труде на условиях подряда содержалось положение о том, что в отношении подрядных работников, находящихся в реальных условиях зависимости от предприятия-пользователя или подчиненности ему (если эти условия схожи с теми условиями, которые характерны для отношений занятости в соответствии с национальным законодательством и практикой), должны применяться нормы трудового законодательства, в частности относящиеся к праву на организацию и на ведение коллективных переговоров; к свободе от дискриминации в области труда и занятости по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, национального или социального происхождения; к минимальному возрасту приема на работу; к продолжительности рабочего времени и другим условиям труда; к защите материнства; к компенсациям подрядным работникам ущерба, причиненного производственной травмой, профессиональным заболеванием. Но в результате обсуждений была принята общая Резолюция о возможном принятии международных актов с целью защиты работников, находящихся в ситуациях, идентифицированных Комитетом по

труду на условиях подряда¹, т. е. оставили вопрос открытым для дальнейших будущих сессий МКТ.

Вопрос о сфере трудовых отношений был включен в повестку дня 91-й сессии Международной конференции труда (2003 г.), где обсуждался вопрос защиты зависимых трудящихся в сфере трудовых отношений. Предметом обсуждения Международной конференцией труда был Вопросник, который определял основные элементы содержания возможной Рекомендации МОТ о сфере трудовых отношений. МКТ также было принято Заключение о трудовых отношениях, в котором отмечалось, что перемены в структуре рынка труда и организации труда приводят к ситуациям, когда трудно определить, является ли трудящийся наемным работником или действительно самостоятельно занятым трудящимся. При этом под «скрытыми трудовыми» понимались отношения, в которых работодатель злоупотреблял правами, стремясь скрыть действительный правовой статус наемного работника. Это может происходить при оформлении трудовых отношений гражданско-правовыми договорами или коммерческими договоренностями (мнимый труд на условиях подряда, создание псевдокооперативов и др.). «Неопределенные» трудовые отношения существуют всегда там, где работник выполняет работу или производит услуги в условиях, вызывающих реальные и действительные сомнения по поводу существования трудовых отношений. На практике возникает немало случаев, когда сложно провести грань между зависимым и независимым (самостоятельным) трудом (труд телеработников, сетевых работников и т. д.).

В рассматриваемом Заключении о трудовых отношениях также указывалось, что будущая Рекомендация МОТ должна служить руководством для государств-членов, не вводя универсальное определение существа трудовых отношений. Она должна быть достаточно гибкой, чтобы учитывать различные экономические, социальные и правовые традиции в области трудовых отношений. Такая Рекомендация не должна вмешиваться в подлинно коммерческие контракты и подлинно независимые подрядные отношения. Таким образом, рассматриваемый международно-правовой акт должен быть достаточно гибким, чтобы не препятствовать появлению новых форм занятости и содействовать такой нетипичной занятости, но и обеспечивать защиту

¹ Принята на 86-й сессии МКТ (1998).

прав трудящихся. Обсуждение этой проблемы было включено в повестку дня Международной конференции труда (95-я сессия 2006 г.)¹. На указанной сессии была принята Рекомендация МОТ о трудовом правоотношении, которая ограничилась общими формулировками.

По мнению МОТ, сократить этот разрыв между сферой применения трудового законодательства и реальным положением дел в области трудовых отношений следует, во-первых, путем уточнения сферы применения законодательства, регулирующего трудовые отношения, чтобы содействовать признанию наличия трудовых отношений и препятствовать попыткам сокрытия таких отношений. Иными словами, в законодательном порядке следует адекватно определить сферу трудовых отношений. Во-вторых, законодательство не в состоянии охватить все аспекты занятости, поэтому важная роль должна отводиться правовым механизмам социального партнерства. В-третьих, особая роль должна отводиться механизмам оценки показателей для признания наличия трудовых отношений судебными и административными органами.

В первом случае при определении сферы трудовых отношений в трудовом законодательстве содержится определение трудовых отношений, круг лиц, на которых распространяется или не распространяется трудовое законодательство. Так, в ТК РФ (ст. 15) включена дефиниция трудовых отношений. Между тем эта дефиниция применима только к «классическим» трудовым отношениям, которые характеризуются личностным, организационным и имущественными признаками. Между тем «нетипичные» виды трудовых договоров и форм занятости не укладываются в прокрустово ложе названных признаков. Соответственно суд, разрешая трудовой спор об изменении юридической квалификации гражданско-правового договора в трудовой договор, столкнется с проблемой отсутствия в заключенном договоре, возникших на его основании отношений по труду одного из признаков трудового отношения. Чаще всего это будет организационный признак, реже — личностный (заемный труд и др.). В этих ситуациях и необходимо обращение к презумпции трудовых отношений. Однако российский законодатель эту презумпцию признал далеко не

¹ Здесь и далее: Трудовые отношения. МКТ. 95-я сессия 2006 г. Доклад V (1). Женева, 2006.

сразу. В ТК РФ (ст. 11) (в ред. Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ) включено положение о том, что трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, также применяются к другим отношениям, связанным с использованием личного труда, если *это предусмотрено настоящим Кодексом или иным федеральным законом*. При аутентичном (буквальном) толковании эта новелла означает, что не получившие специального правового регулирования трудовые отношения лиц, занятых в «нетипичных» сферах труда, не включаются в сферу действия трудового законодательства.

Законодательная практика зарубежных стран знает немало примеров легального закрепления «гибкого, широкого» определения трудовых отношений, основанного на их презумпции. Например, в Новой Зеландии Закон о трудовых отношениях (2000 г.) содержит широкое определение трудовых отношений и круга работников, охватываемых трудовым законодательством, и, что важно, предоставляет полномочия независимым органам (Суду по вопросам найма или Органу по вопросам трудовых отношений) устанавливать реальный характер связи между лицом, выполняющим работы, и тем органом, который их заказывает. Такие полномочия играют ключевую роль в ликвидации фиктивных или скрытых трудовых отношений. Согласно названному Закону термин «наемный работник» означает любое лицо, нанимаемое работодателем для выполнения любой работы за вознаграждение в соответствии с контрактом об оказании услуг и включает надомных работников или лиц, намеревающихся выполнять работу, но исключает добровольцев, которые не получают плату за добровольно выполненную работу.

В Финляндии Закон о договорах о найме (2001 г.) применяется к договорам о найме, заключаемым работником или работниками, в соответствии с которыми он или они соглашаются выполнять работу лично для работодателя под его руководством и контролем в обмен на плату или иную форму вознаграждения. Кроме того, в Законе имеется положение о том, что этот Закон не перестает действовать в том случае, если работник использует собственное снаряжение и оборудование. Контракт о найме может заключаться в любой форме (устной, письменной или электронной), что облегчает определение трудовых отношений даже между людьми, находящимися в различных странах и не знакомых друг с другом.

Наряду с общими положениями о сфере трудовых отношений в законодательстве ряда стран имеются и положения, касающиеся конкретно некоторых категорий работников и некоторых видов занятости (работ) и направленные на определение наличия трудовых отношений. Так, в упомянутом Законе Финляндии сказано, что его положения не перестают действовать от того, что работа выполняется на дому наемного работника. Во Франции Трудовой кодекс предоставляет статус наемных отдельным категориям работников, таким как надомные работники, журналисты и артисты, которые из-за условий труда, в которых они работают, могут рассматриваться в качестве зависимых трудящихся. В Панаме наемными работниками признаются экономически зависимые издольщики и фермеры-арендаторы, агенты, торговцы и подобные категории работников, за исключением тех случаев, когда они лично не работают или работают время от времени. Но при этом из сферы трудового законодательства исключены надомные работники.

Что касается телетруда, то в Перу существует определение телетруда как контракта о дистанционной занятости, который регулирует выполнение работы без физического присутствия работника на предприятии, с которым он поддерживает связь с помощью компьютера, телекоммуникационных технологий и других средств связи, с помощью которых также осуществляется контроль. Причем во Всеобщем законе о труде Перу излагаются факторы, которые могут помочь определить систему подчинения в рамках такой формы труда. Трудовой кодекс Чили характеризует телетруд как услуги, оказываемые вне производственных помещений предприятия с помощью компьютерных и телекоммуникационных средств и исключает его из положения об ограничении рабочего времени.

Некоторые страны практикуют комбинированный подход при определении характера трудовых отношений. Так, в Южной Африке в результате законодательных реформ был принят Закон № 11 об изменении основных условий найма (2002 г.) и поправки к Закону № 12 о трудовых отношениях (2002 г.). В этих законах объявлена широкая презумпция в пользу статуса наемного работника, т. е. лицо считается наемным работником, если оно удовлетворяет одному или нескольким из семи факторов (признаков), названных в Законе. К этим факторам относятся: а) методы работы этого лица подвергаются контролю со стороны

другого лица или направляются им; б) рабочее время этого лица контролируется или регулируется другим лицом; в) лицо работает на организацию или является частью этой организации; г) это лицо работало на другое лицо в среднем не менее 40 часов в месяц за последние три месяца; д) это лицо в экономическом плане зависит от другого лица, на которое оно работает или которому оно оказывает услуги; е) это лицо получает рабочие инструменты или производственное оборудование от этого другого лица или ж) это лицо работает или оказывает услуги только одному лицу.

Между тем нельзя не упомянуть и зарубежный опыт, рецепция которого весьма сомнительна. Речь идет об Указе Президента Республики Беларусь от 6 июля 2005 г. № 314 «О некоторых мерах по защите прав граждан, выполняющих работу по гражданско-правовым и трудовым договорам». Этим указом юридический прием презумпций замещен юридической фикцией, а именно объявляется существование социально-трудовых прав у граждан, заключивших гражданско-правовой договор, предметом которого является выполнение работ, оказание услуг или создание объекта интеллектуальной собственности. Соответственно названным указом на сторону гражданско-правового договора — заказчика, возлагаются обязанности работодателя. В рассматриваемом нормативном документе содержатся предписания, обязывающие заказчика предоставлять место для выполнения работ, оказания услуг, соответствующие правилам охраны труда и требованиям техники безопасности; осуществлять подготовку (обучение), инструктаж, повышение квалификации и проверку знаний граждан, выполняющих работу по гражданско-правовым договорам; не допускать к выполнению работ, оказанию услуг по гражданско-правовым договорам в местах, предоставленных заказчиком, граждан, появившихся на работе в состоянии опьянения; включать в гражданско-правовые договоры основания досрочного их расторжения и др. Хотя названный Указ и обусловлен благими намерениями — защита прав работников, но, как известно, этими же намерениями и «вымощена дорога в ад». Возвращаясь к российскому трудовому законодательству, отметим, что наш законодатель однозначно определил свою позицию в отношении гражданско-правовых договоров (независимого труда). Согласно ст. 11 ТК РФ трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, не распространяются на лиц, работающих на основании договоров гражданско-правового характера.

В зарубежной практике важная роль в квалификации трудовых отношений отводится социально-партнерским методам и судебным, административным органам. Так, например, в Ирландии на началах социального партнерства, консенсуса представителей работодателей, работников и компетентных органов власти был принят Кодекс практики для определения статуса наемной и самостоятельной занятости. Несмотря на то что он не является обязательным, но его положения учитываются органами, ответственными за рассмотрение вопроса о характере занятости, трудовых отношений.

В трудовом законодательстве Израиля судебными решениями в понятие работника включаются некоторые категории внештатных сотрудников, работников, выполняющих работу собственными средствами, а также в ряде случаев такую специфическую категорию работников, как проститутки, распространяя на эти лица охранительные нормы трудового законодательства¹.

В Великобритании в 2005 г. Палата лордов создала прецедент, согласно которому женщина — священник шотландской церкви была признана работником этой церкви в деле о защите трудовых прав в соответствии с Законом «О дискриминации на основании пола».

В правоприменительной практике другой страны англосаксонской системы — США, судами широко применяется тест признания лица наемным работником или независимым подрядчиком, выработанный Внутренней налоговой службой США. В частности, к критериям наемного работника отнесены: 1) обязанность выполнения работником указаний работодателя; 2) прохождение обучения наемным работником; 3) прохождение обучения за счет средств работодателя; 4) интеграция трудовой деятельности работника в общий технологический процесс организации; 5) личный характер оказания услуг; 6) продолжающиеся трудовые отношения; 7) определения режима рабочего времени работодателем; 8) отчетность наемного работника перед работодателем о проделанной работе; 9) выплата заработной платы; 10) право работника увольняться без дополнительных обязательств перед работодателем и др.²

¹ См.: Черняева Д. В. Трудовое право Израиля // Труд за рубежом. 2004. № 4. С. 102.

² См.: Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г. Современное трудовое право (опыт трудового компаративизма). Кн. первая. М., 2007. С. 195.

В Рекомендации МОТ № 198 «О трудовом правоотношении» (2006 г.) указывается, что государства-члены должны содействовать применению четких методов, позволяющих ориентировать работников и работодателей в отношении определения существования индивидуального трудового правоотношения. К таким методам МОТ причисляет следующие:

1) установление правовой презумпции существования индивидуального трудового правоотношения в том случае, когда определено наличие одного или нескольких соответствующих признаков (например, таких как подчиненность или зависимость работника);

2) определения в законодательных и нормативных правовых актах либо иными средствами, на основе предварительных консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и работников, конкретные признаки существования трудового правоотношения.

В анализируемой Рекомендации МОТ приводятся признаки трудового отношения, которые традиционно можно разделить на личностные, организационные и имущественные. К таким признакам относятся:

1) тот факт, что работа выполняется работником лично; требует присутствия работника;

2) 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 в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее; имеет определенную продолжительность и подразумевает определенную преемственность; предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу;

3) периодическая выплата вознаграждения работнику; тот факт, что данное вознаграждение является единственным или основным источником доходов работника; осуществление оплаты труда в натуральном выражении путем предоставления работнику, к примеру, пищевых продуктов, жилья или транспортных средств; признание права на еженедельные выходные дни и ежегодный оплачиваемый отпуск; оплата стороной, заказавшей проведение работ, поездок, предпринимаемых работником в целях

выполнения работы; или то, что работник не несет финансового риска.

О презумпции трудовых отношений. Особо следует рассмотреть названную презумпцию приоритета трудовых отношений, который имеет практическую направленность, обеспечивает стабильность, жизненную устойчивость трудового отношения. Однако эта презумпция в ТК РФ первоначально была сформулирована на основе презумпции гражданско-правовых отношений, что обеспечивало преимущественную защиту социальных интересов работодателя. Указывалось, что эта презумпция может быть опровергнута только в судебном порядке. ТК РФ устанавливал, что в тех случаях, когда в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера регулируются трудовые отношения между работодателем и работником, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства (ст. 11). Суды, определяя природу сложившихся между сторонами отношений, руководствовались легальным определением трудового отношения с названными квалифицирующими его признаками: личностным, организационным и имущественным (возмездным) (ст. 15 ТК РФ).

В Определении Конституционного Суда РФ от 19 мая 2009 г. № 597-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Равинской Ларисы Вадимовны на нарушение ее конституционных прав статьями 11, 15, 16, 22 и 64 Трудового кодекса Российской Федерации» названы цели и назначение ст. 11 ТК РФ в части изменения юридической квалификации гражданско-правовых договоров на трудовые договоры. Во-первых, это — предотвращение злоупотреблений со стороны работодателей и фактов заключения гражданско-правовых договоров вопреки намерению работника заключить трудовой договор. Во-вторых, обеспечение достижения соответствия между фактически складывающимися отношениями и их юридическим оформлением. В-третьих, и это главное, данная норма ТК РФ направлена на обеспечение баланса конституционных прав и свобод сторон трудового договора, а также надлежащей защиты прав и законных интересов работника как экономически более слабой стороны в трудовом правоотношении, что согласуется с основными целями правового регулирования труда в Российской Федерации как социальном правовом государстве.

Конституционный Суд констатировал, что единственным правовым механизмом признания наличия трудовых отношений между сторонами, формально связанными договором гражданско-правового характера, согласно ТК РФ, служит судебный порядок. Указанный судебный порядок разрешения споров о признании заключенных между работодателем и лицом договора трудовым договором, по мнению Конституционного Суда, призван исключить неопределенность в характере отношений сторон таких договоров и их правовом положении, а потому не может рассматриваться как нарушающий конституционные права граждан. Суды общей юрисдикции, разрешая подобного рода споры и признавая сложившиеся отношения между работодателем и работником либо трудовыми, либо гражданско-правовыми, должны не только исходить из наличия (или отсутствия) тех или иных формализованных актов (гражданско-правовых договоров, штатного расписания и т. п.), но и устанавливать, имелись ли в действительности признаки трудовых отношений и трудового договора, указанные в ст. 15 и 56 ТК РФ. Из приведенных в этих статьях определений понятий «трудовые отношения» и «трудоустройство» не вытекает, что единственным критерием для квалификации сложившихся отношений в качестве трудовых является осуществление лицом работы по должности в соответствии со штатным расписанием, утвержденным работодателем, — наличие именно трудовых отношений может быть подтверждено ссылками на тарифно-квалификационные характеристики работы, должностные инструкции и любым документальным или иным указанием на конкретную профессию, специальность, вид поручаемой работы.

Впоследствии вышеназванные доводы были воспроизведены и в Определении Конституционного Суда от 21 декабря 2011 г. № 1666-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Склярова Эдуарда Львовича на нарушение его конституционных прав положением части восьмой статьи 11 Трудового кодекса Российской Федерации».

На основании ранее действовавшей редакции ст. 11 ТК РФ сформировались две основные категории дел, рассматриваемых в судебном порядке. Первая категория дел — это трудовые споры, когда в суд обращаются работники с целью признания трудовыми отношений, возникших на основании гражданско-правового договора. В связи с этим в исках указывались требования о признании отношений трудовыми и обязывании работодателя офор-

мить их по правилам ТК РФ с даты приступления к работе, внося соответствующие записи в трудовую книжку, начиная от приема на работу. В заявлениях истцы также указывали и требования материального характера, например о выплате компенсации за неиспользованные отпуска и неоплаченные больничные листы, а также о перечислении в государственные социально-страховые фонды соответствующих взносов¹.

Вторая категория дел рассматривается арбитражными судами. Работодатели обращаются в арбитражный суд в случаях, когда территориальные налоговые органы или региональные отделения федеральных социальных фондов предписывают им доначислить налоги либо взносы, а также начислить и уплатить пени со штрафом за доказанные нарушения². Заявитель обжалует решение налогового органа или внебюджетного социально-страхового фонда. Суд не выносит решения в отношении судьбы гражданско-правового договора, который переqualифицируется в трудовой договор. Такая переqualификация гражданско-правовых договоров на трудовые порождает только налоговые последствия. В любом случае необходимо было обращение самого работника в уже общий суд за признанием отношений трудовыми. При этом предшествующее решение арбитражного суда в этой части носило преюдициальное значение.

Такая практика применения презумпции трудовых отношений страдала многими издержками. Бремя доказывания всегда лежало на заявителе, решения арбитражных судов не изменяли юридической квалификации договора для исполнителя до тех пор, пока он не обратится в суд. По сути, в трудовом законодательстве была закреплена презумпция гражданско-правовых отношений, а не презумпция трудовых отношений.

С очевидностью в трудовом законодательстве должна быть легально закреплена презумпция трудовых отношений, т. е. работодатель, а не работник должен доказывать, какие отношения сложились между ними по поводу применения труда. Рассма-

¹ См. также: *Чиканова Л. А., Нуртдинова А. Ф.* Споры о признании договоров, заключенных с работниками при приеме их на работу, трудовыми договорами // Комментарий судебной практики / под ред. К. Б. Ярошенко. М., 2013. Вып. 18. С. 75–82.

² См., например: постановление ФАС Дальневосточного округа от 22.05.2013 № Ф03-1612/2013 по делу № А24-3606/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

триваемая презумпция должна обеспечить преимущественную защиту интересов работника в рамках социального назначения отрасли трудового права. Как отмечалось выше, в Рекомендации МОТ № 198 «О трудовом правоотношении» (2006 г.) подчеркивается значение установления в национальном законодательстве правовой презумпции существования трудового правоотношения в том случае, когда определено наличие одного или нескольких соответствующих признаков названного правоотношения.

Наконец, наш законодатель внес соответствующие изменения в ТК РФ (в ред. Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ) по легализации презумпции трудовых отношений, указав, что «если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии в порядке, установленном ТК РФ, другими федеральными законами, были признаны трудовыми, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права» (ст. 11).

Легализация указанной презумпции также обеспечена и правовым запретом. Согласно новой редакции ст. 15 ТК «заключение гражданско-правовых договоров, фактически регулирующих трудовые отношения между работником и работодателем, не допускается».

ТК РФ был дополнен новой ст. 19.1, регулирующей порядок признания отношений трудовыми. Если ранее это был только судебный порядок, то в настоящее время, во-первых, расширен круг лиц, уполномоченных изменить юридическую квалификацию гражданско-правового договора на трудовой договор, во-вторых, введены добровольные процедуры признания отношений трудовыми.

В последнем случае признание отношений трудовыми может осуществляться лицом, использующим личный труд и являющимся заказчиком по указанному договору, на основании письменного заявления физического лица — исполнителя по указанному договору. По сути, речь идет о соглашении сторон о переквалификации гражданско-правового договора в трудовой договор, инициатором такой переквалификации выступает исполнитель работ — работник. Очевидно, что исходя из презумпции трудовых отношений юридическая переквалификация договора может быть только в одном направлении — установлении или неустановлении факта заключения трудового договора; не

допускается юридическая переквалификация трудового договора в гражданско-правовой. К добровольным процедурам признания отношений трудовыми работодателем следует отнести их признание на основании предписания государственного инспектора труда, не обжалованного в суд в установленном порядке.

Следует отметить и новеллы судебного порядка признания отношений трудовыми. Если ранее в ТК РФ не определялся круг лиц, которые вправе обратиться с подобными заявлениями в суд, сроки и порядок рассмотрения такого рода заявлений, то в новой редакции кодекса этот вопрос решен (ст. 19.1). В суд вправе обратиться не только заявитель — физическое лицо, исполнитель по договору, но и иные лица. К таковым отнесены государственная инспекция труда, а также лица, обладающие необходимыми для этого полномочиями в соответствии с федеральными законами. К последним, например, на наш взгляд, могут быть отнесены представители работников — профсоюзные организации. При обращении в суд заявителя-работника или его представителя за признанием отношений трудовыми спор рассматривается в порядке и сроки, которые предусмотрены для разрешения индивидуальных трудовых споров. Срок обращения в суд составляет три месяца со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. При пропуске по уважительным причинам сроков они могут быть восстановлены судом.

Более того, по-новому расставлены акценты в распределении бремени доказывания по таким трудовым спорам. В ТК РФ указывается, что неустранимые сомнения при рассмотрении споров о признании отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями толкуются в пользу наличия трудовых отношений (ст. 19.1).

Отныне в ТК РФ установлены и правовые последствия признания отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми. Во-первых, в качестве основания возникновения трудовых отношений названо признание отношений, связанных с использованием личного труда и возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями (ст. 16 ТК РФ). Во-вторых, в случае признания отношений трудовыми на основании ст. 19.1 ТК РФ трудовые отношения между работником и работодателем считаются возникшими со дня фактического допущения физического лица, являющегося исполнителем по указанному договору, к исполнению предумо-

тренных указанным договором обязанностей. В-третьих, законодатель предусмотрел ситуации, когда отношения по применению личного труда возникли на основании гражданско-правового договора и не были надлежаще оформлены в письменной форме, но впоследствии были признаны трудовыми. Речь идет о фактическом допуске лица к работе с ведома или по поручению работодателя. В этом случае трудовой договор считается заключенным и работодатель обязан оформить трудовой договор в письменной форме не позднее трех рабочих дней со дня признания этих отношений трудовыми, если иное не установлено судом.

Выводы

1. Расширение предмета трудового права и сферы его действия (экспансия трудового права) предполагает дальнейшую дифференциацию правового регулирования, формирование полновесной специальной части трудовых кодексов, посвященных особенностям регулирования труда отдельных категорий работников. В этом направлении идет и дальнейшее совершенствование ТК РФ, формирование предмета отрасли и сферы применения норм трудового права. В частности, в ТК РФ включены специальные гл. 54.1, посвященная труду профессиональных спортсменов и тренеров, дистанционных работников. По действующему законодательству именно трудовым законодательством (с некоторыми особенностями) регулируется труд муниципальных служащих, лиц, проходящих альтернативную гражданскую службу, и др.

2. Не только для западных законодателей, но и для российского законодателя на повестку дня вновь встает вопрос поиска оптимального баланса, соотношения государственного, коллективно-договорного (локального) и индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений, особенно в связи с распространением нестандартных форм занятости. Иными словами, по справедливому замечанию бельгийских юристов Р. Бланпена и К. Энгельса, «остается нерешенным вечный вопрос, как определить адекватный баланс между гибкостью правового регулирования, с одной стороны, и необходимой социальной защитой работников, с другой»¹. Очевидно, что гибкость должна сочетаться

¹ Цит. по: *Киселев И. Я.* Указ. соч. С. 71–72.

со стабильностью (так называемая гибкобильность¹ или гибкостабильность) и быть благоприятной для работника, основываться на балансе интересов всех сторон трудового отношения. Более того, в некоторых случаях трудовое законодательство должно быть более жестким. Это касается как минимум: 1) защиты личных неимущественных прав работников, о которых говорилось выше; 2) защиты от дискриминации, в том числе гендерной²; 3) охраны труда. Гибкость трудового правоотношения небезгранична.

3. Государство в законодательном порядке определяет особенности и пределы регулирования нетипичных трудовых правоотношений. Степень и глубина нормативной правовой дифференциации и договорной индивидуализации в регулировании нетипичных форм занятости зависят от сектора приложения труда, особенностей (характера) условий труда и рода деятельности. Но эта дифференциация и индивидуализация должны быть оправданными, обоснованными и не вести к дискриминации в трудовых отношениях, снижению уровня трудовых прав работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав. Общими публичными ограничителями гибкости трудового отношения служат принципы трудового права, международные стандарты трудовых прав и императивные нормы трудового законодательства.

4. По мнению МОТ, которое мы разделяем, сократить разрыв между сферой применения трудового законодательства и реальным положением дел в области трудовых отношений следует, во-первых, путем уточнения сферы применения законодательства, регулирующего трудовые отношения, чтобы содействовать признанию наличия трудовых отношений и препятствовать попыткам сокрытия таких отношений. Во-вторых, законодательство не в состоянии охватить все аспекты занятости, поэтому важная роль должна отводиться правовым механизмам социального партнерства. В-третьих, особая роль должна принадлежать механизмам оценки показателей для признания наличия трудовых отношений судебными и административными органами. В ТК РФ

¹ См. подробнее: *Лушников А. М.* Юридическая конструкция «гибкобильности» трудовых отношений как ответ на вызовы XXI века // *Юридическая техника*. Ежегодник. 2013. № 7. Ч. 2. С. 427–431.

² См. подробнее: *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006.

закреплена презумпция трудовых отношений и определен правовой механизм ее применения.

1.4. Гармонизация индивидуальных и коллективных трудовых прав на основе расширения сферы социального партнерства

Эта тенденция связана с расширением сферы социального диалога (социального партнерства), адаптацией коллективных трудовых отношений к экономическим реалиям XXI в.¹

Начало XXI в. ознаменовалось существенными изменениями в общественной организации труда. Они связаны с усилением индивидуально-договорных (частных) начал в правовом регулировании трудовых отношений и как оборотная сторона медали — снижением роли профессиональных союзов работников, профессиональной солидарности. Даже в Германии, где влияние профсоюзов традиционно сильно, а численность велика, за последнее десятилетие прошлого века она снизилась с 12 до 9 млн человек. В целом за названный период абсолютная численность членов профсоюзов в большинстве развитых стран снизилась на величину от 6 и до 75%. Охват профсоюзным членством во многих странах составляет менее 20% работников². Данная тенденция в целом сохраняется и с началом XXI в.

Таким образом, индивидуализация трудовых отношений в современных условиях неизбежно отражается и на судьбе коллективных трудовых отношений. Общая тенденция сокращения членства в профсоюзах во многих странах, организационные трудности, с которыми сталкиваются союзы работодателей, дерегулирование условий занятости, по мнению ряда исследователей, предопределяют упадок коллективных трудовых отношений, которые рассматриваются как пережитки прошлого.

Между тем эксперты МОТ, опираясь на обобщения современной зарубежной практики трудовых отношений, находят много признаков того, что союзы работодателей и профсоюзы адаптируются к современным реалиям глобализации экономики и растущей конкуренции. Они изменяют свою структуру, методы,

¹ См. подробнее: *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Социальное партнерство в сфере труда. Ярославль, 2008.

² См.: *Труд в мире. Трудовые отношения, демократия и социальная стабильность. 1997—1998.* Женева: МБТ. С. 6—11 и др.

совершенствуют механизмы социального диалога. Кроме того, практически на всех континентах государства активнее, чем раньше, участвуют в решении социальных вопросов. Все это свидетельствует об общей тенденции развития правового механизма социального партнерства, его адаптации в современных условиях. В настоящее время считается нецелесообразным проведение коллективных переговоров по вопросам заработной платы и условий труда на международном уровне. Важным исключением является глобальное коллективное соглашение, достигнутое в 2003 г. между судовладельцами и Международной федерацией транспортников, которое охватывает вопросы заработной платы, рабочего времени и условий труда на судах, плавающих под «удобным флагом». В предсказуемом будущем коллективные переговоры будут по-прежнему проводиться в основном на национальном уровне.

В то же время наблюдается рост численности международных объединений работников и активизация их деятельности, в том числе на основе законодательства Европейского союза (европейские советы предприятий) либо на основе соглашений между транснациональными предприятиями и профсоюзами (глобальные советы компаний)¹.

Речь идет не только о взаимном обмене информацией и консультациях, но и о случаях заключения рамочных соглашений между транснациональными компаниями и глобальными федерациями профсоюзов².

Правовые модели социального партнерства. В зарубежной практике сложились две основные модели социального партнерства в сфере труда. Первая модель применяется в странах Евросоюза и ряде других стран. Она характеризуется активным вмешательством государства в регулирование трудовых отношений, особенно в странах Северной Европы, основана на принципах трипартизма и включает три уровня: общенациональные коллективные соглашения, отраслевые (стандартные) и местные

¹ Лушников А. М. Международные коллективные соглашения о труде в условиях интеграции правовых систем // Инновационное развитие общества в условиях интеграции правовых систем. Гродно, 2013. С. 396–398; Шуралева С. В. Правовое регулирование индивидуальных и коллективных трудовых отношений в транснациональных корпорациях в России. Пермь, 2012.

² См.: Объединение в организации в целях социальной справедливости. Доклад генерального директора. Женева: МБТ, 2004. С. 4.

(региональные, заводские) коллективные договоры. В настоящее время в этих странах, по мнению МОТ, очевидна тенденция в направлении некоторой децентрализации, тогда как общенациональные и отраслевые коллективные переговоры утрачивают свое значение. Но европейская модель трудовых отношений в целом сохраняет приверженность к общенациональным консультациям и переговорам. Европейцы не склонны соглашаться с чрезмерным неравенством, они рассчитывают на то, что государство должно исправлять социальные последствия функционирования рыночной экономики, государство должно обеспечить социальную защиту, минимальный гарантированный доход.

Вторая модель социального партнерства по терминологии МОТ — «волюнтаристская модель», зародилась в Англии, она также имеет место в таких странах, как: Канада, США, Новая Зеландия, Австралия и в большинстве развивающихся стран Азии, Латинской Америки и англоговорящих стран Африки¹. Она, как правило, сводится к низовому уровню, уровню коллективных договоров на предприятиях, и значительно реже переговоры и соглашения осуществляются на региональном и отраслевом уровнях. Организации предпринимателей и профсоюзы вмешиваются в социально-трудовые отношения опосредованно, активно участвуя в законодательной и политической деятельности. В рамках названной модели социального партнерства, которая в ее чистом виде представлена в США, именно социальные партнеры формируют (регулируют) трудовые отношения, тогда как функция законодательства (государства) заключается в организации коллективных переговоров и установлении правил социального диалога.

Объединение Европы, европейское законодательство стали причиной модификации рассматриваемой модели. Так, от Великобритании это потребовало предусмотреть обязательные консультации по коллективным увольнениям и рабочему времени, а также образование органов рабочего представительства — советов предприятий. Отметим, что в России попытки легализовать иное, чем профсоюзное представительство, нельзя признать удачными. Так, Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 95-ФЗ в число основных прав работодателя (абз. 9 ч. 1 ст. 22

¹ См.: 72-я сессия Международной организации труда. Женева: МБТ, 1986.

ТК РФ) включено право создания производственного совета как совещательного органа, образуемого на добровольной основе, для подготовки предложений по совершенствованию представительской деятельности и др.

При этом полномочия, состав, порядок деятельности производственного совета и его взаимодействие с работодателем устанавливаются локальным нормативным актом. Представляется, что этим правом воспользуются немногие работодатели.

Социальное партнерство в странах на постсоциалистическом пространстве Центральной и Восточной Европы, бывших союзных республик СССР. Значительным событием конца 1990-х гг. стало крушение социалистической экономической системы в названных странах. Переход к рыночным отношениям сопровождался кризисными явлениями в экономике, снижением уровня доходов населения и т. д. В этих условиях в постсоциалистических странах остро встал вопрос о выборе модели социального диалога в сфере труда. Большинство стран, в том числе и Россия, сделали свой выбор в пользу трехстороннего сотрудничества социальных партнеров и государства, трехсторонних консультаций и трех-, двусторонних коллективных соглашений и договоров на национальном, межотраслевом, отраслевом, территориальном и локальном уровнях.

На выбор этой модели в значительной мере повлияла позиция МОТ. Она культивировала значение трипартизма, поскольку и сама организация строилась на принципе трехстороннего взаимодействия представителей правительств, союзов работодателей и профсоюзов государств-участников. Кроме того, прошлый опыт централизованного государственного регулирования социалистических трудовых отношений в определенной мере диктовал сохранение этой функции в «руках государства», но ее реализация в новых условиях должна проходить на основе консультаций с социальными партнерами. В этой связи в странах постсоциалистического пространства были созданы трехсторонние советы, их полномочия различаются по странам, но в основном эти органы имеют совещательный или совещательно-рекомендательный статус, в ряде случаев в их рамках могут заключаться генеральные соглашения (Венгрия, Чехия, Казахстан, Белоруссия, Россия и др.). Эти трехсторонние органы используются правительствами для консультаций перед принятием важных решений в социально-трудовой сфере, среди них Совет по примирению интересов

в Венгрии, созданный в 1990 г., Комиссия по согласованию интересов в Болгарии (1990 г.), Фонд социального мира в Польше (1993 г.) и др. Так, в Венгрии национальный трехсторонний Совет выполняет целый ряд функций: определение минимального размера оплаты труда на следующий год; разрешение коллективных трудовых споров; участие в формировании политики и законодательства по вопросам труда и занятости. Большинство трехсторонних советов действуют на основе законодательных актов, немногие — по трехстороннему соглашению. В России такими постоянно действующими органами социального партнерства стали трех- или двухсторонние комиссии по регулированию социально-трудовых отношений.

Другой характерной особенностью правовой модели социального партнерства в постсоциалистических странах стало ее «строительство сверху», т. е. формирование этой модели государством. Многими исследователями подчеркивается тот факт, что в отличие от стран Запада, где социальное партнерство возникло в результате длительной и упорной борьбы за свои права трудящихся и их профсоюзов, т. е. «снизу», в рассматриваемых странах социальное партнерство насаждалось «сверху», как один из механизмов регулирования рынка труда. В России первым шагом по созданию правового механизма социального партнерства был Указ Президента РФ от 15 ноября 1991 г. № 212 «О социальном партнерстве и разрешении трудовых споров (конфликтов)». Этим Указом вводилась многоуровневая система социального партнерства в области социально-трудовых отношений и разрешения трудовых конфликтов. Она включала следующие уровни: общенациональный, уровень субъекта Федерации; территориальный, отраслевой и уровень предприятия. Затем принимается Закон РФ «О коллективных договорах и соглашениях» (1992 г.), который конкретизирует уровни социального партнерства по типам (видам) заключаемых коллективных соглашений и договоров, устанавливает процедуру коллективных переговоров, порядок заключения соглашений и ответственность сторон¹.

Возвращаясь к истории формирования правовой модели социального партнерства в постсоциалистических странах следует также остановиться еще на одной ее особенности. Это недостаточ-

¹ См.: ВСНД и ВС РФ. 1992. № 17. Ст. 890.

ная независимость и самоидентификация социальных партнеров, особенно представителей работодателей. Что касается профсоюзов, то во всех странах наблюдался сложный процесс с одной стороны, реформирование прежних традиционных профсоюзов, сформировавшихся в период социалистического строительства, с другой — зарождение новых независимых профсоюзов. В ряде стран этот процесс сопровождался расколом и конфронтацией в профсоюзной среде. В России доминирующие позиции сохранил реформированный профсоюз, ныне — Федерация независимых профсоюзов (ФНПР). Намного сложнее складывалась ситуация с другим социальным партнером — союзами работодателей. Если на Западе такие объединения создавались как вызов, реакция на существование профсоюзного движения, то в странах социалистической ориентации с господством государственной формы собственности такие союзы работодателей в принципе не могли получить распространения. В большинстве стран правовая база социального партнерства появлялась до становления самостоятельной структурированной стороны социального партнерства — представителей (союзы) работодателей.

В европейских постсоциалистических странах в связи с последующим их вступлением в ЕС получила развитие еще одна форма социального партнерства — советы предприятий. Эти органы рабочего представительства действуют на локальном уровне, как правило, в большинстве стран наряду с профсоюзами, реже в других странах создаются только там, где профсоюзные организации отсутствуют. Законодательство ЕС предусматривает обязательное создание на предприятиях стран — членов ЕС органов наемных работников, наделенных консультативно-информационными функциями, о чем речь пойдет ниже. Таким образом, получает распространение «многоканальная» система представительства интересов работников не только профсоюзами, но и органами рабочего представительства.

Одной из тенденций развития правового механизма социального партнерства в рассматриваемых странах является их ориентация на унифицированные на уровне международно-правовых стандартов модели социального партнерства. Так, для стран СНГ в этой роли выступает Модельный закон о социальном партнерстве, принятый на 27-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ

(постановление от 16 ноября 2006 г. № 27-14)¹. Закон определяет организационные, правовые и экономические основы функционирования системы социального партнерства как важнейшего механизма регулирования социально-трудовых и связанных с ними экономических отношений, цели, принципы, уровни, формы социального партнерства, основные права социальных партнеров: на информацию, коллективные переговоры и др. Для европейских стран, а также Российской Федерации особую роль играет Европейская социальная хартия (1996 г., пересмотренная). Стороны названной Хартии признают в качестве целей своей политики создание условий, обеспечивающих осуществление основных трудовых прав и принципов, в том числе право работников и работодателей на объединение, право на коллективные переговоры и коллективные действия по защите своих прав, право на информацию и консультации. Эти права составляют ядро правового механизма социального партнерства.

Таким образом, правовые средства социального партнерства в зависимости от национальных особенностей варьируется от консультационных форм сотрудничества социальных партнеров до принятия ими совместных решений, коллективных соглашений и договоров и охватывают участников от низового уровня предприятий и фирм до общенационального. МОТ считает, что невозможно предложить единую идеальную модель социального партнерства, которая способствовала бы социально-экономическому росту лучше, чем другая модель. При этом МОТ в конвенциях и рекомендациях определила основные формы и уровни сотрудничества трудящихся, работодателей и государства, а равно и правовые принципы их социального партнерства. Международные стандарты коллективных трудовых прав составляет базу для становления и развития национальных моделей социального партнерства.

Российская модель социального партнерства. На наш взгляд, социальное партнерство по своей сути означает не что иное, как правовой механизм регулирования коллективных трудовых отношений. Российская модель социального партнерства сводится именно к модели этого правового механизма, вне которого социальное партнерство превращается в ничем не подкрепленный

¹ Информационный бюллетень Международной Ассамблеи государств — участников СНГ. 2007. № 39.

набор благих пожеланий. В рамках одной статьи не представляется возможным дать относительно полную характеристику российской модели правового механизма социального партнерства, так как для этого потребуются отдельное исследование или большой специальный раздел¹. Однако ее контуры можно показать через рассмотрение уровней, принципов и органов социального партнерства. В дальнейшем на этом мы и сконцентрируем наше внимание.

Начнем же мы с краткой характеристики понятия социально-го партнерства. На наш взгляд, в настоящее время в российской науке имеют место два основных концептуальных подхода к правовому опосредованию социального партнерства. В соответствии с первым социальное партнерство рассматривается как новый институт общей части трудового права² либо как новый генеральный институт «социальное партнерство», имеющий сложную структуру, включающий субинституты коллективного договора, коллективных соглашений³. Такая трактовка во многом основана на позиции законодателя, обособившего в структуре Трудового кодекса РФ (далее — ТК РФ) специальный раздел II «Социальное партнерство в сфере труда». В этой связи И. Я. Киселев (1932–2005) отмечал, что «...наличие в Кодексе специального раздела “Социальное партнерство в сфере труда” составляет уникальную черту нашего трудового законодательства»⁴. Обоснованность такой «уникальности» вызывает сомнение у многих ученых-трудовиков.

Второй подход к правовому опосредованию социального партнерства основан на более широком определении социального партнерства и взгляды ученых — приверженцев этого направления в той или иной степени варьируются. Социальное партнерство рассматривается в качестве функции, цели трудового

¹ Лушникова М. В. Государство, работодатели и работники: история, теория и практика правового механизма социального партнерства (сравнительно-правовое исследование). Ярославль, 1997; Лушникова М. В., Лушников А. М. Социальное партнерство в сфере труда. Ярославль, 2008; Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 8–219.

² См., например: Гейхман В. Л., Дмитриева И. К. Трудовое право. М., 2011. С. 122–123; Трудовое право России / под ред. С. Ю. Головиной, М. В. Молодцова. М., 2008. С. 116.

³ См.: Трудовое право России / под ред. А. М. Куренного. М., 2008. С. 140–143; Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. О. В. Смирнова. М., 2008. С. 80–81.

⁴ Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 251.

права. В ТК РФ в качестве одной из основных задач трудового законодательства является создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства (ст. 1). Так, И. Я. Киселев, как отмечалось выше, писал о социальном партнерстве как социологическом, этическом понятии, а законодателю отводится роль «гаранта», устанавливающего правовые рамки диалога социальных партнеров. Более того, ученый особо отмечал, что «в международно-правовой практике, в частности в актах и публикациях МОТ, применяется чаще всего термин “социальный диалог”, а не “социальное партнерство”, принятый нашим законодателем»¹.

В Глобальном докладе Генерального директора МБТ «Объединение в организации в целях социальной справедливости», представленном в соответствии с механизмом реализации Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда, подчеркивается следующее. Для МОТ термин «социальный диалог» охватывает все типы коллективных переговоров, консультаций или обмена информацией между представителями правительств, работодателей и работников по вопросам, представляющим общий интерес и касающимся экономической и социальной политики. Трудовые конфликты также должны разрешаться в рамках трудовых отношений путем ведения коллективных переговоров, проведения консультаций и при помощи надлежащим образом функционирующих механизмов предотвращения и урегулирования споров².

Ряд ученых определяют социальное партнерство как способ регулирования социально-трудовых отношений между работниками (их представителями) и работодателями (их представителями), основывающийся на взаимном учете интересов каждой из сторон, уважении этих интересов³. Социально-партнерское и соответственно коллективно-договорное регулирование отношений включается в качестве необходимой составляющей в современный механизм правового регулирования трудовых и связанных с ними отношений наряду с индивидуально-до-

¹ Киселев И. Я. Указ. соч. С. 251.

² См.: МОТ: «Объединение в организации в целях социальной справедливости». Доклад генерального директора. Женева. МБТ. 2004. С. 6–7.

³ См.: Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина и Е. Б. Хохлова. М., 2012. С. 156 и др. (автор главы — В. А. Сафонов).

говорным и публичным государственно-правовым регулированием¹. В. М. Лебедев обоснованно ставит знак равенства между коллективным трудовым правом и социальным партнерством в сфере труда, однако предпочитает применять исключительно первый из этих терминов².

Социальное партнерство рассматривается многими учеными-трудовиками также в качестве принципа в области правового регулирования труда. Развитие принципа социального партнерства требует совершенствования коллективно-договорного регулирования трудовых отношений, создания и обеспечения систем участия персонала в делах предприятия, а следовательно, и совершенствования коллективных средств правового регулирования труда³. В ТК РФ социальное партнерство провозглашается в качестве одного из основных принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений (ст. 2).

По нашему мнению, социальное партнерство следует рассматривать как правовой механизм регулирования коллективных трудовых отношений, включающий регулятивную и охранительную части⁴. Эта позиция получила поддержку и развитие в трудах ряда ученых и практиков⁵. На наш взгляд, коллективные (социально-партнерские) правоотношения по своей природе являются производными от трудового правоотношениями. Их субъектами выступают коллективные субъекты (профсоюзы, союзы работодателей, коллективы работников) в лице своих представителей, а также — иные участники (органы социального партнерства, представители государства, органы по разрешению коллективных трудовых споров). Эти коллективные (социально-

¹ Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина и Е. Б. Хохлова... С. 52.

² См.: Трудовое право / под ред. В. М. Лебедева. М., 2011. С. 78 и др.

³ См., например: Курс российского трудового права / под ред. С. П. Маврина, А. С. Пашкова, Е. Б. Хохлова. СПб., 1996. Т. 1. С. 160–161.

⁴ Лушникова М. В. Указ. соч.; Она же. Правовой механизм социального партнерства в регулировании трудовых и социально-обеспечительных отношений (сравнительно-правовое исследование): дис. ... д-р юрид. наук. М., 1997, и др.

⁵ См.: Чуча С. Ю. Становление и перспективы развития социального партнерства в Российской Федерации. М., 2001; Она же. Социальное партнерство в сфере труда: становление и перспективы развития правового регулирования в Российской Федерации. Омск, 2005; Соловьев А. В. Социальное партнерство. Комментарий к Трудовому кодексу РФ. М., 2007. С. 12–13.

партнерские) отношения складываются по поводу проведения коллективных переговоров и заключения коллективных договоров и соглашений; участия работников и их представителей в управлении организацией, профсоюзного представительства и защите прав работников, проведения взаимных консультаций, переговоров по вопросам регулирования трудовых отношений. Это охватывается регулятивной частью правового механизма социального партнерства.

Коллективные трудовые споры, нарушения коллективных трудовых прав являются основанием возникновения коллективных (социально-партнерских) охранительных правоотношений по разрешению коллективного конфликта. Это составляет охранительную часть правового механизма социального партнерства, которая включает в себя примирительно-посреднические процедуры разрешения коллективных трудовых споров, в том числе право на забастовку.

Модельный закон «О социальном партнерстве СНГ» (2006 г.) определяет социальное партнерство как взаимодействие органов государственной власти, объединений работодателей и профсоюзов в определении и проведении в жизнь согласованной социально-экономической политики, политики в области трудовых отношений, а также двусторонние отношения между работодателями и профсоюзами, направленные на обеспечение согласования их интересов в порядке, определяемом законодательством. По сути, речь идет о правовом механизме социального партнерства: нормы, социально-партнерские правоотношения и акты реализации коллективных прав социальных партнеров.

В ТК РФ также прослеживается, на наш взгляд, идея легализации социального партнерства как правового механизма регулирования коллективных отношений. В кодексе дается определение социального партнерства как многоуровневой системы взаимоотношений, основанных на принципе трипартизма (ст. 23); названы принципы (ст. 24), стороны и участники социального партнерства, уровни социального партнерства (ст. 26), органы социального партнерства (ст. 35).

В ТК РФ к основным формам социального партнерства отнесены: 1) коллективные переговоры; 2) взаимные консультации; 3) участие работников в управлении организацией; 4) участие представителей работников и работодателей в разрешении трудовых споров (ст. 27). По сути, речь идет опять же о правовом

механизме реализации коллективных трудовых прав и обязанностей работниками (их представителями) и работодателями (их представителями), а равно защите этих прав в примирительно-посредническом порядке.

Уровни социального партнерства. Система социального партнерства — это иерархическая структура уровней социального партнерства, основанная на определенных принципах. Согласно ТК РФ система социального партнерства включает следующие уровни: федеральный, межрегиональный, региональный, отраслевой, территориальный, локальный (ст. 26).

Соотношение, взаимозависимость уровней социального партнерства и трудового законодательства определяется принципом запрета ухудшения положения работника по сравнению с трудовым законодательством (ст. 9 ТК). Законодатель распространяет этот принцип на соотношение уровней социального партнерства между собой, а именно: в тех случаях, когда на работников в установленном порядке одновременно распространяется действие нескольких коллективных соглашений, действуют наиболее благоприятные для них условия соглашения (ст. 48 ТК РФ).

Каждый уровень социального партнерства характеризуется, во-первых, соответствующими уполномоченными представителями работников, работодателей (общероссийские, региональные, отраслевые объединения работодателей, профсоюзов и др.) государства и, во-вторых, соответствующими уполномоченными органами социального партнерства.

Возвращаясь к вопросу об уровнях социального партнерства, отметим, что в первоначальной редакции ТК РФ отсутствовал межрегиональный уровень социального партнерства и ограничивался локальный уровень только уровнем организации. Системой социального партнерства не охватывались работодатели-индивидуальные предприниматели и работники, заключившие трудовой договор с данными работодателями. Вставал вопрос о наличии прав указанных работников на коллективные переговоры, заключение коллективного договора, участие в управлении трудом и др. Эта проблема была разрешена путем внесения соответствующих изменений в ТК РФ (в ред. от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ). Между тем остался открытым вопрос о коллективных трудовых правах, в том числе и праве на коллективные переговоры работников, заключивших трудовой договор с работодателями — физическими лицами, не являющихся индивидуальными предпринимателями.

По мнению ряда специалистов, названные работники, несмотря на то, что ТК РФ непосредственно не наделяет их коллективными правами в сфере социального партнерства, тем не менее вправе ими воспользоваться. Этот вывод основан на Конституции РФ (ст. 55) и общепризнанных нормах международного трудового права. Право на ведение коллективных переговоров, как это следует из содержания Конвенции МОТ № 98 «О применении принципов права на организацию и на ведение коллективных переговоров», является производным от права на объединение. В свою очередь, право на объединение относится к числу основных гражданских прав (Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.)¹.

Названные выше уровни социального партнерства, установленные ТК РФ, следует дополнить международным уровнем: международные коллективные договоры в транснациональных компаниях² и международные социально-партнерские акты МОТ и международных региональных организаций (ЕС, СНГ и др.).

В этой связи МОТ разработала и приняла Трехстороннюю Декларацию принципов, касающихся многонациональных корпораций и социальной политики (Женева, 16 ноября 1977 г., в ред. от 17 ноября 2000 г.). Целью этой Декларации заявлено поощрение положительного вклада, который многонациональные компании могут внести в дело экономического и социального прогресса, свести к минимуму и преодолеть трудности, которые могут быть вызваны различными видами их деятельности. В конечном итоге эта Декларация, адресованная правительствам, организациям работодателей и трудящихся, многонациональным корпорациям, направлена на установление нового международного экономического порядка на основе международных стандартов ООН и МОТ. К многонациональным компаниям МОТ относит корпорации государственные, смешанные или частные, в собственности или под контролем которых за пределами страны их базирования находятся производство, распределение, обслуживание и другие сферы.

¹ См.: *Маврин С. П., Свиридов А. К.* Новации Трудового кодекса и социальное партнерство в Российской Федерации // Российский ежегодник трудового права. 2006. № 2. С. 159–160.

² См.: *Шуралева С. В.* Правовое регулирование индивидуальных и коллективных трудовых отношений в транснациональных корпорациях. Пермь, 2012.

Корпоративные соглашения, заключаемые на международном уровне, в том числе корпоративные соглашения крупнейших компаний России (ОАО «Газпром», НК «ЛУКОЙЛ» и др.) стали предметом специального комплексного междисциплинарного исследования¹.

Формирование на территории государств СНГ транснациональных корпораций продиктовало необходимость заключения Соглашения о регулировании социально-трудовых отношений в транснациональных корпорациях, действующих на территории государств — участников Содружества Независимых Государств (Бишкек, 9 октября 1997 г.). По мнению С. Ю. Чучи, оригинальное сочетание элементов международного и локального уровней социального партнерства в транснациональных корпорациях позволяет говорить о формировании в России нового уровня партнерства, который можно назвать корпоративным².

Модельный закон о социальном партнерстве СНГ (2006 г.) в отличие от ТК РФ расширяет перечень уровней социального партнерства, дополняя его уровнем финансово-промышленной группы и транснациональной корпорации. Социальное партнерство в финансово-промышленных группах и транснациональных корпорациях обеспечивается на основе международных договоров (соглашений) и национального законодательства.

Органы социального партнерства. Органы социального партнерства создаются на равноправной основе по решению социальных партнеров и наделяются необходимыми полномочиями представителями сторон. По действующему законодательству в качестве постоянного органа социального партнерства на всех уровнях (кроме низового) создаются трех- или двухсторонние Комиссии по регулированию социально-трудовых отношений. Предметом их деятельности являются не только вопросы регулирования трудовых отношений, но и отношений в сфере социального обеспечения, включая социальное, пенсионное, медицинское страхование, а также меры по социальной защите малоимущих граждан, безработных. Отсюда и в названии органов социального партнерства используется термин «регулирование социально-тру-

¹ См.: Корпоративные соглашения в сфере социально-трудовых отношений / отв. ред. К. Д. Крылов. М., 2005.

² Чуча С. Ю. Социальное партнерство в сфере труда: становление и перспективы развития правового регулирования в Российской Федерации. Омск, 2005. С. 248.

довых отношений», который объединяет и трудовые отношения, и отношения по социальному обеспечению. В начале полномочия Российской трехсторонней комиссии предусматривались специальным Положением об этой комиссии¹, позднее — законом². Эти полномочия можно классифицировать на четыре основные группы:

1) право на ведение коллективных переговоров и подготовку проекта генерального соглашения;

2) полномочия в сфере нормотворчества (вправе разрабатывать и вносить в федеральные органы государственной власти в согласованном с ними порядке предложения о принятии федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации в области социально-трудовых отношений; принимать участие в подготовке проектов нормативно-правовых актов в области трудовых отношений);

3) консультативные правомочия по основным направлениям социальной политики (вправе проводить с федеральными органами государственной власти в согласованном с ними порядке консультации по вопросам, связанным с разработкой и реализацией социально-экономической политики);

4) информационные полномочия (вправе запрашивать у органов исполнительной власти, работодателей и (или) профессиональных союзов информацию о заключаемых и заключенных соглашениях, регулирующих социально-трудовые отношения, и коллективных договорах; получать от федеральных органов исполнительной власти в установленном Правительством Российской Федерации порядке информацию о социально-экономическом положении в Российской Федерации и субъектах Российской Федерации, необходимую для ведения коллективных переговоров и подготовки проекта генерального соглашения, организации контроля за выполнением указанного соглашения, нормативные правовые акты Российской Федерации, а также проекты федеральных законов и иных нормативных правовых

¹ См.: Положение о Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений: Указ Президента РФ от 21 января 1997 г. // РГ. 1997. 28 янв.

² См.: Федеральный закон от 1 мая 1999 г. № 92-ФЗ «О Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений» // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2218.

актов Российской Федерации в области социально-трудовых отношений и др.).

Отметим, что ТК РФ (в ред. Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ) обеспечил право рассматриваемых органов социального партнерства по участию в формировании и реализации государственной политики в сфере труда корреспондирующей обязанностью государственных органов (федеральных, субъектов Федерации), органов местного самоуправления по обязательному рассмотрению решений соответствующих комиссий по регулированию социально-трудовых отношений или мнения их сторон по проектам нормативных правовых актов (ст. 35.1 ТК РФ).

По принципу формирования трехсторонняя комиссия является органом социального партнерства, образуемым общероссийскими объединениями профсоюзов, объединениями работодателей и Правительством РФ, т. е., на наш взгляд, по своей природе это — негосударственная корпоративная структура. Между тем не только все материально-техническое обслуживание Комиссии возлагается на Правительство, но и ряд должностных лиц Комиссии назначается государственными чиновниками: ответственный секретарь и другие работники Секретариата назначаются руководителем Аппарата Правительства. Президент назначает Координатора Комиссии, который не является членом комиссии. Состав Комиссий по регулированию социально-трудовых отношений формируется на основе соблюдения принципов паритетности и равноправия сторон, а также полномочности их представителей. Каждое общероссийское объединение профессиональных союзов, общероссийское объединение работодателей, зарегистрированное в установленном порядке, вправе направить одного своего представителя в состав соответствующей стороны Комиссии. Закон ограничивает общее число представителей сторон (не более 30 человек от каждой стороны), но решение принимается при наличии согласия каждой из трех сторон.

На иных уровнях социального партнерства соответственно действуют постоянные отраслевые, региональные и иные комиссии по регулированию социально-трудовых отношений, полномочия которых определяются нормативно-правовыми актами субъектов Федерации, органов местного самоуправления или социально-партнерскими отраслевыми актами.

Виды органов социального партнерства. По действующему законодательству создаются два вида органов социального партнер-

ства: временно действующие органы и постоянно действующие органы. Эти органы могут быть многофункционального или целевого назначения. Так, на локальном уровне социального партнерства представители сторон формируют комиссию по ведению коллективных переговоров, подготовки проекта коллективного договора и заключения коллективного договора. Это временный орган социального партнерства, целью создания которого служит ведение коллективных переговоров. На локальном уровне формируются и целевые постоянно действующие органы социального партнерства — комитеты (комиссии) по охране труда (ст. 218 ТК РФ). Они создаются по инициативе работодателя и (или) по инициативе работников, их представителей. В их состав на паритетной основе входят представители работодателя и представители работников. Комитет (комиссия) по охране труда организует совместные действия работодателя и работников по обеспечению требований охраны труда, предупреждению производственного травматизма и профессиональных заболеваний, а также организует проведение проверок условий и охраны труда на рабочих местах.

Среди прав работодателя названо право создавать производственный совет (ст. 22 ТК РФ). Это — совещательный орган, образуемый на добровольной основе из числа работников данного работодателя для подготовки предложений по совершенствованию производственной деятельности. Полномочия, состав и порядок деятельности производственного совета и его взаимодействия с работодателем устанавливаются локальным нормативным актом. Вместе с тем работодатель обязан информировать производственный совет о результатах рассмотрения предложений, поступивших от производственного совета, и об их реализации.

Ко второй группе органов социального партнерства относятся прежде всего постоянные комиссии по регулированию социально-трудовых отношений, которые формируются на всех уровнях социального партнерства (кроме локального) (ст. 35 ТК РФ). Они призваны не только обеспечить ведение коллективных переговоров и подготовки проектов коллективных соглашений, контроля за их исполнением, но и вправе участвовать в формировании и реализации государственной политики в сфере труда, в разработке и обсуждении проектов законодательных и иных нормативных правовых актов (ст. 35.1 ТК РФ). Постоянные органы социального партнерства создаются и в определенных целях,

например для согласований позиций социальных партнеров в сфере занятости, обязательного социального страхования. Так, согласно Федеральному закону от 19 апреля 1991 г. «О занятости населения в Российской Федерации» в целях выработки согласованных решений по определению и осуществлению политики занятости населения на федеральном, территориальных уровнях в рамках социального партнерства создаются координационные комитеты содействия занятости населения из представителей объединений профессиональных союзов, иных представительных органов работников, работодателей, органов службы занятости и других заинтересованных государственных органов, общественных объединений, представляющих интересы граждан (ст. 20)¹. На основании Положения о Фонде социального страхования России в состав правления фонда включаются представители общероссийских объединений профсоюзов и объединений работодателей².

В рассматриваемой классификации органов социального партнерства можно особо выделить органы по рассмотрению трудовых споров, формируемых на принципах социального партнерства: комиссии по разрешению индивидуальных трудовых споров как постоянно действующие органы (ст. 382 ТК РФ), примирительные комиссии, трудовой арбитраж как временные органы, создаваемые для разрешения конкретного коллективного спора (ст. 402 и 404 ТК РФ).

Принципы социального партнерства. В ТК РФ 2001 г. законодатель устанавливает перечень принципов социального партнерства (ст. 24). Многие из них (равноправие сторон, добровольность принятия сторонами на себя обязательств, полномочность представителей сторон, свобода выбора в обсуждении вопросов, входящих в сферу труда, содействие государства в укреплении и развитии социального партнерства на демократической основе, контроль за выполнением коллективных договоров, соглашений) в значительной степени перекликаются с международно-правовыми принципами социального партнерства. Отметим, что Модельный закон о социальном партнерстве СНГ содержит довольно полный перечень принципов социального партнерства (ст. 3). В отличие от ТК РФ в качестве принципов называются принципы

¹ См.: СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915.

² СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 599.

доверия в отношениях сторон и добросовестности в отношениях сторон социального партнерства, предполагающей искренность и конструктивность, исключение всякого неоправданного промедления в решении назревших вопросов, стремление прийти к согласию. Таким образом, принцип запрета злоупотребления правами пронизывает и коллективные трудовые отношения.

Международно-правовые принципы социального партнерства закреплены в актах ООН (Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Пакт о гражданских и политических правах 1966 г.; Пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.) Совета Европы (Европейская социальная хартия), а также в нормативных документах МОТ, основными из которых являются: Декларация об основополагающих принципах и правах в сфере труда 1998 г.; Конвенция № 87 о свободе ассоциации и защите права на организацию (1948 г., ратифицирована 10 августа 1956 г.); Конвенция № 98 о праве на организацию и на ведение коллективных переговоров (1949 г., ратифицирована 10 августа 1956 г.); Конвенция № 135 и Рекомендация № 143 о представителях трудящихся (1971 г.); Конвенция № 144 о трехсторонних консультациях для содействия применения международных трудовых норм (1976 г.); Конвенция № 154 и Рекомендация № 163 о содействии коллективным переговорам (1981 г.); Рекомендация № 91 о коллективных договорах (1951 г.); Рекомендация № 92 о добровольном примирении и арбитраже (1951 г.); Рекомендация № 94 о сотрудничестве на уровне предприятия (1952 г.); Рекомендация № 113 о сотрудничестве в отраслевом и национальном масштабе (1960 г.); Рекомендация № 130 о рассмотрении жалоб (1967 г.); Рекомендация № 129 о связях на предприятии (1967 г.) и др.¹

Проанализировав вышеназванные международно-правовые акты, считаем, что из их содержания вытекают следующие международно-правовые принципы социального партнерства:

Принцип свободы ассоциации и защиты прав профсоюзов и иных представителей трудящихся. Он включает право трудящихся и их предпринимателей создавать по своему выбору организации и вступать в них. Условиями свободной реализации этого права

¹ См.: МОТ: Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. Т. 1; Т. 2. Женева. МБТ, 1993. Из перечисленных Конвенций к настоящему времени нашим государством ратифицированы две: Конвенции № 87 и 98.

являются: 1) свободное создание организации без предварительного разрешения, самостоятельное регулирование внутриорганизационной деятельности, запрет вмешательства государственных органов и иных лиц во внутриорганизационную деятельность; 2) запрет дискриминации на основании членства или отказа от вступления в объединения, асимметричной (преимущественной) защиты прав профсоюзов и иных представителей работников.

Реализации права на ассоциацию связано с отсутствием предварительного разрешения на создание организации. Это не означает абсолютной свободы. Необходимые формальности и юридические процедуры возможны, но они не должны препятствовать созданию организации. Право трудящихся и предпринимателей создавать свои организации подразумевает возможность самостоятельного регулирования внутренней деятельности на основании уставов. В соответствии с Конвенцией № 87 (ст. 3) органы государственной власти воздерживаются от всякого вмешательства, способного ограничить это право или воспрепятствовать его законному осуществлению. Эта Конвенция допускает и профсоюзный плюрализм и не исключает процедуры признания наиболее представительного профсоюза.

Запрет дискриминации означает отсутствие каких бы то ни было дискриминационных ограничений круга лиц, имеющих право на объединение (по признаку пола, профессии, гражданства, цвета кожи, расы, вероисповедания или политических взглядов). Единственное исключение предусмотрено Конвенцией № 87 (ст. 9), в соответствии с которой каждое государство самостоятельно определяет, в какой мере право на свободу ассоциаций применимо к вооруженным силам и полиции. Между тем Европейская социальная хартия (1961 г., в ред. 1996 г.) идет дальше рассматриваемой Конвенции МОТ и не допускает ограничения права на объединение в отношении полицейских. Что касается государственных служащих, то исходя из смысла данной Конвенции они могут создавать организации для осуществления и защиты своих интересов, хотя это никоим образом не предвещает вопроса об их праве на забастовку. Вместе с тем Конвенция МОТ № 151 содержит ряд положений, защищающих право на организацию государственных служащих.

Этот принцип означает также и запрет дискриминации по признаку принадлежности к ассоциации при приеме на работу, продвижении по службе, оплате труда и т. д. Права представи-

телей работников на предприятии гарантируются Конвенцией МОТ № 135 и Рекомендацией № 143. К этим гарантиям относятся меры по защите прав представителей работников в случае их увольнения.

Конвенция № 98 оставляет на усмотрение национальных органов вопрос о том, в какой степени гарантии права на ассоциацию применяются в отношении вооруженных сил и полиции. Действие Конвенции № 98 не распространяется на «государственных служащих, занятых в управлении государством». В 1978 г. МОТ приняла Конвенцию № 151 о трудовых отношениях на государственной службе. Она гарантирует право на организацию всем лицам, нанятым органами государственной власти, если только к ним не применяются более благоприятные положения других международных трудовых конвенций.

Особого внимания заслуживает Конвенция № 135, согласно которой если на предприятии одновременно действуют и представители профсоюзов, и выборные представители трудового коллектива, то должны быть приняты меры, направленные на поощрение их сотрудничества. При этом функции представителей трудового коллектива не должны включать деятельность, которая признана исключительной прерогативой профсоюзов.

Принцип двухстороннего и трехстороннего сотрудничества («бипартизма и трипартизма»), многоуровневого сотрудничества. Первоначально этот принцип нашел конкретное воплощение в структуре МОТ, где проблемы труда решались представителями трех сторон: делегаций от правительств государств, профсоюзов и предпринимателей. На смену теории невмешательства государства в отношения между союзами работников и работодателей, характерной для стадии раннего домонополистического капитализма, приходит теория трехстороннего консенсуса. Она получила отражение в Конвенции МОТ № 144. На практике в странах с развитой рыночной экономикой государство берет на себя роль социального партнера при подписании общенациональных соглашений по вопросам оплаты и условий труда, занятости населения, его социальной защиты, либо государство регулярно проводит консультации с союзами работников и работодателей по тем же вопросам. Для достижения указанных целей создаются трехсторонние комиссии, которым или придается статус государственных структур (например, в Австрии), или корпоративных с консультационными функциями (например, в Португалии).

Принцип трипартизма в соответствии с Рекомендацией МОТ № 113 означает сотрудничество и эффективные консультации между государственными властями, организациями предпринимателей и трудящихся как в отраслевом, так и национальном масштабе. Важно, чтобы такой способ взаимодействия социальных партнеров применялся на всех уровнях: на предприятиях, в отраслях, регионах, а также на общенациональном уровне.

Если же сотрудничество социальных партнеров сводится к переговорам и консультациям организаций трудящихся и организаций работодателей без участия государства, то речь идет о бипартизме. Таким образом, «бипартизм и трипартизм — это не только идеологическая концепция, но и закрепленная в международно-правовых стандартах модель поведения участников коллективно-трудовых отношений, о чем свидетельствуют положения Конвенции МОТ № 150»¹.

Комитет МОТ по свободе объединения отмечает, что в соответствии с Конвенцией МОТ № 98 определение уровня переговоров является вопросом, оставляемым на усмотрение участников и должен навязываться законодательством.

Принцип полномочности представителей сторон — социальных партнеров означает организационно-правовое оформление полномочий на представительство интересов участников, сторон социального партнерства. Так, согласно Рекомендации МОТ № 91 коллективные договоры (соглашения) заключаются представителями сторон, надлежащим образом избранными и уполномоченными согласно законодательству страны. Таким образом, важным условием эффективности социального диалога партнеров служит организационно-правовая форма их полномочности и представительности.

Принцип добровольного и равноправного партнерства и обеспечения права на коллективные переговоры. Он во многом определяет характер взаимоотношений социальных партнеров. Конвенция МОТ № 98 особо подчеркивает, что там, где это необходимо, должны приниматься меры, соответствующие условиям страны в целях поощрения и способствования полному развитию и использованию процедуры ведения переговоров на добровольной основе между предпринимателями и организациями

¹ Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 488.

трудящихся путем заключения коллективных договоров. Добровольность партнерства увязана и с равноправием участников, как две стороны одной медали. В соответствии с Конвенцией № 144 участники социально-партнерских отношений должны быть представлены на равной основе в любых органах, через посредничество которых осуществляются консультации.

Принцип добровольности и равноправного партнерства лежит в основе реализации права сторонами на коллективные переговоры. Конвенция МОТ № 154 под коллективными переговорами понимает переговоры, которые проводятся между предпринимателем, группой предпринимателей или одной, несколькими организациями предпринимателей с одной стороны и отдельной или несколькими организациями трудящихся с другой в целях определения условий труда и занятости. При этом субъектами коллективных переговоров признаются не только профсоюзы, но и другие выборные органы работников.

Конвенция МОТ № 154 и Рекомендация № 163 предусматривают, что необходимо обеспечить содействие тому, чтобы коллективные переговоры могли проходить на любом уровне, в частности предприятия, отрасли или всей промышленности либо на региональном или национальном уровне, причем должна быть обеспечена координация между этими уровнями.

Принцип обязательности и надлежащего исполнения коллективных договоров (соглашений), заключенных в результате коллективных переговоров. Он придает устойчивость правовому механизму социального партнерства. При всей добровольности для сторон коллективных переговоров, к их результату — коллективному договору, применяется требование его обязательности для сторон. Согласно Рекомендации МОТ № 91 такие договоры заключаются в письменной форме представителями сторон (между предпринимателем, группой предпринимателей или одной, несколькими организациями предпринимателей с одной стороны и одной или несколькими организациями трудящихся или при отсутствии таких организаций представителями самих трудящихся с другой стороны). Коллективный договор распространяется на всех трудящихся, работающих на охватываемых коллективным договором предприятиях, если в самом договоре не предусмотрено иное. Условия индивидуальных трудовых договоров, ухудшающие положение работника по сравнению с коллективным договором, должны признаваться недействительными. В случае

необходимости с учетом существующей в стране системы коллективных договоров в национальном законодательстве могут быть предусмотрены меры по распространению всех или некоторых положений коллективного договора на предприятия, не участвующие в заключении договоров, но входящие в сферу договора как по производственному, так и территориальному признаку. Рекомендация считает необходимым возложить контроль за соблюдением условий коллективных договоров на участвующие в них организации предпринимателей и трудящихся, или органы инспекции, или органы, специально создаваемые для этой цели.

Принцип примирительно-третейского и арбитражного разбирательства трудовых конфликтов и обеспечение права работников и работодателей на коллективные средства защиты. Он предполагает основные, как правило мирные, методы разрешения трудовых конфликтов. К таковым относятся как разрешение споров соглашением спорящих сторон, так и с участием посреднических и арбитражных органов. В соответствии с Рекомендацией МОТ № 163 (п. 8) при необходимости должны приниматься соответствующие национальным условиям меры, чтобы процедуры урегулирования трудовых конфликтов помогали сторонам на переговорах самим разрешить и конфликты, возникающие между ними в ходе коллективных переговоров о соглашениях, и в связи с толкованием и применением соглашений. Согласно же Рекомендации МОТ № 92 государствам предлагается создавать органы по добровольному примирению конфликтующих сторон. В такие органы на паритетных началах должны включаться представители от предпринимателей и трудящихся. Примирительная процедура должна быть сведена к минимуму по времени рассмотрения и проводиться на бесплатной основе. Стороны вправе прибегнуть к помощи независимого арбитражного органа. В обоих случаях в период примирительно-арбитражных процедур сторонам рекомендуется воздержаться от забастовок и локаутов.

Рекомендация МОТ № 130 включает правила о рассмотрении индивидуальных жалоб работников. Процедура рассмотрения жалобы представляет собой попытку урегулирования спора самими сторонами. Если этот способ не дает результата, то спор может быть разрешен путем примирения, обращения в судебные органы или с помощью иных процедур, предусмотренных в коллективном договоре, а также путем добровольного арбитража. На

любой стадии разбирательства должна сохраняться возможность разрешения спора соглашением сторон.

К коллективным средствам защиты относятся не только мирные переговоры, арбитражное разбирательство, но и односторонние коллективные действия участников. К последним относятся право работников на забастовку и право работодателей на локаут. В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.) гарантируется право на забастовку при условии его осуществления в соответствии с законами каждой страны. В актах МОТ отсутствует прямое указание на право на забастовку, однако косвенно это право вытекает из Конвенции МОТ № 87 как законное средство защиты профессиональных интересов работников. Наиболее полно право социальных партнеров на односторонние коллективные средства защиты сформулировано в Европейской социальной хартии (ст. 6). Названное право объединяет и право работников на забастовку и право работодателей на забастовку наоборот — локаут. Согласно ст. 6 данного документа «стороны обязуются обеспечить право трудящихся и работодателей на коллективные действия в случае коллизии интересов, включая право на забастовку, при условии соблюдения обязательств, которые могут вытекать из заключенных ранее коллективных договоров».

Проблемы и перспективы правового механизма социального партнерства в сфере труда в XXI в.

Исторический опыт свидетельствует о бесперспективности попыток снятия противоречий между трудом и капиталом через механизмы государственно-тоталитарных методов правового регулирования социально-трудовых отношений. Любое насильственное отступление от естественного общественного развития чревато социальными потрясениями. Уроки прошлого должны учитываться, так как сложные кризисные ситуации сопровождают и современное общество. Ориентация государственной политики на методы социального партнерства в регулировании социально-трудовых отношений доказала свою эффективность. Это не означает, что правовой механизм социального партнерства — панацея от всех бед. Его применение должно корректироваться в зависимости от социально-экономического состояния общества. Соответственно, в условиях обострения кризисных ситуаций необходима активизация роли государства и усиление

методов государственного регулирования социально-трудовых отношений. Сам по себе механизм социального партнерства не исключает государство из процесса регулирования социальных и трудовых отношений, а лишь усложняет его роль: от прямого вмешательства до партнерских отношений с союзами работников и работодателей. Учитывая исторический опыт России, как и многих других стран, можно утверждать, что любое, даже обоснованное государственное вмешательство в социально-экономические процессы имеет свои пределы, выход за которые дает обратный эффект. Самоустранение государства из этих отношений не менее губительно. В этой связи уместно процитировать слова известного американского историка А. М. Шлезингера: «И все же неравенство как порождение нерегулируемого рынка, с одной стороны, и ужасы тоталитарного этатизма — с другой, не оставляют истинным демократам иного выбора, кроме поиска многообразных форм координации усилий правительства, бизнеса и трудящихся в рамках свободной экономики»¹.

Правовой механизм социального партнерства не утратит своего назначения и в XXI в., так как имеют в своей основе консенсус (согласование) интересов работников, работодателей и государства, где государство выступает в особой роли — социального партнера. Идея социального партнерства, несмотря на серьезные трудности, остается определяющим фактором стабильности в обществе. Более того, по мнению ряда специалистов Международного бюро труда МОТ, в современный период усиливающаяся глобализация рынков заставляет каждую страну повышать конкурентоспособность своих товаропроизводителей. В этой связи участие государства в регулировании трудовых отношений будет расширяться. В эпоху глобализации все большее распространение получит практика участия государства в коллективных переговорах и консультациях в форме трипартизма. Глобализация рынка труда неизбежно приведет к обогащению содержания и международного механизма социального партнерства.

В заключение отметим, что российская модель правового механизма социального партнерства далеко не идеальна, а изменения, вносимые в последнее время в порядок заключения коллективных договоров, соглашений и рассмотрения трудовых споров (Федеральный закон от 3 декабря 2012 г. № 234-ФЗ), носят

¹ См.: Шлезингер А. М. Циклы американской истории. М., 1992. С. 366.

скорее косметический характер. На эффективность правового механизма социального партнерства негативно влияет целый ряд социальных проблем. К числу которых относятся, во-первых, нежелание работодателей включать в коллективные договоры социальные обязательства в условиях экономической и финансовой нестабильности. Во-вторых, отсутствие на многих малых и средних предприятиях профсоюзов, раскол в профсоюзной среде в виде противоречий между официальными профсоюзами и независимыми профсоюзами. В-третьих, как результат — невысокая роль коллективных договоров в регулировании трудовых отношений на уровне конкретных организаций и предприятий. Перечисленные проблемы в определенной мере продиктованы и изъянами действующего российского трудового законодательства. В наследство от прошлой советской системы профсоюзов осталось и общее членство лиц в одном профсоюзе, когда профсоюз объединяет, а следовательно, и представляет интересы как работников администрации (менеджеров), руководителя организации, так и остальных наемных работников. Именно так сегодня функционирует Федерация независимых профсоюзов России (ФНПР), правопреемница советских профсоюзов, возглавлявшихся ранее ВЦСПС (Всесоюзный центральный совет профсоюзов). Появившиеся вновь различные независимые, альтернативные профсоюзы практикуют иной подход, не включая в свои ряды руководителей предприятий, организаций. Эта практика соответствует международным принципам, где независимость профсоюзов от предпринимателей обеспечивается в том числе и запретом объединения в одном профсоюзе работников и администрации. Например, в Дании по закону руководящему персоналу фирм запрещено входить в профсоюз, объединяющий рядовых работников. В США профсоюзы, включающие в свой состав лиц, относящихся к администрации, даже самого низового звена, не вправе выступать представителями работников в коллективных переговорах¹. Полагаем, что рецепция зарубежного опыта в этой части необходима, так как названное требование к членству в профсоюзе и профсоюзному представительству вытекает из ратифицированной нашим государством Конвенции МОТ № 87 о свободе ассоциации.

¹ Киселев И. Я. Трудовое право в условиях рыночной экономики: опыт стран Запада. М., 1992. С. 59.

Кроме того, трудно согласиться с предусмотренным в ТК РФ условием для осуществления деятельности профсоюзов как возможность оплаты труда руководителя выборного профсоюзного органа за счет средств организации в размерах, установленных коллективным договором (ст. 377). Полагаем, что это не соответствует международно-правовым принципам независимости профсоюзов. Согласно ратифицированной Конвенции МОТ № 98 «О применении принципов права на организацию и на ведение коллективных переговоров» (1949 г.), не допускаются действия, имеющие своей целью способствовать учреждению организации трудящихся под господством предпринимателей или поддерживать организации трудящихся путем финансирования или другим путем с целью поставить такие организации под контроль предпринимателей.

Закон РФ о профсоюзах предусматривает, что отношения профсоюзов и их органов с другими представительными органами работников строятся на основе сотрудничества. При этом наличие иных представительных органов работников не может использоваться для воспрепятствования деятельности профсоюзов (ст. 16). Профсоюзы имеют право выдвигать кандидатуры своих представителей для избрания в иные представительные органы работников. Профсоюзы по уполномочию работников вправе иметь своих представителей в коллегиальных органах управления организацией. Но эти права звучат как общее пожелание, порядок их реализации не определен. В зарубежных моделях сотрудничества профсоюзов и представительных органов работников участие профсоюзов гарантируется, обеспечивается установленной процедурой формирования представительных органов.

В связи с изложенными выше доводами считаем также неприемлемым конфронтационный вариант взаимодействия органов профсоюзов и представительных органов коллектива работников, заложенный в ТК РФ (ст. 31), в соответствии с которым иные представители работников могут избираться только при отсутствии в организации первичных профсоюзных организаций. Согласно ТК РФ (ст. 29) интересы работников на локальном уровне представляют первичная профсоюзная организация или иные представители, избираемые работниками. Разделительный союз «или» содержит конфликтные начала, признание одних и отрицание других представителей. На наш взгляд, в рамках закона целесообразно не противопоставлять профсоюзное или

иное представительство коллектива работников, а наоборот, решить вопрос об обязательном участии профсоюзов, если таковые действуют в рамках организации, в создании представительных органов коллектива работников. Согласно Конвенции МОТ № 135 и Рекомендации № 143, если в организации существуют одновременно как представители профсоюза, так и выборные представители трудового коллектива, должны быть приняты государством меры, направленные на поощрение сотрудничества между ними. Функции представительства трудового коллектива не должны включать деятельность, которая признана исключительной прерогативой профсоюзов.

Федеральным законом от 27 ноября 2002 г. № 156-ФЗ «Об объединениях работодателей»¹ предусматривается, что правоспособность объединения работодателей как формы некоммерческой организации в качестве юридического лица возникает с момента его государственной регистрации в соответствии с Федеральным законом о государственной регистрации юридических лиц. Между тем, на наш взгляд, задача создания такого закона должна решаться на основе зарубежного опыта, конвенций и рекомендаций МОТ, особенно Конвенции МОТ № 87 о свободе ассоциации и защите права на организацию, а также Конвенции № 98 о праве на организацию и ведение коллективных переговоров. Эти конвенции в равной мере распространяются как на союзы работников, так и работодателей. По отношению к работодателям принцип свободы создавать организации без какого-либо различия означает, что законодательство и практика каждой страны, ратифицировавшей Конвенцию, устанавливают равные для всех работодателей условия и процедуру создания таких организаций, не делая исключений и не предусматривая привилегий. Иными словами, организации работодателей так же, как и организации трудящихся, создаются без предварительного разрешения со стороны органов государственной власти. Соблюдение некоторых формальностей (например, регистрация) допустимо. Однако они не должны быть настолько сложными или продолжительными, чтобы это на практике давало возможность властям по своему усмотрению отказывать в создании организаций. Например, в Законе о трудовых отношениях ЮАР (1995 г.) предъявляются равные требования к союзам работодателей и союзам работников

¹ См.: Бюллетень Министерства труда РФ. 2002. № 12.

(профсоюзам). Они должны быть независимыми, иметь устав и юридический адрес на территории ЮАР (национальная принадлежность организации). Регистрация этих организаций не обязательна, но позволяет зарегистрированным объединениям участвовать в коллективных трудовых отношениях, регулируемых данным законом¹. В соответствии со ст. 4 Конвенции № 87 указанные организации не подлежат роспуску или временному запрещению в административном порядке. Эксперты МОТ считают, что право на ассоциацию подразумевает полномочия по выбору структуры и состава организации, по разработке ее устава и регламента, по формированию программы действий (ст. 3 Конвенции), а также по созданию федераций и конфедераций (ст. 5 Конвенции). Работодатели обладают также правом вступать в уже действующие организации на единственном условии подчинения уставам последних (ст. 2 Конвенции).

Полагаем, что в законе об объединениях работодателей целесообразно было бы ввести дифференцированный подход к государственной регистрации таких союзов. Можно ограничиться уведомительной регистрацией тех объединений работодателей, в уставе которых предусматривается только социальная функция, т. е. участие в регулировании социально-трудовых отношений. Обычную государственную регистрацию с правами юридического лица установить, если союзы работодателей в качестве уставной цели указали не только вышеназванную, но и цель защиты экономических корпоративных интересов. Для достижения последней такие ассоциации, как правило, формируют специальные структуры, обеспечивающие членов ассоциации услугами по обучению кадров, правовому консультированию и защиты интересов в арбитражных судах, предоставлению информации о состоянии рынка и т. д. При этом сохраняет свою силу правовой принцип невмешательства государства во внутренние отношения членов предпринимательских союзов, которые самостоятельно в рамках устава определяют основания членства в организации, структуру управления и т. д.

Нельзя обойти вниманием еще одну проблему действующего российского законодательства — это возможность реализации коллективного договора через судебные и иные государственные

¹ См.: *Черняева Д. В.* Современный этап развития трудового права ЮАР // Труд за рубежом. 2006. № 4. С. 124–125.

органы. В большинстве стран коллективные договоры являются юридически обязательными для сторон актами. Это означает, что работодатель или работники вправе обратиться в судебные органы за принудительным исполнением условий коллективного договора. В ряде стран такими полномочиями обладают специальные трудовые суды (Германия, Дания, Франция и др.), в других странах — суды общей юрисдикции (например, США), и только в Великобритании коллективные договоры считаются «джентльменскими соглашениями», не имеют юридической силы. Однако они остаются таковыми до тех пор, пока стороны специально не заявят о том, что они желают, чтобы соглашение было юридически обеспечено. Таким образом, в большинстве стран надлежащее исполнение коллективного трудового спора обеспечивается судебной исковой формой защиты. Так, в соответствии с Трудовым кодексом Франции (ст. 135–6) лица, связанные коллективным договором, могут предъявлять любые иски об исполнении договорных обязательств или возмещении убытков. Ряд стран предусматривает в законодательстве также и административные формы защиты. Например, в Италии трудовые инспекторы коммун вправе применять административные штрафы, размеры которых увеличиваются пропорционально сроку, в течение которого продолжалось нарушение работодателем императивных условий коллективных договоров и количеству работников, в отношении которых имели место нарушения прав.

В соответствии с ТК РФ в содержание коллективного договора включаются взаимные обязательства сторон: работодателя и работников. Между тем при внимательном прочтении закона мы обнаружим односторонний характер этих обязательств. Односторонний договор порождает у одной стороны только обязанности, у другой — права. Но при этом он остается договором, требующим соглашения сторон, юридические обязанности по коллективному договору, по сути, несет только одна сторона — работодатель. Именно обязанности работодателя обеспечиваются санкцией — административной и дисциплинарной ответственностью представителя работодателя, виновного в нарушении или невыполнении коллективного договора. Однако следует заметить, что суммы административного штрафа перечисляются в госбюджет, а не потерпевшей стороне, в данном случае коллективу работников. Более того, сам по себе административный штраф — еще не гарантия обеспечения принудительного исполнения условий

коллективного договора и восстановления нарушенных коллективных прав. Суд не вправе обязать работодателя осуществить те действия, которые должны быть выполнены по договору.

Не снимает проблемы и применение мер дисциплинарной ответственности к представителю работодателя. Согласно ст. 195 ТК РФ работодатель обязан рассмотреть заявление представительного органа работников о нарушении руководителем организации, руководителем структурного подразделения, их заместителями условий коллективного договора, соглашения и сообщить о результатах рассмотрения. В случае если факты нарушений подтвердились, работодатель обязан применить к руководителю дисциплинарное взыскание вплоть до увольнения. Однако работодатель вправе ограничиться, например, объявлением замечания, и требования рассматриваемой статьи закона будут соблюдены.

Нам могут возразить, указав, что каждый работник индивидуально или группой вправе обратиться вначале в комиссию по трудовым спорам или в суд с иском о нарушении индивидуальных трудовых прав, предусмотренных коллективным договором. Решение суда по конкретному делу обеспечивается принудительным исполнительным производством. Очевидно, что такие индивидуальные обращения в суд не могут рассматриваться в качестве адекватного способа обеспечения исполнения договора со стороны работодателя. По коллективному договору коллективным социально-трудовым правам работников корреспондируют обязанности работодателя, следовательно, необходимы не только индивидуальные, но и коллективные средства защиты прав работников.

Из действующего трудового законодательства следует, что таким коллективным средством принудить работодателя выполнить условия коллективного договора является забастовка. Работники вправе реализовать свое право на забастовку при соблюдении установленных примирительных процедур в любое время как в период коллективных переговоров по поводу заключения коллективного договора, так и после его подписания. Сохраняется право на забастовку, даже если в коллективном договоре закреплено обязательство отказа коллектива работников от забастовок по условиям, включенным в данный коллективный договор, при своевременном и полном их выполнении работодателем. Об этом свидетельствует исчерпывающий в ст. 413 ТК РФ перечень оснований признания забастовки незаконной, где такого

основания, как нарушение обязательства об отказе от забастовок, не предусматривается. Таким образом, названное обязательство носит декларативный характер и не обеспечено санкциями на случай его нарушения. Это вновь подтверждает наш тезис об одностороннем характере коллективного договора.

Вывод

Правовые средства социального партнерства в зависимости от национальных особенностей варьируется от консультационных форм сотрудничества социальных партнеров до принятия ими совместных решений, коллективных соглашений и договоров и охватывают участников от низового уровня предприятий и фирм до общенационального. МОТ считает, что невозможно предложить единую идеальную модель социального партнерства, которая способствовала бы социально-экономическому росту лучше, чем другая модель. При этом МОТ в конвенциях и рекомендациях определила основные формы и уровни сотрудничества трудящихся, работодателей и государства, а равно и правовые принципы их социального партнерства. Международные стандарты коллективных трудовых прав составляют базу для становления и развития национальных моделей социального партнерства.

1.5. Обеспечение средствами трудового права трудовой мобильности работников, формирование особого вида «транснациональных» и «наднациональных» трудовых отношений

Трудовая мобильность, по мнению экономистов, связана с отраслевыми, профессиональными, региональными и международными переливами (движением) рабочей силы в системе общественной организации труда. Следует отметить, что в современной юридической литературе имеются предельно широкие определения трудовой мобильности, включающей не только изменение места работы, но и трудовой функции работника, иных определенных сторонами условий трудового договора. В такой интерпретации трудовая мобильность соотносится с заключением, изменением и прекращением трудового договора¹. С позиций тру-

¹ См.: Бугров Л. Ю. Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013. С. 67–91 и др.; Крохалева Ю. И. Некоторые вопросы трудовой мобильности

дового права, на наш взгляд, трудовая мобильность означает для работника смену работодателя, заключение трудового договора с новым работодателем, находящимся в рамках одного государства или в другом государстве. В советский период в науке трудового права это понятие связывали с текучестью кадров.

Советские ученые посвятили большое количество работ роли советского трудового права в плановом обеспечении народного хозяйства кадрами, распределении и перераспределении кадров, обеспечении организационного набора рабочих на «стройки пятилеток». Авторами таких исследований были В. С. Андреев (1923–1987), С. С. Каринский (1905–1984), А. И. Ставцева (1925–2004), А. С. Пашков (1921–1996) и др.¹ Еще в советский период были обоснованы с позиций потребности социалистической плановой экономики закономерности взаимодействия стабильности трудового правоотношения и текучести кадров (М. В. Молодцов (1928–2007), В. Г. Сойфер (1932–2013) и др.)². При этом особо выделялась нежелательная текучесть кадров, противоречащая интересам государства. С ней государство боролось в том числе средствами трудового права. Советское трудовое законодательство включало значительный арсенал средств борьбы с лицами, которые увольнялись по собственному желанию без уважительных причин, за нарушения трудовой дисциплины (утрата непрерывного трудового стажа, снижение размера премий по новому месту работы и др.). С другой стороны, вводились системы доплат за непрерывный стаж работы, дополнительные отпуска за выслугу лет. Современные условия рыночной экономики требуют поиска новых правовых средств обеспечения трудовой мобильности и отражения их в российском трудовом законодательстве.

В. Г. Сойфер считал, что в рыночных условиях движение рабочей силы и его правовая регламентация в РФ характеризуется целым рядом черт: новыми формами и методами трудоустройства

при отражении ее в праве // *Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения*. М., 2007. С. 348–352.

¹ См.: *Андреев В. С., Гуреев П. А.* Организованный набор рабочих в СССР. М., 1960; *Астрахан Е. И., Каринский С. С., Ставцева А. И.* Роль советского трудового права в обеспечении народного хозяйства кадрами. М., 1955; *Пашков А. С.* Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. М., 1961, и др.

² См.: *Молодцов М. В., Сойфер В. Г.* Стабильность трудовых правоотношений. М., 1976.

(частные агентства по трудоустройству, заемный труд), поиском дополнительных стимулов привлечения в отрасли и по профессиям, где сохраняется дефицит рабочей силы; выделением в самостоятельную категорию работников-мигрантов, чей труд требует специальной правовой регламентации; активизацией роли социальных партнеров и др.¹

Внешний железный занавес, закрытость советской экономики диктовали довольно узкую сферу внешней миграции рабочей силы. Сегодня ситуация также принципиально изменилась. XXI в. — это век глобализации. По меткому выражению Л. Р. Джефферсона, исполнительного директора одной из международных организаций по защите прав женщин, деятельность международных организаций должна быть направлена «на глобализацию прав, а не на глобализацию дискриминации». В конце XX в. термин «мировая экономика» стал общепризнанным. Процесс взаимодействия государств идет по нарастающей, в том числе через интернационализацию капитала и упрощения трудовой миграции.

Общий подход к глобализации, ее причинам и последствиям достаточно неоднозначен. Генеральный директор МБТ по этому поводу говорил следующее: «Основной проблемой будущего десятилетия станет приспособление национальных экономик и национальных институтов к глобальным изменениям, а также приспособление глобальных изменений к нуждам людей... Глобализация превратила «приспособление» во всеобщее явление как для богатых, так и для бедных стран. Она меняет структуру самого развития, меняя характер долгосрочных категорий экономического роста и форму системы распределения доходов. Если тенденции наших дней не будут поставлены под контроль, то они поставят перед нами величайшую угрозу — нестабильность, вызываемую растущим неравенством... Глобальная экономика без надежной социальной опоры будет непрочной и политически неприемлемой»².

Генеральная Ассамблея ООН на своей 24-й специальной сессии, состоявшейся в Женеве в июне 2000 г., приняла специальные

¹ См.: *Сойфер В. Г.* Проблемы развития трудовых правоотношений в условиях рынка. М., 2005. С. 48–49.

² Достойный труд. Доклад генерального директора. Женева: МБТ, 1999. С. 6–7.

принципы политики, направленные на поддержание социальной стабильности в мире. В феврале 2002 г. под эгидой МОТ была сформирована Всемирная комиссия по социальным последствиям глобализации, которая завершила свою работу в 2004 г.

Комиссия констатировала, что дискуссии по глобализации зашли в тупик, общественное мнение по этой проблеме оказалось расколотым, а международные обязательства в этой части, как правило, не исполняются. Была подчеркнута особая значимость в глобальной экономике уважения прав работников и правовых норм на основе справедливости, солидарности и гендерного равенства¹. Глобализация имеет как позитивные, так и негативные последствия. Уже сейчас очевидно, что она сама по себе не выравнивает уровень жизни, трудовые стандарты и заработные платы в различных странах. Глобализация стимулирующим образом влияет на развитие экономики, ведет к созданию практически всемирного рынка. Но многие государства не могут найти своего места в глобальном разделении труда, что уже сейчас приводит к регрессу в правовом регулировании трудовых отношений².

На обеспечение эффективной занятости в условиях глобализации были направлены Декларация МОТ о социальной справедливости в целях справедливой глобализации (2008 г.) и Глобальный пакт о рабочих местах 2009 г.

В нашу задачу не входит общая оценка этого процесса. Мы ограничимся рассмотрением основных направлений его влияния на трудовые права человека. Так, по мнению западных ученых, постоянно расширяющаяся деятельность транснациональных корпораций (ТНК) разрушает традиционные представления о доминировании национальных моделей правового регулирования трудовых отношений. Открытым остается вопрос взаимоотношений государства и ТНК. В среде неолиберальных экономистов за

¹ См.: Справедливая глобализация: создание возможностей для всех. Доклад Всемирной комиссии по социальным аспектам глобализации. Женева: МБТ, 2004. С. IX, 25, 26 и др.

² См.: *Никольская Г. К.* Социально-экономические последствия глобализации рынка труда // Труд за рубежом. 2005. № 4. С. 3–20; *Рихтхофен В.* Инспекция труда. Введение в профессию. Женева, 2004. С. 228; *Соболевская А. А., Попов А. К.* Глобальная проблема бедности // Труд за рубежом. 2004. № 2. С. 21–47; *Фримен Р., Остендорп Р.* Данные о заработной плате в мире в разрезе профессий // Международный обзор труда. Т. 140. 2001. № 3–4. М., 2003. С. 87–113, и др.

рубежом укрепилась концепция «отмирания национальных государств» и перехода власти к ТНК по мере формирования общемирового рынка (Ч. Киндлбергер, С. Хаймер и др.). Но возникает закономерный вопрос: возьмут ли на себя ТНК все экономические и социальные функции, традиционно выполняемые государством? Пять Кодексов поведения, регламентирующие разные стороны деятельности ТНК (от кодексов бизнес-ассоциаций до международных рамочных соглашений), не дают ответа на этот вопрос, хотя и декларируют приверженность соблюдению норм международного трудового права.

В ключе поставленного вопроса особый интерес представляет разработка и принятие МОТ международного документа «Трехсторонняя декларация принципов, касающихся многонациональных корпораций и социальной политики» (1977 г.). Этот документ регулирует взаимоотношения между ТНК, правительствами и организациями работодателей, работников в вопросах занятости, а также трудовых отношений. Вместе с Директивами ОЭСР для многонациональных корпораций (2000 г.) и Глобальным договором ООН от 2000 г. они формируют систему требований к ТНК на международном уровне. Однако их нормы недостаточно конкретны и носят рекомендательный характер, представляя образец «мягкого права». Вместе с тем Глобальный договор ООН от 2000 г. поддержали свыше 1200 корпораций, взявшие обязательство ежегодно публиковать соответствующие отчеты. В целом ТНК постоянно нарушают трудовые права своих работников, особенно в развивающихся странах, а действенный международный механизм воздействия на них пока отсутствует.

В XXI в. названный особый уровень правового регулирования трудовых отношений получит дальнейшее развитие. И. Я. Киселев эти трудовые отношения назвал транснациональными или наднациональными, которые регулируются международным и национальным трудовым законодательством, а также международными коллективными договорами¹. В нашем российском трудовом законодательстве эти проблемы еще ждут своего разрешения².

¹ Киселев И. Я. Судьбы трудового права в XXI веке // Вопросы трудового права. 2006. № 5. С. 13.

² См., например: Лютов Н. Л., Морозов П. Е. Международное трудовое право. М., 2011. С. 64–70; Шуралева С. В. Правовое регулирование индивидуальных и коллективных трудовых отношений в транснациональных корпорациях в России. Пермь, 2012.

Американские исследователи из Массачусетского технологического института в конце XX в. попытались выработать новые подходы к анализу воздействия радикальных изменений международной конкуренции и технологии производства на отношения в трудовой сфере. На основе этих исследований был сделан вывод об одновременных процессах глобализации и фрагментации рынка, что наряду с технологическими нововведениями привело к появлению разнообразных моделей трудовых отношений не только в разных странах, но и внутри этих стран¹. Внутригосударственные модели были связаны с гибким регулированием трудовых отношений. Формирование глобального рынка труда, который не имеет государственных границ, повлекло появление так называемой сетевой занятости (сетевое телеработника). Примером такого нового, сетевого, работника служит российский или французский программист, который работает на фирмы, находящиеся на другом конце света, например в США, Австралии. Он туда направляет свой конечный продукт — программу и оттуда же получает и свою заработную плату. Все это уже не укладывалось в прокрустово ложе трудового законодательства прошлого века. Как отмечалось выше, Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ в ТК РФ введена гл. 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников».

Глобализация привела к тому, что на повестку дня особо остро встали вопросы *внешней (международной) трудовой миграции*. На рубеже тысячелетий международная миграция стала всеобщей, отражая развитие глобализационных тенденций в различных областях жизнедеятельности мирового сообщества. Достаточно сказать, что, по оценкам МОТ, в настоящее время насчитывается свыше 200 млн трудовых мигрантов, что вместе с членами семьи может составить до 500 млн, или до 7%, населения Земли.

Постепенно легализуются такие понятия, как «внешняя трудовая миграция», «безвозвратная трудовая миграция», «сезонная миграция», «гости-рабочие», «маятниковые (челночные, приграничные) работники» и др. Вполне трудовое наполнение имеет и понятие «утечка мозгов». Оно означает внешнюю трудовую миграцию ученых, высококлассных специалистов, звезд искусства и спорта. В специальной литературе отмечается, что современная международная трудовая миграция обладает

¹ См.: Международный обзор труда. М., 1996. № 1–3. С. 16–24.

следующими чертами: а) добровольность; б) временность; в) экономическая мотивация¹.

Это действительно глобальный процесс, что осознается на всех уровнях. При этом в отечественной литературе существенное внимание уделяется как общим проблемам миграции², так и трудовой миграции в целом³ и в России и СНГ в частности⁴.

Трудовая миграция затрагивает все без исключения общественные процессы от экономических до культурных. Например,

¹ См.: *Бежяшев Д. К., Иванов Д. В.* Международно-правовое регулирование вынужденной и трудовой миграции. М., 2013. С. 76.

² См.: *Алексеев Н. А. и др.* Миграция и иммиграционный контроль: теория и практика России и зарубежных стран. М., 2005; *Зинченко Н. Н.* Миграция населения: теория и практика международно-правового регулирования. М., 2003; Миграция, права человека и экономическая безопасность в современной России: сб. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2004; *Тюркин М. Л.* Миграционная политика Российской Федерации. Опыт и перспективы развития. М., 2009; *Хабриева Т. Я.* Миграционное право как структурное образование российского права // Журнал российского права. 2007. № 11. С. 18–23; *Она же.* Миграционное право России: теория и практика. М., 2008, и др.

³ См.: *Бежяшев Д. К., Иванов Д. В.* Международно-правовое регулирование вынужденной и трудовой миграции. М., 2013; *Иванов Д. В.* Вынужденная и трудовая миграция населения в международном и национальном праве. М., 2010; *Иванюк И. В.* Международная трудовая миграция. М., 2005; *Киселев И. Я.* Международный труд. М., 1997; *Он же.* Труд с иностранным участием (правовые аспекты). М., 2003; *Прудникова Т. А.* Международно-правовое регулирование трудовой миграции: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007; *Цапенко И. П.* Иммиграция в современном мире: социально-трудовые проблемы // Труд за рубежом. 2006. № 2. С. 47–68, и др.

⁴ См.: *Азаров Н. П.* Особенности правового регулирования трудовой деятельности иностранных граждан на территории Российской Федерации. М., 2008; *Он же.* Административно-правовое регулирование трудовой миграции в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Давлетгильдеев Р. Ш.* Международно-правовое сотрудничество государств — участников Содружества Независимых Государств в области труда и социального обеспечения: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1998; *Метелев С. Е.* Международная трудовая миграция и нелегальная миграция в России. М., 2006; *Права иностранных рабочих в России* / под ред. И. Л. Трунова. М., 2006; *Рязанцев С. В.* Трудовая миграция в странах СНГ и Балтии: тенденции, последствия, регулирование. М., 2007; *Скачкова Г. С.* Труд иностранцев в России: правовое регулирование. М., 2006; *Степаков С. Д.* Административно-правовое регулирование трудовой миграции в Российской Федерации и странах Европейского Союза: сравнительно-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Шумилов О. В.* Международное трудовое и миграционное право СНГ. М., 2007, и др.

Всемирная торговая организация (ВТО) предложила дополнить международные трудовые соглашения так называемой социальной статьей о том, что страна-экспортер должна выполнять общепринятые стандарты в области труда¹. Это должно способствовать выравниванию позиций государств — участников ВТО, содействовать не только свободному перемещению товаров и капиталов, но и работников. При этом для последних должны соблюдаться общепринятые стандарты с целью недопущения «социального демпинга» (т. е. уменьшения заработной платы и ухудшения условий труда в одной стране по сравнению с другой). Одновременно это позволило бы повысить требования к трудовому законодательству слаборазвитых стран.

Таким образом, создание единых стандартов труда на достаточно высоком уровне соответствует интересам не только работников в экономически развитых странах, но и интересам работодателей. Обострение мировой конкуренции требует установления единых правил игры, позволяющих относительно уравнивать позиции работодателей разных стран с точки зрения издержек на рабочую силу. Названные стандарты трудовых прав должны иметь не только глобальный характер, но и соответствующий правовой механизм их поддержки, реализации, прежде всего посредством деятельности МОТ². То, что этими проблемами сегодня озаботились ВТО³, ЕС и ряд других международных организаций, отрадно. Однако это свидетельствует и об определенной слабости МОТ. Так, о «беззубости» этой организации и о необходимости активизации ее роли по охране трудовых прав работников заявил даже такой незаинтересованный человек, как международный финансист Д. Сорос⁴.

¹ См.: РГ. 2000. 28 янв.

² См.: *Ауер П.* Интернационализация занятости: вызов справедливой глобализации? // *Международный обзор труда*. Т. 144. № 4; Т. 145. № 1–4. М., 2008. С. 162–181; *Вайнштейн Э.* Миграция для общего блага: к новой парадигме экономической иммиграции // *Международный обзор труда*. Т. 141. 2002. № 3–4. М., 2003. С. 3–36 и др.

³ См.: *Думбия-Хенри К., Гравель Э.* Соглашения о свободной торговле и права трудящихся: современное положение // *Международный обзор труда*. 2008. Т. 144. № 4; Т. 45. № 1–4. С. 3–26; *Люттов Н. Л.* Всемирная торговая организация: перспективы участия в установлении международных правовых стандартов // *Трудовое право*. 2009. № 7. С. 80–84 и др.

⁴ См.: *Сорос Д.* О глобализации. М., 2002. С. 50–53.

Кроме того, экономически развитые страны в части своей не способны или не желают принимать на себя ответственность за соблюдение трудовых прав мигрантов. Достаточно сказать, что Конвенцию ООН о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей, принятую в 1990 г., с трудом ратифицировали 20 минимально необходимых государств. Она вступила в силу только с 1 июля 2003 г. По состоянию на 19 июня 2014 г. Конвенцию ратифицировали 65 государств.

Формулировка в ст. 1 ТК РФ в качестве цели трудового законодательства предусматривает установление государственных гарантий трудовых прав и свобод только граждан. Это означает, что названные гарантии не распространяются на работников-мигрантов. Российская Федерация не ратифицировала вышеназванную Конвенцию ООН и Конвенции МОТ № 97 «О трудящихся-мигрантах» (пересмотренная в 1949 г.), № 143 «О злоупотреблениях в области миграции и обеспечения трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения» (1975 г.). Генеральным соглашением между Общероссийскими объединениями профсоюзов, Общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ на 2014–2016 годы предусматривается ратификация в указанный период Конвенции МОТ № 97 «О трудящихся-мигрантах» (1949 г.) (пересмотренная) и названной выше Конвенции МОТ № 143 (1975 г.).

Конвенция № 97 определяет термин «трудящийся-мигрант» как лицо, которое мигрирует из одной страны в другую с намерением получить работу с соответствующим вознаграждением. При этом Конвенция, с одной стороны, предоставляет государствам-участникам довольно широкие возможности в определении прав трудящихся-мигрантов. С другой — требует равного обращения между гражданами страны и трудящимися-мигрантами. Конвенция МОТ № 143 также содержит требование обеспечения трудящимся-мигрантам равных с гражданами принимающего государства условий доступа на рынок труда, равенства возможностей социального обеспечения. Между тем в Федеральном законе от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»¹ провозглашается принцип приоритетного использования национальных трудовых ресурсов с учетом ситуации на рынке труда (ст. 18), квотирование

¹ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

разрешений на работу трудящихся-мигрантов, ограничения занятий отдельными видами трудовой деятельности. Такая позиция отечественного законодателя, как отмечается в специальной литературе, не согласуется с положениями вышеназванных Конвенций ООН и МОТ¹. Более того, их ратификация, по мнению специалистов Института законодательства и сравнительного правоведения, потребует дополнительных затрат за счет средств федерального бюджета, что «может негативно сказаться на состоянии рынка труда в РФ». Указанные обстоятельства с учетом современных условий продолжающегося мирового финансового кризиса не позволяют считать целесообразной ратификацию данного документа². Между тем ряд специалистов международного права придерживаются иного мнения, считая, что «участие России в указанных конвенциях представляется необходимым и будет важным шагом на пути эффективного правового регулирования трудовой миграции»³.

Проблемы международной трудовой миграции решаются не только на универсальном международном уровне в рамках ООН и МОТ, но и на международном региональном уровне. В рамках Совета Европы была принята Европейская социальная хартия (РФ — участница), которая предусматривает право работников-мигрантов и их семей на защиту и помощь на территории любой страны-участницы (ст. 19). Кроме того, правовое положение трудящихся-мигрантов в Европе регулируется также специальным нормативно-правовым актом — Европейской конвенцией о правовом статусе трудящихся-мигрантов (1977 г.), которую Россия не ратифицировала. Причина, по-видимому, созвучна вышеназванной и связана в том числе с принципом приоритета в защите национального рынка труда. Эта Конвенция предусматривает целый ряд обязательств государства по предоставлению трудящемуся-мигранту и членам его семьи высокого уровня минимальных стандартов, в том числе в сфере социального обес-

¹ См.: *Лютов Н. Л.* Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования. М., 2012. С. 117.

² Аналитический обзор на тему «Соответствие российского законодательства требованиям Международной организации труда» (подготовлен для системы «КонсультантПлюс», 2014).

³ *Бекяшев Д. К., Иванов Д. В.* Указ. соч. С. 105.

печения, медицинской помощи, доступа к жилью и образованию, к услугам служб занятости, а также в случае увольнения.

На уровне Содружества Независимых Государств (СНГ) следует отметить Конвенцию о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств — участников СНГ (2008 г.). Она также не ратифицирована РФ, несмотря на то что в этой Конвенции содержится положение о том, что каждая из сторон в соответствии со своим законодательством и в своих интересах может устанавливать для трудящихся-мигрантов ограничения не только в отношении категорий работ и рода занятий, но и на доступ к оплачиваемой трудовой деятельности в целях защиты национального рынка труда и обеспечения приоритетного права своих граждан на трудоустройство и рода занятий. Более того, фактически в подавляющем большинстве многосторонних соглашений на уровне СНГ и двусторонних соглашений государств Содружества закреплены принципы защиты национальных рынков труда и приоритетного права «своих» граждан на занятие рабочих мест¹.

Исключение из принципа приоритета прав «своих» граждан сделано в межправительственном Соглашении о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей, подписанном 19 ноября 2010 г. представителями трех государств: Беларуси, Казахстана и России — в рамках Евразийского экономического сообщества². В соответствии с этим Соглашением «деятельность, связанная с привлечением трудящихся-мигрантов, осуществляется работодателями государства трудоустройства без учета ограничений по защите национального рынка труда, а трудящимся-мигрантам не требуется получения разрешений на осуществление трудовой деятельности на территориях государств Сторон» (ст. 3). Таким образом, на сегодняшний день Российской Федерацией равенство прав трудовых мигрантов гарантируется только на уровне евразийского регионального рынка труда. По мнению специалистов, данная модель свободного передвижения рабочей силы в рамках

¹ См. подробнее: *Давлетгильдеев Р. Ш.* Международно-правовое сотрудничество государств — участников Содружества Независимых Государств в области трудовой миграции на современном этапе // *Российский юридический журнал.* 2013. № 5. С. 164–172.

² Соглашение ратифицировано РФ (Федеральный закон от 11 июля 2011 г. № 186-ФЗ).

России, Беларуси и Казахстана «во многом идентична существующему принципу свободы передвижения в Европейском союзе»¹.

В Генеральном соглашении между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2014–2016 гг. стороны данного соглашения считают необходимым осуществить меры, направленные на исключение из практики нелегальной занятости, разработать механизм привлечения для осуществления трудовой деятельности иностранных работников, позволяющий реализовать дифференцированный подход к привлечению высококвалифицированных, квалифицированных и низкоквалифицированных иностранных работников. Но при этом социальные партнеры выстраивают политику в сфере трудовой миграции на основе принципа приоритетного использования национальных кадров и квотирования привлечения иностранных работников. Предполагается разработка в перспективе механизма организационного набора рабочей силы из стран, с которыми установлен безвизовый режим въезда-выезда, для удовлетворения потребностей российской экономики. Организационный набор должен обеспечить адресное трудоустройство иностранных граждан на рабочие места, преимущественно не востребованные российскими гражданами².

И последнее, согласно ТК РФ (ст. 3) не является дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав работников, которые установлены в соответствии с законодательством о правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации в целях обеспечения национальной безопасности, поддержания оптимального баланса трудовых ресурсов, содействия в приоритетном порядке трудоустройству граждан Российской Федерации.

Выводы

1. С позиций трудового права трудовая мобильность означает для работника смену работодателя, заключение трудового договора с новым работодателем, находящимся в рамках одного

¹ Бекяшев Д. К., Иванов Д. В. Указ. соч. С. 133.

² Прогноз социально-экономического развития Российской Федерации на 2014 год и на плановый период 2015 и 2016 годов. URL: <http://www.economy.gov.ru> (дата обращения: 24.10.2013).

государства или в другом государстве. Законодательство должно обеспечивать работнику право на такую мобильность, однако при гарантированности основных трудовых прав.

2. Одной из основных причин современной миграции стало создание международного рынка труда, сопровождающееся развитием системы правового регулирования использования иностранной рабочей силы как на уровне отдельных государств, так и на международном. Трудовая миграция в XXI в. — это еще одна мировая проблема, которая должна решаться в том числе с помощью средств трудового права, с позиций защиты трудовых прав и свобод человека независимо от его гражданства и места постоянного проживания.

Глава 2. НОВАЦИИ В РАЗВИТИИ УЧЕНИЯ О ТРУДОВЫХ ПРАВАХ

2.1. О праве на достойный труд

Как уже указывалось нами выше, специфические особенности трудовых прав человека были и есть. В частности, они связаны с наличием рекомендательных, оценочных базовых положений. К их числу относятся «справедливые и благоприятные условия труда», «достойный жизненный уровень», а также «достойный труд»¹ и др. При этом право на достойный труд становится одним из основных, центральных социальных прав человека начала XXI в.

Начнем с того, что на международно-правовом уровне изначально гарантировалось не просто право на труд, а с определенными условиями, связанными с его качественным наполнением². Этого сюжета мы уже отчасти касались ранее, однако здесь необходимо повториться.

Во Всеобщей декларации прав человека (1948 г.) названы 6 трудовых прав (ст. 23): на труд; на свободный выбор работы; на справедливые и благоприятные условия труда; на защиту от безработицы; на равную оплату труда за равный труд; на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее

¹ См.: Достойный труд — основа социальной политики. М., 2012; Достойный труд — ключевой ресурс инновационного развития: сб. М., 2009; Пути реализации в России программы достойного труда и достойного социального обеспечения: сб. М., 2013 и др.

² Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 227–247; *Они же*. Философия права на труд и права на социальное обеспечение // Вестник трудового права и права социального обеспечения. Вып. 2. Ярославль, 2007. С. 5–71, и др.

достойное человеческое существование для него и его семьи; на создание профсоюза и вхождения в профсоюз¹.

В системе социальных прав человека, определенных Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (ст. 6–13), трудовые права занимают доминирующее место. Это право на труд, право на справедливые и благоприятные условия труда, право на создание профсоюзов. Другие социальные права тесно связаны с трудовыми: право на социальное обеспечение и социальную защиту, право семей, матерей, детей на охрану и помощь, право на достойный уровень жизни, право на здоровье, право на образование².

Европейская социальная хартия (1961 г., в ред. 1996 г.) была ратифицирована РФ, причем не в полном объеме, только 3 июня 2009 г.³ Она закрепляет за работником 18 трудовых прав. Наравне с традиционными трудовыми правами в ней названы новые виды трудовых прав. Среди них права на профессиональную ориентацию, профессиональное обучение, информацию и консультации, на защиту своего достоинства во время работы, право участвовать в определении и улучшении условий труда и производственной среды, право работников-мигрантов на помощь и защиту. Обратим внимание, что РФ не ратифицировала положения Европейской социальной хартии, предполагающие вознаграждение за труд, обеспечивающее достойное человеческое существование для работника и его семьи, однако это положение содержится во Всеобщей декларации прав человека и обязательно для исполнения. Формальным соответствием этому можно признать положение ч. 1 ст. 133 ТК РФ, определившей, что минимальный размер оплаты труда не может быть ниже величины прожиточного минимума населения. Однако порядок и сроки поэтапного повышения минимального размера оплаты труда до размера прожиточного минимума устанавливается федеральным законом (ст. 421 ТК РФ), а его до настоящего времени нет.

Между тем в развитых странах еще с конца прошлого века само понятие «надлежащее вознаграждение за труд» коррелируется уже не только с его качеством и интенсивностью, но и с потреб-

¹ Всеобщая декларация прав человека (официальный текст). М., 1996. С. 12.

² Международные пакты о правах человека: сб. СПб., 1993. С. 3–6. Этот пакт был ратифицирован СССР в 1973 г.

³ РГ. 2009. 5 июня.

ностями работников и их семей, соотношением с оплатой других видов труда, со сложившимися в обществе представлениями о справедливой оплате труда. В итоге основные мотивы к труду делились на три группы: обеспечение жизненно важных благ, реализация призвания, получение достойного в обществе статуса (мотив престижа). Американские исследователи Д. Нейсбит и Л. Эбедин отмечали, что в информационном обществе человеческий капитал заменяет денежный в качестве стратегического ресурса, но и люди и доходы в нем органически связаны¹.

Примечательно, что англо-венгерский социолог и экономист К. Поланьи (1886—1964) еще в середине прошлого века на обширном фактическом материале доказал, что на протяжении большей части существования человечества стимулы к труду носили преимущественно неэкономический характер. Он утверждал, что постулированная А. Смитом «склонность человека к торгу и обмену» и зависимость разделения труда от рынка тесно не взаимосвязаны. По его мнению, вплоть до заката феодализма все известные экономические системы строились на принципах взаимности, перераспределения и домашнего хозяйства. Создание рыночных механизмов означало, что не социальные отношения определяют экономические условия, а, наоборот, экономика подстраивает под себя социальную структуру. Признавая прогрессивность и необходимость рынков товаров и капиталов, этот ученый отрицал прогрессивность рынка труда, так как человека нельзя приравнять к вещи, перебрасывать с места на место, как заблагорассудится, и даже нельзя придержать до лучших времен. К. Поланьи первым заявил, что рыночная экономика должна быть «встроена» в общество в отличие от рыночного общества, «встроенного» в экономику². Отсюда небольшой шаг до утверждения, что сам глобальный рынок должен быть встроен в гражданское общество, в котором права и обязанности определены в качестве противовеса власти рынка.

Вышесказанное позволяет сделать вывод о том, что концепция достойного труда формировалась около полувека, однако оформилась только в конце XX в. Этому положил начало, как от-

¹ См., например: *Нейсбит Д.* Высокие технологии, глубокая гуманность. М., 2005; *Соболевская А. А.* Проблемы мотивации труда в международном менеджменте // Труд за рубежом. 2000. № 4. С. 66—84 и др.

² См.: *Поланьи К.* Великая трансформация: политические и экономические истоки нашего времени. СПб., 2002. С. 55—81, 87 и др.

мечалось выше, доклад генерального директора МБТ «Достойный труд»¹, в котором выдвинута и обоснована программа достойного труда. Как определяет МОТ, стратегия развития трудовых отношений в XXI в. должна строиться на создании возможностей равного доступа всех граждан к фундаментальным правам и свободам — право на труд, свобода объединений, принципы равенства возможностей каждого, недопустимости дискриминации и принудительности труда. Рассматриваемая программа МОТ «Достойный труд» в качестве своей составляющей включает концепцию «социальной безопасности». Социальная безопасность в измерении МОТ — понятие многогранное, оно охватывает безопасность и гигиену труда, стабильность рабочих мест, гарантии дохода и доступность государственных услуг, надлежащие доходы в старости и в случае болезни, а также защиту против разного рода непредвиденных обстоятельств. В этой связи под достойным трудом понимается работа, обеспечивающая не только приличный доход в настоящее время, но и гарантированный доход в случае экономической неопределенности и рисков, с которыми сталкиваются трудящиеся на производстве и после выхода на пенсию. По мнению МОТ, трудовые права должны стать определяющим фактором самореализации человека, фактором его личностного развития. В 1990 г. ООН ввело в официальный оборот понятие «человеческое развитие», а затем «индекс развития человеческого потенциала»². Его основными составляющими стали образование и благосостояние, в том числе соответствие заработной платы прожиточному минимуму. МОТ оперирует категорией «индекс развития людских ресурсов», который определяется на основании продолжительности жизни и уровня грамотности взрослого населения. Из 36 европейских государств (без СНГ) Россия по этому индексу занимает только 31-е место³. Именно изменения требований к работнику способствовало тому, что практически во всех развитых странах уровень общественных затрат на образование повысился и имеет дальнейшую тенденцию к росту.

¹ См.: Достойный труд. Доклад генерального директора. Международная конференция труда. 87-я сессия. Женева: МБТ, 1999.

² См.: Рынок труда / под ред. В. С. Буланова, Н. А. Волгина. М., 2000. С. 8–18.

³ См.: Сотрудничество в условиях перемен. Доклад генерального директора. Т. 1. Женева: МБТ, 2005. С. 69–70.

Результатом анализа и обсуждений концепции достойного труда стали разработанные Международным бюро труда МОТ статистические базовые показатели объективного измерения достойного труда, позволяющие определить соответствие состояния трудовых отношений в отдельных государствах заявленным целям¹. Концепция достойного труда включает шесть аспектов.

Во-первых, понятие *возможности женщин и мужчин для труда*, означает такое положение, при котором они могли бы найти работу. При этом речь идет о широком понимании работы, охватывающем все формы экономической деятельности. В нее включаются самозанятость, неоплачиваемый семейный труд и работа по найму в неформальном и формальном секторах.

Во-вторых, в идее *о труде в условиях свободы* подчеркивается то, что работа должна быть свободно выбранной, т. е. без принуждения индивидов, что некоторые формы труда неприемлемы в XXI в. Конкретно — принудительный труд, рабский труд и наихудшие формы детского труда — следует ликвидировать в соответствии с принятыми международными конвенциями. Это также означает, что трудящиеся должны иметь возможность свободно объединяться в свои организации и не подвергаться дискриминации.

В-третьих, *производительный труд* важен для трудящихся, чтобы они располагали приемлемыми средствами к существованию для себя и своих семей, а также чтобы обеспечить устойчивое развитие и конкурентоспособность предприятий и стран.

В-четвертых, понятие *справедливости на работе* означает необходимость честного и справедливого отношения и равных возможностей на работе. Оно включает отсутствие дискриминации на работе и при доступе к работе, а также возможность сбалансировать трудовую деятельность и семейную жизнь.

В-пятых, *защищенность на работе* напоминает о необходимости гарантии здоровья, пенсий и средств к существованию, а также о должной финансовой и иной защите в случае болезни и других непредвиденных обстоятельств.

В-шестых, *достоинство на работе* требует, чтобы к трудящимся относились с уважением и чтобы они могли заявить о своих

¹ См.: Ахмед И. Достойный труд и развитие человека // Международный обзор труда. 2003. Т. 142. № 1–2. М., 2004. С. 104–113; Гхай Д. Достойный труд: понятие и показатели // Там же. С. 3–38 и др.

проблемах и участвовать в принятии решений, затрагивающих условия их труда. При этом для трудящихся существенна возможность представлять свои интересы коллективным образом.

Как нам представляется, именно в таком контексте в Конституции РФ должно быть закреплено не только право на труд, а именно право на достойный труд.

Отметим, что в Генеральном соглашении между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2014–2016 гг. предусмотрены конкретные индикаторы достойного труда, рекомендованные МОТ: уровень безработицы; доля занятых с низким уровнем заработной платы; гендерный разрыв в заработной плате; детский труд (доля занятых в возрастной группе 15–17 лет); уровень производственного травматизма; индекс потребительских цен и др.¹

В заключение подведем некоторые итоги. Перед государством и обществом на всех этапах его развития стояла и стоит сегодня проблема определения пределов, уровня и гарантий свободы труда, включая право на труд. Чем выше уровень экономического и культурного развития общества, тем шире круг социальных потребностей, подлежащих удовлетворению. Обеспечение достойного уровня жизни означает не только удовлетворение биологических потребностей (в пище, крове, лечении и т. д.), но и социальных (доступ к образованию, культурным ценностям общества, моральное удовлетворение от работы, ее престижность). Однако при этом трудовые права, в том числе на защиту от безработицы, не должны поощрять «иждивенчество» за счет трудоспособных и трудящихся членов общества. Право на трудовую помощь в современном варианте легализовано на уровне международно-правовых стандартов и национальном законодательстве. Речь идет о праве на защиту от безработицы и содействия в трудоустройстве, праве безработного на профессиональную подготовку и переподготовку. Так, например, имеются в виду следующие Конвенции МОТ: № 2 «О безработице» (1919 г.); № 159 «О профессиональной реабилитации и занятости инвалидов» (1983 г., ратифицирована в 1988 г.²); № 168 «О содействии занятости и защите от безработицы» (1988 г.) и др.

¹ РГ. 2013. 30 дек.

² Ведомости ВС СССР. 1988. № 14. Ст. 233.

Труд был и останется не только средством обеспечения необходимых потребностей человека, но и формой его жизнедеятельности, самореализации, развития способностей личности. Нам кажется вполне закономерным, что в начале XXI в. наступило время комплексного подхода к трудовым правам. При этом на первый план выходят не только проблемы экономических интересов, но прежде всего развитие всего спектра трудовых прав, происходит смещение акцентов с «экономического» человека на личность, ее личные блага. Ценностные приоритеты прав человека все больше перемещаются из сферы экономической и физической безопасности работника в сферу «достойного труда». Именно права на достойный труд и качественную трудовую жизнь должны быть закреплены в Конституции РФ.

2.2. О праве на информацию субъектов трудового права

О влиянии формирования информационного (постиндустриального) общества мы уже неоднократно писали выше. В этом контексте значение права на информацию в любой сфере общественной жизни невозможно переоценить. Более того, мы предлагаем обособление в рамках общей части трудового права отдельного института с условным названием «информационное трудовое право»¹, что, на наш взгляд, является делом ближайшего будущего. Однако уже сейчас правовое регулирование обработки информации, и в частности персональных данных работников, вызывает целый ряд теоретических и практических проблем, которые требуют оперативного разрешения.

Институционализация права на информацию субъектов трудового права. В советской юридической науке идеи информаци-

¹ См. подробнее: Лушников А. М. Информация в трудовом праве: опыт комплексного исследования // Российский ежегодник трудового права. 2012. № 7. С. 156–183; *Он же*. Информация в трудовом праве // Правовое обеспечение инновационного развития экономики Республики Беларусь: сб. Минск, 2010. С. 239–241; *Он же*. Персональные данные как вид информации в трудовом праве // Закон. 2011. № 10. С. 46–55; *Он же*. Сущность и морально-правовая природа личных трудовых прав // Моральные основы права: сб. Ивано-Франковск, 2010. С. 344–347; Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 847–878; *Они же*. Право на информацию субъектов трудового права // Государство и право. 2004. № 6. С. 42–48, и др.

онного права, права на информацию, проблемы информации как объекта права стали обсуждаться на рубеже 70–80-х гг. прошлого столетия. С конца 90-х гг. появились первые учебники и монографические разработки по данной дисциплине¹. Авторами обосновывалась самостоятельность новой отрасли права — информационное право в системе отраслей российского права. Не вдаваясь в дискуссию, отметим, что эта теория имеет право на существование, но только в ключе межотраслевого комплексного образования. Следует говорить не о комплексной отрасли права, а о комплексной отрасли информационного законодательства².

При этом в предмет отрасли информационного права исследователями включается та часть общественных отношений, которая связана с правовым регулированием оборота информации, создания, формирования, хранения, обработки, распространения, использования информационных ресурсов, созданием и использованием коммуникативных технологий. Факт неоднородности предмета названной отрасли вынуждены признать и ее приверженцы, отмечая, что «информация в определенных формах входит элементом в любые правоотношения» (государственные, административные, гражданские, трудовые и т. д.)³. Информационные отношения являются объектом регулирования различных отраслей права: государственного, гражданского, финансового, административного, трудового и др. Это позволяет нам говорить об организационном обособлении информационного трудового права. В таком же контексте уже высказывалось предположение об обособлении гражданского информационного права⁴. По меньшей мере право участников хозяйственного общества на получение информации о его деятельности (право на информацию)

¹ См.: *Лопатин В. Н.* Правовые основы информационной безопасности. М., 2000; *Копылов В. А.* Информационное право. М., 2005; *Городов О. А.* Информационное право. М., 2007; *Ловцов Д. А.* Информационное право. М., 2008; Информационное право: Актуальные проблемы теории и практики / под ред. И. Л. Бачило. М., 2009, и др.

² См. подробнее: *Лушников А. М.* Теория государства и права. М., 2013. С. 171 и др.

³ См.: *Бачило И. Л., Лопатин В. М., Федотов М. А.* Информационное право. СПб., 2001. С. 93.

⁴ См.: *Толстой В. С.* Гражданское информационное право // СПС «КонсультантПлюс».

практически всеми цивилистами признается одним из основных корпоративных прав¹.

Подчеркнем, что все разновидности информационных прав (трудовое, гражданское, административное, налоговое и др.) будут нести в себе те же особенности, что и отрасли права, к которым они относятся. Очевидно, что гражданское информационное право основано на равенстве участников информационных отношений, а также на добровольности вступления в такие отношения. Напротив, в информационном трудовом праве у одной из сторон в достаточно большом числе случаев изначально есть право требования предоставления определенной информации, что делает обязательным для сторон вступление в такие отношения (предоставление документов при приеме на работу (ст. 65 ТК РФ) и др.). Однако единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений не исключает в отдельных случаях как равенства субъектов, так и добровольности вступления в информационные трудовые отношения.

Отметим, что в советской науке трудового права об информационных правоотношениях впервые заявил В. И. Савич². Он широко, в философском и социологическом аспектах, понимал «информацию в трудовых правоотношениях», причисляя к информации и элементы правового механизма реализации трудовых прав и обязанностей в установленные законом сроки. Последние по своей правовой природе не являются информационными ресурсами (например, письменное предупреждение об увольнении по собственному желанию, объявление работнику приказа о дисциплинарном взыскании, согласие работника на перевод и др.). Вместе с тем В. И. Савич необоснованно ограничивал информационные права и обязанности содержанием индивидуального трудового правоотношения. Он писал: «Информационное правоотношение можно определить как правоотношение, возникающее в рамках трудового правоотношения, и являющееся его

¹ См., например: *Ломакин Д. В.* Право на информацию о деятельности хозяйственных обществ: понятие и особенности осуществления // Проблемы современной цивилистики: сб. ст., посвященных памяти проф. С. М. Корнеева. М., 2013. С. 85–102.

² См.: *Савич В. И.* Управление трудом и трудовое право. Томск, 1986. С. 102–119.

составной частью, в которой одна сторона обязана осведомлять другую о предстоящем или наступившем юридическом факте»¹.

По его мнению, информационные права и обязанности не составляют «равноправного» элемента содержания сложного трудового правоотношения, а только обслуживают тот или иной его элемент, входя в его содержание и являясь вспомогательными. Таким образом, он сводил информационные правоотношения к структурным элементарным правоотношениям, входящим в содержание единого трудового правоотношения. В то же время В. И. Савич весьма непоследовательно выделял наряду с информацией индивидуального характера (например, информацией об изменении по инициативе администрации условий труда) информацию, обеспечивающую участие трудового коллектива в управлении производством, информацию о содержании принятых вышестоящими органами новых законодательных актов о труде и об изменении трудового законодательства. В этом случае было бы логичным и последовательным шагом выделение информационных правоотношений в составе производных правоотношений. Однако В. И. Савич такого вывода не делает.

О содержании права на трудовую информацию. На наш взгляд, трудовое информационное право включает нормы, которые регулируют отношения между субъектами трудового права. Информационные трудовые отношения следует рассматривать в качестве элементарных отношений в структуре не только сложного трудового отношения, но и коллективных (социально-партнерских) отношений, а также иных производных отношений. Соответственно, информационные трудовые правоотношения можно определить как отношения между субъектами трудового права, урегулированные нормами трудового права. Естественно, это предполагает и то, что они могут быть урегулированы нормами иных отраслей права, если к ним отсылают нормы трудового законодательства. Не исключается и субсидиарное применение норм иной отраслевой принадлежности.

Право на трудовую информацию включает в себя, в контексте трудового права, целый ряд правомочий, основными из которых являются:

а) правомочие на получение информации (перечень и объем которой определяется для каждого конкретного случая);

¹ Савич В. И. Указ. соч. С. 93, 107.

б) правомочие на доступ к информации (уже имеющейся у ее субъекта-носителя или оператора (держателя));

в) правомочие на иную обработку информации (хранение, комбинирование, передача, распространение или любое другое использование).

Очевидно, что работник наделен преимущественно правомочиями на получение и доступ к информации, а работодатель — всеми из вышеперечисленных, но в пределах, установленных федеральными нормативными правовыми актами. В качестве отдельного выделяется правомочие на защиту трудовправовой информации, в том числе персональных данных работников (а равно претендентов на вакансии и бывших работников). Последнее может реализовываться в рамках относительного автономного охранительного правоотношения.

Согласно ТК РФ информационными правами и обязанностями наделены как субъекты трудовых, так и субъекты иных связанных с ними правоотношений, а именно:

1) право работника на получение от работодателя полной и достоверной информации об условиях труда, охране труда (ст. 21, 212, 219 ТК), которому корреспондирует соответствующая обязанность работодателя, в том числе обязанность информировать об условиях труда, закрепленных в локальных нормативных актах (ст. 22, 68 ТК РФ);

2) право работодателя на получение от работника документов (и соответственно сведений, содержащихся в них), предусмотренных ТК РФ, иными федеральными законами, указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ (ст. 65 ТК), а равно обязанность работодателя обеспечить защиту информации конфиденциального характера;

3) право работодателя требовать от работников обеспечения сохранности информации конфиденциального характера о работодателе. Это касается сведений, составляющих государственную, коммерческую, служебную (врачебную, прокурорскую) и другие профессиональные тайны. Сюда же относятся и иные (банковская, таможенная, налоговая и др.) тайны. «Иные» тайны в отраслевом контексте чаще всего носят профессиональный характер. В этой связи персональные данные относятся к служебной (профессиональной) тайне;

4) информационные права и обязанности представителей работников и работодателей в сфере социального партнерства (ст. 22, 37 ТК);

5) информационные права и обязанности органов государственного и профсоюзного контроля за соблюдением трудового законодательства (ст. 356, 370 ТК). В этой связи достаточно удачными выглядят попытки обосновать право профессиональных союзов на получение информации для осуществления контроля за соблюдением законодательства о труде¹;

6) информационные права органов по рассмотрению трудовых споров: КТС (ст. 387 ТК) и примирительно-посреднических органов (ст. 404 ТК РФ и др.).

Очевидно, что в коллективных договорах, соглашениях, локальных нормативных актах могут быть определены иные случаи и виды информации, которые работодатель обязан предоставить работникам или их представителям. Однако в отношении персональных данных работников или информации о представительных органах работников такое расширительное толкование недопустимо в соответствии с требованиями ст. 8 и 9 ТК РФ. Информационные отношения с участием публичных субъектов трудового права (федеральной инспекции труда, государственных органов контроля и надзора, судебных органов и др.) регулируются в централизованном порядке федеральными законами и подзаконными актами. К тому же объектом этих отношений будет, как правило, информация либо о работниках (их представителях), либо работодателях (их представителях). Информационные отношения с участием социально-партнерских органов (КТС, примирительная комиссия и др.) могут регулироваться также коллективными договорами и соглашениями, локальными актами.

Объектом информационных отношений в трудовом праве является трудовая информация как одна из разновидностей правовой информации. *Трудовая информация* — это сведения о работнике и работодателе, их представителях, социально-партнерских органах, которые предоставляются в случаях и порядке, предусмотренных трудовым законодательством, иными норма-

¹ См.: Герасимова Е. С. О соотношении норм о защите персональных данных работника и права профсоюзов на получение информации для осуществления контроля за соблюдением законодательства о труде // Трудовое право в России и за рубежом. 2010. № 2. С. 8–11.

тивными правовыми актами, коллективными договорами, соглашениями. Они необходимы для реализации индивидуальных и коллективных трудовых прав и подлежат правовой защите от разглашения, если информация носит конфиденциальный характер (охраняемая законом тайна, персональные данные работника). Последние из них занимают центральное место в массиве трудовправовой информации, но их правовая природа нуждается в дальнейших исследованиях.

С 28 января 1981 г. была открыта для подписания Конвенция Совета Европы «О защите личности в связи с автоматической обработкой персональных данных», вступившая в силу с 1 октября 1985 г. Ее участниками стали более 20 европейских государств. С 1981 г. по линии Комитета министров государств — членов Совета Европы принимаются специальные Рекомендации по вопросам использования и защиты персональной информации, в том числе в сфере занятости и социального страхования.

Наконец, 24 октября 1995 г. принимаются Директивы Совета Европы «О защите физических лиц в условиях автоматической обработки данных и о свободном обращении этих данных», а 11 марта 1996 г. «О юридической защите баз данных»¹. В рамках формирования трудового права объединенной Европы, осуществляемого по линии Европейского союза (ЕС), была принята специальная Директива 95/46 от 20 февраля 1995 г. «Защита персональных данных работника». Директива обязывает государства — члены ЕС обеспечивать необходимое качество собираемой и обрабатываемой информации: ее сбор и обработка должны происходить в строгом соответствии с законом и только для определенных и законных целей. Государства — члены ЕС должны обеспечить гарантии защиты информации и создать соответствующие контрольно-надзорные органы. Большое внимание в Директиве уделено способам обеспечения конфиденциальности персональных данных и правилам трансграничной передачи информации². Эксперты МОТ разработали Кодекс практики о защите личных данных о работнике. Распространение этого Кодекса было одобрено Административным советом МОТ в 1996 г. Впрочем, это уже

¹ См.: *Монахов В. Н.* Информационные права граждан: опыт защиты и развития // *Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: сб. Ч. 1.* Нижний Новгород, 1999. С. 50–61.

² *Киселев И. Я.* Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 132.

относится к праву на защиту персональных данных работника, речь о котором пойдет в следующем параграфе.

В заключение отметим следующее.

1. Право на трудовую информацию субъектов трудового права включает в себя целый ряд правомочий, основными из которых являются:

а) правомочие на получение информации (перечень и объем которой определяется для каждого конкретного случая);

б) правомочие на доступ к информации (уже имеющейся у ее субъекта-носителя или оператора (держателя));

в) правомочие на иную обработку информации (хранение, комбинирование, передача, распространение или любое другое использование).

2. Согласно ТК РФ информационными правами и обязанностями наделены как субъекты трудовых, так и субъекты иных связанных с ними правоотношений.

3. На наш взгляд, в настоящее время формируется новый институт общей части трудового права с условным наименованием «информационное трудовое право». Трудовую информацию (информацию в трудовом праве) в настоящее время можно определить как сведения о работнике и работодателе, их представителях, социально-партнерских органах, которые предоставляются в случаях и порядке, предусмотренных трудовым законодательством, иными нормативными правовыми актами, коллективными договорами, соглашениями.

2.3. О праве на защиту персональных данных

Как уже указывалось, *персональные данные* относятся к конфиденциальной информации¹.

¹ Несмотря на наличие определенного числа исследований как по проблемам персональных данных вообще, так и персональных данных работников в частности, многие проблемы в данном контексте остаются дискуссионными. См.: *Бачило И. Л., Сергиенко Л. А., Кристальный Б. В. и др.* Персональные данные в структуре информационных ресурсов. Основы правового регулирования. Минск, 2006; *Волчинская Е. К.* Защита персональных данных: опыт правового регулирования. М., 2001; *Дворецкий А. В.* Защита персональных данных по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005; *Маркевич А. С.* Организационно-правовая защита персональных данных в служебных и трудовых отношениях: дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2006; *Тихомирова Л. В.* Защита персональных

В новой редакции (о ней ниже) ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»¹ (далее — Закон о персональных данных) эти данные обозначены как любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных).

Конфиденциальность информации определяется в ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации»² как обязательное для выполнения лицом, получившим доступ к такой информации, требование не передавать такую информацию третьим лицам без согласия ее обладателя. В Перечне сведений конфиденциального характера, утвержденном Указом Президента РФ от 6 марта 1997 г. № 188, персональные данные открывают их список: «Сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях»³.

Ранее в ст. 85 ТК РФ (отменена Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 99-ФЗ) персональные данные работника определялись как информация, необходимая работодателю в связи с трудовыми отношениями и касающаяся конкретного работника. Следовательно, в настоящее время ориентироваться надо на общее определение персональных данных по ст. 3 Закона о персональных данных, которое уже упоминалось выше. Отсюда можно вывести следующие признаки персональных данных работника.

1. Это необходимая работодателю именно в связи с трудовыми отношениями информация. Следовательно, ее объем и содержание зависят от специфики выполняемой работником трудовой функции (педагог, профессиональный спортсмен, государственный служащий и др.) и вида выполняемых работ (вредные и опасные и др.), статуса работодателя (религиозные организации и др.) и работника (несовершеннолетние, лица с семей-

данных работника. М., 2002; Шахов Н. И. Теоретико-правовые основы функции обеспечения государством права на неприкосновенность информации о частной жизни: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008, и др.

¹ РГ. 2006. 29 июля (с изм. и доп.).

² Там же.

³ РГ. 1997. 10 марта (с изм. и доп.).

ными обязанностями и др.) и т. д. Следовательно, она может быть различной в зависимости от вышеназванных обстоятельств, но в любом случае должна вытекать из потребностей работодателя, как стороны трудового отношения. С учетом этого в локальном порядке необходимо уточнить перечень персональных данных, необходимых для данного работодателя. Трудоемкость защиты персональных данных напрямую зависит от степени важности обработки сведений. Следовательно, целесообразно уточнить и то, какие данные не являются необходимыми для данного работодателя, и максимально исключить их из числа обрабатываемых (в том числе от указаний в анкетах, опросных листах и др.).

2. Она должна касаться физического лица именно в качестве работника и должна быть связана с его характеристиками именно в качестве последнего. Соответственно, работодатель имеет право затребовать от работника только ту информацию, которая характеризует последнего именно как сторону трудового договора, а не как личность в целом. Следовательно, работодатель не может требовать от работника предоставления персональных сведений, которые не связаны с осуществлением его трудовой деятельности у конкретного работодателя (хобби, привычки, политические взгляды и др.).

В ст. 86 ТК РФ изложены общие требования к обработке персональных данных работника и гарантии их защиты. Здесь же обратим внимание на строго целевой характер сбора и иной обработки информации, в соответствии с чем это не допускается «про запас», для абстрактного «расширения информационной базы» и др. Это потребует, особенно если организация-работодатель имеет много наемных работников и приходится обрабатывать большое количество персональных данных, приказом руководителя назначить лицо или подразделение, ответственные за работу с персональными данными и обеспечение их защиты, и наделить их соответствующими полномочиями. Также следует подготовить список лиц, допущенных к работе с персональными данными, и утвердить его приказом работодателя. Естественно, этот приказ должен быть под роспись доведен до соответствующих работников. Обязанность не разглашать персональные данные целесообразно для этих лиц закрепить либо в трудовом договоре (дополнительное условие), либо в приложении к трудовому договору. Данное положение должно быть прописано и в их должностных инструкциях.

С этим связана еще одна практическая проблема. Статья 6 Закона о персональных данных (как и п. 3 ст. 86 ТК РФ) предписывает по общему правилу обработку персональных данных с согласия субъекта персональных данных, т. е. работника. В новой редакции названного Закона, о которой речь пойдет ниже, это положение сохранилось, хотя прописано и менее категорично. В этой связи у работодателей получила широкое распространение практика получения от работника письменного согласия на обработку его персональных данных одновременно с заключением трудового договора или непосредственно после заключения. Оно оформляется актом (который, естественно, подготовил работодатель) за подписью работника. Последний дает согласие на обработку его персональных данных в период действия трудового договора. Эти данные в акте обычно делятся на те, которые прямо предусмотрены федеральными законами, и те, которые могут понадобиться работодателю в связи с трудовыми отношениями (следовательно, не конкретизированные, т. е. любые). На наш взгляд, указание на первые бессмысленно, а на вторые — ничтожно. В ст. 6 Закона о персональных данных установлен перечень случаев, когда согласия субъекта персональных данных, по смыслу, на их обработку не требуется. Соответственно наличие или отсутствие согласия работника в этих случаях никак не влияют на права и обязанности работодателей по обработке персональных данных.

Напротив, заранее получать согласие работника на получение и дальнейшую обработку неопределенного круга персональных данных и в на весь период действия трудового договора нельзя в силу того, что ст. 9 Закона о персональных данных определяет порядок и форму получения согласия субъекта персональных данных на их обработку.

При этом в письменном согласии работника должна быть указана цель обработки его персональных данных, перечень данных, на обработку которых дается согласие их субъекта, а также перечень действий с ними и др.

На наш взгляд, персональные данные не могут определяться родовыми или даже видовыми признаками (любые, о состоянии здоровья, о личной жизни и др.). Это значит, что в акте о согласии могут указываться только конкретные персональные данные конкретного работника. Иные условия, по нашему мнению, будут ничтожными. Отметим и то, что п. 9 ст. 86 ТК РФ прямо

устанавливает, что работник не должен отказываться от своих прав на сохранение и защиту тайны.

В этом контексте интересны изменения в Закон о персональных данных, внесенные Федеральным законом от 25 июля 2011 г. № 261-ФЗ¹, о которых мы уже упоминали выше. Новая редакция ст. 6 данного Закона содержит расширенный перечень допустимых случаев обработки персональных данных без согласия работника. Один из таких случаев — обработка, необходимая для исполнения договора, стороной которого является субъект персональных данных. Он дополнен случаем заключения договора по инициативе субъекта персональных данных. В прежней редакции такого дополнения не было, из чего можно было сделать вывод о том, что персональные данные соискателей работы работодатель мог получать только с их согласия. Со вступлением в силу новой редакции Закона о персональных данных это условие не применяется. Однако наличие в ТК РФ ст. 65 делало и ранее обязательным для потенциального работника предъявление определенного набора документов, содержащих необходимые персональные данные работников (а вне документальных носителей персональные данные немислимы). Нам трудно предположить, какие еще данные работодатель может получить без согласия потенциального работника, тем более что той же статьей ТК РФ перечень документов, которые работодатель вправе требовать при трудоустройстве, определяется на уровне не ниже Правительства РФ. Требования работодателя к работнику о представлении документов вне установленного перечня сейчас, как и ранее, будет незаконным, что делает новое содержание ст. 6 Закона о персональных данных в этой части и применительно к трудовым отношениям не совсем конструктивным.

В соответствии с новой редакцией вышеназванного Закона работодатель вправе поручить обработку персональных данных другому лицу. В этом случае обработка возможна по общему правилу только с согласия работника (соискателя). При этом ответственность перед работником (соискателем) за действия указанного лица несет работодатель (ч. 3, ст. 6 Закона о персональных данных).

Персональные данные работника, в отличие от других видов информации, не могут быть неформализованными, т. е. суще-

¹ РГ. 2011. 27 июля.

ствовать без бумажных или электронных носителей. С учетом определения персональных данных, которое дано в ст. 3 Закона о персональных данных, такие сведения могут содержаться в целом ряде актов (документов), которые можно разделить на следующие группы:

1) документы, удостоверяющие личность работника (паспорт, удостоверение личности, свидетельство о рождении, справка об освобождении из мест лишения свободы);

2) акты, содержащие биографические данные работника (анкета, автобиография, личный листок по учету кадров, рекомендательное письмо и др.);

3) документы об образовании, иной подготовке, дополнительном профессиональном образовании (диплом, справка, свидетельство и др.);

4) документы воинского учета (военный билет офицера, сержанта или рядового запаса, приписное свидетельство и др.);

5) документы обязательного пенсионного страхования по установленной форме;

6) договоры о труде (трудовой договор, договоры о полной материальной ответственности, о неразглашении коммерческой тайны и др.);

7) собственно, кадровая документация по типовой форме. Это прежде всего трудовая книжка и личная карточка по форме Т-2;

8) акты гражданского состояния (свидетельства о заключении брака, о рождении детей, о разводе и др.);

9) справки, предоставляемые с предыдущего места работы, по месту жительства и др. (о зарплате, о наличии нетрудоспособных иждивенцев, о жилищных условиях и др.);

10) приказы по личному составу (о приеме на работу, о переводе, о привлечении к дисциплинарной ответственности и др.);

11) иные акты, содержащие персональные данные работника, конечный перечень которых не может быть установлен.

Очевидно, что аналогичные сведения содержат и копии вышеназванных актов. Кроме того, работодатель в процессе своей деятельности может собирать информацию о соискателях, необходимую для принятия решения о вступлении с ними в трудовые отношения, а равно может хранить документы уже уволенных работников. Если эта информация содержит персональные данные соискателей или бывших работников, к ней в полной мере

относятся установленные законом требования об обработке и защите персональных данных.

Не менее интересен *перечень всех возможных персональных данных работника*. На наш взгляд, он может включать в себя:

- 1) имя (фамилию, имя, отчество), реквизиты документов, удостоверяющих личность, а равно иное их содержание;
- 2) пол, возраст, иные анатомические характеристики (рост, вес и др.) и биометрические данные, включая отпечатки пальцев;
- 3) сведения об образовании, квалификации, прохождении стажировки, наличии разряда и др.;
- 4) сведения о состоянии здоровья и сексуальной ориентации;
- 5) национальную, этническую и расовую принадлежность;
- 6) место жительства, как фактического, так и места регистрации;
- 7) сведения о привычках и увлечениях, в том числе вредных (алкоголь, наркотики и др.);
- 8) особенности взаимоотношений и общения с другими людьми (семейное положение, наличие детей, родственные связи и др.);
- 9) данные о фактах предшествующей жизни и трудовой деятельности (месте предыдущей работы, размере заработка, судимости, службе в армии, пребывании на выборных должностях, на государственной службе и др.);
- 10) религиозные, философские и политические убеждения (принадлежность к конфессии, членство в политической партии, участие в общественных объединениях, в том числе в профсоюзе и др.);
- 11) финансовое положение (доходы, долги, владение недвижимым имуществом, денежные вклады и др.);
- 12) сведения о деловых и иных личных качествах, которые носят оценочный характер.

Однако полный их перечень составить не представляется возможным, да и в этом нет необходимости. Исходя из вышеизложенного можно сделать следующий вывод. В законодательном порядке целесообразнее установить перечень сведений, которые не могут быть получены от работника, чем определять те из них, которые подлежат передаче работодателю. В ТК РФ предпринята попытка перечислить некоторые из сведений, которые работодатель не вправе истребовать от работника: о его политических, религиозных и иных убеждениях, частной жизни; а также сведе-

ния, которые могут быть истребованы только в случаях, предусмотренных федеральным законом: о членстве в общественных объединениях или профсоюзной деятельности (п. 4 и 5 ст. 86 ТК РФ). Как видим, перечень сведений весьма невелик, что в совокупности с оценочностью самой категории персональных данных создает определенные сложности. Отметим, что в законодательстве большинства европейских стран в составе персональных данных выделяется специальная категория «уязвимые данные», или «деликатные сведения». Есть они и в Законе о персональных данных (ст. 10 «Специальные категории персональных данных»). Именно на них дается ссылка в п. 4 ст. 86 ТК РФ. Это расовая и национальная принадлежность, религиозные, философские, политические убеждения, интимная жизнь, состояние здоровья и др. Их обработка не допускается иначе как с письменного согласия субъекта персональных данных и только в ряде исключительных случаев (ч. 2 ст. 10 Закона).

Классификацию персональных данных можно провести по различным основаниям. Наиболее юридически значимыми нам представляются:

1) по стадии получения:

а) представляемые работником при приеме на работу. Их перечень установлен ТК РФ (ст. 65);

б) получаемые работодателем в период трудовой деятельности работника (сведения из личного дела, сведения, содержащиеся в приказах, характеристиках, аттестациях и др.);

в) сведения о работнике, хранящиеся у работодателя после прекращения трудовых отношений;

2) по специфике содержания:

а) объективные документальные данные (об образовании, разряде, прохождении стажировки и др.);

б) оценочные данные (материалы характеристики, аттестационных комиссий и др.);

3) по источнику получения:

а) полученные от самого работника, что составляет общее правило. Работодатель должен по общему правилу все данные о работнике получать у него самого. Перечень сведений, которые работник обязан сообщить при поступлении на работу, определяется ТК РФ (ст. 65) и может дополняться только федеральными

законами, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ¹;

б) полученные от других лиц, что требует по общему правилу письменного согласия работника;

в) формируемые самим работодателем в течение трудовой деятельности работника (размер заработной платы, поощрения и дисциплинарные взыскания, профессиональная подготовка и переподготовка и др.).

Некоторые сложности вызывает *определение нормативной базы обработки персональных данных*. Во-первых, только правовому регулированию оборота информации, а персональные данные — вид информации, посвящено в той или иной степени, по неполным данным, более 500 нормативных правовых актов. Во-вторых, непосредственно персональные данные затрагивает уже более 100 нормативных правовых актов, причем в последнее время они начали «ветвиться» по ведомственной принадлежности и опустились даже на уровень актов органов местного самоуправления. Это не кажется нам удачным решением, так как согласно п. 2 ст. 86 регулирование обработки персональных данных должно осуществляться в соответствии с Конституцией РФ, ТК РФ, федеральными законами. Отметим, что ст. 4 Закона о персональных данных опускает установление особенностей обработки персональных данных без использования средств автоматизации до уровня «иных нормативных правовых актов Российской Федерации», хотя и с учетом положений настоящего Закона. С учетом этого никакие акты ниже уровня федеральных оборот персональных данных регулировать не могут.

Таким образом, нормативную базу оборота персональных данных работника по юридической силе можно разделить на следующие группы.

1. Международные договоры и иные источники международного права. Напомним, что право на защиту персональных данных является производным от права человека на невмешательства в личную жизнь. Последнее прямо закреплено во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (ст. 12), Пакте ООН о граждан-

¹ Объем персональных данных работника в документальной форме в значительной степени определяется перечнем унифицированных форм первичной учетной документации по учету труда и его оплаты, утвержденным постановлением Государственного комитета РФ по статистике от 5 января 2004 г. № 1 // Бюллетень Министерства труда РФ. 2004. № 5.

ских и политических правах 1966 г. (ст. 17) и Конвенции Совета Европы (СЕ) о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (ст. 8), которые являются для России юридически обязательными. Однако непосредственно проблемы персональных данных они не затрагивают.

Единственным юридически обязывающим международным договором РФ в этом контексте является Конвенция СЕ «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» 1981 г. Она была ратифицирована нашей страной¹. Одним из последствий данной ратификации стало принятие Закона о персональных данных (о нем ниже) и ряда других федеральных нормативных правовых актов.

Из рекомендательных актов можно отметить Руководство ООН относительно компьютерных файлов персональных данных 1990 г., а также Модельный закон о персональных данных СНГ 1999 г. Однако наиболее важны Рекомендации Комитета министров СЕ № R(89)2 1989 г. о защите персональных данных, используемых в целях найма, и принятый по линии МОТ Кодекс практики о защите персональных данных работников, выпущенный МБТ в 1996 г.²

2. Из внутреннего законодательства основополагающую роль в регулировании данной сферы общественных отношений имеют гл. 14 ТК РФ «Защита персональных данных работника» и Закон о персональных данных.

3. Иные федеральные законы, затрагивающие оборот персональных данных. Он устанавливаются в том числе случаи, когда обработка персональных данных работника не требует согласия субъекта персональных данных, т. е. работника, что допускает ст. 6 Закона о персональных данных. Это, например, Федеральный закон от 1 апреля 1996 г. № 27-ФЗ «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования»³.

В соответствии со ст. 13 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»

¹ Федеральный закон от 19 декабря 2005 г. № 16-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 52. Ч. 1. Ст. 5573.

² См. об этих актах также: *Гусов К. Н., Лютов Н. Л.* Международное трудовое право. М., 2013. С. 497–513.

³ РГ. 1996. 10 апр. (с изм. и доп.).

ской Федерации»¹ передача сведений, составляющих врачебную тайну, работодателю допускается с согласия гражданина или его законного представителя. Исключением являются случаи, когда информация о состоянии здоровья работника передается работодателю при угрозе распространения инфекционных заболеваний, массовых отравлений и поражений или при наличии оснований, позволяющих полагать, что вред здоровью гражданина причинен в результате противоправных действий, а также в целях расследования несчастных случаев и профессиональных заболеваний.

Федеральными законами могут быть предусмотрены иные случаи передачи персональных данных без согласия работника. Такие исключения предусмотрены и ТК РФ. Так, при несчастном случае с работником работодатель обязан проинформировать соответствующие органы и организации, а при тяжелом несчастном случае (или смерти) — также его родственников. В данной ситуации согласия работника на передачу его персональных данных не требуется (ст. 228 ТК РФ). Перечень оповещаемых органов и сроки направления извещений о несчастном случае установлены ст. 228.1 ТК РФ. Кроме того, работодатель обязан предоставить персональные данные работников государственным инспекторам труда при осуществлении ими контрольно-надзорной деятельности (ст. 357 ТК РФ).

4. Указы Президента РФ регулируют преимущественно отношения, связанные с персональными данными государственных служащих. Это, например, Указ от 30 мая 2005 г. № 609 «Об утверждении Положения о персональных данных государственного гражданского служащего Российской Федерации и ведении личного дела»².

Указом Президента РФ от 18 мая 2009 г. № 557 определен и Перечень должностей федеральной государственной службы, при назначении на которые и при замещении которых госслужащие обязаны представлять сведения о доходах³. Эти сведения также являются персональными данными.

Примечательно, что в отношении этих же лиц в течение двух лет после увольнения должны исполняться требования ст. 64.1 ТК РФ согласно другому Указу Президента РФ от 21 июля 2010 г.

¹ РГ. 2011. 23 нояб. (с изм и доп.).

² РГ. 2005. 7 июня (с изм. и доп.).

³ РГ. 2009. 20 мая.

№ 925¹. В п. 4 данного Указа органам государственной власти субъектов РФ и органам местного самоуправления рекомендовано в двухмесячный срок раз утвердить аналогичный перечень муниципальных служащих, в отношении которых после их увольнения надо соблюдать требования, в том числе заключения трудового договора по ст. 64.1 ТК РФ. Подчеркнем, что такой перечень, согласно вышеуказанной статьи, должен определяться нормативными правовыми актами РФ. Однако не до конца понятно, можно ли считать обязанность бывших государственных или муниципальных служащих сообщить о предшествующем месте работы исполненной представлением трудовой книжки с записью об увольнении, или необходимо отдельное (письменное) сообщение. Напротив, порядок сообщения работодателем о заключении трудового договора представителю прежнего нанимателя (работодателя) государственного или муниципального служащего определен постановлением Правительства РФ от 8 сентября 2010 г. № 700².

5. Постановления Правительства РФ, определяющие особенности обработки персональных данных. Наиболее важными из них являются:

от 1 ноября 2012 г. № 1119 «Об утверждении требований к защите персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных»³;

от 6 июля 2008 г. № 512 «Об утверждении требований к материальным носителям биометрических персональных данных и технологиям хранения таких данных вне информационных систем персональных данных»⁴;

от 15 сентября 2008 г. № 687 «Об утверждении Положения об особенностях обработки персональных данных, осуществляемой без использования средств автоматизации»⁵.

Постановлением Правительства РФ от 16 марта 2009 г. № 228 утверждено Положение о Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций⁶, которая наделена функциями по контролю и надзору, в том числе

¹ РГ. 2010. 23 июля.

² РГ. 2010. 14 сент.

³ СЗ РФ. 2012. № 45. Ст. 6257.

⁴ РГ. 2008. 11 июля.

⁵ РГ. 2008. 24 сент.

⁶ РГ. 2009. 24 марта (с изм. и доп.).

за соответствие обработки персональных данных требованиям законодательства РФ в области персональных данных (п. 1 Положения).

6. Ведомственные акты о персональных данных. В настоящее время большинство министерств и ведомств издали акты, регулирующие обработку персональных данных служащих указанных органов или их оборот в целом. Это, например, приказы: ФСТЭК России № 55, ФСБ России № 86, Мининформсвязи России № 20 от 13 февраля 2008 г. «Об утверждении Порядка проведения классификации информационных систем персональных данных»¹, Федерального фонда обязательного медицинского страхования от 19 августа 2008 г. № 180 «Об утверждении Положения о защите персональных данных работников Федерального фонда обязательного медицинского страхования»².

7. С учетом социального назначения трудового права отдельные общественные отношения, связанные с персональными данными работников, могут регулироваться коллективными договорами, соглашениями. Однако это регулирование может осуществляться только с учетом требований ст. 9 ТК РФ, т. е. коллективно-договорные акты не могут содержать условия, ограничивающие права или снижающие уровень гарантий работников по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права.

8. Локальные нормативные правовые акты, что прямо вытекает из требований п. 2, 3, 7, 8 ст. 86, ст. 87 ТК РФ, с учетом содержания ст. 8 ТК РФ. Наименование такого акта прямо не определено, но по смыслу это может быть Положение об обороте персональных данных или Положение о защите персональных данных. В настоящее время отсутствует типовая форма такого Положения, однако с учетом имеющейся практики в его содержании должны быть включены:

а) цель и задачи в области защиты персональных данных с учетом специфики работодателя;

б) общие требования при обработке персональных данных и гарантии их защиты с указанием на конкретные статьи нормативных правовых актов;

¹ РГ. 2008. 12 апр.

² РГ. 2008. 17 сент.

в) развернутый перечень документов и сведений, содержащих персональные данные работников;

г) особенности порядка обработки персональных данных у данного работодателя (сбор, систематизация, накопление, хранение, использование, распространение и др. персональных данных работника);

д) права работников на обеспечение защиты персональных данных, хранящихся у работодателя;

е) перечень лиц, имеющих доступ к персональным данным;

ж) ответственность за нарушение норм, регулирующих обработку и защиту персональных данных.

Составной частью или Приложением к данному локальному акту должен быть перечень сведений, относящихся к персональным данным работников. Как уже указывалось, права и обязанности работников по обработке и защите персональных данных должны быть отражены также в соответствующих должностных инструкциях и договорах о труде.

Как уже указывалось, содержание п. 2, 3, 7, 8 ст. 86, ст. 87 ТК РФ в совокупности с Законом о персональных данных свидетельствует о необходимости для работодателя принять локальный нормативный акт (лучше с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации) о защите персональных данных работника. Отсутствие такого акта у работодателя будет являться правонарушением и, соответственно, основанием для привлечения к административной ответственности по ст. 5.27 КоАП РФ¹.

В заключение отметим следующее. Персональные данные работников являются видом информации в трудовом праве. В ТК РФ, по нашему мнению, необходимо дать более полное определение персональных данных работника и установить развернутый перечень сведений, которые не могут быть истребованы от работника. К персональным данным работника относятся

¹ Лушников А. М. Защита персональных данных работника: сравнительно-правовой комментарий главы 14 Трудового кодекса РФ // Трудовое право. 2009. № 9. С. 93–101; Лушников А. М., Лушникова М. В. Информация и персональные данные в сфере трудовых отношений // Кадровик. 2013. № 6. С. 19–24; Они же. О перспективах развития законодательства, регулирующего обработку персональных данных // Вопросы трудового права. 2013. № 4. С. 13–20; Они же. Информация и персональные данные в сфере трудовых отношений // Там же. С. 21–26 и др.

сведения, использование которых без его согласия может нанести вред чести, достоинству, деловой репутации, доброму имени, иным нематериальным благам и имущественным интересам.

2.4. О личных правах работника: право на трудовую честь и достоинство; право на возможности в продвижении по работе

О возрастании значения личных неимущественных трудовых прав мы уже неоднократно писали выше, однако их правовая природа до настоящего времени вызывает неоднозначное толкование. Подчеркнем, что все права, о которых речь пойдет в данной главе, могут быть отнесены в той или иной степени именно к этой категории прав.

Для уяснения юридической природы личных неимущественных трудовых прав кратко остановимся на истории проблемы. Австрийский юрист А. Менгер (1841–1907) еще более ста лет назад писал о том, что работник должен иметь возможность требовать уважения и внимания к своим личным интересам. Он предложил законодательно закрепить положение о том, что «всякий ущерб, нанесенный чьим-либо имущественным интересам, равно как и вред, причиненный чьим-либо личным благам, налагают на виновника обязанность возместить убытки, причем безразлично, произошел ли ущерб при исполнении условий договора или же вследствие недозволенного действия»¹.

Этот исследователь прямо утверждал, что «трудовой капитал народа» существенно важнее «его вещного имущества», отдавая приоритет личным неимущественным правам по сравнению с имущественными. Русский юрист С. А. Беляцкий (1874–1944) в начале прошлого века констатировал, что «право возмещения морального вреда есть право униженных и оскорбленных» эксплуатируемых лиц, т. е. преимущественно наемных работников².

Устав о промышленном труде (УПТ) (изд. 1913 г.) предполагал взыскание в пользу работника «особого вознаграждения» за нарушение сроков выплаты зарплаты (ст. 55), что с определенной долей условности можно считать компенсацией морального вреда.

¹ См.: Менгер А. Гражданское право и неимущие классы населения. СПб., 1906. С. 65.

² См.: Беляцкий С. А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. М., 1996. С. 59–60.

Статья 594 УПТ допускала вознаграждение рабочих и членов их семей за причиненный им вред и убытки на общем основании законов гражданских. Последние опосредовали в том числе защиту личных неимущественных прав. Но в целом в трудово-правовой науке личным неимущественным правам не уделялось достаточного внимания.

На первый взгляд личный и определенный характер трудовых отношений не позволяет четко разграничить их имущественный и личный неимущественный сегменты. Очевидно, что имущественная составляющая превалирует только в отношениях, связанных с оплатой труда и возмещением материального вреда. Но даже в этих случаях выплата или возмещение осуществляется только конкретному работнику (личностный элемент). Это снимает вопрос об уступке права требования (цессии) на уже начисленную, но еще не выплаченную зарплату и иные выплаты. Передача права на получение зарплаты посредством доверенности регулируется уже гражданским правом. Кроме того, форма, порядок, сроки и место выплаты определяется, как правило, нормативными правовыми актами (организационный элемент). Все это позволяет говорить о наличии относительно обособленной категории прав человека, а именно о трудовых правах. Их деление на имущественные и неимущественные представляется до известной степени условным, тем более что все они являются личными. Оно может быть проведено только по преобладающему содержанию и юридическому характеру.

Тем не менее постановка проблемы о личных неимущественных трудовых правах представляется нам актуальной в силу целого ряда причин. Во-первых, такой подход позволяет глубже изучить юридическую природу особой группы трудовых прав, в содержании которых является основной личная доминанта (право на равное обращение и защиту от дискриминации в трудовых отношениях; право на защиту персональных данных и неприкосновенность личной жизни в трудовых отношениях; право на полную и достоверную информацию; право на защиту чести, достоинства и деловой репутации в период трудовой деятельности, право на профессиональную подготовку, право на продвижение по службе и др.). Во-вторых, это позволит более четко разграничить предметы трудового и гражданского права, определить их точки соприкосновения и сферы пересечения. Наконец, в XXI в. именно эти права приобретают все более важное значение.

Традиционно личные неимущественные права исследовались преимущественно учеными-цивилями. С этим можно связать попытки некоторых из них доказать, что гражданское право не только охраняет, но и регулирует все личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными¹. Это прямо противоречит как ГК РФ (ст. 2, 150), так и ТК РФ (ст. 5). Более того, метод правового равенства сторон, свойственный гражданскому праву, не может быть применен к отношениям, где это равенство отсутствует или ограничено. Отсюда очевиден вывод о том, что большинство личных неимущественных прав гражданским законодательством регулироваться не может (права, связанные со свободой передвижения, с благоприятной окружающей средой, с информацией и др.). Такие основополагающие права человека, как право на жизнь, здоровье, неприкосновенность личности, регулируются целым комплексом отраслей права.

В этой связи можно согласиться с мнением С. С. Алексеева, С. Н. Братуся и целого ряда других ученых, согласно которому личные неимущественные отношения нетипичны для гражданского права и попали в его сферу в силу сложившегося правового вакуума и некоторого сходства методов правового регулирования. Стремление к гражданско-правовому универсализму уже привело к тому, что выделено 20 личных неимущественных прав, включающих в себя 43 правомочия и 19 субправомочий². Как говорится, совершенству нет предела. Более того, В. А. Тархов (1913–2010) высказал более радикальное мнение, согласно которому отношения, возникающие по поводу личных благ, не связанных с имущественными отношениями (например, честь, достоинство), составляют предмет отрасли государственного права. Но это не исключает, по справедливому замечанию ученого-цивиляста, иного отраслевого регулирования случаев, непосредственно

¹ См.: Гражданское право: в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2004. С. 7–8 (автор главы — Н. Д. Егоров). При этом непонятно, что автор имеет в виду под взаимной оценкой нематериальных благ в нравственной или социальной форме, которая определяет их принадлежность гражданскому праву. Весьма непоследовательна позиция и тех ученых (О. А. Красавчиков, Н. С. Малеин), которые признают очевидное: личные неимущественные права регулируются и защищаются целым комплексом разноотраслевых норм, но при этом они почему-то не теряют своей отраслевой гражданской принадлежности.

² См.: *Дробышевская Т. В.* Личные неимущественные права граждан и их правовая защита. Красноярск, 2001. С. 93.

связанных с предметом специальных отраслей¹. Заметим, что трудовое право — один из таких примеров, случаев.

Гораздо более взвешенной выглядит позиция, согласно которой гражданское право регулирует только три вида личных неимущественных отношений, связанных с имущественными: 1) по поводу результатов интеллектуальной деятельности; 2) по поводу средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ услуг и предприятий; 3) иные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности сторон².

Более соответствующей законодательству и правовым реалиям является позиция, согласно которой личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, только защищаются и охраняются, но не регулируются гражданским правом³.

Достаточно часто встречаются утверждения о том, что личные неимущественные права регулируются различными отраслями законодательства, в том числе гражданским, государственным, семейным, трудовым и др.⁴ Отрадно, что многие цивилисты признают большую социальную ценность неимущественных прав по сравнению с имущественными⁵.

Если исходить из содержания п. 2 ст. 2 ГК РФ, то неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ. В личных неимущественных трудовых правах этого «иного» более чем достаточно.

Примечательно, что, с точки зрения некоторых специалистов по гражданскому праву, практически все личные неимущественные права работников могут быть отнесены к охраняемым законам интересам, так как в сугубо цивилистическом разрезе этим правам может корреспондировать только пассивное пове-

¹ *Тархов В. А.* Предмет гражданского права. Личные неимущественные отношения // *Гражданское право.* 2009. № 2 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: *Гражданское право:* в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М., 2010. С. 18 (автор главы — В. В. Ровный).

³ См.: *Гражданское право.* Т. 1 / под ред. Е. А. Суханова. М., 1998. С. 32–33. Аналогичную позицию занимали С. Н. Братусь, О. С. Иоффе и большинство других известных цивилистов.

⁴ *Малеина М. Н.* Указ. соч. С. 8.

⁵ См.: *Малеин Н. С.* Гражданский закон и права личности в СССР. М., 1981. С. 24 и др.

дение всех других лиц¹. Очевидно, что в трудовом праве в силу характера трудовых отношений такая конструкция потребует корректировки.

Неимущественная сторона трудового правоотношения, связанная с его личностным признаком, стала объектом специального исследования советских ученых-трудовиков с начала 60-х гг. XX в. М. И. Бару показал в контексте права на трудовую честь единство сосуществования в трудовом правоотношении имущественной и неимущественной сторон. В первом случае, по его мнению, участнику правоотношения обеспечивается материальный интерес не только в оплате по труду, но и обеспечению безопасных и здоровых условий труда. Во втором случае речь идет о моральном интересе. Неимущественная сторона трудового правоотношения выражается в моральной оценке труда работника. Из этой посылки М. И. Бару выводит неимущественное субъективное право работника на трудовую честь. Оно включает в себя право притязать на моральную оценку труда и право требовать устранения всяких нарушений и ущемлений трудовой чести работника. Свообразным проявлением и продолжением этого права, по мнению Бару, рассматривается право на поощрение и право на выдвижение по служебной лестнице².

Р. З. Лившиц относил право на трудовую честь к основным трудовым правам, неимущественному элементу трудовых отношений, который пронизывает большую часть институтов трудового права. При этом в содержание этого права также включались правомочия на действия по оценке трудовой чести. К таковым относились, с одной стороны, конкретные действия, которыми высоко оценивается трудовая честь в виде поощрений работника, продвижения по работе, предоставлении льгот, с другой — конкретные действия, которыми принижается трудовая честь (привлечение к дисциплинарной и материальной ответственности, увольнение за нарушение трудовой дисциплины и др.)³.

¹ См.: *Апранич М. Л.* Проблемы гражданско-правового регулирования личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 5–6, 20–22.

² См.: *Бару М. И.* Охрана трудовой чести по советскому законодательству. М., 1966. С. 15–19.

³ См.: *Иванов С. А., Лившиц Р. З.* Личность в советском трудовом праве. М., 1982. С. 112–113.

Право работника притязать на моральную оценку труда в дальнейшем исследовалось советскими учеными-трудовиками в русле программных документов КПСС, социальной политики партии. Так, А. С. Пашков и В. Г. Ротань писали, что «социализму имманентно присущ трудовой характер образа жизни: одинаковая для всех обязанность трудиться становится правилом социалистического общежития, а отношение к труду — решающим критерием нравственной оценки личности... В трудовом законодательстве можно было бы прямо указать на задачу трудового законодательства содействовать развитию способностей личности»¹.

Между тем специалисты по гражданскому праву оспаривали возможность приданию праву на честь и достоинство положительного (позитивного) содержания. Так, Б. Б. Черепахин (1894—1969) еще в 1969 г. писал о праве на честь и достоинство: «Его нельзя понимать в смысле права на почет и уважение по заслугам, как это делает О. С. Иоффе, определяя право на честь и достоинство в качестве права “гражданина требовать, чтобы общественная морально-политическая оценка его личности формировалась и складывалась на основе правильного восприятия того, что он сделал или чего он не сделал”»².

Впрочем, О. С. Иоффе (1920—2005) позднее признал право на честь и достоинство в качестве чисто охранительного права, включающего только правомочие на защиту в случае его нарушения. С некоторыми оговорками можно согласиться с преобладающим среди специалистов по гражданскому праву мнением о том, что право на честь и достоинство лишено положительного содержания. Оно не дает право субъекту требовать почета и уважения, а также мер морального поощрения, если применение таких мер не предусмотрено в законодательстве за достижение конкретных показателей, либо не закреплено в договорном порядке.

Согласно Конституции РФ (ст. 1) ничто не может быть основанием для умаления достоинства личности. Это положение сопрягается с ключевым для концепции естественных прав понятием, как достоинство человека.

¹ См.: Пашков А. С., Ротань В. Г. Социальная политика и трудовое право. М., 1986. С. 192, 207.

² См.: Черепахин Б. Б. Охрана личных прав граждан, не связанных с имущественными правами // Гражданско-правовая охрана интересов личности. М., 1969. С. 58.

В ТК РФ впервые легально было закреплено право работника на защиту своего достоинства (ст. 2). При этом воспринята юридическая конструкция права на защиту достоинства в период трудовой деятельности как охранительного права. В Международном пакте о гражданских и политических правах (1966 г.) провозглашалось также и право на защиту чести и репутации: никто не может подвергаться незаконным посягательствам на его честь и репутацию. Таким образом, правовой защите подлежат в качестве нематериальных благ достоинство, трудовая честь и деловая (профессиональная) репутация.

В действующем законодательстве не содержится дефиниций перечисленных понятий. В правовой науке они определены как морально-правовые категории с присущими им специфическими свойствами. При анализе этих понятий различные авторы дают не тождественные, но близкие по содержанию определения. Достоинство — самооценка личности, осознание ею своих личных качеств, способностей, мировоззрения, выполненного долга и своего общественного значения. Честь — морально-правовая категория позитивно-объективного характера, определяющая общественную оценку личности. Если репутация — это сложившееся о лице мнение, основанное на оценке общественно значимых его качеств, то деловая репутация — оценка профессиональных качеств¹.

На наш взгляд, достоинство человека как объект правовой защиты, в отличие от чести и деловой репутации, указывает на общепринятый равный стандарт нравственных качеств, присущих любому человеку в силу его природы. Достоинство требует уважения любого лица как человека, это несомненное свойство всякой личности, присущее ей от рождения. Речь идет о естественно-правовом начале уважения достоинства любого человека. Иными словами, всякий человек имеет естественное право на достоинство, на уважение его со стороны других лиц. В позитивном праве должен закрепляться принцип признания равного достоинства всех членов общества. В юридическом процессе достоинство человека не нуждается в доказывании, это свойство, присущее

¹ См.: Гражданское право: в 3 т. Т. 1 / отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2004. С. 383; *Малеина М. Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2000. С. 136, 137; *Эрделевский А. М.* Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. М., 2000. С. 108 и др.

любому человеку. Фундаментальное значение категории «достоинство человека» как основы всей системы естественных прав закреплено в преамбуле Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), которая гласит: «Признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира». В ст. 12 Всеобщей декларации закреплено положение о том, что никто не может подвергаться произвольному посягательству на его честь и достоинство.

Здесь отметим, что применительно к трудовым отношениям эта проблема приобретает особую значимость в связи с характером нарушений личного достоинства работника на рабочем месте. Достаточно напомнить о несамостоятельном, зависимом характере труда, нахождении работника в сфере хозяйской власти работодателя и пределах этой власти над работником. Еще в начале прошлого века Л. С. Таль писал о проблемах власти над человеком в отношениях личного найма¹.

В современных исследованиях по российскому трудовому праву неимущественные (личные) компоненты трудовых прав работника связывают также с неприкосновенностью личной (частной) жизни. Так, некоторые авторы называют следующие составляющие права работника на неприкосновенность личной жизни на рабочем месте:

1) неприкосновенность средств личного общения работника, если на служебный адрес, служебные средства связи работника приходит информация частного характера;

2) неприкосновенность частной документации работника;

3) неприкосновенность внешнего облика работника;

4) неприменение средств аудиовизуального контроля за поведением работника на рабочем месте;

5) физическая неприкосновенность работника (обыски, досмотры и т. п.);

6) неприменение средств специального контроля за достоверностью информации, предоставляемой работником (например, использование «детектора лжи»)².

¹ См.: Таль Л. С. Проблемы власти над человеком в гражданском праве // Юридический вестник. 1913. Кн. 3. С. 103–110.

² См.: Трудовое право России: проблемы теории. Екатеринбург, 2006. С. 179–181.

Следует согласиться, что в действующем трудовом законодательстве отсутствуют правовые конструкции, позволяющие говорить о гарантиях неприкосновенности личной жизни работника.

Профессиональная (деловая) репутация, трудовая честь как объекты защиты в своей основе имеют не принцип признания равного права, а принцип индивидуализации права на трудовую честь и репутацию, признания его как индивида, отличающегося от других лиц. В трудовом праве право на трудовую честь, деловую репутацию не ограничивается охранительной компонентой, как право требовать от всех окружающих не принижать трудовую честь и достоинство работника. В случаях, предусмотренных локальными нормативными актами, социально-партнерскими договорами, трудовыми договорами, работник вправе претендовать на поощрение (материальное, моральное, продвижение по службе).

В настоящее время защита перечисленных нематериальных благ осуществляется средствами уголовного и гражданского права. В соответствии с гражданским законодательством в случае посягательств на названные нематериальные блага лицо вправе по суду требовать опровержения сведений, порочащих честь, достоинство, деловую репутацию, возмещения убытков и компенсации морального вреда¹. По действующему российскому законодательству право на честь, достоинство и деловую репутацию относится к гражданским неимущественным правам. Они неразрывно связаны с личностью носителя: не могут отчуждаться или передаваться иным способом другим лицам ни по каким основаниям. Нематериальные блага (права) граждане и юридические лица приобретают либо в силу рождения (создания), либо в силу закона. Жизнь, здоровье, достоинство личности, честь и доброе имя — это те блага, которые гражданин приобретает при рождении. Применительно к юридическим лицам в силу их создания возникают такие нематериальные права, как деловая репутация². Право на честь, достоинство и деловую репутацию является абсолютным субъективным правом ввиду того, что субъективному праву управомоченного лица корреспондирует

¹ См. также: постановление Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // БВС РФ. 2005. № 4.

² Малеина М. Н. Указ. соч. С. 138.

обязанность неопределенного круга лиц. Суть этой всеобщей обязанности заключается, как уже отмечалось, в воздержании от посягательств на честь, достоинство и деловую репутацию индивида или юридического лица.

Трудовое законодательство не предусматривает в этой части особых отраслевых способов защиты прав работников. Между тем международная практика, зарубежный опыт свидетельствуют о необходимости легализации таких способов, так как гражданско-правовые способы защиты личных трудовых прав не обеспечивают их восстановления в полной мере. Достоинство работника в период трудовой деятельности является объектом международно-правовой защиты. Ранее мы уже упомянули Всеобщую декларацию прав человека. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, ратифицированная РФ, гласит: «Никто не должен подвергаться пыткам и бесчеловечному или унижающему достоинство обращению или наказанию»¹. В Европейской социальной хартии особо предусматривается право работника на защиту своего достоинства по месту работы (ст. 26). В Европейском союзе действует Директива от 27 ноября 2000 г. 2000/78/ЕС, устанавливающая равенство обращения в сфере труда и занятости. В Директиве поведение, имеющее целью создать враждебную, унижающую достоинство человека, или оскорбительную обстановку, определено как преследование работника и приравнивается к дискриминации трудовых прав. В Хартии ЕС об основных правах (ст. 1) указано: «Человеческое достоинство неприкосновенно. Оно подлежит уважению и защите. Каждый человек имеет право на собственную физическую и психическую целостность».

В этой части особый интерес представляет трудовое законодательство Франции. В связи с принятием в 2002 г. специального закона о защите работников от морального преследования на рабочем месте в Трудовой кодекс были внесены соответствующие дополнения о способах защиты права на достоинство работника в период трудовой деятельности. При этом моральное преследование может носить как «вертикальный» характер со стороны работодателя, так и «горизонтальный» со стороны сослуживцев. Назовем основные способы защиты. Во-первых, работник наделяется правом приостановить работу в случае, если есть разумное

¹ СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514.

основание полагать, что рабочая обстановка представляет собой для него неминуемую и серьезную опасность, а часы простоя подлежат оплате. Во-вторых, работник вправе предупредить, направить соответствующую жалобу о моральном преследовании в представительные органы на предприятии (Комитет по гигиене, безопасности и условиям труда, Комитет предприятия, делегаты персонала). В-третьих, он может направить жалобу инспектору труда, который обязан предпринять попытки для примирения сторон конфликта; обратиться в суд. При этом бремя доказывания фактов лежит на работодателе. Работодатель должен доказать, что его действия не имеют характер морального преследования. Суд может переqualифицировать увольнение работника по собственному желанию, подвергшегося моральному преследованию со стороны работодателя, на расторжение договора по вине работодателя со всеми предусмотренными в этом случае последствиями. В-четвертых, представители профсоюзных организаций вправе обращаться в суд с иском в защиту работников, подвергшихся моральному преследованию, при условии, что на это имеется его письменное согласие¹.

На наш взгляд, названный зарубежный опыт достоин заимствования российским законодателем. Он адекватно соответствует принципам российского трудового права.

О праве на равные возможности в продвижении по работе

В Рекомендации МОТ № 111 «О дискриминации в области труда и занятий» (1958 г.) предусматривается, что все лица должны пользоваться без дискриминации равенством возможностей и обращения в отношении продвижения по работе сообразно их личным характеру, знаниям и стараниям. Европейская социальная хартия называет это право правом на равные возможности и равное обращение без дискриминации по признакам пола в области профессиональной карьеры, включая поощрение. В ТК РФ в перечне основных принципов правового регулирования называет обеспечение равенства возможностей работников без всякой дискриминации на продвижение по работе с учетом производительности труда, квалификации и стажа работы по спе-

¹ См. подробнее: *Рекош К. Х.* Правовое регулирование во Франции вопроса о моральном преследовании на рабочем месте // Трудовое право. 2002. № 10. С. 71–80; *Он же.* Моббинг как новый рецидив эксплуатации // Там же. 2002. № 12. С. 84–85.

циальности (ст. 3). Перечень критериев оценки работника можно дополнить указанными в международных актах личностными характеристиками работника¹.

Большинство работников заинтересованы в карьерном росте, который означает как высокую оценку их прошлого труда, так и повышение социального статуса на будущее. Как правило, это связано и с повышением заработной платы. При этом остается открытым вопрос о праве работника требовать повышения по службе, что в некотором роде сходно с оценкой права требовать морального поощрения за добросовестный труд.

В советском трудовом законодательстве названное право трактовалось несколько в ином ключе без акцентов на запрет дискриминации. КЗоТ РСФСР 1971 г. в качестве меры поощрения предусматривал преимущество при продвижении по работе (ст. 133), предоставление работы в соответствии с полученной квалификацией по завершении профессионального обучения на производстве (ст. 186). В советской науке рассматриваемое право работников было предметом специального исследования. Основная дискуссия развернулась по вопросу о природе права на продвижение по работе. Первая группа авторов (М. И. Бару, М. В. Молодцов, В. Г. Соيفер, К. П. Уржинский и др.) рассматривала право на продвижение по работе как субъективное право в трудовом правоотношении, которое было основано, по мнению одних, на законе и вытекало из закона.

Так, К. П. Уржинский считал необходимым принятие специального закона о продвижении рабочих и служащих. В нем должны были бы быть закреплены принципы продвижения (добровольность, объективность, гласность продвижения, участие трудового коллектива в организации и контроле за продвижением, надежность гарантий для выдвиженцев и др.). Он также должен был установить правила работы с резервом, систематизировать гарантии для продвижения². По мнению других ученых, оно возникало у работника лишь в силу специального соглашения

¹ См.: Трудовое право России: проблемы теории. Екатеринбург, 2006. С. 177.

² См.: Уржинский К. П. Правовые проблемы организации труда рабочих и служащих и укрепление трудовой дисциплины. Калинин, 1984. С. 40–42; *Он же*. Гарантии права на труд. М., 1984. С. 125–126.

о продвижении, включенного в качестве одного из условий в трудовой договор¹.

Вторая группа авторов (О. В. Смирнов (1926–2010), Б. К. Бегичев (1924–1986)) признавала право на продвижение в качестве элемента трудовой правоспособности. Реализацию этого права они связывали либо с наличием в организации соответствующих вакантных должностей², либо с наличием условий, названных в законе³.

Третьи авторы (Р. З. Лившиц, А. И. Ставцева и др.) отрицали наличие у работника субъективного права на продвижение и вели речь о преимуществе, преимущественном праве работника на продвижение по служебной лестнице, поскольку это связано как с наличием вакантных работ, так и с согласием работника на перевод на другую более квалифицированную работу⁴.

Выводы

1. Профессиональная (деловая) репутация, трудовая честь как объекты защиты в своей основе имеют не принцип признания равного права, а принцип индивидуализации права на трудовую честь и репутацию, признания его как индивида, отличающегося от других лиц. В трудовом праве право на трудовую честь, деловую репутацию не ограничивается охранительной компонентой, как право требовать от всех окружающих не принижать трудовую честь и достоинство работника. В случаях, предусмотренных локальными нормативными актами, социально-партнерскими договорами, трудовыми договорами, работник вправе претендовать на поощрение (материальное, моральное, продвижение по службе).

2. Достоинство человека как объект правовой защиты, в отличие от чести и деловой репутации, указывает на общепринятый равный стандарт нравственных качеств, присущих любому человеку в силу его природы. Достоинство требует уважение любого

¹ См.: *Молодцов М. В., Сойфер В. Г.* Стабильность трудовых правоотношений. М., 1976. С. 87.

² См.: *Смирнов О. В.* Эффективность правового регулирования организации труда на предприятиях. М., 1968. С. 92–94.

³ См.: *Бегичев Б. К.* Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 145–146.

⁴ *Лившиц Р. З.* Заработная плата в СССР. М., 1972. С. 61; *Ставцева А. И.* Правовые вопросы перераспределения трудовых ресурсов. М., 1974. С. 92.

лица как человека, это несомненное свойство всякой личности, присущее ей от рождения. Речь идет о естественно-правовом начале уважения достоинства любого человека. Иными словами, всякий человек имеет естественное право на достоинство, на уважение его со стороны других лиц. В позитивном праве должен закрепляться принцип признания равного достоинства всех членов общества. В юридическом процессе достоинство человека не нуждается в доказывании, это свойство, присущее любому человеку. Фундаментальное значение категории «достоинство человека» как основы всей системы естественных прав.

3. Опираясь на действующее трудовое законодательство и международные стандарты трудовых прав, отметим, что право на профессиональную карьеру определяется как «право на право», т. е. в качестве правовой возможности (элемента трудовой правосубъектности) работника. Трудовым законодательством обеспечиваются равные возможности (без дискриминации) претендовать на продвижение по работе. При этом критериями оценки служат производительность труда, квалификация и стаж работы. Мы это называем «охраняемым законом интересом», когда законодатель определяет границы, порядок реализации работником «права на право».

4. Работодатель вправе, но не обязан обеспечить работнику продвижение по работе, но если он этим правом воспользовался, то обязан соблюдать требования о запрете дискриминации и учете объективных критериев (квалификации, стажа работы и др.). Речь идет о защите трудовых интересов работника. Интерес может перерасти в субъективное право, но только в случае, когда на работодателя будет возложена обязанность предоставить работнику работу более высокой квалификации в случаях прямого указания закона, либо локального нормативного акта, либо индивидуального трудового договора.

2.5. Об интеллектуальных правах работников

По данным различных организаций, в том числе и иностранных, более 80% изобретений создаются как служебные¹. В этой

¹ Так, по данным Федерального ведомства ФРГ по патентам и товарным знакам, в 2006 г. 87% всех изобретений были заявлены как служебные (см. подробнее: *Rüve L. Internationales Arbeitnehmererfinderprivatrecht. Die Einzelerfindung und die Gemeinschaftserfindung von Arbeitnehmern im*

связи особый интерес представляет проблема обеспечения и защиты интеллектуальных прав работников.

Одной из сфер пересечения предметов регулирования и научных исследований трудового и гражданского права является правовое опосредование результатов интеллектуальной деятельности: служебные произведения, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, служебный секрет производства. В конечном итоге речь идет об интеллектуальных правах работников. С принятием части четвертой Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) интеллектуальные права приобрели исключительно цивилистическую окраску. Между тем правовое регулирование интеллектуальной собственности (интеллектуальных прав) следует отнести к сфере комплексного законодательства, включающего нормы не только гражданского права, но и в значительной части административного права, а в отношении служебных результатов интеллектуальной деятельности — также и трудового права¹. В. Ф. Яковлев, анализируя часть четвертую ГК РФ, отмечал, что «ни одна сфера отношений не может быть эффективно урегулирована нормами только одной отрасли права. В комментируемых правоотношениях комплексное воздействие многих отраслей права особенно важно. Должны быть использованы многие отрасли права — гражданское, административное, уголовное, антимонопольное, налоговое (патентные пошлины) и т. д.»².

В научной литературе неоднократно высказывалось мнение, что трудовое право выделилось из гражданского. Это по существу неверно, как и утверждение о его выделении из административного

Internationalen Privatrecht Deutschlands, Europas und der Vereinigten Staaten von Amerika. Herbert Utz Verlag. München, 2009. S. 1). По данным одной из европейских компаний, специализирующейся в области правовой охраны интеллектуальной собственности, более 80% всех изобретений являются служебными (<http://www.ipeg.eu/?p=2532>).

¹ См. о комплексном характере законодательства об интеллектуальной собственности (интеллектуальных правах): *Еременко В. И.* О части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2007. № 4; *Коршунов Н. М.* Право интеллектуальной собственности: российская модель // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

² *Яковлев В.* Основные новеллы раздела VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Хозяйство и право. 2007. № 9. С. 10.

права. Но межпредметная связь трудового права с гражданским несомненна, что требует пристального внимания как ученых-трудовиков, так и цивилистов¹. К сожалению, ряд новелл части четвертой ГК РФ вызывает на практике неоднозначное толкование в силу рассогласования в правовом регулировании интеллектуальных прав на служебные произведения, изобретения и др.

ГК РФ оперирует понятиями «творческий труд» (ст. 1228, 1257, 1347 и др.), «служебное произведение», созданное в пределах, установленных для работника трудовых обязанностей (ст. 1295), «служебное изобретение, полезная модель или промышленный образец, созданные работником в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя (ст. 1370), служебная типология (ст. 1461), вознаграждение работника, служебный секрет производства (ст. 1470).

Согласно ГК РФ (ст. 1228) автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат. Таким образом, результаты интеллектуальной деятельности как юридические факты обусловлены, связаны с творческим трудом. Но в ГК РФ отсутствует легальная дефиниция творческого труда. Следует предположить, что эту дефиницию можно обнаружить в иной отрасли — трудовом праве.

Между тем в теории трудового права и законодательной практике дефиниция «творческий труд» работника также не получила необходимого и однозначного обоснования. Как уже указывалось, в современной российской науке трудового права проблемы творчества и свободы творчества работников стали предметом специальных исследований представителей пермской школы трудового права. Творческая активность работников рассматривается как элемент обязанности соблюдения трудовой дисциплины, и эта обязанность, в свою очередь, представляет собой и элемент содержания трудовых индивидуальных правоотношений. Более того, в каждом виде трудовой деятельности присутствует «творческое отношение». Речь идет о профессиональном творчестве, правовыми гарантиями которого в трудовом праве признаются льготы и преимущества, предусмотренные трудовым законодательством,

¹ См. подробнее: *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 378—390.

локальными нормативными актами¹. Таким образом, творческим характером наделяется трудовая деятельность по любой профессии, специальности, должности.

Еще в советской науке трудового права разграничивались понятия «творческое отношение к труду» и «творческий труд». Творческое отношение к труду возможно в любой сфере трудовой деятельности, по любой специальности, в том числе и тогда, когда разработка или создание новых произведений, машин, технологии и т. п. не являются конечной целью трудового процесса. Творческий труд (творческий характер труда) в собственном значении этого слова — это прежде всего труд творческих работников, авторов, работающих в различных отраслях науки, техники, культуры и искусства, основная цель которого создание авторского произведения².

В действующем трудовом законодательстве, в ТК РФ применяется понятие «творческие работники» в названном значении (ст. 59, 351 и др.). К творческим работникам относятся работники средств массовой информации, организаций кинематографии, театров, театральных и концертных организаций, цирков и иных лиц, участвующих в создании и (или) исполнении (экспонировании) произведений в соответствии с перечнем профессий, должностей этих работников, утверждаемыми Правительством РФ с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений³.

Такое определение творческой деятельности и творческих работников созвучно с указанными дефинициями, содержащимися в Основах законодательства Российской Федерации о культуре (1992 г.), где под творческим работником понимается физическое лицо, которое создает или интерпретирует культурные ценности⁴. Соответственно творческая деятельность — это создание культурных ценностей и их интерпретация. Творческая деятельность составляет содержание трудовой функции творческих работников.

В гражданском законодательстве «творческий труд» применяется в ином значении. Он связан с интеллектуальной деятель-

¹ См.: Бугров Л. Ю., Худякова С. С., Варламова Ю. В. и др. Творчество и трудовое право. Пермь, 1995; Михайлова Н. С. Трудовое право и творчество преподавателей вузов. Пермь, 2003, и др.

² См.: Орлов А. Г. Право и инициатива в труде. М., 1982. С. 15–16.

³ СЗ РФ. 2007. № 19. Ст. 2356.

⁴ РГ. 1992. 17 нояб.

ностью и охватывает не только сферы литературы, искусства, но и научно-технической деятельности (ст. 1225 ГК РФ). В этой связи разграничиваются два основных вида результатов интеллектуальной деятельности творческого характера: а) произведения науки, литературы и искусства как объекты авторских прав; б) изобретения, полезные модели и промышленные образцы как объекты патентных прав в научно-технической сфере.

Думается, что в целях регулирования отношений в гражданском праве определение творческого труда формализуется с помощью следующих основных признаков.

Во-первых, результаты творческого труда имеют легальное авторство. Автор результата интеллектуальной деятельности как субъект гражданских правоотношений наделяется интеллектуальными правами. Эти права подразделяются на три категории:

1) личные неимущественные права (право авторства, право на имя и иные личные неимущественные права) — это неотчуждаемые и непередаваемые права, которые всегда принадлежат автору результата интеллектуальной деятельности, охраняются бессрочно;

2) исключительные права — это имущественные права, которые первоначально возникают у автора, но могут передаваться другим лицам по договору, а также по иным основаниям, установленным законом. Исключительные права имеют, как правило, срочный характер, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ (ст. 1230);

3) иные права — это право следования, право доступа и иные права, предусмотренные ГК РФ (часть четвертая).

Во-вторых, творческий труд предполагает личный творческий вклад автора в создание результатов интеллектуальной деятельности.

Не признаются авторами результата интеллектуальной деятельности лица, не внесшие личного творческого вклада в создание такого результата, в том числе оказавшие его автору только техническое, консультационное, организационное или материальное содействие или помощь либо только способствовавшие оформлению прав на результат или его использование, а также граждане, осуществляющие контроль за выполнением соответствующих работ (ст. 1228 ГК РФ).

В-третьих, творческий труд в гражданско-правовом значении предполагает закрытый перечень охраняемых гражданским законодательством результатов интеллектуальной деятельности (ст. 1225

ГК РФ). Следует отметить, что включение в ГК РФ исчерпывающего перечня результатов интеллектуальной деятельности вызывает на практике сомнения ввиду динамичности отношений в сфере правового регулирования интеллектуальной собственности. Однако в настоящее время этот перечень остается закрытым, поэтому в качестве формального критерия творческого труда можно назвать легальное признание результата этого труда законом.

Исключительно по формальному критерию в перечень результатов интеллектуальной деятельности включены секреты производства. Они не имеют авторства, а только правообладателя, и далеко не всегда являются результатом творческого труда, о чем речь пойдет ниже.

Служебное произведение, служебное исполнение, служебное изобретение (полезная модель, промышленный образец)¹, служебное селекционное достижение, служебная топология и трудовые обязанности работника.

Определение перечисленных выше терминов «служебный», «в пределах или в связи с исполнением трудовых обязанностей», «конкретное задание работодателя» ГК РФ не содержит. Это означает, что они должны применяться в том значении, в каком они используются в «материнских» отраслях (в нашем случае в трудовом законодательстве). Начнем с того, что термин «служебный» в настоящее время сопрягается не с трудовыми отношениями, основанными на трудовом договоре, а с законодательством о государственной гражданской службе². В последнем случае речь идет о служебном контракте, служебных обязанностях. Термин «служащий» используется в ТК РФ в связке с термином «профессии рабочих» (ст. 129, 143 ТК РФ). Таким образом, применение в гражданском законодательстве квалифицирующего признака «служебное» (произведение, изобретение и др.) далеко не корректно и многозначно. На наш взгляд, этот термин охватывается иными квалифицирующими понятиями — «результаты интеллектуальной деятельности работников, государственных и муниципальных служащих».

Аналогичная ситуация складывается и в отношении предусмотренных ГК РФ формулировок служебных результатов

¹ Далее по тексту — служебные изобретения, так как служебные изобретения, служебные полезные модели и промышленные образцы имеют одинаковый (однородный) правовой режим.

² Федеральный закон от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

интеллектуальной деятельности со ссылкой на трудовые обязанности работника. В отношении служебного произведения применяется критерий «созданное в пределах установленных для работника трудовых обязанностей» (ст. 1295 ГК РФ), служебное исполнение — «созданное в порядке выполнения служебного задания» (ст. 1320 ГК РФ); служебного изобретения — «созданное работником в связи с выполнением трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя» (ст. 1370 ГК РФ); служебного селекционного достижения — «созданное, выведенное или выявленное работником в порядке выполнения своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя» (ст. 1430 ГК РФ); служебной топологии — «созданной работником в связи с выполнением трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя» (ст. 1461 ГК РФ).

Полагаем, что эту «игру терминов» «в пределах и в связи с выполнением трудовых обязанностей», которую можно толковать весьма разнообразно, можно (и должно) было бы избежать. Для этого нашему законодателю следовало бы квалифицировать законодательство о защите результатов интеллектуальной деятельности как комплексное, находящееся на пересечении правовых сфер различных отраслей права. В этом случае совершенно очевидным стало бы включение в рассматриваемые дефиниции служебных результатов интеллектуальной деятельности (результаты интеллектуальной деятельности работников и государственных, муниципальных служащих) термина «трудовая функция» (ст. 57 ТК РФ).

Создание результатов интеллектуальной деятельности (произведений, селекционного достижения) «в пределах установленных работнику трудовых обязанностей или в порядке выполнения трудовых обязанностей», «в порядке выполнения служебного задания» охватывается понятием трудовой функции работника, предусмотренной трудовым договором. В трудовую функцию работника могут входить творческие работы, завершающиеся созданием (исполнением) произведений науки, литературы и искусства. Трудовая функция (работа по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации, конкретный вид поручаемой работы) является обязательным условием трудового договора (ст. 57 ТК РФ).

Иная ситуация имеет место в отношении служебных изобретений, служебной топологии, которые не создаются в рамках (пределах) трудовой функции работника. Именно поэтому законодатель и применил термин «в связи с выполнением трудовых обязанностей». Охраноспособный результат интеллектуальной деятельности создается за рамками трудовой функции работника, предусмотренной трудовым договором. Это проявление творческой инициативы работника, реализация его трудовых прав, а не исполнение обязанностей. Использование в данном случае выражения «в связи с выполнением» означает, что трудовые обязанности не могут заключаться в создании изобретений; работодатель не может обязать работника создать изобретение.

Творческая новаторская трудовая деятельность работника в данном случае представляет собой проявление «трудовой инициативы», так называемое сверхнормативное поведение, характеризующееся разработкой и внедрением новых идей организации труда и управления, передовых починов, новых приемов, методов труда и технических новшеств. Как уже отмечалось, в советской науке трудового права особое место отводилось исследованиям понятия инициативы в труде, роли трудового права в развитии трудовой инициативы и трудовых починов. В качестве одного из принципов советского трудового права назывался принцип обеспечения всемерного содействия развитию трудовой инициативы работников и выделялось среди субъективных прав работника право на инициативу в труде.

Как уже отмечалось выше, в ГК РФ (часть четвертая) в определении служебных результатов интеллектуальной деятельности применяются термины «служебное задание» и «конкретное задание работодателя». С помощью системного толкования можно вывести возможное разграничение этих категорий. Поскольку служебное задание включено в определение служебного исполнения и сопряжено с порядком его выполнения, то оно охватывается трудовой функцией работника. Так, В. А. Дозорцев справедливо писал, что служебные задания могут даваться только в пределах служебных обязанностей¹. Служебные обязанности соответствуют обязанностям работников, предусмотренных трудовым договором.

¹ См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Исслед. центр частного права. М., 2003. С. 299–300.

Термин «конкретное задание работодателя» применяется в отношении служебного изобретения или служебного селекционного достижения. На наш взгляд, такие конкретные задания работодателя, которые не охватываются трудовой функцией работника, связаны с выполнением работником дополнительной работы. Основанием в данном случае будет письменное соглашение сторон трудового договора о выполнении иной дополнительной работы. Срок, в течение которого работник будет выполнять дополнительную работу, ее содержание, объем устанавливаются работодателем с письменного согласия работника (ст. 60.2 ТК РФ). Размер доплаты устанавливается соглашением сторон трудового договора (ст. 151 ТК РФ).

Таким образом, весьма небрежная законодательная техника части четвертой ГК РФ применительно к институту служебных результатов интеллектуальной деятельности не учитывает межотраслевых связей этого института с нормами трудового законодательства.

Служебные результаты интеллектуальной деятельности и правовой режим исключительного права. В силу прямого указания ГК РФ исключительное право на служебные результаты интеллектуальной деятельности (служебные произведения, служебные изобретения, служебная топология, служебное селекционное достижение) принадлежит работодателю. Срок, в течение которого исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, никак не связан со сроком действия трудового договора между автором и работодателем. Прекращение (расторжение) этого трудового договора не влечет возвращения исключительного права автору. Наличие трудовых отношений (юридический факт-состояние) является юридически значимым фактом, основанием для возникновения исключительного права у работодателя. Перераспределение этих прав в форме перехода этого права к работнику вызывается иными юридическими фактами: 1) неиспользование работодателем (бездействие) результатов интеллектуальной деятельности в течение установленного законом срока; 2) договор между сторонами. Последний из названных юридических фактов требует особого анализа с позиции оптимизации межотраслевых связей гражданского и трудового права.

В отношении служебных результатов интеллектуальной деятельности юридический факт-состояние в трудовых отношениях обеспечивает презумпцию принадлежности исключительных

прав на служебные результаты интеллектуальной деятельности работодателю, если трудовым или иным договором между работодателем и работником не предусмотрено иное. Иное означает принадлежность исключительного права работнику. В этой связи возникает ряд вопросов. Во-первых, каким образом трудовой договор может изменить правовой режим исключительного права, которое возникает и реализуется в рамках гражданско-правовых отношений? Во-вторых, что следует понимать под «иным договором»?

Начнем с трудового договора, изменяющего принадлежность исключительного права, обеспечивающего так называемую замену лиц в гражданско-правовом отношении по использованию результатов интеллектуальной деятельности. Это произойдет, если стороны указали в трудовом договоре, что «все исключительные права на служебные произведения (изобретения и др.), которые могут быть созданы работником, принадлежат работнику». Но в каком случае следует включать это условие в трудовой договор, а в каком случае заключать иной договор? На практике встречаются различные толкования и комментарии рассматриваемых положений ГК РФ (часть четвертая).

Одни авторы выбор вида договора (трудовой или гражданско-правовой) оставляют на свободное усмотрение и соглашение сторон (работодателя и работника). Так, Э. П. Гаврилов предлагает использовать «критерий времени создания служебного результата», а выбор вида договора (трудовой или гражданско-правовой) оставляет на усмотрение сторон договора. Под трудовым договором он считает, что следует понимать тот договор, который действует между автором и работодателем во время создания служебного произведения. Под иным договором подразумевается трудовой договор, заключенный сторонами после создания служебного произведения, либо гражданско-правовой договор, заключенный как до, так и после создания служебного произведения¹.

Между тем если трудовой договор заключается после создания служебного произведения, то это означает, что это произведение создавалось вне трудовых правоотношений, а следовательно,

¹ См.: *Гаврилов Э. П.* Право на служебные результаты интеллектуальной деятельности и секреты производства (статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс»).

оно не может считаться служебным. Самое главное то, что на основании предложенной трактовки закона соглашением сторон трудового правоотношения определяется правовая природа, отраслевая принадлежность условия об исключительном праве на служебные результаты и вознаграждения за их использование. Как известно, гражданско-правовой и трудовой договоры (условия этих договоров) влекут различные правовые последствия для сторон в случае их нарушения.

Принципиально иную позицию отстаивает В. И. Еременко, исключая анализируемые договоры из сферы гражданского права. Он считает, что отношения между работником и работодателем по поводу служебного изобретательства являются трудовыми правоотношениями, вопрос о принадлежности исключительного права должен решаться только в рамках трудовых отношений. Именно поэтому условие о переходе исключительного права от работодателя к работнику должно предусматриваться только в трудовом договоре или дополнительном соглашении к трудовому договору. Под «иным договором», по мнению В. И. Еременко, следует понимать коллективный договор¹. Предложенный подход к решению вопроса об отраслевой принадлежности договоров о распределении исключительных прав на служебные результаты интеллектуальной деятельности также вызывает сомнение. Трудовое право не регулирует гражданский оборот охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, их авторство, распоряжение исключительными правами. Эти отношения составляют предмет отрасли гражданского права. Прекращение трудового договора не влияет на срок действия и порядок охраны исключительного права, приобретенного работником-автором.

В теории гражданского права предлагался иной подход к юридической квалификации перехода исключительного права на служебные результаты интеллектуальной деятельности. По мнению В. А. Дозорцева, основанием перехода прав к работодателю является гражданско-правовой, а не трудовой договор, просто в документ, именуемый трудовым договором, могут быть включены гражданско-правовые условия².

¹ Еременко В. И. О служебном изобретательстве в соответствии с частью четвертой ГК РФ // Адвокат. 2008. № 7 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Дозорцев В. А. Указ. соч. С. 301.

К сожалению, наш законодатель не прислушался к указанным аргументам, включив в ГК РФ (часть четвертая) конструкцию трудового договора как юридического факта-основания перехода исключительных прав от работодателя к работнику.

Ряд авторов пишет о недопустимости строгой дихотомии в вопросе об отраслевой принадлежности рассматриваемого условия об исключительных правах работника (гражданский или трудовой договоры). Они утверждают, что ряд положений части четвертой ГК РФ прямо предусматривает возможность распределения исключительных прав на служебные результаты интеллектуальной деятельности между автором-работником и работодателем путем заключения:

— самостоятельного гражданско-правового договора в виде отдельного документа;

— либо иного договора, который следует квалифицировать как полиотраслевой смешанный договор, сочетающий в себе условия классического трудового договора с условиями гражданско-правового договора. В частности, подобным смешанным договором следует считать документ, который озаглавлен как «трудовой договор», но при этом содержащий вышеобозначенное условие (оговорку) о распределении прав на служебные результаты интеллектуальной деятельности¹.

У концепции полиотраслевых (смешанных договоров) немало сторонников. Так, в связи с распространением практики применения заемного труда специалистами гражданского права предпринимаются попытки обоснования нового вида договора — «договор предоставления персонала». И. Шиткина считает, что это смешанный договор, специально не предусмотренный ГК РФ, соединяющий в себе элементы различных гражданско-правовых договоров и элементы трудового договора².

¹ См.: *Крупко С.* Материально-правовые аспекты изобретений работников // *Хозяйство и право.* 2011. № 8. С. 3–30; *Огородов Д. В., Чельшев М. Ю.* Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // *Законодательство и экономика.* 2007. № 3; *Соколова Г. А.* Что часть четвертая ГК РФ нам приготовила или правовое регулирование создания служебных произведений // *Кадровая служба и управление персоналом.* 2008. № 7 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: *Шиткина И.* Договор предоставления персонала: что это такое? // *Хозяйство и право.* 2004. № 1. С. 98–102.

Подобные попытки обоснования смешанных договоров имеют место и в отношении договоров с руководителями организации, членами коллегиальных исполнительных органов организации, профессиональных спортсменов¹. У концепции полиотраслевых (смешанных) договоров находятся сторонники не только среди ученых-цивилистов, но и среди ученых-трудовиков. Так, в Курсе российского трудового права авторы, рассматривая возможность включения в трудовой договор гражданско-правовых условий, констатируют: «Трудовой договор приходится признать своего рода комплексным юридическим фактом и комплексным источником права. Как комплексный юридический факт трудовой договор порождает и трудовые и гражданско-правовые правоотношения; как из комплексного источника права из трудового договора вытекают субъективные права и обязанности разной отраслевой принадлежности»². К сожалению, какого-либо обоснования столь новаторским положениям в названном Курсе мы не находим.

По нашему мнению, конструкция смешанного полиотраслевого договора, содержащего признаки трудового договора и гражданско-правового договора, необоснованна как с позиций трудового, так и гражданского законодательства. Институт смешанных договоров в гражданском праве имеет отношение только к различным видам гражданско-правовых договоров (ст. 421 ГК РФ). Из содержания указанной статьи не вытекает возможности заключения смешанного договора, включающего договоры различных отраслей права, т. е. межотраслевого смешанного договора.

Основной проблемой смешанных договоров является соотношение в его содержании разноотраслевых условий. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 (ред. от 28.09.2010) «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ» дается разъяснение в отношении споров по поводу неисполнения или ненадлежащего исполнения условий трудового договора, носящих гражданско-правовой характер (например, о предоставлении жилого помещения, о выплате ра-

¹ См.: *Васькевич В. П.* Система договоров в профессиональном спорте: гражданско-правовые, трудовые и смешанные договоры // Правоведение. 2006. № 7. С. 76–83.

² Курс российского трудового права. Т. 3. Трудовой договор. СПб., 2007. С. 271.

ботнику суммы на приобретение жилого помещения). Несмотря на то что эти условия включены в содержание трудового договора, по мнению суда, они по своему характеру являются гражданско-правовыми обязательствами. Из этой констатирующей положение вещей позиции Верховного Суда вытекает общий вывод о незапрещенности включения в содержание трудового договора гражданско-правовых условий. Если идти дальше, то допускается и возможность существования смешанных трудовых договоров, в содержание которых включаются гражданско-правовые обязательства. Таким образом, под общей шапкой трудового договора могут находиться условия, которые регулируются различными отраслевыми нормативными актами.

Между тем это правоположение (официальное толкование) Верховного Суда РФ фактически вносит элементы новизны в правовое регулирование трудовых отношений. Обоснованность такого толкования ТК РФ вызывает у нас возражения. Прежде всего трудовой договор не может быть по содержанию смешанным, разноотраслевым. Необходимо разграничивать договор как документ и договор как юридический факт¹. Договор как документ — материальный носитель информации, может включать договоренности сторон разной отраслевой принадлежности. Однако не существует смешанных, разноотраслевых юридических фактов, смешанных правоотношений. Поэтому трудовой договор является основанием возникновения трудового правоотношения, в то время как гражданско-правовой договор — основанием возникновения именно гражданско-правовых отношений. В содержание трудового договора включаются только условия труда и его оплаты, и порождает такой договор трудовые права и обязанности сторон (ст. 21, 22 ТК). Иные условия, которые не носят трудовправовой характер, порождают права и обязанности другой отраслевой принадлежности. В этой связи прекращение трудового договора прекращает только трудовые правоотношения, гражданско-правовые отношения (например, по поводу предоставления жилья за счет работодателя) сохраняют свою силу и прекращаются в порядке, предусмотренном гражданским законодательством. Кроме того, трудовправовые условия и иные договорные условия могут быть объединены в одном документе, который, по сути,

¹ См.: *Бондаренко Э. Н.* Основания возникновения трудовых правоотношений: автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 28—29.

включает несколько взаимосвязанных договоров. Этот документ не должен носить наименование трудового договора. Названная выше позиция Пленума Верховного Суда РФ не подтверждает и не обосновывает концепции полиотраслевых договоров. Между тем приверженцы этой конструкции основные аргументы в ее пользу приводят всегда со ссылкой на это постановление¹. Данная позиция лишь разъясняет вопрос о применимости трудового и гражданского законодательства к условиям обязательств различной отраслевой принадлежности².

Завершая анализ поставленной проблемы, сделаем ряд выводов. Предложенное в ГК РФ (часть четвертая) решение проблемы реализации исключительных прав в случаях заключения договора между работодателем и работником вряд ли можно признать обоснованным как с точки зрения теории, так и с точки зрения практики применения законодательства. Ранее действовавшее законодательство (Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» (1993 г.), Патентный закон РФ (1992 г.), Закон РФ «О селекционных достижениях» (1993 г.) и др.) содержало универсальную формулировку о презумпции исключительных прав работодателя на результаты служебной деятельности, если иное не предусмотрено договором между работодателем и работником. В этой части отсутствовали ссылки на трудовой договор.

Рекомендательный законодательный акт СНГ (Гражданский кодекс. Модель. Часть третья)³ также не содержит ссылок на трудовой договор применительно к договорному порядку распределения исключительных прав на служебное произведение или изобретение. В отношении исключительных авторских прав на служебное произведение объявлена презумпция принадлежности этого права работодателю, если иное не предусмотрено договором между работодателем и работником (ст. 1074). Интересно отметить, что в отношении служебных изобретений, селекционных достижений, наоборот, презумпция права на получение патента объявлена в отношении работника. Так, ст. 1108 указанного акта

¹ См., например: *Огородов Д. В., Челышев М. Ю.* Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 41–63.

² См. подробнее: *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 623–630.

³ Приложение к Информационному бюллетеню Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ. 1996. № 10.

гласит: «Право на получение патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец, созданные работником при выполнении им своих служебных обязанностей или конкретного задания работодателя (служебное изобретение), принадлежит работодателю, если это предусмотрено в договоре между ними». И в том и другом случае речь идет о гражданско-правовом договоре. В таком подходе прослеживается и определенная логика. Если создание служебных произведений охватывается трудовой функцией, то и уместна презумпция исключительного права работодателя. Если же в отношении служебных изобретений действует формула их создания «в связи с исполнением трудовых обязанностей», то и презумпция исключительных прав должна действовать в отношении работника-изобретателя.

Таким образом, полагаю, что следует исключить из ГК РФ положение о праве работодателя и работника в трудовом договоре предусматривать принадлежность исключительного права. Эти отношения по своей природе являются гражданско-правовыми и не должны регулироваться средствами трудового права.

Право на вознаграждение за использование служебных результатов интеллектуальной деятельности. На практике сложились неоднозначные подходы к решению вопросов о вознаграждении, выплачиваемом авторам служебных произведений, служебных изобретений, служебных полезных моделей, промышленных образцов. При этом четко не разграничиваются два аспекта проблемы: трудовая и гражданско-правовая. На наш взгляд, по сути, речь идет о двух видах вознаграждений: вознаграждение за создание служебных произведений, изобретения и др. и вознаграждение за их использование.

Полагаем, что нельзя согласиться с комментариями ряда авторов, которые считают, что в заработную плату автора служебного произведения включается и вознаграждение за его использование, так как создание служебного произведения охватывается трудовой функцией работника. При этом ставят вопрос: если предположить, что вознаграждение за использование служебного произведения всегда должно выплачиваться сверх заработной платы, тогда за что же работнику выплачивается зарплата?¹ Между тем

¹ *Гаврилов Э. П.* Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. «О вопросах применения законодательства об авторском праве и смежных правах» // *Хозяйство и право.*

ответ очевиден. Заработная плата работнику выплачивается за выполнение трудовых обязанностей по созданию служебного произведения, а не за его использование. Более того, согласно ГК РФ (ст. 1295) обязанность работодателя по выплате вознаграждения за использование служебного произведения возникает, если он осуществит предусмотренные законом действия в течение установленного срока (начнет использовать произведение, передаст исключительное право на него другому лицу и т. д.). В противном случае исключительное право переходит работнику, но работодатель в этом случае не обязан выплачивать вознаграждение за использование служебных результатов интеллектуальной деятельности. Таким образом, в рамках гражданско-правовых отношений реализуется право на вознаграждение именно за использование служебных результатов интеллектуальной деятельности, а не за их создание. Созвучные нормы действуют и в отношении служебных изобретений. Об этом же свидетельствует и порядок определения размера вознаграждения за использование служебных изобретений в зависимости от их полезного эффекта при использовании.

Вознаграждение за использование служебных произведений, служебных изобретений, полезных моделей, промышленных образцов является по своей природе гражданско-правовым. Обязанность по его выплате устанавливается ГК РФ (ст. 1295, 1370 ГК РФ). Конкретный размер вознаграждения и порядок его выплаты определяются гражданско-правовым договором между работодателем и работником, а в случае спора — судом. Это вознаграждение выплачивается помимо заработной платы и иных выплат, предусмотренных трудовым законодательством¹. В этой части уместно и обращение к судебной практике. В частности, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах»² отмечается, что такой договор о раз-

2006. № 9. С. 41; *Он же*. Право на служебные результаты интеллектуальной деятельности и секреты производства (статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс»).

¹ См. также: *Погуляев В. В., Вайпан В. А., Любимов А. П.* Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах» (постатейный). М., 2006. С. 41; *Сергеев А. П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1999. С. 164.

² БВС РФ. 2006. № 7.

мере вознаграждения носит гражданско-правовой характер и на него распространяются общие правила о заключении договоров.

Правительство РФ вправе устанавливать минимальные ставки вознаграждения за служебные изобретения, служебные полезные модели, служебные промышленные образцы. Право автора на вознаграждение за использование служебных результатов интеллектуальной деятельности вытекает из положений ст. 12 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», в соответствии с которой положения п. 1, 3 и 5 ст. 32, ст. 33 и 34 Закона СССР от 31 мая 1991 г. № 2213-1 «Об изобретениях в СССР», п. 3 ст. 21, п. 1 и 3 ст. 22 и ст. 23 Закона СССР от 10 июля 1991 г. № 2328-1 «О промышленных образцах» о льготах и материальном стимулировании применяются на территории Российской Федерации до принятия законодательных актов Российской Федерации о развитии изобретательства и художественно-конструкторского творчества.

Так, этими нормами установлено, что вознаграждение за использование изобретения в течение срока действия патента выплачивается автору на основе договора с работодателем, получившим патент, или его правопреемником в размере не менее 15% прибыли (соответствующей части дохода), ежегодно получаемой патентообладателем от его использования, а также не менее 20% выручки от продажи лицензии без ограничения максимального размера вознаграждения. Вознаграждение за использование изобретения, полезный эффект от которого не выражается в прибыли или доходе, выплачивается автору в размере не менее 2% от доли себестоимости продукции (работ и услуг), приходящейся на данное изобретение.

Вознаграждение за использование промышленного образца в течение срока действия патента выплачивается автору на основе договора с работодателем или его правопреемником в размере не менее пятикратного размера минимальной заработной платы за каждый полный или неполный год использования, а также не менее 20% выручки от продажи лицензии без ограничения максимального размера вознаграждения. При этом вознаграждение должно выплачиваться автору не позднее трех месяцев после истечения каждого года использования и не позднее трех месяцев после поступления выручки от продажи лицензии. За несвоевременную выплату вознаграждения патен-

тообладатель, виновный в этом, уплачивает автору за каждый день просрочки пени в размере 0,04% суммы, причитающейся к выплате.

Вместе с тем, как отмечается в юридической литературе, применение на практике указанных выше норм сопряжено с рядом проблем, вызванных различием в подходах к выплате вознаграждения по союзным и российскому законам. Так, в ст. 1370 ГК РФ, помимо использования, фигурирует ряд других оснований для выплаты вознаграждения, а именно: получение работодателем патента, передача работодателем права на получение патента другому лицу, принятие работодателем решения о сохранении соответствующего объекта в тайне, неполучение патента по поданной работодателем заявке по причинам, зависящим от работодателя. Кроме того, упомянутые выше нормы нельзя применять в отношении выплаты вознаграждения за полезные модели, поскольку они не охранялись в СССР. В этом случае должен применяться сугубо договорный принцип выплаты вознаграждения работнику, являющемуся автором полезной модели¹.

Вознаграждение за создание служебных произведений, служебных изобретений, полезных моделей, промышленных образцов является трудовым. При служебном произведении вознаграждение представляет собой заработную плату, так как служебное произведение создается в пределах трудовой функции работника. При создании служебных изобретений, полезных моделей, промышленных образцов вознаграждение за их создание регулируется либо локальными нормативными правовыми актами о стимулирующих выплатах, соответствующими условиями коллективных договоров, индивидуальных трудовых договоров и дополнительных соглашений к ним.

Отметим, что в отличие от российского законодателя в Республике Казахстан вопросы выплаты авторского вознаграждения являются предметом договора трудового найма. Аналогичный подход закреплен в Законе Республики Армения «О патентах» и в Положении о служебных объектах промышленной собственности Республики Беларусь. В соответствии с законодательством Кыргызской Республики помимо указания на обязанность заключения автором и работодателем соглашения о выплате вознаграждения установлены гарантии прав автора в данной сфере

¹ Еременко В. И. Указ. соч.

посредством закрепления минимального размера авторского вознаграждения и гражданско-правовой ответственности работодателя за ненадлежащее исполнение обязательства по выплате вознаграждения.

Правовой режим регулирования и стимулирования рационализаторства следует также обеспечивать на локальном нормативном и коллективно-договорном уровнях.

Служебные секреты производства и рационализаторские предложения как юридические факты в гражданском и трудовом отраслях права. Отметим, что данная проблематика может быть связана не только с вознаграждением (за неразглашение коммерческой тайны и др.), но и с возможным дисциплинарным взысканием вплоть до увольнения.

Важно отметить, что ГК РФ (часть четвертая) не предусматривает рационализаторские предложения в качестве охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Речь идет о закрытом перечне охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, предусмотренных ГК РФ (ст. 1225). При этом изобретения, полезные модели и промышленные образцы являются результатом интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, отвечают требованиям, установленным ГК РФ, охраняются патентами. Соответственно рационализаторские предложения в отличие от вышеназванных объектов не ограничиваются техническими решениями, а могут включать управленческие и организационные новации. Кроме того, рационализаторские предложения отличает новизна решения практической задачи, местная новизна, ограниченная пределами предприятия; применимость и полезность рационализации для данного предприятия, позволяющая улучшить промышленное производство, обеспечить получение лучших технико-экономических показателей.

Если обратиться к опыту стран СНГ, то гражданские кодексы этих стран также содержат самостоятельные разделы или главы, посвященные интеллектуальной собственности. Гражданские кодексы ряда государств (Армении, Белоруссии, Казахстана, Кыргызстана, Узбекистана) в той или иной степени ориентированы на Рекомендательный законодательный акт СНГ, Гражданский кодекс. Модель. Часть третья, принятого на 7-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ

17 февраля 1996 г.¹ Этот акт содержит открытый перечень охраняемых объектов интеллектуальной собственности, с указанием на то, что иные объекты могут устанавливаться соответствующими законами. Гражданский кодекс Украины построен по иному принципу: после книги третьей («Право собственности и другие вещные права») следует книга четвертая («Право интеллектуальной собственности»), содержащая 12 кратких глав (ст. 83) по различным объектам интеллектуальной собственности, включая научные открытия и рационализаторские предложения.

В юридической литературе позиция российского законодателя, исключившего из перечня охраняемых объектов рационализаторские предложения, обосновывается тем, что они получили новую форму. Так, Э. Гаврилов отмечает, что названные объекты исчезли из отечественного правового поля, в условиях рыночной экономики превратились в служебные секреты производства (ст. 1470 ГК РФ), а в некоторых случаях в служебные изобретения, полезные модели и промышленные образцы (ст. 1370)².

Работодатели в современных условиях предпочитают «закрывать» информацию о рационализаторских предложениях, устанавливая в отношении инновационных технических усовершенствований режим коммерческой тайны, выплачивая по своему усмотрению авторам премии, доплаты к основной заработной плате и др. Таким образом, охрана рационализаторских предложений обеспечивается по усмотрению работодателя с помощью института служебного секрета производства (ноу-хау).

Секретом производства признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и др.), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны (ст. 1465 ГК РФ). В ГК РФ особо выделяется служебный секрет

¹ Приложение к Информационному бюллетеню Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ. 1996. № 10.

² Гаврилов Э. П. Служебные изобретения: проблемы и решение // Патенты и лицензии. 2012. № 4. С. 19–23.

производства, созданный работником в связи с выполнением трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя (ст. 1470 ГК РФ).

Секреты производства, в том числе и служебные, как результаты интеллектуальной деятельности имеют иную правовую природу в сравнении с классическими результатами интеллектуальной деятельности (произведениями, изобретениями и др.)¹. В юридической литературе имеются различные правовые оценки сущности (природы) секретов производства в зависимости от отраслевой квалификации².

В информационном праве секреты производства рассматриваются в качестве разновидности информации с ограниченным доступом, коммерческой тайны. В гражданском праве — в качестве юридического факта для возникновения правоотношений по реализации исключительного права на секрет производства. Обладателю секрета производства принадлежит исключительное право использовать его по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом (ст. 1466 ГК РФ). В юридической литературе многими авторами отмечается, что исключительные права на секреты производства, предусмотренные ГК РФ, по своей сути не являются исключительными. Исключительные права всегда существуют и реализуются только в абсолютных правоотношениях. В действительности права на этот объект всегда существуют только в относительных (обязательственных) отношениях, а потому они исключительными не являются. Неправомерное разглашение, использование секретов производства как юридические факты в гражданском праве также порождают охранительные правоотношения по возмещению убытков, привлечению к от-

¹ Еременко В. И. Развитие института служебных произведений в России // Законодательство и экономика. 2013. № 1. С. 5–13; *Он же*. Секрет производства (ноу-хау) как объект исключительных прав в соответствии с частью четвертой ГК РФ // Адвокат. 2008. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: Дозорцев В. А. Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Вестник ВАС РФ. 2001. № 7. С. 102 и др.; Ливадный Е. А. Ноу-хау как результат интеллектуальной деятельности и информация (подготовлен для СПС «КонсультантПлюс», 2006); Потрашкова Е. А. О правовой природе секретов производства (ноу-хау) // Информационное право. 2008. № 2 (СПС «КонсультантПлюс»), и др.

ветственности за нарушение исключительного права на секрет производства (ст. 1472 ГК РФ).

В трудовом праве служебные секреты производства как юридические факты-состояния имеют юридическое значение в связи с обязанностями и правами работника и работодателя. В трудовом договоре в качестве дополнительного условия может быть указано условие о неразглашении работником охраняемой законом тайны (государственной, служебной, коммерческой и иной) (ст. 57 ТК РФ).

Разглашение работником охраняемой законом тайны, ставшей известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей, может повлечь расторжение трудового договора по инициативе работодателя (подп. «в» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ).

Разглашение работником сведений, составляющих охраняемую законом тайну, в случаях, предусмотренных федеральными законами, влечет привлечение работника к полной материальной ответственности (п. 7 ст. 243 ТК РФ). В случае с материальной ответственностью работника имеет место коллизионное правовое регулирование с нормами гражданского права. Согласно ГК РФ (ст. 1472) лицо, обязанное сохранять конфиденциальность секрета производства и разгласившее его, обязано возместить убытки, причиненные нарушением исключительного права на секрет производства, если иная ответственность не предусмотрена законом или договором с этим лицом.

В заключение отметим следующее. Правовое регулирование отношений в сфере служебных изобретений по российскому законодательству нуждается в дальнейшем совершенствовании в ключе оптимизации межотраслевых связей трудового и гражданского законодательства. Деление изобретений работников на служебные и свободные известно не всем национальным правовым порядкам. Правовые режимы служебных и свободных изобретений существенно отличаются по их отраслевой принадлежности. Так, в российском законодательстве институт изобретений работников включен в гражданское законодательство (ст. 1370 ГК РФ), в то время как в ряде государств приняты специальные законы о служебных изобретениях (Белоруссия, Дания, Кыргызстан, Норвегия, Словения, Перу, ФРГ, Финляндия, Чили, Швеция). Отметим, что в праве Аргентины, Венесуэлы, Мексики специальные нормы содержатся как в трудовом законодательстве, так

и в патентных законах¹. На наш взгляд, назрела необходимость внесения соответствующих дополнений в ТК РФ в части легализации прав работников, определения порядка их осуществления в связи с созданием результатов интеллектуальной деятельности, это касается вознаграждения, сроков уведомления работодателя о созданном изобретении и др.

¹ Крупко С. Указ. соч. С. 3–30.

Глава 3. ОГРАНИЧЕНИЕ И ПРЕДЕЛЫ РЕАЛИЗАЦИИ ТРУДОВЫХ ПРАВ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

3.1. Ограничение и дифференциация трудовых прав

Общепризнанной является теория выделения в механизме правового регулирования трех основных элементов (стадий):

- 1) формирование и действие юридических норм;
- 2) возникновение прав и обязанностей (правоотношение);
- 3) реализация прав и обязанностей)¹.

Соответственно, ограничения трудовых прав и их гарантии присущи начальной стадии механизма правового регулирования трудовых отношений. Пределы реализации трудовых прав будут связаны уже завершающей стадией. Как справедливо отмечает Б. С. Эбзеев, пределы осуществления прав и свобод показывают границы признаваемой и защищаемой Конституцией РФ свободы индивидов, ограничение же — допускаемые Конституцией изъятия из конституционного статуса человека и гражданина².

Дуалистическая природа трудовых прав, продиктованная единством частных и публичных начал в правовом регулировании труда, а равно и пересечением естественно-правовых и позитивистских начал в сущности трудовых прав, предопределяют отраслевые особенности пределов установления трудовых прав.

Действующая Конституция РФ (ст. 55) впервые закрепила нормы о том, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обес-

¹ См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 24–30.

² См.: *Эбзеев Б. С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. М., 2005. С. 231.

печения обороны страны и безопасности государства. В тексте Конституции нашли отражении общепризнанные международные принципы и нормы. Так, во Всеобщей декларации прав человека (ст. 29) закреплено, что при осуществлении своих прав человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе. В иных международно-правовых актах (Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (ст. 4, 8), Международный пакт о гражданских и политических правах (ст. 12, 18, 19, 21), Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ст. 8–11)) содержатся положения, совпадающие по сути и общей направленности с положениями Всеобщей декларации прав человека.

В ТК РФ (ст. 2, 3) эти положения также нашли свое отражение через принципы равенства, дифференциации и запрета дискриминации в трудовых отношениях. Перечисленные нормы закрепляют общие начала определения пределов ограничения прав граждан. Применение их на практике вызывает немало вопросов. В этой связи особую роль приобретают соответствующие правовые позиции Конституционного Суда РФ (КС РФ).

На сегодняшний день сложилась уже довольно обширная практика КС РФ, рассматривающего в том числе и заявления о признании неконституционными статей ТК РФ, отдельных законов, ограничивающих трудовые права и их гарантии. Анализ и обобщение постановлений и определений Суда позволяет выявить следующие правовые позиции в отношении пределов ограничения трудовых прав и свобод.

1. *Трудовые права и свободы могут быть ограничены только федеральным законом в строго определенных Конституцией РФ (ст. 55) случаях, преследовать конституционно значимые цели.* Ограничение прав человека детерминировано, продиктовано необходимостью защиты конституционно признаваемых ценностей и обеспечивает необходимый баланс между интересами личности, государства и общества. Так, например, в определении КС РФ от 2 марта 2006 г. № 60-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сазонова В. Г. на нарушение его конституционных прав положениями статей 124, 142 и 234 Трудового

кодекса РФ» отмечается следующее. Реализация прав и свобод человека и гражданина, включая предусмотренные ТК РФ право работника на самозащиту, права на своевременную и полную выплату заработной платы, не должна нарушать прав и свобод других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Эти права, в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, права и свободы человека и гражданина, могут быть ограничены федеральным законом, в том числе в сфере трудовых отношений (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

Основываясь на приведенных конституционных положениях и позициях КС РФ, а также руководствуясь необходимостью защиты здоровья, прав и законных интересов населения, нормальная жизнедеятельность которого зависит от бесперебойного обеспечения отоплением, энерго-, тепло-, водо- и газоснабжением, связью, скорой и неотложной медицинской помощью, федеральный законодатель был вправе не допускать (запрещать) приостановку работы в порядке реализации работниками их права на самозащиту своевременности и полноты выплаты заработной платы в организациях, перечисленных в абз. 5 ч. 2 ст. 142 ТК РФ. Поэтому сама по себе содержащаяся в нем норма — в той мере, в какой она призвана обеспечивать нормальную жизнедеятельность населения, не может рассматриваться как неправомерно ограничивающая конституционные права работников данных организаций и противоречащая положениям ст. 55 Конституции РФ.

В другом определении от 8 февраля 2007 г. № 275-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Линева С. Ю. на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 26 Федерального закона “О железнодорожном транспорте в Российской Федерации”» отмечается следующее. Возможность ограничения права на забастовку отдельных категорий работников с учетом характера их деятельности и последствий прекращения ими работы прямо вытекает из ст. 17 (ч. 3) Конституции РФ, предусматривающей, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, и ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ, в соответствии с которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности,

здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Следовательно, федеральный законодатель, вводя в специальном законе ограничение права работников железнодорожного транспорта на забастовку, связан положениями п. «б» ч. 1 ст. 413 ТК РФ и вправе предусмотреть запрет на проведение забастовки лишь тогда, когда ее проведение создает угрозу обороне страны и безопасности государства, жизни и здоровью людей.

Таким образом, п. 2 ст. 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» в системной связи со ст. 5, 252 и 413 ТК РФ не предполагает необоснованное ограничение права на забастовку работников локомотивных бригад железнодорожного транспорта, деятельность которых связана с движением поездов и маневровой работой, и потому не может рассматриваться как противоречащий ст. 17 (ч. 3), 37 (ч. 4) и 55 (ч. 3) Конституции РФ.

В постановлении КС РФ от 18 июля 2013 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности пункта 13 части первой статьи 83, абзаца третьего части второй статьи 331 и статьи 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В. К. Барабаш, А. Н. Бекасова и других и запросом Мурманской областной Думы» отмечается, что, устанавливая особые правила допуска к профессиональной деятельности и ограничивая тем самым право граждан на свободное распоряжение своими способностями к труду, федеральный законодатель обязан находить баланс конституционно защищаемых ценностей, публичных и частных интересов, соблюдать принципы справедливости, равенства и соразмерности, которые выступают в качестве конституционных критериев оценки законодательного регулирования прав и свобод, используя при этом не чрезмерные, а только необходимые и строго обусловленные конституционно одобряемыми целями меры; при этом ограничения прав и свобод во всяком случае не должны посягать на само существо права и приводить к утрате его основного содержания.

2. *Вводимые федеральным законом ограничения трудовых прав не должны затрагивать само существо того или иного права и приводить к утрате его реального содержания.* Так, КС РФ в постановлении от 22 марта 2007 г. № 4-П признал норму о максимальном размере пособия по беременности и родам, установленную ч. 1 ст. 15 Федерального закона «О бюджете Фонда социального стра-

хования Российской Федерации на 2002 год»¹ не соответствующей Конституции РФ, ее ст. 19 (ч. 1 и 2), 38 (ч. 1), 39 (ч. 2), 41 (ч. 1) и 55 (ч. 3), в той мере, в какой данной нормой — в системе действующего правового регулирования — несоразмерно ограничивается размер пособия по беременности и родам для застрахованных женщин, чей средний заработок превышает предусмотренную в ней предельную сумму. При этом отмечалось, что федеральный законодатель при конкретизации гарантий прав, закрепленных ст. 37, 38, 39 и 41 Конституции РФ, располагает достаточно широкой свободой усмотрения в выборе мер социальной защиты, в том числе социального обеспечения в отношении беременных женщин, условий и порядка предоставления им соответствующих денежных выплат, их размера.

Однако при этом, как неоднократно указывал КС РФ, для поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, в том числе при изменении действующего регулирования, он обязан соблюдать конституционные принципы справедливости, равенства, соразмерности, а также стабильности и гарантированности социальных прав и не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на само существо этих прав и приводило бы к утрате их реального содержания; даже имея целью воспрепятствовать злоупотреблению правом путем введения определенных условий или ограничений, законодатель должен использовать не чрезмерные, а только необходимые и обусловленные конституционно признаваемыми целями таких ограничений меры.

В другом постановлении КС РФ от 24 октября 2013 г. № 22-П «По делу о проверке конституционности абзацев первого — восьмого статьи 3 Федерального закона “О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности” в связи с жалобами Общероссийского профессионального союза работников нефтяной, газовой отраслей промышленности и строительства и Общероссийского профессионального союза работников государственных учреждений и общественного обслуживания Российской Федерации» подчеркивается, что, осуществляя соответствующее правовое регулирование, федеральный законодатель не вправе допускать искажений самого существа права на объединение в профессиональные союзы.

¹ СЗ РФ. 2007. № 14. Ст. 1742.

Отметим, что аналогичное положение содержится в Конституции ФРГ (1949 г.): «Существо содержания основного права ни в коем случае не может быть ограничено».

3. *Ограничение трудовых прав не должно нарушать принципа равенства субъектов этих прав.* Так, в определении КС РФ от 4 ноября 2004 г. № 343-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Красноярска о проверке конституционности части первой статьи 261 Трудового кодекса РФ» подчеркивается следующее. Согласно Конституции РФ в Российской Федерации обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства (ч. 2 ст. 7); материнство и детство, семья находятся под защитой государства (ч. 1 ст. 38). Такого рода повышенная защита предоставляется законодателем беременным женщинам как нуждающимся в особой социальной защищенности в сфере труда, с тем чтобы предотвратить возможные дискриминационные действия недобросовестных работодателей, стремящихся избежать в дальнейшем необходимости предоставления им отпусков по беременности и родам, отпусков по уходу за ребенком, иных предусмотренных законодательством гарантий и льгот в связи с материнством. Таким образом, норма, содержащаяся в ч. 1 ст. 261 ТК РФ, не может рассматриваться как устанавливающая несоразмерное ограничение прав работодателей, гарантированных ст. 34 (ч. 1) и 35 (ч. 1 и 2) Конституции РФ.

В другом определении КС РФ от 8 апреля 2004 г. № 167-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Чертовского Ф. Ф. на нарушение его конституционных прав положением части первой статьи 177 Трудового кодекса РФ» отмечается следующее. Из конституционного принципа равенства не вытекает требование предоставления одинаковых гарантий и компенсаций лицам, относящимся к разным категориям — получающим высшее образование впервые и уже имеющим образование такого уровня.

Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал в своих решениях, что конституционный принцип равенства не препятствует законодателю при осуществлении правового регулирования трудовых отношений устанавливать различия в правовом статусе лиц, принадлежащих к разным по условиям и роду деятельности категориям. Это касается в том числе введения особых правил, если эти различия являются объективно оправданными,

обоснованными и соответствуют конституционно значимым целям и требованиям. Эту позицию подтверждают: постановления КС РФ от 27 декабря 1999 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности положений п. 3 ст. 20 Федерального закона “О высшем и послевузовском профессиональном образовании”», от 24 января 2002 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений части второй ст. 170 и части второй ст. 235 КЗоТ Российской Федерации и п. 3 ст. 25 Федерального закона “О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности”», определения от 1 июля 1998 г. № 84-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Верховного Суда Российской Федерации о проверке конституционности подп. 1 п. 2 и п. 3 ст. 25 Федерального закона “Об основах государственной службы Российской Федерации”», от 8 февраля 2001 г. № 45-О «По запросу Люберецкого городского суда Московской области о проверке конституционности положений п. 1 ст. 20.1 Федерального закона “Об основах муниципальной службы в Российской Федерации” и подп. 4 п. 3 ст. 41 Закона Московской области “О муниципальных должностях и муниципальной службе в Московской области”».

4. *Ограничение трудовых прав должно быть соразмерным, обеспечивать баланс соответствующих конституционных прав и свобод сторон трудового отношения, оптимальное согласование интересов сторон трудового правоотношения.* Так, в определении КС РФ от 21 февраля 2008 г. № 73-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сочугова С. В. на нарушение его конституционных прав частью первой ст. 392 ТК РФ» и в определении от 24 января 2008 г. № 7-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Акопяна В. Г. на нарушение его конституционных прав частью первой и частью третьей ст. 392 ТК РФ...» отмечается, что предусмотренный в названной статье трехмесячный срок является более коротким по сравнению с общим сроком исковой давности, установленным гражданским законодательством Российской Федерации. Однако, по мнению КС РФ, такой срок, выступая в качестве одного из необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, не может быть признан неразумным и несоразмерным, поскольку направлен на быстрое и эффективное восстановление нарушенных прав работника

и является достаточным для обращения в суд. Своевременность обращения в суд зависит от волеизъявления работника. Пропущенный же по уважительным причинам срок может быть восстановлен судом, а отказ в восстановлении пропущенного срока — обжалован в вышестоящий суд.

В определении КС РФ от 29 ноября 2012 г. № 2214-О «По жалобе государственного научного учреждения “Всероссийский научно-исследовательский институт охотничьего хозяйства и звероводства имени профессора Б. М. Житкова Российской академии сельскохозяйственных наук” на нарушение конституционных прав и свобод положением части второй статьи 178 Трудового кодекса Российской Федерации» отмечается, что, предоставляя работодателю как субъекту, организующему трудовую деятельность и использующему труд работников, правомочия в сфере управления трудом, законодатель вправе предусмотреть и правовые гарантии защиты прав работников в сфере труда. Однако в целях обеспечения баланса конституционных прав и свобод работников и работодателей, являющегося необходимым условием гармонизации трудовых отношений в Российской Федерации как социальном правовом государстве и составляющего основу для справедливого согласования прав и интересов сторон трудового договора посредством соответствующего правового регулирования, он не вправе устанавливать для работодателя такие обязанности, исполнение которых предполагает несоразмерное конституционно значимым целям ограничение свободы его экономической (предпринимательской) деятельности.

Ограничение и дифференциация трудовых прав.

Дифференциация изначально была присуща трудовому праву, является его глубинным свойством. Новый подход к этому явлению может быть найден, если его рассматривать в комплексе с другими сопрягаемыми правовыми явлениями. К таковым помимо дифференциации относятся *равенство, дискриминация, ограничение, индивидуализация трудовых прав.*

Действительно, дифференциация является необходимым условием и даже составляющей равенства, а *равенство* выступает в качестве основы дифференциации.

Напротив, *дискриминация* — это незаконная дифференциация.

Нормативно-правовое ограничение прав представляет собой «отрицательную» дифференциацию и в этом качестве является ее составляющей¹.

Индивидуализация представляет собой учет особенностей субъекта на индивидуально-договорном уровне, своеобразное «углубление» дифференциации, но уже выходящее за ее пределы. Индивидуальное ограничение прав — своеобразная «индивидуальная» дифференциация.

Наконец, относительно новая для нашей науки категория *гибкости в правовом регулировании трудовых отношений* представляет собой не что иное, как проявление дифференциации и индивидуализации в правовом регулировании.

Дифференциация предполагает установление различий, исключений, предпочтений и ограничений в правовом регулировании трудовых отношений отдельных категорий работников. В теории трудового права равенство (единство) и дифференциацию традиционно относили и относят к числу основных принципов трудового права; при этом отмечалось, что дифференциация способствует единству трудового права, а единство создает условия для дифференциации правового регулирования труда². Так, О. В. Смирнов писал: «Дифференциация условий труда рабочих и служащих в нормах трудового права проявляется главным образом в зависимости от: 1) характера и особенностей производства (отраслевая и локальная дифференциация); 2) половозрастных, квалификационных и иных особенностей рабочих и служащих (субъектная дифференциация); 3) месторасположения предприятий (территориальная дифференциация)»³.

В ТК РФ среди принципов трудового права называется, с одной стороны, принцип равенства прав и возможностей работников без всякой дискриминации (ст. 2), с другой — допускается дифференциация, которой посвящен раздел XII «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников». Основания дифференциации, как и в прежнем КЗОТ 1971 г., можно классифицировать на две большие группы: дифференциация,

¹ Лушникова М. В., Лушников А. М. О пределах ограничения трудовых прав и свобод // Трудовое право. 2008. № 7. С. 43–52.

² См.: Иванов С. А., Лившиц Р. З., Орловский Ю. П. Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 314, 317, 324 и др.

³ См.: Смирнов О. В. Основные принципы советского трудового права. М., 1977. С. 118.

которая определяется свойственными данному виду труда требованиями, и дифференциация, обусловленная особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите (ст. 3 ТК РФ). К первой группе можно отнести:

1) отраслевую, профессиональную дифференциацию (особенности регулирования труда работников транспорта, педагогических работников и др.);

2) дифференциацию по условиям применения труда (лиц, работающих по совместительству, временных и сезонных работников, лиц, работающих вахтовым методом, надомников и др.);

3) дифференциацию по правовому статусу работодателя (особенности регулирования труда работников, работающих у работодателей — физических лиц, работников религиозных организаций и др.). К этой же группе можно причислить и территориальную дифференциацию. Вышеназванные виды дифференциации можно назвать объективными, не зависящими от личности работника.

Ко второй группе оснований дифференциации, которую можно назвать субъектной дифференциацией, относится дифференциация по признаку пола, возраста, семейных обязанностей и т. п.

Иными словами, дифференциация в трудовом праве продиктована либо производственной, либо защитной функцией отрасли. В ст. 251 ТК РФ в качестве особенностей регулирования труда названы нормы-изъятия («частично ограничивающие применения общих правил») и нормы-дополнения («предусматривающие для отдельных категорий работников дополнительные правила»). Нормы-дополнения не отменяют действия общих норм, а действуют наряду с ними. Нормы-изъятия, напротив, отменяют действие общего законодательства, заменяя собой общую норму¹.

С. Ю. Головина предлагает добавить к перечисленным специальным нормам нормы-приспособления, предназначенные для реализации общей нормы применительно к отдельным видам трудовых отношений². Нам этот вопрос не кажется принци-

¹ См.: Трудовое право России: проблемы теории / отв. ред. С. Ю. Головина. Екатеринбург, 2006. С. 64.

² См.: Головина С. Ю. Правовое регулирование труда отдельных категорий работников. М., 2003. С. 11. Некоторые авторы предлагают выделять еще и нормы-альтернативы, предоставляющие субъектам трудового права варианты поведения, содержащиеся в специальной норме. См.: Бару М. И.

пиальным, так как последние можно признать частным видом норм-дополнений.

Г. С. Скачкова определяет дифференциацию как «разграничение правовых норм на основе юридически значимых факторов в целях конкретизации общих положений трудового законодательства к определенным категориям субъектов»¹. Можно согласиться с тем, что автором проводится дифференциация по всем возможным основаниям, которые были нами затронуты выше. В то же время выделение социального положения работника как основания дифференциации кажется нам излишним. Весьма плодотворным представляется введение в научный оборот понятия «специальные субъекты трудового права», которое отражает не только дифференциацию, но и единство трудовых прав и обязанностей².

В теории советского трудового права, а затем и в трудовом законодательстве равенство рассматривается как одно из основных проявлений единства трудового права и проводится неразрывная связь единства и дифференциации в правовом регулировании трудовых отношений. Но дифференциация, как антипод равенства, в правовом регулировании должна проводиться в довольно жестких рамках — пределах, с тем чтобы не превратиться в дискриминацию. Нашему законодателю далеко не всегда удавалось реализовать принцип равенства и дифференциации в правовом регулировании трудовых отношений без нарушения запрета дискриминации. Так, например, в КЗоТ 1971 г. предусматривались основание увольнения по инициативе работодателя — временная нетрудоспособность работника (п. 5 ст. 33), ограничение увольнения по собственному желанию работника, заключившего срочный трудовой договор и др. Не избежал этих ошибок наш законодатель и в ТК РФ. Так, несомненно, являются дискрими-

Унификация и дифференциация норм трудового права // Советское государство и право. 1971. № 10. С. 48; Трудовое право России: проблемы теории. Екатеринбург, 2006. С. 65 (автор главы — Ф. Б. Штивельберг). Очевидно, что это будет только одной из дополнительных характеристик специальной нормы (вданном случае диспозитивной), но сама она останется либо нормой-изъятием, либо нормой-дополнением.

¹ См.: Скачкова Г. С. Расширение сферы действия трудового права и дифференциации его норм. М., 2003. С. 220.

² См.: Рожников Л. В. Трудовые договоры специальных субъектов трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 5.

национными по своей природе ряд оснований заключения срочного трудового договора: с лицами, обучающимися по дневным формам обучения, с лицами, работающими в данной организации по совместительству, с пенсионерами по возрасту (ст. 59 ТК РФ). Эти случаи не имеют отношения к дифференциации, так как не продиктованы ни объективными требованиями, свойственными данному виду труда, ни особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной или правовой защите. Или другой пример, по Федеральному закону от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции»¹ (ст. 29) гражданину может быть отказано в приеме на службу в органы внутренних дел, если он имел или имеет судимость. «Имеет судимость» — это основание дифференциации трудовых прав, но «имел судимость» — это уже дискриминация, так как лицо, чья судимость снята или погашена, считается несудимым. Согласно УК РФ (ст. 86) погашение или снятие судимости аннулирует все правовые последствия.

На наш взгляд, с учетом социологического подхода следует выделять *четыре вида дифференциации* (разнообразия) в трудовых отношениях по субъективным признакам:

1) *естественное разнообразие* (пол, возраст, национальность, раса и др.). По этому признаку должно устанавливаться принципиальное правовое равенство, если отступление от него не является обоснованной дифференциацией, обусловленной характером и видом труда или повышенной правовой защитой отдельных категорий работников. В этом контексте основанием дифференциации может выступать несовершеннолетие, наличие семейных обязанностей, а для женщин — беременность, кормление ребенка и связанные с репродуктивной функцией особенности женского организма. Например, пол и возраст, а в отдельных случаях и внешние данные может служить основанием дифференциации при приеме на работу в творческие организации (театры, цирки и др.). Сюда же относится и повышенная правовая защита труда отдельных категорий работников (несовершеннолетних, женщин, инвалидов и др.);

2) *естественная неравноценность* (ума, таланта, здоровья, физической силы и др.). В данном случае должны быть установлены по возможности четкие, формальные критерии, отражающие эту неравноценность (диплом об образовании, объективные произ-

¹ РГ. 2011. 8 февр.

водственные показатели, классность, разряд, компетентность или деловые качества и др.). Такое неравенство с точки зрения трудовых прав будет обоснованным и должно выражаться в преимущественном праве на продвижение по службе, на повышение заработной платы и др. В этих случаях некоторые западные исследователи пишут не о деловых качествах, а о достоинствах человека. Последнее понятие по своему содержанию шире деловых качеств, о чем будет сказано ниже;

3) *социальная дифференциация принципиально равных позиций* (работники одной профессии или квалификации на разных предприятиях или в секторах экономики, работники, выполняющие примерно одну по содержанию или квалификации работу в различных сферах деятельности, руководители различных организаций примерно одного масштаба и др.). Хотелось бы отметить, что данный вид дифференциации может при определенных условиях перейти в свою противоположность — межсекторную дискриминацию;

4) *социальная стратификация в зависимости от занимаемой работником должности и его социального статуса* (руководитель, ведущий специалист, технический исполнитель и др.) Такая форма неравенства является неизбежной и оправданной, но она диктуется именно различиями в социальной значимости труда.

Достоинства человека, о которых упоминалось выше, служат веским основанием для дифференциации. В зарубежной научной литературе выделяют пять понятий или моделей достоинств:

а) отсутствие сознательной дискриминации, кумовства или политического фаворитизма;

б) «общий здравый смысл», когда обладание качествами, признанными ценными в обществе, считается полезным для выполнения определенной работы;

в) достоинства строго относятся к данной работе, поэтому ее следует поручать лицу, обладающему соответствующими качествами;

г) способность обеспечить конкретные результаты, связанные с работой, для чего важны не столько сами способности лучше выполнять работу, сколько обладание качествами, помогающими при выполнении данной работы;

д) способность приносить полезные результаты организации, так что достоинства совпадают с качествами, которые позволяют

индивиду наиболее эффективно служить организации, а не просто выполнять узко понятую работу¹.

Собственно, деловые качества можно отнести только к п. «в» и отчасти «г». Согласно п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами РФ Трудового кодекса РФ»² под деловыми качествами следует, в частности, понимать способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него: а) профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации); б) личных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли); в) иные требования, обязательные для заключения трудового договора в силу прямого предписания федерального закона, либо которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере).

Очевидно, что наличие определенного уровня образования и опыт работы по данной специальности, в данной отрасли относятся скорее к профессионально-квалификационным качествам. Состояние здоровья может быть отнесено к личным качествам работника только в тех случаях, когда определенные требования к нему предусмотрены законодательством (для несовершеннолетних, для лиц, работающих в тяжелых и вредных условиях труда, и др.).

В целом конструкция достоинств человека в трудовом контексте кажется нам перспективной и заслуживающей внимания.

Отметим, что в первоначальной редакции ст. 252 ТК РФ особенности регулирования трудовых отношений могли определяться только ТК РФ и иными федеральными законами. При текстуальной трактовке этого положения выходило так, что на уровне ниже федерального закона дифференциация не допу-

¹ Классификация приведена по: *Томе М.* Дискриминация и равенство в сфере труда: обзор концепций // *Международный обзор труда.* Т. 142. 2003. № 3–4. М., 2005. С. 55.

² БВС РФ. 2004. № 6 (в ред. постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 сентября 2010 г. № 22).

скалась. После изменений, внесенных Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ, такие особенности могут устанавливаться иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями, локальными актами. При этом снижение уровня гарантий работника или ограничение его трудовых прав может устанавливаться в ТК РФ либо в случаях и порядке, предусмотренном ТК РФ. Иными словами, дифференциация может быть как положительной, улучшающей положение работника, так и отрицательной, например предусматривающей более жесткую дисциплинарную ответственность.

Дифференциацию трудовых прав отличают следующие основные характеристики:

1) субъектом дифференциации трудовых прав выступает нормотворческий орган или социальные партнеры, имеющие право принимать нормативные правовые или коллективно-договорные акты;

2) дифференциация может носить как «положительный», так и «отрицательный» характер. Отрицательная дифференциация, влекущая за собой снижение уровня гарантий работников, ограничение трудовых прав может устанавливаться исключительно ТК РФ либо в случаях и порядке, предусмотренных ТК РФ (ст. 252);

3) основаниями дифференциации могут вступить объективные признаки трудовой деятельности (в этом случае она связана преимущественно с производственной функцией трудового права) или субъективные признаки работника, нуждающегося в повышенной защите (в этом случае она связана преимущественно с социальной функцией трудового права);

4) дифференциация осуществляется посредством принятия норм-изъятий или норм-дополнений. Обычно специальная норма имеет приоритет перед общей;

5) дифференциация обеспечивает с помощью особенностей единство правового регулирования, фактическое равенство трудовых прав;

6) общими пределами дифференциации выступают прежде всего принципы отрасли трудового права.

В литературе отмечаются тенденции углубления дифференциации в правовом регулировании трудовых отношений. Так, С. Ю. Головина справедливо пишет, что новое звучание получает территориальный критерий дифференциации трудового права.

Если ранее необходимость такой дифференциации объяснялась исключительно географическими и климатическими особенностями, то сегодня к ним добавляется техногенный фактор, вызывающий потребность в дополнительной правовой регламентации трудовых отношений работников, проживающих и работающих на территориях, пострадавших в результате аварий на Чернобыльской АЭС, комбинате «Маяк» и других загрязненных территориях. Дополнительный импульс территориальной дифференциации дает и отнесение трудового законодательства по Конституции РФ к совместному ведению РФ и ее субъектов¹. Упущением ТК РФ считается отсутствие в нем главы, посвященной регулированию труда работников с пониженной трудоспособностью (инвалидов). Некоторые авторы обоснованно отмечают и расширение критерия (основания) субъективной дифференциации за счет распространения ее на работодателей². Ранее в теории трудового права субъективная дифференциация традиционно ограничивалась статусом работника. От дифференциации следует отграничить индивидуализацию трудовых прав. Между тем в юридической литературе некоторыми авторами эти понятия отождествляются и индивидуализация рассматривается как высшая степень проявления дифференциации³. Действительно, эти понятия объединяет общая цель — учет особенностей (различий) регулирования труда для работников. Однако эти понятия в значительной части не совпадают.

Отличия дифференциации от индивидуализации.

Во-первых, индивидуализация трудовых прав осуществляется на индивидуально-договорном уровне, к конкретному субъекту, в то время как дифференциация предполагает нормативный уровень и рассчитана на определенные категории работников (несовершеннолетние, женщины и т. д.).

Во-вторых, в отличие от дифференциации индивидуальное регулирование не может снижать уровень гарантий прав работников по сравнению с установленными нормативными актами о труде и коллективными договорами (соглашениями) (ст. 9 ТК РФ).

¹ Головина С. Ю. Основания и пределы дифференциации в трудовом праве // Российское трудовое право на рубеже тысячелетий. Ч. 1. СПб., 2001. С. 79—80.

² См.: Трудовое право России: проблемы теории / отв. ред. С. Ю. Головина. Екатеринбург, 2006. С. 66—68.

³ См.: Курс российского трудового права. СПб., 1996. Т. 1. С. 354.

Таким образом, в механизме правового регулирования трудовых отношений дифференциация и индивидуализация занимают самостоятельное место.

Следовательно, дифференциация обеспечивает регулирование трудовых отношений на уровне нормотворчества, а индивидуально-правовое регулирование является стадией реализации права.

От дифференциации и дискриминации надо отличать индивидуальное ограничение трудовых прав, которое отвечает следующим признакам:

- а) налагается только на конкретное лицо вступившим в силу решением или приговором суда;
- б) носит в силу этого временный характер;
- в) выражается в запрете занимать определенные должности, заниматься определенными видами деятельности или в дисквалификации.

Как видим, в российском трудовом законодательстве особую практическую значимость сохраняет проблема разграничения категорий дифференциации и дискриминации трудовых прав. Дифференциация с учетом субъективных и объективных характеристик труда не должна превращаться в свою противоположность — дискриминацию.

В заключение отметим следующее.

Пределы ограничения трудовых прав и свобод связаны со следующими отправными положениями. Во-первых, трудовые права и свободы могут быть ограничены только федеральным законом в строго определенных Конституцией РФ (ст. 55) случаях, преследовать конституционно значимые цели. Во-вторых, ограничение трудовых прав должно быть соразмерным, не должно нарушать принципа равенства субъектов этих прав. В-третьих, вводимые федеральным законом ограничения трудовых прав не должны затрагивать само существо того или иного права и приводить к утрате его реального содержания. В-четвертых, ограничение трудовых прав должно быть соразмерным, обеспечивать баланс соответствующих конституционных прав и свобод сторон трудового отношения.

Дифференциация предполагает установление различий, исключений, предпочтений и ограничений в правовом регулировании трудовых отношений отдельных категорий работников. Индивидуализация представляет собой учет особенностей

субъекта на индивидуально-договорном уровне, своеобразное «углубление» дифференциации, но уже выходящее за ее пределы. Индивидуализация трудовых прав осуществляется на индивидуально-договорном уровне, к конкретному субъекту, в то время как дифференциация предполагает нормативный уровень и рассчитана на определенные категории работников (несовершеннолетние, женщины и т. д.).

3.2. Понятие и пределы осуществления трудовых прав

Реализация трудовых прав (индивидуальных и коллективных) проходит в двух основных формах:

- 1) осуществление трудовых прав самостоятельно или с участием представителя;
- 2) правоприменение.

В последнем случае субъекты не могут реализовать свои права собственными действиями без вмешательства компетентных органов (органов по разрешению трудовых споров, органов контроля и надзора за соблюдением трудового законодательства и др.).

В советской науке трудового права теоретические вопросы осуществления субъективных трудовых прав, в том числе и права на труд, были предметом специальных исследований. При этом авторами отмечались следующие основные характеристики осуществления трудовых прав при социализме. Во-первых, это осуществление в единстве трудовых прав и обязанностей. Во-вторых, обеспечение правовыми гарантиями осуществления трудовых прав рабочих и служащих. В-третьих, добровольность реализации субъективных прав и обязанностей рабочими и служащими, что означало самостоятельное решение вопроса работником о месте и времени использования своего права, а равно отказа от его использования, если иное не предусмотрено законодательством. В-четвертых, это осуществление рабочими и служащими трудовых прав при активном участии и под контролем профсоюзов и иных общественных организаций¹.

¹ См.: *Егоров В. В.* Право на труд рабочих и служащих: теория и практика. М., 1986; *Иванов С. А., Лившиц Р. З.* Личность в советском трудовом праве. М., 1982. С. 64–196; *Смирнов О. В.* Природа и сущность права на труд в СССР. М., 1964. С. 91–108; *Скобелкин В. Н.* Юридические гарантии трудовых прав рабочих и служащих. М., 1969, и др.

К. П. Уржинский (1926—1997) дополнил эти характеристики следующими принципами, которые были созвучны принципам разумного и добросовестного осуществления гражданских прав, а именно: использование трудовых прав разумно и рационально в отношении места и времени использования права, использование строго по назначению, «в натуре». В последнем случае имелись в виду предусмотренные в трудовом законодательстве запреты денежной компенсации взамен неиспользованного субъективного права при регламентации рабочего времени отпусков, охраны труда и т. п.¹ Фактически речь шла о пределах осуществления трудовых прав. Любое субъективное право, будучи мерой возможного поведения управомоченного лица, писал В. П. Грибанов, имеет определенные границы. Границы есть неотъемлемое свойство любого субъективного права, так как при отсутствии таких границ право превращается в свою противоположность — произвол².

К. П. Уржинский считал необходимым закрепить в советском трудовом законодательстве запрет использования трудовых прав не по своему назначению, в ущерб общественным и коллективным интересам, тем самым устранить существующий правовой пробел. Он отмечал, что названный запрет нашел легальное отражение в Кодексе труда Чехословацкой Советской Социалистической Республики³. Злоупотребление трудовыми правами рассматривалось им как нарушение принципа рационального использования субъективных прав, что должно вызывать соответствующую реакцию со стороны государства: установление неблагоприятных юридических последствий. В советский период в науке трудового права исследование запрета злоупотребления трудовыми правами ограничилось постановкой проблемы в отличие от цивилистики, где этой проблеме уделялось гораздо больше внимания.

Порядок реализации прав, интересов предопределяется их отраслевой природой. Трудовые права и интересы характеризуются по крайней мере тремя основными признаками:

1) единством личного, организационного и имущественного элементов;

¹ См.: Уржинский К. П. Теория и практика субъективных прав рабочих и служащих в свете новейшего законодательства. Калинин, 1975. С. 60, 68.

² См.: Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 9 и др.

³ Бюллетень чехословацкого права. 1974. № 2. С. 190.

- 2) дихотомией частных и публичных начал;
- 3) как личные блага они являются неотъемлемыми и неотчуждаемыми.

Кроме того, трудовые права подразделяются на индивидуальные и коллективные. При этом выделение коллективных трудовых прав, как уже указывалось ранее, обусловлено только особой формой их реализации с участием представителей работников и работодателей. В этой связи механизм осуществления трудовых прав, интересов строится на сочетании государственного, локального и договорного регулирования трудовых отношений и производных от них отношений в целях достижения оптимального согласования интересов сторон трудового отношения и интересов государства. Осуществление (реализация) трудовых прав и интересов есть не что иное, как реализация согласования названных интересов. Право всегда имеет своей целью обеспечение разграничения, реализации, защиты пересекающихся, нередко противоборствующих интересов. Р. Иеринг отмечал, что «жизнь права есть борьба народов, государственной власти, сословий, индивидуумов...»¹.

Для сравнения обратимся к гражданским (частным) правам. Согласно ГК РФ (ст. 9) граждане и юридические лица осуществляют принадлежащие им гражданские права по своему усмотрению. Диспозитивные нормы играют в регулировании гражданско-правовых отношений решающую роль. Субъектам предоставляется возможность по своему усмотрению приобретать или не приобретать субъективные права, распоряжаться ими, в том числе они вправе отказаться от реализации субъективных прав, выбрать способ их реализации, прибегнуть или не прибегнуть к мерам защиты нарушенных прав. В публичных отраслях права субъективные права осуществляются в порядке, предусмотренном нормативными правовыми актами, т. е. государством.

Иная картина складывается в отношении трудовых прав. Они возникают и реализуются в трудовом правоотношении на диспозитивных (договорных) и императивных (нормативных) началах. С одной стороны, права и обязанности сторон трудового правоотношения возникают из трудового договора, с другой — и без включения в трудовой договор на работника должны

¹ См.: *Иеринг Р.* Борьба за право. М., 1874. С. 5; *Он же.* Интерес и право. Ярославль, 1880.

будут распространяться в силу закона соответствующие права и обязанности.

Сочетание публичных и частных начал в осуществлении субъективных прав также означает следующее: с одной стороны, самостоятельность субъектов трудового права в определении места и времени реализации своих правомочий, а также при решении вопроса о том, использовать или не использовать свое право¹. Закономерно, что в современных исследованиях реализация права на труд, как и других трудовых прав, связывается прежде всего с традиционными договорными формами².

С другой стороны, в нормативном порядке устанавливаются сроки реализации ряда прав: пресекательные сроки привлечения работника к материальной и дисциплинарной ответственности, сроки исковой давности защиты прав работника. Следует отграничить правовой режим неиспользования трудовых прав и отказ от осуществления трудовых прав³. Неиспользование субъективного права не требует по общему правилу совершения каких-либо юридических действий их обладателем. Так, работодатель вправе отказаться от осуществления предоставленных ему законом и договором прав, например прав на привлечение работников к материальной или дисциплинарной ответственности, на увольнение работников и др. Отказ от осуществления права предполагает совершение предусмотренных законом действий обладателем права. Например, работник вправе отказаться от реализации права на увольнение по собственному желанию, отозвав свое заявление (ст. 80 ТК), отказаться от участия в забастовке, письменно заявив об оплате простоя (ст. 414 ТК). Однако работник не вправе отказаться от реализации основных прав (по своей природе естественных и неотъемлемых), связанных с охраной труда в широком смысле (право на рабочее место, соответствующее условиям безопасности труда; на отдых, на оплату труда не ниже минимальной, обязательное социальное страхование), т. е. от государственных гарантий трудовых прав работника.

Трудовые права и обязанности неотчуждаемы, не могут быть переданы (уступка требования) иным лицам, осуществляются

¹ Уржинский К. П. Указ. соч. С. 68.

² См.: Бугров Л. Ю. Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013. С. 92–107 и др.; Еремина С. Н. Право человека на труд и правовые формы его реализации. М., 2013. С. 19–98 и др.

³ Уржинский К. П. Указ. соч. С. 72.

лично, а коллективные трудовые права (в силу их правовой природы) через представителя. Личный характер трудовых прав и интересов работника предполагает и их использование по назначению. Не допускается их замена денежной компенсацией, например, при осуществлении права на безопасные условия труда, права на отдых и др., если иное в порядке исключения не установлено законом. Речь идет о возможности замены части отпуска денежной компенсацией (ст. 126, 127 ТК). Осуществление субъективных прав работников и работодателей может сопровождаться участием представителей работников в случаях, установленных ТК РФ и коллективными договорами, локальными нормативными актами. В этих случаях осуществление прав работодателем требует предварительного согласия представительного органа работников (ст. 39, 374 ТК) или учета мнения профсоюзного органа (ст. 372, 373 ТК).

Еще И. Кантом (1724–1804) было постулировано, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. Первоначально эти пределы осуществления прав и свобод были легализованы в известной Декларации прав и свобод 1789 г. В России таким документом стала Декларация прав и свобод человека 1991 г.¹, затем действующая Конституция РФ.

Между тем осуществление субъективного права лицом в своем интересе означает, как правильно подчеркивается в литературе, также и возможность действовать в известных установленных законом пределах (мера) и известным образом (вид)². Осуществление регулятивных и охранительных трудовых прав должно производиться в определенных пределах, границах.

Под пределами осуществления трудовых прав следует понимать границы дозволенного (не запрещенного) законодательством поведения (действие, бездействие) работника по реализации своих трудовых прав. Пределы осуществления и защиты трудовых прав, на наш взгляд, подразделяются на общие и специальные. Общие публично-правовые пределы устанавливаются в нормах-принципах трудового права и связаны с общими запретами в трудовом

¹ Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1865.

² См., например: *Матузов Н. И.* Личность. Права. Демократия: Теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972. С. 249–250; *Комаров С. А., Ростовщиков И. В.* Личность. Права и свободы. Политическая система. СПб., 2002. С. 168.

праве: запрет дискриминации в трудовых отношениях (ст. 3 ТК), запрет устанавливать трудовым договором, коллективным договором условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий прав по сравнению с установленными трудовым законодательством (ст. 9 ТК), и др.

Специальные пределы осуществления трудовых прав предусматриваются нормативными правовыми актами, в том числе локальными актами, а также коллективными договорами, соглашениями, трудовыми договорами в отношении конкретных трудовых прав. Прежде всего, эти правовые пределы обусловлены и минимальными стандартами и гарантиями трудовых прав (минимальный размер платы труда, максимальная продолжительность рабочего времени, закрытый перечень оснований прекращения трудового договора по инициативе работодателя и др.). Они связаны не только с содержанием этих прав, но и со сроками осуществления (временные пределы), способами осуществления (путем соглашения сторон, либо с соблюдением процедуры предварительного предупреждения об изменении или прекращении трудовых прав, либо с получением мнения представительных органов работника (с учетом мнения, по согласованию) и др.).

Таким образом, усиление гибкости в правовом регулировании трудовых отношений, расширение сферы индивидуально-договорного и коллективно-договорного регулирования ставит на повестку дня вопрос о пределах осуществления трудовых прав работником и работодателем. В советский период в условиях централизованного (нормативного) регулирования трудовых отношений при ведущей роли метода предписания названная проблема не стояла столь остро. В настоящее время возрастание роли частноправовых методов регулирования трудовых отношений предполагает поиск и обоснование дополнительных критериев, определяющих пределы реализации трудовых прав и интересов.

В этой части весьма показательно определение Верховного Суда РФ от 14 ноября 2008 г. № 5-В08-84. В этом определении речь идет как об общих пределах осуществления трудовых прав: запрет устанавливать условия трудового договора, снижающих уровень прав и гарантий работников, предусмотренный трудовым законодательством, так и запрет злоупотребления правом. Причем первый запрет легально закреплен в ТК РФ, другой такого закрепления в трудовом праве не имеет. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ подчеркнула, что

регулирование трудовых отношений с помощью прямого или по аналогии закона применения норм гражданского законодательства противоречит ст. 5 ТК РФ, не предусмотрено ст. 2 ГК РФ и основано на неправильном толковании и применении норм этих двух самостоятельным отраслей законодательства. В отличие от гражданского законодательства в трудовом законодательстве отсутствует понятия недействительности трудового договора. Это обусловлено тем, что трудовые договоры, по сути, представляют особый вид договоров, объект которых — выполнение трудовой функции (работы по определенной специальности, квалификации или в должности) с подчинением правилам внутреннего трудового распорядка.

Трудовое право имеет свой предмет и метод регулирования общественных отношений, отличные от предмета и метода гражданского права. Именно в силу специфики предмета и метода регулирования, а также с учетом невозможности возвращения сторон в первоначальное положение после исполнения условий трудового договора полностью или частично в трудовом законодательстве отсутствуют нормы о недействительности трудового договора.

По мнению Верховного Суда РФ, ст. 9 ТК РФ устанавливает, что трудовые договоры не могут содержать условий, снижающих уровень прав и гарантий работников, установленный трудовым законодательством. Если такие условия включены в трудовой договор, то они не могут применяться. Таким образом, трудовое законодательство не содержит механизма признания трудового договора недействительным. В нем нет аналога ст. 168 ГК РФ.

Верховный Суд РФ в названном определении упомянул еще о запрете злоупотребления правом. В частности, суд отметил, что при новом рассмотрении дела суду следует устранить отмеченные недостатки, надлежащим образом проверить доводы обеих сторон, в частности доводы ответчика, сводящиеся к тому, что со стороны участников трудовых отношений в данном случае просматривается злоупотребление правом. В том случае, если суд при рассмотрении дела придет к выводу о том, что при заключении трудовых договоров с истцами с одной или обеих сторон имело место злоупотребление правом, он может полностью или частично отказать в удовлетворении заявленных истцами требований, но выводы о злоупотреблении правом должны основываться на

конкретных доказательствах и быть надлежащим образом мотивированными в решении суда.

Выводы

1. В основе механизма осуществления субъективных трудовых прав и интересов работниками и работодателями лежит принцип сочетания государственного и договорного регулирования, который должен обеспечить оптимальное согласование интересов сторон трудовых отношений и интересов государства.

2. Отраслевые публично-правовые пределы осуществления трудовых прав определяются общими запретами дискриминации, ограничения прав и снижения уровня гарантий в трудовых и коллективных договорах по сравнению с установленными трудовым законодательством, злоупотребления трудовыми правами.

3.3. Запрет дискриминации трудовых прав работников

Прежде всего необходимо определиться с трактовкой ключевого анализируемого понятия. Советский энциклопедический словарь дает следующее определение: «Дискриминация (от латинского *discriminatio* — различие) — умаление прав какой-либо группы граждан в силу их национальности, расы, пола, вероисповедания и т. п.»¹. Словарь иностранных слов трактует дискриминацию как «различие, разделение, умаление прав. Применительно к международным отношениям, это установление для представителей или организаций какого-либо государства меньших прав, чем те, какие представлены другим государствам»². Уголовный кодекс РФ (ст. 136) определяет дискриминацию как нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в зависимости от его пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам.

В западной доктрине дается несколько отличное определение. Юридический словарь Блэка³ говорит о дискриминации, как

¹ Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 400.

² См.: Петров Ф. Н. Словарь иностранных слов. М., 1955. С. 235.

³ См.: Black H. C. Black's law dictionary. Special Deluxe, Fifth Edition. M.A. St. Paul Minn, 1979. P. 1511.

о явлении предоставления определенных привилегий группе, необоснованно выбранной из общей массы людей, обладающей таким же правом на данные привилегии. Юридический словарь Стивена Гифиса тоже определяет дискриминацию как неравное обращение с субъектами, находящимися в равном правовом положении¹. Если говорить о дискриминации применительно именно к трудовым отношениям, то, например, словарь Канадского права определяет акт дискриминации как действие работодателя, неблагоприятно влияющее на трудовые отношения работника в таких сферах, как продвижение по службе, уход в отпуск, увольнение, забастовка, перевод на нижеоплачиваемую должность, перевод рабочего места на другую территорию, понижение оплаты, изменение рабочего времени, объявление выговора².

Можно сделать предварительный вывод о том, что дискриминацией является ограничение или лишение прав определенной категории граждан по какому-либо признаку, не оговоренному в соответствующем нормативном акте и не имеющим под собой объективные основания (характер и условия труда) и субъективные основания (необходимость в защите отдельных категорий работников). Дискриминацией является и предоставление необоснованных льгот, преимуществ отдельным лицам или категориям лиц. Это явление противоречит извечным устремлениям человечества к свободе, равенству, справедливости. Особенно болезненно воспринимается оно в сфере трудовых отношений, поскольку затрагиваются самые важные с точки зрения удовлетворения физических и духовных потребностей права: право на равный доступ к работе, на равное вознаграждение за равный труд, на равные шансы продвижения по службе, на защиту от безработицы и т. д.

Отметим, что в международном праве и мировом общественном мнении недопустимость дискриминации закрепились в основном после завершения Второй мировой войны. С тех пор понимание того, что есть дискриминация, сильно изменилось. Осознание различий между современными обществами, роли полов и сексуальной ориентации, изменение моральных ценностей, большая доступность услуг и информации, а также возросшая

¹ См.: *Gifis S. H. Law dictionary. Fifth edition. Barrons, 2003. P. 450.*

² См.: *Nuse B., Dukelow D. A. The dictionary of Canadian law. A Carswell Publications. 1991. P. 237.*

международная и национальная мобильность — это только часть факторов, которые повысили осведомленность о различиях в обращении с разными людьми. Представление о дискриминации, как о преимущественно преднамеренном неблагоприятном обращении с отдельными лицами, уступило место более широкому определению, охватывающему даже традиционное дифференцирование. С недавних пор осознается, что дискриминация может быть косвенной¹, например, когда одинаковое обращение имеет непропорционально неблагоприятные результаты для членов определенной группы людей².

Дискриминация имеет нередко завуалированный характер, что затрудняет возможность ее обнаружения и доказывания. Выяснить ее истинные масштабы вряд ли возможно. Однако бесспорно, что это одно из самых распространенных негативных явлений в сфере наемного труда. Следует подчеркнуть, что в отношении понятия «дискриминация» нет единого подхода ни в доктрине международного права, ни в практике отдельных государств³.

Запрет (недопущение) дискриминации признан в международном трудовом праве как необходимое условие обеспечения равенства возможностей в области труда и занятости. Принципиальные положения о запрете дискриминации содержатся в ратифицированных СССР и РФ Конвенциях МОТ: Конвенция № 111 «О дискриминации в области труда и занятий» (1958 г.) и Конвенция № 156 «О трудящихся с семейными обязанностями» (1981 г.). ТК РФ не только называет, но и раскрывает содержание принципа запрещения дискриминации в сфере труда (ст. 3). При этом Конституция РФ и ТК РФ содержат открытый перечень ос-

¹ Типичный случай косвенной дискриминации при приеме на государственную службу в Великобритании описал известный историк и философ А. Тойнби (1889–1975). Формально госслужащим мог стать любой британский подданный. Однако экзамены по отбору кандидатов проводились в Лондоне. Претенденты сдавали, помимо прочего, английский, греческий и латынь. Это практически отсекало путь на госслужбу коренным выходцам из Индии, хотя формально никакого запрета для них не было (см.: *Тойнби А. Цивилизация перед судом истории*. М., 1995. С. 327–328).

² См.: *Видхабер Л.* Балтийский ежегодник международного права. Т. 2. 2002. С. 71–82.

³ См. подробнее: *Лушников А. М., Исаева Е. А.* Правовые меры по предотвращению дискриминация в трудовых отношениях: опыт США // *Труд за рубежом*. 2005. № 1. С. 85–95.

нований дискриминации, что неизбежно приводит к смешению названных категорий: дискриминации и дифференциации. По действующему трудовому законодательству примерный перечень оснований дискриминации ограничивается весьма обтекаемой формулировкой — «другие обстоятельства, не связанные с деловыми качествами работника» (ст. 3 ТК РФ). Открытый перечень дает возможность судебным органам расширительно толковать дискриминационные основания.

Ратифицированная Конвенция МОТ № 111 о дискриминации в области труда и занятий дает определение и содержит перечень дискриминационных оснований: как всякое другое различие, недопущение или предпочтение, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений или социального происхождения. Этот перечень может быть дополнен государством — членом МОТ на основе консультаций с представительными организациями предпринимателей и трудящихся. Таким образом, перечень оснований дискриминации становится закрытым. Думается, что перечень дискриминационных оснований может быть закрытым и устанавливаться федеральным (исключительно федеральным) законом. Важно подчеркнуть, что действовавшие ранее Основы государственной службы РФ (1995 г.) содержали закрытый перечень дискриминационных оснований (ст. 21). Если обратиться к зарубежному опыту, то в каждой стране существует свой более или менее полный набор оснований запрещения дискриминации при найме на работу, и нередко это закрытый перечень¹.

Если КЗОТ 1971 г. устанавливал запрет дискриминации применительно только к гарантиям при приеме на работу (ст. 16), то ТК РФ распространил его действие на всю сферу труда, на трудовые и производные от трудового отношения. При этом Кодекс не ограничивается только констатацией запрета дискриминации в трудовых отношениях, но и указывает на формы защиты прав и юридические последствия реализации этих форм. Закреплено следующее положение: лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в суд с заяв-

¹ См. сравнительную таблицу «Запрещение дискриминации в странах Запада»: *Киселев И. Я.* Сравнительное и международное трудовое право. С. 118–120.

лением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального вреда и компенсации морального вреда (ст. 3 ТК РФ).

Между тем в ряде случаев, как нам представляется, наш законодатель весьма непоследовательно проводит рассматриваемый принцип в жизнь. Так, предусмотренная ТК РФ (ст. 59) возможность заключения срочного трудового договора с пенсионерами по возрасту пусть и по соглашению сторон, но лишь по причине пенсионного возраста безотносительно к условиям и характеру труда — неправомерно ограничивает трудовые права этой категории лиц, по сути, ведет к их дискриминации. Однако Конституционный Суд РФ в своем определении от 15 мая 2007 г. № 378-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Амурского городского суда Хабаровского края о проверке конституционности положения ст. 59 ТК РФ» указал, что нормативное положение абзаца третьего части второй ст. 59 ТК РФ, допускающее заключение с пенсионерами по возрасту срочного трудового договора при отсутствии объективных причин, требующих установления трудовых отношений на определенный срок, не ограничивает, вопреки утверждению заявителя, свободу труда, их право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, закрепленные ст. 37 (ч. 1) Конституции РФ. Предусматривая, что срочный трудовой договор с пенсионерами по возрасту может заключаться по соглашению сторон, оно предоставляет сторонам трудового договора свободу выбора в определении его вида: по взаимной договоренности договор может быть заключен как на определенный, так и на неопределенный срок.

Далее Конституционный Суд отмечает, что, поскольку срочный трудовой договор заключается по соглашению сторон, т. е. на основе добровольного согласия работника и работодателя, в случае, когда согласие на заключение договора было дано работником вынужденно, он вправе оспорить правомерность заключения с ним срочного трудового договора в суд общей юрисдикции. Если судом на основе исследования и оценки всех фактических обстоятельств дела будет установлено, что согласие работника на заключение такого договора не является добровольным, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок¹.

¹ Вестник КС РФ. 2007. № 6.

Между тем очевидно, что в рассматриваемом случае речь должна идти не о нарушении принципа свободы труда, а о нарушении принципа равенства и запрета дискриминации в трудовых отношениях. Отметим, что именно в этом ключе ранее КС РФ было вынесено решение от 4 февраля 1992 г. № 2 П-3 «О проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному п. 1.1 ст. 33 КЗоТ Российской Федерации»¹. Этим решением указанное основание увольнения работника в связи с достижением пенсионного возраста (при наличии права на полную пенсию) было признано дискриминационным. В частности, Суд отметил, что положение п. 1.1 ст. 33 КЗоТ РСФСР противоречит обязательствам, принятым государствами, подписавшими и ратифицировавшими Конвенцию МОТ № 111 относительно дискриминации в области труда и занятости 1958 г. Исключение дискриминации по возрастному критерию является также целью ряда рекомендаций Международной организации труда, в частности Рекомендации МОТ № 162 1980 г. «О пожилых трудящихся», которая исходит из недопустимости дискриминации этих лиц в области труда и занятий (ст. 3) и необходимости обеспечить пожилым трудящимся равенство возможностей и обращения наравне с другими относительно доступа к работе по их выбору (ст. 5), а также рассматривает положения законодательства и практики, устанавливающие возрастной критерий для прекращения трудовых отношений, если это не связано с характером выполняемой работы, как дискриминацию в области труда и занятий (ст. 22). Согласно ст. 5 Рекомендации МОТ № 166 1982 г. «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» возраст также не может служить законным основанием для прекращения трудовых отношений. Таким образом, согласно международно-правовым документам возрастной критерий при прекращении трудовых отношений, не обусловленный родом и особенностями выполняемой работы, носит дискриминационный характер и признается недопустимым. В этом случае также нарушалось равенство возможностей в реализации гражданами права на труд.

Другим примером несоблюдения принципа равенства и запрета дискриминации в трудовых отношениях служит ст. 177

¹ СЗ РФ. 1992. № 13. Ст. 669.

ТК РФ, согласно которой гарантии и компенсации предоставляются работникам, получающим профессиональное образование соответствующего уровня впервые. Однако КС РФ в своем определении от 8 июля 2004 г. № 167-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ф. Ф. Чертовского на нарушение его конституционных прав положением части первой статьи 177 Трудового кодекса Российской Федерации» указал, что положение части первой ст. 177 ТК РФ само по себе не может рассматриваться как ограничивающее конституционные права и свободы граждан, желающих получить второе высшее образование, и нарушающее положения ст. 55 (ч. 2 и 3) Конституции Российской Федерации. Не может оно расцениваться и как нарушающее равенство всех перед законом и судом и равенство прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 и 2 ст. 19 Конституции РФ), поскольку из конституционного принципа равенства не вытекает требование предоставления одинаковых гарантий и компенсаций лицам, относящимся к разным категориям — получающим высшее образование впервые и уже имеющим образование такого уровня¹. К указанным лицам гарантии и компенсации могут устанавливаться в коллективно-договорном, локальном и индивидуально-договорном порядке. Но с этим никто и не спорит. Для нас очевидно, что названный порядок не может служить гарантией прав работников и «выравнивать» их положение по сравнению с работниками, получающими образование соответствующего уровня впервые. В этом случае нарушается не только принцип равенства, но и принцип гарантированности (обеспечения) трудовых прав и гарантий работников. Юридическое (формальное) равенство должно по своему назначению обеспечить фактическое равенство прав отдельных категорий субъектов путем выравнивания их возможностей. С позицией КС РФ можно было бы согласиться, если бы в действующем законодательстве была предусмотрена норма, обязывающая работодателя предоставить работнику на период сдачи экзаменов, прохождения практики отпуска без сохранения заработной платы. Такое решение означало бы и соблюдение принципа равенства работников, получающих образование впервые, и иных работников, получающих второе образование соответствующего уровня, и принципа гаранти-

¹ Официальные документы в образовании. 2004. № 31.

рованности трудовых прав работников, совмещающих работу с обучением.

Итак, возвращаясь к проблеме запрета дискриминации, повторим, что последняя выступает антиподом дифференциации, является ограничением или лишением трудовых прав определенной категории граждан по какому-либо признаку, не предусмотренному в соответствующем нормативном акте, не связанному с требованиями определенной работы и деловыми качествами работника. Дискриминацией является и предоставление необоснованных льгот, преимуществ отдельным лицам или категориям лиц, если иное не установлено трудовым законодательством, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями, локальными актами.

В настоящее время большое внимание уделяется проблемам дискриминации в трудовых отношениях. В теории права также пока еще не сложилось четкого разграничения оснований, форм и видов дискриминации. Это касается и трудовых отношений. Более определенными являются основания дискриминации, так как их открытый перечень назван в ст. 3 ТК РФ (по признаку пола, расы, цвета кожи, национальности и др.).

Формы дискриминации, на наш взгляд, могут быть следующими.

1. *Прямая и косвенная* в зависимости от степени открытости и категоричности. В свою очередь, прямая дискриминация имеет двоякое проявление: законодательное закрепление неравенства или открытое на практике предпочтение в трудовых отношениях по какому-либо признаку. В отношении первого проявления отметим, что российское законодательство в основном соответствует мировым стандартам. Зато вторая ипостась прямой дискриминации встречается довольно часто. Достаточно вспомнить объявления о приеме на работу в печати и других источниках, где в качестве требований к кандидатам указывается пол, возраст, внешность и др. Данная форма дискриминации основана на стереотипе, неявном требовании, чтобы представители дискриминируемой группы имели те же характеристики, что и представители доминирующей группы. В этой связи стоит отметить изменения, внесенные Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 162-ФЗ¹

¹ РГ. 2013. 5 июля.

в Закон РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации».

В п. 6 ст. 25 Закона РФ установлен запрет распространять информацию о свободных рабочих местах или вакантных должностях, содержащую требования к потенциальным работникам, прямо или косвенно ограничивающую их права или устанавливающую требования, не связанные с деловыми качествами работника. Этот же ФЗ ввел административную ответственность за нарушение данного запрета по ст. 13.11.1 КоАП РФ в виде штрафа от 500 до 15 000 руб. Примечательно, что аналогичные предложения учеными трудовиками, в том числе авторами данного исследования¹, высказывались неоднократно.

Подчеркнем, что прямую дискриминацию проще доказать и эффективнее ей противодействовать.

В настоящее время осознается, что дискриминация может быть косвенной, например когда одинаковое обращение имеет непропорционально неблагоприятные результаты для членов определенной группы людей. Например, завышенные требования по физическим показателям более благоприятны для здоровых мужчин, чем для инвалидов и женщин. Возможна косвенная дискриминация и при разном обращении. Так, во многих странах домашняя прислуга де-юре или де-факто исключена из правил защиты, гарантированных другим наемным работникам. Эта дискриминация носит скрытый характер и труднее доказывается.

2. *Внутрисекторная и межсекторная* в зависимости от сферы осуществления. Дискриминация имеет преимущественно внутрисекторный характер, т. е. в рамках одной отрасли хозяйства, сферы деятельности и др. Более того, факты дискриминации в подавляющем числе случаев имеют место в конкретной организации. При этом не исключается ничем не обоснованное неравенство в оплате и условиях труда, например в частной и государственной медицине, газовой и угледобывающей отраслях.

3. *Вертикальная и горизонтальная* в зависимости от уровней осуществления. Первая из них касается предпочтений в субординированных отношениях власти-подчинения, вторая — координированных отношений равных в должностном положении субъектов. Вертикальная дискриминация может выражаться

¹ См., например: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 296.

в покровительстве или ущемлении прав подчиненных со стороны руководителей по какому-либо признаку. Горизонтальная дискриминация менее распространена и может выражаться в негативном воздействии, от психологического до физического, коллег одной с дискриминируемым служебной страты. Эти две формы дискриминации могут сочетаться в том числе по инициативе или даже по указанию работодателя.

4. *Различие, исключение или предпочтение* в зависимости от ее направленности. Различие предполагает различное отношение к работникам сугубо по одному из признаков, вне зависимости от компетенции и деловых качеств. Причина различия не имеет значения и может варьироваться от сознательной и целенаправленной кадровой политики организаций до влияния стереотипов на отдельных менеджеров. Исключение предполагает то, что представители определенной категории работников исключаются из каких бы то ни было общественных отношений без законного основания (при приеме на работу, назначении на должность, увольнении и др.). Предпочтение выражается в умышленном или неумышленном предоставлении преимуществ определенным категориям работников вне связи с характером работы и требованиями законодательства. Все эти формы взаимозависимы и могут переходить друг в друга.

В обособлении нуждается так называемая *пересекающаяся*, или *межсекционная, дискриминация*, основанная на сочетании дискриминации по неменяющимся и меняющимся особенностям. К первым относятся прежде всего пол и раса. Пересечение может быть и внутри этой группы особенностей (например, в отношении пенсионера нетитульной нации, темнокожей женщины). К меняющимся особенностям человека относятся прежде всего религиозные воззрения, политическая ориентация, сексуальная ориентация, возраст, социальное положение, состояние здоровья (инвалидность). «Пересекающаяся» дискриминация зачастую имеет кумулятивный эффект и равна не простой сумме дискриминаций, а их усиленному варианту. В этой связи важен межсекционный анализ, позволяющий выявить новые формы дискриминации или факторы, усиливающие ее. Вместе с тем бесконечное дробление работников на категории, группы и подгруппы может заслонить проблемы правовой защиты конкретного работника. Бесконечная борьба против стереотипов в свете безграничной политической корректности может дать и уже дает

вполне прогнозируемый обратный эффект (радикальный феминизм, «черный» расизм и др.).

Виды дискриминации наиболее разнообразны, но основными из них являются следующие:

а) дискриминация при приеме на работу. Такому виду дискриминации чаще всего подвергаются лица старшего возраста, инвалиды, женщины, особенно молодые, одинокие матери;

б) дискриминация в образовании, профессиональной подготовке и повышении квалификации, что впоследствии сказывается на трудовой деятельности;

в) дискриминация в продвижении по работе (в карьерном росте), неравные отношения на работе. Она может быть основана как на предвзятости при назначении на вышестоящие должности, так и в игнорировании заслуг отдельных категорий лиц;

г) дискриминация в заработной плате (вознаграждении), когда ее размер определяется не в зависимости от количества и качества труда, а по личностному критерию;

д) дискриминация в выборе профессии. Она связана с делением профессий на «подходящие» или «неподходящие» для отдельных категорий населения, «мужские» и «женские», предназначенные для коренного населения и для мигрантов;

е) дискриминация при увольнении с работы. Она аналогична дискриминация при приеме на работу, но имеет ряд особенностей. Данная дискриминация может быть связана с получением инвалидности, достижением пенсионного возраста, возникновением семейных обязанностей, которые отсутствовали при приеме на работу.

Гендерная дискриминация в трудовых отношениях. В настоящее время этой проблеме уделяется большое внимание¹. Более того, «стало нарастать понимание гендерного фактора как определяющего в опыте человечества»². Примечательно, что гендерная дискриминация не сводится только к дискриминации женщин, а понимается шире, как дискриминация по признаку пола, и в частности дискриминация женщин³.

¹ См. подробнее: Лушиков А. М., Лушикова М. В. Тарусина Н. Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006.

² Положить конец принудительному труду. Доклад генерального директора. Женева: МБТ, 2001. С. 12.

³ Равенство в сфере труда — веление времени. Доклад генерального директора. Женева: МБТ, 2003. С. XI.

Дискриминация по половому признаку в России подучила известное распространение. Она может быть прямой и косвенной, о чем уже упоминалось выше. В отношении первого проявления отметим, что российское законодательство в части обеспечения гендерного равенства соответствует мировым стандартам. И. Я. Киселев отмечал, что правовое регулирование труда женщин в РФ не только соответствует самым строгим правовым стандартам, но и превышает уровень охраны женского труда, существующий во многих зарубежных странах. В этой связи даже высказываются опасения, что в ряде случаев льготы для женщин могут превратиться в антильготы, а чрезмерная защита может стать своеобразным проявлением дискриминации¹. Зато вторая ипостась прямой дискриминации встречается довольно часто.

Очень важно определить, опираясь на официальную трактовку МОТ, что не должно входить в понятие дискриминации по половому признаку. Во-первых, это различное обращение, обусловленное требованием рабочего места. Например, если работа связана с переносом большого объема тяжестей или вредными условиями, то предпочтение мужчине перед женщиной будет законным. Во-вторых, это различия на основе личных заслуг, которые должны быть оценены по возможности объективно. С их учетом законное предпочтение может быть отдано представителю любого пола. В-третьих, это защита беременных женщин и охрана материнства. В-четвертых, к дискриминации не относятся случаи принятия специальных мер, именуемых социальными мерами защиты или позитивного содействия в отношении лиц или категорий лиц с особыми потребностями. Речь идет об отдельных категориях женщин и мужчин (многодетных, инвалидов и др.). Сюда же относятся и запреты использовать труд женщин на подземных работах или в ночную смену².

При этом в отечественных исследованиях достаточно часто смешивают две стороны оснований гендерного неравенства, которые следует разделять. Условно их можно назвать социологической и правовой. В российской юридической науке традиционно уделялось внимание защите трудовых прав женщин. При этом наиболее крайнюю феминистскую позицию еще в начале прошлого века выражала А. М. Коллонтай (1872–1952), которая видела

¹ Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 218–219.

² Равенство в сфере труда — веление времени. С. 22–24.

защиту трудовых прав женщин только частью общей программы «раскрепощения женщины»¹.

В советский период исследователи этой темы были связаны марксистской идеологией и концентрировали свое внимание скорее на технической стороне проблемы вне социального контекста (техника безопасности, производственная санитария и т. п.). С определенными оговорками феминистская составляющая проявлялась только в трудах В. Н. Толкуновой (1914–2004), которая ратовала за достижение равенства прав женщин и мужчин в трудовых отношениях, обеспечение эффективных правовых гарантий трудовых прав женщин².

В настоящее время этой проблемой занимаются преимущественно специалисты по экономике и социологии, что позволяет раскрыть только одну из сторон заявленного вопроса.

В качестве мировой тенденции отметим акцент в пользу равенства в ущерб дифференциации, в том числе мужского и женского труда. При всей деликатности вопроса все более распространенной является следующая позиция: «С медицинской точки зрения нет оправдания для защиты исключительно трудящихся-женщин, если не считать, что в силу их репродуктивной функции возникает риск для детей»³. Вероятно, данная тенденция будет углубляться.

Для дискриминации в трудовых отношениях характерны следующие признаки: 1) субъектом ее осуществления является работодатель. Она может осуществляться и другими работниками с ведома или при попустительстве работодателя; 2) она заключается в ограничении или лишении трудовых прав определенной категории граждан по какому-либо признаку, не оговоренному в соответствующем нормативном акте, не связанному с требованиями определенной работы и деловыми качествами работника. Дискриминацией является и предоставление необоснованных льгот, преимуществ отдельным лицам или категориям лиц, если иное не установлено трудовым законодательством, иными нор-

¹ См.: Коллонтай А. М. Новая мораль и рабочий класс. М., 1919; *Она же*. Труд женщины в эволюции хозяйства. Л., 1928, и др.

² См.: Толкунова В. Н. Право женщин на труд и его гарантии. М., 1967; *Она же*. Право женщин на труд в СССР. М., 1980, и др.

³ См.: Политакис Г. Ночной труд женщин в промышленности: нормы и их уязвимость // Международный обзор труда. Т. 140. 2001. № 3–4. М., 2003. С. 121.

мативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями, локальными актами; 3) любая дискриминация является правонарушением со всеми вытекающими отсюда последствиями; 4) дискриминация и дифференциация являются различными, но смежными понятиями: дискриминация представляет собой, как правило, индивидуализированную незаконную, негативную дифференциацию. Напротив, дифференциация представляет собой позитивное разграничение правового положения работников, даже если в отдельных случаях это ведет к снижению уровня гарантий работника или ограничению его трудовых прав в случаях, установленных ТК РФ, либо в случаях и порядке, предусмотренных ТК РФ (ст. 252).

Более сложно определить правовую *природу положительной (обратной) дискриминации*. Словарь Блэка поясняет, что «дискриминация наоборот» — это предубеждение, распространяющееся на лицо или группу лиц с целью исправления ситуации дискриминации по отношению к другому лицу или группе лиц. Данный вид дискриминации также может быть назван «положительной» дискриминацией, что определяется, как классификация, предназначенная для содействия определенной группе лиц, которая считается дискриминируемой¹.

Под этим данным термином в странах Запада традиционно понимают любую дискриминацию по отношению к представителю большинства. Чаще всего в роли большинства выступают мужчины или белые (как правило, белые мужчины среднего возраста традиционной половой ориентации). Такая дискриминация может быть либо запрещена, либо не запрещена законом в каждом конкретном случае². Данный вид дискриминации предполагает, что работодатель обязан отдавать предпочтение при приеме на работу тем категориям тружеников, которые могут подвергаться ущемлению их прав. В эту категорию можно отнести женщин, инвалидов, афроамериканцев и т. п.

Можно по-разному относиться к этому интересному явлению. Подобное положение, если оно закреплено в законо-

¹ См.: *Black H. C.* Black's law dictionary. Special Deluxe. Fifth Edition. M.A. St. Paul Minn, 1979. P. 1511.

² См.: *Lindemann B., Grossman P.* Employment discrimination law. 1996. P. 1035.

дательстве, на государственном уровне защищает интересы меньшинства за счет интересов большинства. В данном случае это будет скорее положительной дифференциацией, о которой мы уже говорили выше. Жесткая регламентация приема на работу установленного количества лиц определенной категории не позволяет работодателю взять того работника, который бы подошел ему по профессиональным качествам. Однако закон в этом случае ущемляет права работников, которые, к примеру, не являются инвалидами, и интересы самого работодателя. Следует ли из этого, что остальные работники подвергаются отрицательной дискриминации? На наш взгляд, нет. Такой вывод можно будет сделать только при одном условии: дополнительные права, предоставляемые отдельным категориям работников, действительно обусловлены субъективными или объективными причинами. В этом случае нет оснований говорить о дискриминации прав остальных работников. Следовательно, положительная дискриминация по своей правовой природе есть не что иное, как положительная дифференциация. Так, в соответствии с нормами МОТ специальные позитивные меры, направленные на обеспечение равенства по отношению к инвалидам и равных возможностей для них, не считаются дискриминационными в отношении других трудящихся¹. Таким образом, в отношении инвалидов можно признать обоснованную на уровне МОТ положительную дифференциацию.

Трудовое законодательство Европейского союза также допускает в целях достижения равноправия в сфере труда установление странами в своем законодательстве специальных мер по предотвращению или компенсации негативных явлений в отношении инвалидов, а также расовых или этнических меньшинств².

Таким образом, наиболее часто признаются случаи положительной дискриминации в отношении следующих субъектов: инвалиды; женщины; расовые и национальные меньшинства. В отношении инвалидов такая правовая политика, как правило, оценивается положительно, о чем уже упоминалось выше. Сложнее обстоит дело с двумя следующими группами.

Остановимся в качестве примера на довольно спорном в данном отношении судебном решении *Kalanke v. Freire Hansestadt*

¹ Вопросы труда инвалидов. Кодекс практики МБТ. Женева, 2002. С. 3.

² См.: *Blanpain R. European Labour law. Wolters Kluwer, 2008. P. 482–487.*

Bremen (City of Bremen)¹. Германский суд отказался автоматически признавать квоты в отношении женщины, несмотря на то что они были предусмотрены законодательством Германии. Суть дела заключалась в том, что на вакантную должность руководителя отдела в Департаменте парков Бремена претендовали два кандидата, мужчина и женщина, имеющие равные показатели по квалификации и опыту работы. Работодатель нанял женщину, обосновав это тем, что законодательство Бремена требует при равных показателях кандидатов разных полов отдавать предпочтение женщине. Истец указывал, что данное положение о квотах не совпадает с нормами Бременской Конституции и нормами основного закона Германии. Его довод не был принят ни судом первой, ни судом апелляционной инстанции. Федеральный трудовой суд, рассматривая данное дело, поставил вопрос о соответствии данной нормы о преимущественном праве приема на работу кандидата-женщины в секторе, где женщины представлены в меньшей степени (т. е. менее половины рабочих мест в определенном должностном и зарплатном коридоре занято женщинами). Суд, давая оценку нормативному акту Бремена, отметил, что он предусматривает запрет дискриминации по признаку пола в процессе найма, и прямой и косвенной. Норма об автоматическом предоставлении женщинам квоты в тех сферах, где они менее представлены, является дискриминацией по признаку пола². Несмотря на это, подобная норма имеет право на существование во внутреннем законодательстве страны. Она предусматривает равные возможности для мужчин и женщин, а в определенных случаях достижение равенства возможно путем устранения сложившегося неравенства в отношении трудоустройства женщин. Несмотря на то, что данные нормы могут показаться дискриминационными, своей основной целью они имеют искоренение неравенства, которое может существовать на практике. Суд постановил, что подобные меры, дающие преимущество женщинам при трудоустройстве, имеют право на существование, но подобные нормы внутреннего законодательства должны трактоваться очень строго. Необоснованные, автоматические преимущества в отношении

¹ Kalanke v. Freire Hansestadt Bremen (City of Bremen), 17 October. 1995. C-450/93, ECR, 1995, 3051.

² *McColan A. Discrimination law. Text, Cases and materials. Portland, Oregon. 2005.*

женщин не могу признаваться законными¹. Данные нормы не могут использоваться для дискриминации.

Ярким примером может выступить также законодательство Швеции. Закон «О равных возможностях» обязывает работодателя объявлять об имеющихся вакансиях как мужчинам, так и женщинам. Данное правило распространяется как на сам текст объявления, так и на само решение работодателя о найме работника. Следовательно, объявление, содержащее информацию, интерпретируемую как дискриминационную по отношению к одному из полов, нарушает правило о равных возможностях. Данный закон также обязывает работодателя при проведении процедуры найма привлекать представителей того пола, который в меньшей степени представлен на предприятии. Он должен отслеживать ситуацию с тем, чтобы количество представителей менее представленного пола увеличивалось (кроме тех случаев, когда превалирование представителей одного пола над другим объясняется спецификой самой работы). Данное требование не всегда успешно реализуется на практике, так как его реализация обусловлена рядом факторов: размер предприятия, специфика работы, особенности найма в данной местности. В принципе особый упор на наём менее представленной категории очень напоминает позитивную дискриминацию².

Несколько иначе ситуация обстоит с положительной дискриминацией расовых и национальных меньшинств. В 1960-е гг. в США стала получать распространение политика позитивных действий для улучшения положения на рынке труда национальных меньшинств. Активность феминистских организаций привела к тому, что политика была распространена и на женщин. Позитивными действиями называются программы, направленные на компенсацию негативных последствий неравенства определенных групп населения. Позитивные действия существуют в двух формах: «политики, обеспечивающей предоставление большего доступа на рынок труда, и/или политики, нацеленной на увеличение представительства ранее мало представленных групп населения в общественных комитетах, политических партиях и образовательных институтах».

¹ *Blanpain R.* Op. cit. P. 508.

² Swedish labor law. Norstedts juridik AB. Stockholm. 2008. P. 61–62.

В американском законодательстве термин «позитивные действия» впервые появился в Законе Вагнера 1935 г. В этом законе позитивные действия «означали обязанность работодателя принимать позитивные меры к устранению последствий прошлых несправедливых практик найма, направленных против профсоюзов, и предотвращению их появления в будущем». В контексте гражданских прав появление позитивных действий в их современном смысле приписывается Указу президента Д. Ф. Кеннеди от 16 марта 1961 г. № 10925, который требовал от правительственных поставщиков исполнять политику позитивных действий и устанавливал санкции за отказ следовать ему, включавшие разрыв контракта. Далее эту политику продолжил президент Л. Джонсон. В 1965 г. был издан президентский указ, который обязывал фирмы, имеющие контракты с федеральным правительством, проводить позитивные действия по обеспечению принципа равного обращения со всеми работниками независимо от их расы, цвета кожи, религиозной принадлежности и национальности. По распоряжению президента Л. Джонсона в рамках Департамента труда был создан Согласительный отдел по федеральным контрактам для проведения закона в жизнь и наблюдения за его исполнением. Один из указов Департамента труда требовал установления «целей» и «графика» для найма представителей меньшинств на категории работ, в которых они «использовались в недостаточной мере». Понятие «использование в недостаточной мере» определялось как «представленность меньшего числа членов определенной группы в категории действительно занятых, чем это могло бы ожидаться на основе доступности занятости». Определение «группы меньшинств» относилось к «чернокожим, американцам с испанскими фамилиями, американским индейцам и жителям Востока». Категория пола была включена в этот список только в 1968 г. под мощным давлением женских организаций. Известен исторический казус: поправка о включении «женщин» в список групп, против которых не разрешается дискриминация, была вынесена на обсуждение южанином, который надеялся, что ее включение приведет к поражению закона в целом, т. е. в том числе и в отношении негров¹.

«Позитивные действия» были популярны в американском обществе и находили поддержку граждан только в конце 1960-х —

¹ См.: *Воронина О. А.* Феминизм и гендерное равенство. М., 2004. С. 44.

начале 1970-х гг. Многие американцы одобряли их цель, которая заключалась в достижении женщинами и представителями меньшинств равенства возможностей. В конце 70-х гг. XX в. ситуация начала меняться. Многие американцы заговорили о преференциях по отношению к женщинам и представителям меньшинств в негативном ключе. Судебный прецедент конца 1978 г. демонстрирует возникновение понятия «дискриминация наоборот». Это дело «Баки против университета Калифорнии»¹. А. Баки, абитуриент медицинского факультета, обвинил университет штата Калифорния в том, что они не приняли его по причине того, что он белый. Адвокаты истца доказали, что университет, в котором учебные места распределялись в соответствии с квотами (16 мест из 100 были забронированы для представителей меньшинств), отдал предпочтение представителям национальных меньшинств и отказал в приеме хорошо подготовленному белому мужчине. По баллам он обогнал принятых в учебное заведение представителей меньшинств, что являет собой пример очевидной дискриминации. Дело дошло до Верховного суда, который прекратил практику квотирования в данном учебном заведении².

Общей чертой мер позитивного действия является их временный характер. Это предполагает регулярную и объективную оценку программ таких действий с целью установления степени их эффективности, регулярного уточнения сферы их применения и содержания, а также определения сроков окончания их действия. Однако в некоторых странах эти действия могут прекратиться или их эффективность может снизиться из-за сокращения социальных расходов, экономического спада или перестройки экономики. В других странах, таких как Индия, эти меры приобрели постоянный или полупостоянный характер³.

Целевые группы, на которые ориентированы позитивные действия, также имеют страновые различия. В Северной Ирландии, где этническая принадлежность тесно связана с религией, позитивные действия используются американскими компаниями

¹ Regents of the university of California v. Bakke. 1978.

² См.: Williams M. E. Discrimination. Opposite viewpoints. 2003. P. 105.

³ Равенство в сфере труда — веление времени. Глобальный доклад, представленный в соответствии с механизмом реализации Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда. Женева, 2002. С. 72.

для увеличения доли рабочих-католиков¹. В некоторых странах Восточной Европы они нацелены на цыган. В Индии после Второй мировой войны были введены позитивные действия, закрепляющие определенное число правительственных постов за так называемыми отсталыми классами. Во многих странах позитивные действия нацелены на женщин, хотя и по-разному. В Австралии и Норвегии они направлены в первую очередь на женщин. В США, Канаде и в Нидерландах включают женщин вместе с другими группами-претендентами — этническими меньшинствами, нетрудоспособными, чернокожими и коренными жителями. Шведский гендерно нейтральный подход к «равенству полов» означает, что позитивные действия могут быть нацелены как на «женщин», так и на «мужчин»². Однако даже в эпоху «политкорректности» в научных исследованиях нередко высказывается мнение о том, что в действительности позитивные действия — просто «милостыня». Она предназначена тем, кто находится в невыгодном положении, и, следовательно, должна предоставляться в разумных рамках. Более корректным является утверждение о том, что когда баланс справедливости по отношению к дискриминируемым группам и лицам будет восстановлен, с ними следует обращаться, как и со всеми остальными людьми.

Другие авторы резко выступают против обратной (положительной) дискриминации как несправедливой и не имеющей оправдания. Так, У. Нунн пишет, что применение политики компенсации за прошлую несправедливость в отношении членов N-группы даже с самыми благими намерениями сводит к нулю какие-либо преимущества для членов X-группы. Если прежде вся группа, состоящая из N-лиц, была жертвой дискриминационных действий отдельных индивидуумов X-группы, то теперь вся X-группа выбирается в качестве жертвы ради предоставления выгод отдельным лицам из N-группы. И критерием дискриминации является теперь не характеристика N, а X. Но существование этого права влечет за собой то, что называется обратной дискриминацией. Нетрудно понять, куда приведет этот путь, считает У. Нунн. Он подчеркивает, что теория компенсирующей справедливости в изложении Тейлора несостоятельна, так как включает в себя

¹ См.: *Harish C. J., Sloane P. J., Horwitz F. M. Employment equity and affirmative action. An international comparison.* Armonk, New York, 2003. P. 6.

² *Воронина О. А.* Указ. соч. С. 46.

понятие реверсивной дискриминации. Нунн считает, что лучший способ избежать несправедливостей дискриминации — это избегать прежде всего самой дискриминации. С ним согласен С. Уэйтс, который пишет о том, что позитивные действия заменили субъект дискриминации. Она теперь направлена не против женщин и меньшинств, а дискриминирует белых мужчин, т. е. дискриминация стала обратной¹.

В российском законодательстве нет специальных норм о дискриминации «наоборот», лишь ст. 3 ТК РФ запрещает предоставление «каких-либо преимуществ». Но если рассматривать обратную дискриминацию, проводя параллели с дифференциацией норм трудового законодательства, то станет очевидно, что у данных понятий довольно много точек соприкосновения.

Дискриминацией как антиподом дифференциации является ограничение или лишение трудовых прав определенной категории граждан по какому-либо признаку, не предусмотренному в соответствующем нормативном акте, не связанному с требованиями определенной работы и деловыми качествами работника.

Для дискриминации, в отличие от дифференциации, в трудовых отношениях характерны следующие признаки:

1) субъектом ее осуществления является работодатель. Она может осуществляться и другими работниками с ведома или при попустительстве работодателя;

2) она заключается в ограничении или лишении трудовых прав определенной категории граждан по какому-либо признаку, не оговоренному в соответствующем нормативном акте, не связанному с требованиями определенной работы и деловыми качествами работника. Дискриминацией является и предоставление необоснованных льгот, преимуществ отдельным лицам или категориям лиц, если иное не установлено трудовым законодательством, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями, локальными актами;

3) любая дискриминация является правонарушением со всеми вытекающими отсюда последствиями;

4) дискриминация и дифференциация являются различными, но смежными понятиями: дискриминация представляет собой, как правило, индивидуализированную незаконную, не-

¹ Yates S. Civil Wrongs: what went wrong with Affirmative Action. 1994.

гативную дифференциацию. Напротив, дифференциация представляет собой позитивное разграничение правового положения работников, даже если в отдельных случаях это ведет к снижению уровня гарантий работника или ограничению его трудовых прав в случаях, установленных ТК РФ либо в случаях и порядке, предусмотренных ТК РФ (ст. 252). (Более подробно о дискриминации будет сказано в следующем параграфе данной главы.)

Прозвучавшие выше положения можно проиллюстрировать весьма показательной правовой позицией КС РФ. В постановлении КС РФ от 15 декабря 2011 г. № 28-П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 261 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А. Е. Остаева» отмечается, что запрет на увольнение матери, имеющей ребенка в возрасте до трех лет, по инициативе работодателя как одна из мер государственной поддержки работающих женщин, которая предоставляет им более высокий уровень защиты по сравнению с установленным на случай увольнения по тому же основанию для работающих мужчин, имеющих детей того же возраста и воспитывающих их вместе с матерью, позволяет обеспечить женщине равную с мужчиной возможность реализовать свои права и свободы в сфере труда без ущерба для прав и интересов ребенка и не может рассматриваться как приводящий к дискриминации работающих родителей в зависимости от их пола. По мнению КС РФ, названная гарантия обеспечивает фактическое равенство женщин и мужчин в сфере труда. Вместе с тем положение ст. 261 ТК РФ было признано не соответствующим Конституции РФ в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования оно исключало 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.

В качестве вывода можно отметить следующее.

1. Дискриминация представляет собой ограничение или лишение трудовых прав определенной категории граждан по какому-либо признаку, не предусмотренному в соответствующем нормативном акте, не связанному с требованиями определенной работы и деловыми качествами работника. Дискриминацией является и предоставление необоснованных льгот, преимуществ

отдельным лицам или категориям лиц, если иное не установлено трудовым законодательством, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями, локальными актами.

2. Отрицательная дифференциация и положительная дискриминация в трудовых отношениях относятся к различным проявлениям дифференциации, являются ее разновидностями. Однако необоснованное предоставление преимуществ и дополнительных прав отдельным категориям лиц меняет суть дела. Это означает превращение положительной дискриминации в обыкновенную дискриминацию, но теперь в отношении большинства.

3. Отрицательная дифференциация представляет собой нормативно-правовое ограничение прав отдельных категорий работников в силу объективных причин. Положительная дискриминация, по сути, является разновидностью положительной дифференциацией, заключающейся в предоставлении дополнительных прав отдельным категориям работников в силу субъективных причин.

4. Отличие положительной дискриминации от иных разновидностей положительной дифференциации можно провести по ряду критериев:

— по субъектам: это ранее дискриминируемые группы, прежде всего инвалиды, женщины, расовые и национальные меньшинства;

— по целям: устранение исторической несправедливости в отношении этих групп и ликвидация дисбаланса в сфере занятости;

— по срокам введения: он должен ограничиваться достижением вышеназванных целей.

5. Отрицательная дифференциация является более объективной и обоснованной, вызывает меньше проблем в теоретическом осмыслении и правоприменении. Положительная дискриминация более субъективна, ее проведение идеологизировано и зависит от политического фактора.

6. Мы не видим оснований для введения в российское трудовое законодательство положительной дискриминации в отношении расовых или национальных меньшинств. С учетом российской специфики лучше говорить о выравнивании их прав с другими работниками с учетом миграционных процессов. Необходимость положительной дифференциации в отношении

инвалидов и беременных женщин не вызывает сомнения, тогда как положительная дискриминация в отношении женщин в значительной части случаев не кажется нам обоснованной¹.

3.4. Запрет злоупотребления трудовыми правами

При использовании своих прав работники, работодатели, их представители должны руководствоваться принципом добросовестности. При использовании субъектами предоставленных им прав и гарантий действует запрет злоупотребления правом. Этот принцип не легализован в ТК РФ, но признается в качестве такового в трудовых отношениях решениями высших судов РФ. Так, в постановлении Конституционного Суда РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона “Об акционерных обществах” в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан» отмечается, что общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, как и запрещение дискриминации при осуществлении прав и свобод, включая запрет любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ч. 3 ст. 17, ст. 19 Конституции РФ), в полной мере распространяются на сферу трудовых отношений, определяя пределы дискреционных полномочий собственника².

Общеправовой принцип запрета злоупотребления правами применяется и в современном международном социальном праве. Например, согласно решениям Суда ЕС соблюдение принципа добросовестности в договорных обязательственных отношениях является воплощением общего принципа добросовестности, который лежит в основе права Европейского союза. При этом понятие добросовестности понимается как элемент справедливости. Принцип добросовестности применяется не только к коммерческим контрактам, но и к отношениям, возникающим из трудового, авторского права и в отношении защиты потреби-

Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 526–539.

² СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1209.

телей. Примером применения принципа добросовестности как общего принципа Сообщества при решении спора Судом ЕС является решение по делу № 36/72 «Меганк против Комиссии ЕС», вынесенное 30 мая 1973 г.¹ Будучи зачисленным на временную работу в аппарат ЕС, Меганк кроме основной заработной платы получал пособие по многодетности как глава семьи, на которое по формальным основаниям не мог претендовать. Судом было установлено, что в течение периодов выплаты зарплаты после подачи заявления об изменении его семейного положения денежные подтверждающие документы, выданные Меганку, не позволяли лицу, проявляя должную заботливость, признать неуместной оплату пособия, поскольку содержали выплаты повышения его зарплаты за несколько месяцев и совпали с общим увеличением выплат заработной платы в Сообществе. Таким образом, Суд ЕС признал добросовестным лицо, которое в силу объективных причин не знало и не могло знать о том, что оно продолжает пользоваться правами, хотя само приняло все необходимые меры для прекращения их использования.

В действующей редакции ТК РФ (ст. 355) мы находим единственное упоминание о «злоупотреблении» правами. При этом законодатель весьма небрежно, через запятую перечисляет «факты нарушений, действий (бездействия) или злоупотреблений». Отсюда можно сделать вывод о том, что, по мнению законодателя, понятия правонарушения и злоупотребления правом не совпадают. Отсутствие нормативного определения понятия злоупотребления трудовыми правами, его четких критериев приводит к тому, что разрешение этих сложных конфликтов производится судами на основании судебного усмотрения и правопонимания.

Следует отметить, что проблема злоупотребления правами зародилась в рамках гражданского права, где господствуют диспозитивные (частноправовые) начала регулирования. Категория злоупотребления правом изначально сформировалась как частноправовая, именно за цивилистами закрепился приоритет в ее изучении. Она поднималась еще римскими юристами и активно разрабатывалась наукой гражданского права². В отечественной

¹ Judgment of the Court (Second Chamber) of 30 May 1973, Case 36–72. Francois Meganck v Commission of the European Communities // European Court reports. 1973. P. 00527.

² См.: *Доманжо В.* Ответственность за вред, причиненный злоупотреблением правом // Уч. записки Казанского ун-та. Казань, 1913. Кн. пятая;

науке гражданского права дискуссии по проблемам злоупотребления правом шли в диапазоне от полного отрицания самого явления в советском праве до его признания¹. Исторически принцип запрета злоупотребления правом был закреплен как гражданско-правовой. ГК РСФСР 1922 г. (ст. 1) и Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (ст. 5) запрещали осуществление гражданских прав в противоречие с их назначением в социалистическом обществе.

В действующем ГК РФ в общем виде сформулирован запрет на осуществление гражданами и юридическими лицами своих прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом) (ст. 10). Юридические последствия злоупотребления правом ГК связывает с отказом в судебной защите прав участников гражданского оборота, а также применением иных мер, предусмотренных законом.

Концепция злоупотребления правом получила отражение в актах гражданского законодательства многих государств, таких как Швейцарское и Германское гражданские уложения, Гражданские кодексы Японии, Испании, Греции, Мексики, Италии и др.²

В настоящее время специалистами по государственному праву особое внимание обращается на то, что запрет злоупотребления правом является не только общеправовым, но и конституционным принципом. Отсюда само злоупотребление правом опреде-

Энекцерус Л. Курс германского гражданского права Т. 1, полутом 2. М., 1950, и др.

¹ См.: *Волков А. В.* Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами». Волгоград, 2007; *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001; *Емельянов В. И.* Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М., 2002; *Ковалева Н. А.* Злоупотребление правом по гражданскому законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; *Малиновский А. А.* Злоупотребление правом (основы концепции). М., 2002; *Он же.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). М., 2007; *Поротикова О. А.* Проблемы злоупотребления субъективным гражданским правом. М., 2008; *Радченко С. Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008; *Юдин А. В.* Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2009, и др.

² См.: *Яценко Т. С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. М., 2003. С. 132–137.

ляется как недобросовестное деяние, направленное на осуществление намерений (целей), противных идее конституционного правопорядка¹.

Категория «злоупотребление правом» является оборотной стороной категории (презумпции) добросовестности участника гражданского оборота. Это обусловлено правовой природой отрасли гражданского права, правового механизма регулирования имущественных отношений, основанных на диспозитивных началах (дозволение, запреты). Нормы частного права ориентированы на предоставление свободы участникам гражданского оборота, осуществление прав субъектов гражданско-правовых отношений в своем интересе и по своему усмотрению².

Такой способ правового регулирования предполагает введение норм, устанавливающих пределы осуществления гражданских прав (запрет шиканы, использование права в соответствии с его назначением и др.), в том числе посредством общих запретов (запрет злоупотребления правом) и опровержения установленной законом презумпции добросовестности участника гражданского оборота. В этой ситуации исключается жесткая формализация пределов осуществления прав, поскольку невозможно установить все вероятные случаи и формы злоупотребления правом. В то же время в публичных отраслях императивный метод правового регулирования (предписания) требуют более высокую степень определенности правовых норм, закрытого перечня правонарушений. При этом конкретные формы злоупотреблений правом в качестве определенного состава правонарушения запрещаются законом. Именно такую картину мы и представили выше. Это один из видов правонарушений в общем ряду правонарушений. Использование термина «злоупотребление полномочиями» в публичных отраслях является обозначением определенной группы правонарушений.

Исторически сложилось, что целевую нагрузку, правовое значение категория «злоупотребление правом» приобретает в частных отраслях во взаимосвязи с понятиями добросовестности участников гражданских правоотношений.

¹ См.: *Крусс В. И.* Злоупотребление правом. М., 2010. С. 33.

² См.: *Богданова Е. Е.* Принцип добросовестности и эволюция защиты гражданских прав в договорных отношениях. М., 2014.

Принцип недопустимости злоупотребления правом хотя и является общеправовым, но в отношении трудовых прав до недавнего времени не применялся отчасти вследствие того, что советское трудовое право было по своей природе публичным. Современная судебная практика по трудовым делам признала названный принцип как в отношении осуществления прав работником, так и работодателем. В руководящем постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ» также отмечается, что при рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что при реализации гарантий, предоставленных Кодексом работникам в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, в том числе и со стороны самих работников (п. 27).

На уровне правоположений Конституционного Суда РФ также применяются правовые конструкции «недобросовестного работника, злоупотребляющего предоставленными ему правами». Речь идет об определении КС РФ от 17 декабря 2008 г. № 1060-О-П «По жалобе федерального государственного унитарного предприятия “Полярный научно-исследовательский институт морского рыбного хозяйства и океанографии им. Н. М. Книповича” на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1 статьи 25 Федерального закона “О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности”». В этом определении суд воспроизвел ранее обоснованное им правоположение, отметив, что КС РФ в постановлении от 24 января 2002 г. № 3-П пришел к выводу о том, что запрет на увольнение работника, совершившего противоправное деяние, являющееся законным основанием для расторжения трудового договора по инициативе работодателя, представляет собой несоразмерное ограничение прав работодателя как стороны в трудовом договоре; указанные законоположения предоставляют работникам, входящим в состав профсоюзных органов и не освобожденным от основной работы, необоснованные преимущества по сравнению с другими работниками и создают возможность злоупотребления правом. В этой связи п. 1 ст. 25 Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности», согласно которому работники, входящие в состав профсоюзных органов и не освобожденные от основной работы,

не могут быть подвергнуты дисциплинарному взысканию без предварительного согласия профсоюзного органа, членами которого они являются, руководители профсоюзных органов в подразделениях организации — без предварительного согласия соответствующего профсоюзного органа в организации, а руководители профсоюзных органов в организации, профорганизаторы — органа соответствующего объединения (ассоциации) профсоюзов, был признан недействующим и не подлежащим применению как содержащий положения, аналогичные ранее признанным КС РФ не соответствующими Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ аналогичные положения высказал и в отношении злоупотребления правом работодателем. Так, в определении КС РФ от 17 декабря 2008 г. № 1087-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Желиховской Людмилы Николаевны на нарушение ее конституционных прав положениями статьи 392 Трудового кодекса Российской Федерации» особо подчеркивается, что прекращение трудового договора на основании п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ признается правомерным при условии, что сокращение численности или штата работников в действительности имело место. Вместе с тем, с одной стороны, работодатель не может быть ограничен в праве впоследствии восстановить упраздненную должность в штатном расписании в целях осуществления эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом; с другой стороны, в таких случаях нельзя исключать возможность злоупотребления правом со стороны работодателя, использующего сокращение штата работников для увольнения конкретного лица.

В другом постановлении КС РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений п. 2 ст. 278 и ст. 279 Трудового кодекса Российской Федерации...» подчеркивалось, что общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом в полной мере распространяется на сферу трудовых отношений, определяя пределы дискреционных полномочий собственника¹.

Злоупотребление правом не исключается и в коллективных правоотношениях при ведении коллективных переговоров и рассмотрении коллективных споров. Между тем в действующем

¹ СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1209.

российском законодательстве не закреплён принцип добросовестности сторон социального партнерства. Комитет экспертов по применению конвенций и рекомендаций МОТ обратил особое внимание на то, что свобода коллективных переговоров, признание права представителей работников участвовать в переговорах тесно связаны с обязанностью вести переговоры, которая в законодательстве некоторых стран принимает форму обязанности сторон вести переговоры добросовестно¹.

Принцип добросовестного ведения коллективных переговоров и, соответственно, запрет злоупотреблений в ряде стран получили легальное закрепление, а в других странах применяются на уровне судебной практики. Например, в США Закон о национальных трудовых отношениях обязывает стороны вести коллективные переговоры добросовестно, нарушение этой обязанности признается недобросовестной трудовой практикой. Национальное бюро по трудовым отношениям дает указание виновной стороне прекратить эту практику трудовым отношениям по заявлению истца или по собственной инициативе. В Канаде вопрос о том, что считается недобросовестным ведением переговоров, определяется законами провинций².

Таким образом, принцип запрета злоупотребления правом адресован всем субъектам трудового права (в том числе работникам, работодателям, профсоюзам и др.). В этой связи необходимо определить правовую природу юридической конструкции «злоупотребление правом», ее соотношение с юридической конструкцией правонарушения. Очевидно, что сегодня эта проблема нуждается в научном осмыслении и последующем решении на законодательном уровне.

Как уже указывалось, в советской науке трудового права и трудовом законодательстве проблема злоупотребления правами в силу публично-правовых начал регулирования не стала предметом научных дискуссий и легального опосредования. Между тем сегодня эта проблема нуждается в научном осмыслении и последующем решении на законодательном уровне. Причина-

¹ Свобода объединения и коллективные переговоры. Доклад Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций на Международной конференции труда. 81-я сессия. Женева. 1995. С. 114.

² См. подр.: *Люттов Н. Л.* Принцип добросовестности при ведении коллективных переговоров и разрешении коллективных споров // Труд за рубежом. 2001. № 2. С. 126–139.

ми злоупотребления трудовыми правами могут быть не только несовершенство действующего трудового законодательства, его противоречивость, пробельность, но и причины, обусловленные возрастанием гибкости в правовом регулировании трудовых отношений. Следует также отметить и общую тенденцию расширения сферы применения нетипичных форм занятости, когда во многих случаях заключенные договоры о труде не укладываются в традиционную юридическую конструкцию трудового договора. Примером могут служить договоры о заемном труде, договоры с «новым поколением» надомных работников (дистанционные работники) и др.

***Злоупотребление правом, недобросовестность,
трудовое правонарушение: соотношение понятий***

В научной цивилистической доктрине и гражданском законодательстве были выработаны и закреплены критерии злоупотребления гражданскими правами: 1) осуществление прав с исключительной целью причинить вред другому (шикана); 2) осуществление гражданских прав в противоречии с их назначением; 3) иные формы злоупотребления правом. Поскольку в гражданском законодательстве не раскрывалось содержание конструкций «злоупотребление правом», постольку в науке сложились неоднозначные трактовки этого понятия.

1. *Одни авторы (В. П. Грибанов, Н. С. Малеин, О. А. Поротинова, А. В. Юдин, Т. С. Яценко и др.) под злоупотреблением правом подразумевали правонарушение¹.*

В. П. Грибанов рассматривал злоупотребление правом как особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения². Иными словами,

¹ См.: Дюрягин И. Я. Гражданин и закон. М., 1991. С. 112–114; Самоушенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. М., 1963. С. 76; Кудрявцев В. Н., Малеин Н. С. Правовое поведение: его субъекты и пределы // Правоведение. 1980. № 3. С. 39; Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. М., 1981. С. 68; Малеина М. Н. Личные немущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2000. С. 37; Юдин А. В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. СПб., 2005, и др.

² Грибанов В. П. Указ. соч. С. 63.

злоупотребление сопровождается «выходом» за пределы осуществления права.

Пределы осуществления гражданских прав, как писал В. П. Грибанов, предусматриваются гражданским законодательством: субъективные границы, определяемые рамками дееспособности; временными границами, определяемые сроками осуществления прав; требованием осуществлять субъективные гражданские права в соответствии с их социальным назначением; регламентацией способов осуществления прав; предоставленными лицу средствами принудительного осуществления или защиты права. При этом ученый отмечал, что осуществление гражданских прав в противоречии с их социальным назначением составляет основное содержание злоупотребления правом, хотя и не исчерпывает всех случаев злоупотреблений гражданским правом. В качестве правовых последствий злоупотребления правом он называл: 1) отказ в принудительном осуществлении права; 2) отказ в конкретном способе защиты; 3) лишение правомочий на результат, достигнутый путем недозволенного осуществления права; 4) лишение субъективного права в целом.

Квалификация злоупотребления правом в качестве особого типа правонарушения означала его формализацию по образу и подобию правонарушений и его последствий в качестве мер юридической ответственности. Так, В. П. Грибанов отмечал, что пределы осуществления гражданских прав, которые нарушаются при злоупотреблении правом, должны быть указаны в законе. Именно в этой связи он сделал вывод о том, что отнесение правонарушения к одному типу — злоупотребление правом — ни в коей мере не освобождает юрисдикционные органы от точного и неуклонного применения на практике предусмотренных законом конкретных составов правонарушений¹.

Мы неслучайно уделили особое внимание концепции В. П. Грибанова, так как именно она и получила широкую поддержку в советской и современной теории гражданского права, а равно и поддержку представителей других отраслей права. Так, А. П. Сергеев злоупотребление правом рассматривает как действия субъектов гражданских правоотношений, совершаемых в рамках предоставленных им прав, но с нарушением пределов. Таким образом, злоупотребление правом квалифицируется в ка-

¹ *Грибанов В. П.* Указ. соч. С. 63.

честве гражданского правонарушения. К формам злоупотребления правом отнесены случаи реализации права с единственной целью причинить вред другому лицу, в противоречии с его назначением, либо недозволенными средствами и др. Злоупотребление правом, как и всякое правонарушение, по мнению ученого, влечет применение к нарушителям предусмотренных законом санкций. В тех случаях, когда закон специальных санкций не предусматривает, применяется общая — отказ в охране субъективного права (ст. 10 ГК РФ)¹.

Однако ряд ученых отмечали противоречивость и непоследовательность такого подхода. М. В. Самойлова по этому поводу констатировала следующее: «...Подобного рода “сплав” не может быть назван ни осуществлением права (из-за наличия элемента неправомерности), ни противоправным деянием (из-за наличия элемента правомерности)... устанавливаемые законом санкции являются мерой ответственности только за противоправное деяние, но не за осуществление права, тогда как в предлагаемой [В. П. Грибановым]... конструкции санкции наступают и за осуществление правомерных действий»².

Против отождествления правонарушения и злоупотребления правом высказался известный советский ученый-трудовик и цивилист М. И. Бару (1907–1998). По мнению ученого, злоупотребление правом в конечном счете ведет к правонарушению. При этом если противоправное действие даже формально не основано на праве и выступает в чистом виде, то злоупотребление правом всегда внешне опирается на субъективное право и формально до определенного момента (момента начала нарушения прав других лиц) не противоречит объективному праву. Если у лица нет субъективных прав, злоупотребить правом оно не может. Совершить же правонарушение оно может и при отсутствии субъективного права³. Таким образом, действия лица квалифицируются в качестве злоупотребления правом до наступления отрицательных последствий. Иными словами, наступление отрицательных

¹ См.: Гражданское право. В 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М., 2010. С. 524–525; Гражданское право. В 3 т. Т. 1 / отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 2004. С. 320–321.

² Самойлова М. В. Осуществление права личной собственности граждан СССР // Вопросы гражданского права и процесса. Л., 1969. С. 38.

³ См. подробнее: Бару М. И. О статье 1 Гражданского кодекса // Советское государство и право. 1958. № 12. С. 117 и др.

последствий не имеет значения для квалификации действий в качестве злоупотребления.

В науке трудового права Н. Л. Лютов, проанализировав опыт экономически развитых стран по применению принципа добросовестности при ведении коллективных переговоров и разрешении коллективных трудовых споров, рассматривает злоупотребления коллективными правами в качестве правонарушения. В частности, он предлагает включить в российское трудовое законодательство требование о соблюдении добросовестности при проведении коллективных переговоров и разрешении коллективных споров. При этом должен быть указан перечень возможных нарушений добросовестности и установлен механизм привлечения к ответственности виновных (вплоть до разрешения спорного вопроса в пользу оппонента)¹.

2. *Другие ученые под осуществлением права в противоречии с его назначением понимают поведение управомоченного лица, которое формально соответствует содержанию права, но направлено на достижение результатов, не совместимых с его социальными целями, правилами социалистического общежития (морали)*².

Так, Е. В. Васьковский (1866—1942) указывал, что под злоупотреблением процессуальными правами следует понимать осуществление их лицами, участвующими в деле, для достижения целей несогласных с целью судебного процесса — правильным и своевременным разрешением дел³. По сути, речь идет о правомерных действиях лица по реализации субъективных прав, но с «порочными» целями.

В этой связи интересно мнение судьи Конституционного Суда РФ А. Л. Кононова. В особом мнении к постановлению он указывает на то, что злоупотребление правом и неправомерные действия — «теоретически несовместимые понятия, поскольку злоупотребление предполагает недобросовестные действия в границах своего права, а правонарушение — за его пределами»⁴.

¹ См.: Лютов Н. Л. Указ. соч. С. 136—138.

² См., например: Зайцева С. Г. «Злоупотребление правом» как правовая категория и как элемент нормативной системы законодательства Российской Федерации. М., 2002. С. 20; Янев Я. Правила социалистического общежития (их функции при применении правовых норм). М., 1980. С. 181—182.

³ См.: Васьковский Е. В. Курс гражданского процесса. Т. 1. М., 1913. С. 669, 676 и др.

⁴ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 2). Ст. 3200.

Между тем если злоупотребление укладывается в рамки правомерного поведения, то возникает вопрос о законности применения к лицу, злоупотребившему правом юридически неблагоприятных последствий.

В современной теории трудового права мы встречаем названные подходы к квалификации злоупотреблений в трудовых отношениях. Так, встречаются утверждения, что, злоупотребление субъектами трудового договора своими правами осуществляется в форме внешне правомерных действия (или бездействия), направленных исключительно на воспрепятствование реализации прав и защите законных интересов другой стороны¹.

Между тем представляется весьма необоснованным сведение квалификации злоупотребления в трудовых отношениях только до случаев шиканы, т. е. действий, осуществляемых исключительно с намерением причинить вред другому лицу. Об этом применительно к гражданскому праву писал еще И. Б. Новицкий (1880—1958), предлагая ввести более емкую формулировку запрета злоупотребления: «нельзя своим произволом ухудшить положение другого»². Злоупотребление правом в трудовых отношениях может иметь и иные формы.

3. *Противоположные суждения о природе злоупотребления правом породили «промежуточную» юридическую конструкцию, когда злоупотребление правом рассматривается в двух формах: противоправного и правомерного злоупотреблений.* Так, А. А. Малиновский, проанализировав достаточно большое количество подходов к сущности злоупотребления правом, предлагает разграничить две формы злоупотребления правом в зависимости от характера последствий. В частности, он пишет: «Злоупотребление правом есть такая форма осуществления права в противоречии с его назначением, посредством которой субъект причиняет вред другим участникам общественных отношений... Если причинение вреда общественным отношениям противоправно и наказуемо, то перед нами противоправное злоупотребление правом. Если

¹ См.: *Кручинин А. В.* Проблемы недопустимости злоупотребления правом субъектами трудового договора (по материалам судебной практики) // *Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения.* М., 2006. С. 233—234.

² См.: *Новицкий И. Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // *Вестник гражданского права.* 1916. № 6. С. 90.

нет — правомерное»¹. При этом противоправное злоупотребление правом квалифицируется названным автором в качестве правонарушения. Такой дуалистический подход не раскрывает природы рассматриваемого правового явления, более того, не дает ответа на вопрос о назначении предложенной юридической конструкции в праве.

4. *Неизбежным было и появление конструкции самостоятельного правового явления — злоупотребление правом, которое не охватывается правомерным или неправомерным типом поведения.* Так, некоторые ученые склонны признавать за злоупотреблением правом роль самостоятельного типа правового поведения², неким видом «неправовых действий», связанных со злоупотреблением правовой свободой, совершением поступков «во зло» и в противоречие с назначением предоставленного права, его «духом»³, которые не признаются правонарушением. Запрет злоупотребления правом рассматривается как принцип реализации прав, граница правовых возможностей. Выход за ее пределы признается не нарушением чего-либо, а переходом в сферу, где нет права, подлежащего защите, но и нет нарушения запрета с соответствующим наказанием⁴.

В современной теории российского трудового права появились сторонники вышеназванных концепций злоупотребления правом. При этом злоупотребление правом в трудовых отношениях квалифицируется в качестве самостоятельного правового явления, по своим признакам не подпадающим ни под правонарушение, ни под правомерное поведение, которое от правонарушения отличает отсутствие признаков противоправности и наказуемости, а от правомерного поведения — отсутствие такого признака, как общественная необходимость, обеспеченная государством⁵.

¹ Малиновский А. А. Злоупотребление правом. М., 2002. С. 39, 41.

² См.: Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова. М., 1999. С. 402–412.

³ См.: Теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М., 1996. С. 238.

⁴ См. подробнее: Суворов Е. Д. Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. М., 2008.

⁵ См.: Офман Е. М. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 4; Она же. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений. М., 2011. и др.

Общим местом для многих современных исследователей стало заявление о нецелесообразности и отсутствии практической ценности определения злоупотребления правом через оценочные категории «недобросовестность», «использование прав не в соответствии с их социальным назначением». Отсюда и попытка предложить дефиницию злоупотребления правом, содержащую формальные критерии. По сути, предлагаемые такими авторами критерии во многом напоминают элементы состава правонарушения.

Так, А. А. Малиновский предлагает для выяснения, является ли конкретное деяние злоупотреблением правом, обратить внимание на следующие вопросы: обладает ли субъект конкретным правом; какие конкретно действия совершил субъект по осуществлению своего права; осуществлено ли субъективное право в противоречии с его назначением; был ли причинен вред контрагенту, обществу, государству в результате осуществления права; имеет ли место зловредный умысел?¹ Нельзя не отметить и то обстоятельство, что довольно похожее определение злоупотребления в трудовом праве мы находим у приверженца концепции злоупотребления правом как разновидности правонарушения.

При этом под злоупотреблением правом в сфере трудовых правоотношений понимается такое недобросовестное осуществление сторонами трудового договора субъективных прав, предоставленных Трудовым кодексом РФ, а также иными федеральными законами, при котором управомоченное лицо создает видимость законности собственного поведения, направленного на необоснованное получение организационных, имущественных и иных выгод, сопряженное с обманом другой стороны трудового договора².

Между тем предложенный квазиформальный подход к определению злоупотребления правом не привносит в это понятие каких-либо новаций. Он сохраняет в своей основе уже известные определяющие признаки «формальная правомерность поведения», «преднамеренность» (кстати, это не обязательно только умысел, может иметь место и небрежность в форме самонаде-

¹ Малиновский А. А. Злоупотребление правом в экономической сфере: проблемы квалификации // Право и экономика. 2007. № 9. С. 15–16.

² См.: Юдин А. В. Злоупотребление правом в трудовых отношениях // Трудовое право. 2007. № 10. С. 36.

янности); «использование субъективного права в противоречии с целями, заложенными законодателем в норме права». Однако при этом предлагается ввести в оборот еще одну оценочную категорию «получение необоснованных преимуществ». Последнюю уже применял Конституционный Суд РФ в своих постановлениях и определениях. Применительно к публичной отрасли финансового права Пленум Высшего Арбитражного Суда эту оценочную категорию назвал «необоснованной налоговой выгодой» и привел открытый перечень обстоятельств, которые могут свидетельствовать о необоснованности налоговой выгоды¹. Это еще раз подтверждает оценочный характер новоявленной правовой категории. Однако это понятие Высший Арбитражный Суд уже не связывал со злоупотреблением правом, ограничившись только упоминанием о презумпции добросовестности налогоплательщика.

Принципиальное отличие позиций сторонников теории злоупотребления правом как правонарушения и приверженцев концепций злоупотребления правом как формально правомерного поведения или особого типа «вредоносного поведения» состоит только в различной оценке «пределов осуществления права», в характеристике остальных признаков позиции авторов во многом совпадают. В первом случае они нарушаются в связи с превышением, «выходом» за пределы субъективного права. Во втором — наоборот, осуществляются в неких общих пределах. Между тем в публичных отраслях права эти пределы довольно четко определены нормативными предписаниями («разрешено то, что предписано законом»). Иного и не должно быть. Именно поэтому злоупотребления правом в этих случаях являются правонарушениями и влекут меры юридической ответственности. В частных и частно-публичных отраслях права пределы осуществления субъективных прав во многих случаях не формализованы («разрешено все, что не запрещено законом») и пределы осуществления прав ограничиваются только общими началами (принципами) отрасли права. В этой связи не исключена ситуация, что поведение лица не выходит за пределы установленного для реализации этого права конкретного запрета-предписания, но противоречит

¹ См.: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

принципам отрасли. Например, работодатель выплачивает заработную плату работникам так называемым конвертным вариантом. Официально работникам начисляется и выплачивается заработная плата, соответствующая установленному законом минимальному размеру, т. е. работодатель действует в пределах государственных гарантий по оплате труда работников (ст. 130 ТК РФ). Не исключено, что при этом общий размер выплат, получаемый работнику, соответствует принципу обеспечения права каждого работника на справедливую заработную плату, вознаграждение за труд в зависимости от квалификации работника, сложности, количества, качества и условий выполнения работы (ст. 2 и 129 ТК РФ). Вместе с тем такой способ начисления и выплаты заработной платы без надлежащего правового оформления для работодателя является правонарушением, которое влечет меры юридической ответственности (административной, уголовной, налоговой). Работник в указанной ситуации своим молчаливым согласием фактически допустил злоупотребление правами. ТК РФ не обязывает работника сообщить об указанных нарушениях работодателя в органы, осуществляющие контроль и надзор за соблюдением трудового законодательства. Но работник злоупотребил своим правом, при этом данное злоупотребление выходит за пределы границ, очерченных принципом обеспечения права работника на обязательное социальное страхование. В конечном итоге рассматриваемое злоупотребление может повлечь лишение работника права на получение в полном объеме пособия по временной нетрудоспособности, иных социально-страховых выплат.

Другим примером злоупотребления правом может служить применение работодателем так называемых детекторов лжи и тестовых испытаний при приеме на работу. Действующее трудовое законодательство не содержит прямых запретов для применения указанных способов проверки деловых качеств будущего работника. Но тем не менее не исключаются случаи злоупотребления этим общим дозволением со стороны работодателя. При этом работодатель может нарушить не конкретную норму права, а выйти за пределы действия принципов трудового права, например принципа равенства прав и возможностей работников, применяя к одним претендентам тестовые испытания, а к другим ограничивается собеседованием. При обращении лица в суд с заявлением о необоснованности отказа в приеме на работу суд может признать такой отказ необоснованным. В нашем случае,

поскольку речь идет о злоупотреблении правом, суд должен обязать работодателя вновь вступить в переговоры с работником. Это означает, что если переговоры и не завершатся заключением трудового договора, тем не менее работодатель обязан дать обоснование отказа (если таковой все же будет иметь место) со ссылкой на деловые качества работника. Совсем иная ситуация складывается в тех случаях, когда речь идет о незаконном отказе в приеме на работу по причинам, прямо запрещенным законом (беременность, наличие детей, место жительства и др.), т. е. по иным причинам, не связанным с деловыми качествами работника. В этих случаях по логике вещей суду необходимо предоставить право вынесения решения об обязывании работодателя заключить трудовой договор. К сожалению, в вышеупомянутом постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 не проведено разграничение по правовым последствиям случаев злоупотребления правом и случаев правонарушений при заключении трудового договора.

Не исключены злоупотребления и со стороны участников коллективных переговоров. Например, в ходе коллективных переговоров работодатель предлагает заведомо неприемлемые для работников условия, которые в принципе не являются прямым нарушением трудового законодательства. Следовательно, работодатель ведет коллективные переговоры без намерения достичь соглашения. Аналогичные предложения могут поступить и со стороны представителей работников, с последующей угрозой объявления забастовки в случае непринятия этого условия. Органы по рассмотрению трудовых споров не имеют соответствующей практики по оценке недобросовестности социальных партнеров. Отсутствуют ориентиры и в действующем российском законодательстве. В этой части представляет интерес зарубежный опыт. Так, в США уже упомянутое Национальное бюро по трудовым отношениям в ходе судебных разбирательств на уровне прецедентного права добилось признания того, что добросовестное ведение коллективных переговоров включает в себя активное участие сторон в разбирательстве спора, искренние усилия сторон по достижению соглашения, готовность сторон делать минимальные уступки друг другу. При этом определение добросовестности ведения переговоров анализируется во всей совокупности поведения обеих сторон. Иными словами, стороны коллективных переговоров, возможно, формально и не нарушают требования

закона, но тем не менее их действия могут квалифицироваться как злоупотребления правом.

Случаи, когда участники коллективных переговоров и коллективных споров нарушают установленные законом сроки по порядку ведения коллективных переговоров, не предоставляют необходимую информацию и т. д., квалифицируются в качестве правонарушений (ст. 54 ТК РФ).

Таким образом, в тех случаях, когда субъект трудового права нарушает формально определенные законом, локальными актами, коллективным, индивидуальным договором пределы осуществления прав (временные пределы, способы осуществления права и др.), речь идет о трудовом правонарушении и мерах юридической ответственности. В случае действия общих пределов осуществления права, основанных на принципах права, выход за эти пределы оценивается иной юридической конструкцией — «злоупотребление правом», последствием которой не являются карательные меры юридической ответственности. Юридическими последствиями злоупотребления правом будут особые меры не карательного, не штрафного характера, направленные на восстановление правового положения потерпевшей стороны. При этом квалификация деяния в качестве злоупотребления правом должна осуществляться отнюдь не участниками конкретного правоотношения, а юрисдикционными органами, в том числе судом.

Возвращаясь к отраслевому аспекту проблемы, отметим, что современные трудовые и социально-партнерские отношения строятся на договорных началах, характеризуются согласованием воли сторон, взаимным доверием (личностный признак трудового отношения), что предполагает добросовестное использование сторонами прав. В этой связи в большинстве случаев требование добросовестности понимается в объективном смысле как недопущение обмана, принуждения и т. п.

Злоупотребление правами в трудовом праве представляет собою недобросовестное поведение участников правоотношений по реализации принадлежащих им субъективных прав. Злоупотребление трудовыми правами характеризуется следующими признаками:

- 1) понятием «злоупотребление правом» применительно к трудовому праву охватываются случаи, когда принадлежащие лицам права осуществляются не в соответствии с их целевым назначением;

2) злоупотребление совершается формально в рамках имеющегося у лица субъективного права; злоупотребление правом следует отграничивать от правонарушений. При злоупотреблении правом поведение лица безусловно с объективной стороны;

3) злоупотребление упреочно именно с субъективных позиций, с позиций внутреннего отношения лица к деянию.

Как справедливо отмечает Н. И. Дивеева, «необходима оценка субъективного момента. В каком интересе действовал субъект? Какую цель он себе ставил, реализуя предоставленное право?»¹. Мотивы описанного поведения весьма разнообразны и не всегда ограничиваются исключительно намерением причинить вред другой стороне трудового правоотношения, социально-партнерского отношения. Это может быть и желание получить дополнительные материальные средства, «наказать» работодателя, восстановить превратно понимаемую «справедливость» и др. В конце концов, это может быть и обычное игнорирование интересов другой стороны правоотношения. Но при этом, как отмечается в литературе, злоупотребление правом следует отграничивать от добросовестного заблуждения субъекта. Перечень конкретных случаев (составов) злоупотребления правом объективно невозможно в полном объеме предусмотреть в действующем законодательстве. Но в любом случае речь идет о недобросовестности.

Таким образом, в частных и частно-публичных отраслях права (в нашем случае — в трудовом праве) в силу диспозитивности правового регулирования возникает необходимость в существовании такого оценочного предела осуществления прав, как запрет злоупотребления правом. Он основан на общем предписании осуществления прав в своем интересе, добросовестно, в том числе не причиняя вред иным лицам.

Очевидно, что любые правовые оценочные категории (добросовестность, недобросовестность, злоупотребление правом) чреваты возможным судебным произволом в их толковании и применении на практике. В этом единодушны все исследователи названных понятий. Так, нельзя не согласиться с М. М. Агарковым, который справедливо отмечал: «Сторонники теории злоупотребления правом должны сформулировать критерий, который укажет суду, в каком направлении он должен пользоваться предо-

¹ Дивеева Н. И. Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений. Барнаул, 2008. С. 177.

ставленным ему правомочием... Как и во всех случаях судебного усмотрения, лицо узнает о границах своего права не заранее из закона, а *post factum* из судебного решения»¹. Между тем судебское усмотрение в квалификации действий управомоченных лиц как злоупотребление правом не безгранично. Так, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» предписывается: «При разрешении споров следует иметь в виду, что отказ в защите права со стороны суда допускается лишь в случаях, когда материалы дела свидетельствуют о совершении гражданином или юридическим лицом действий, которые могут быть квалифицированы как злоупотребление правом, в частности действий, имеющих своей целью причинить вред другим лицам. В мотивировочной части соответствующего решения должны быть указаны основания квалификации действий истца как злоупотребление правом»².

Подведем некоторые итоги. Злоупотребление трудовыми правами как недобросовестное использование права предполагает его реализацию в противоречии с целями (социальным назначением), которые были предусмотрены законодателем. При первом приближении под социальным назначением трудовых прав понимаются те цели, ради достижения которых субъективные права предоставляются участникам трудовых отношений. Но остается открытым вопрос о «социальных целях». Таким образом, оценочные категории требуют определенной формализации. Решение проблемы нам видится в применении принципов (основных начал) трудового права. Осуществление трудовых прав не в противоречии с их социальным назначением означает их реализацию в соответствии с основными принципами трудового права, закрепленными в ТК РФ (ст. 2). Имея наивысшую степень обобщения и абстрагирования нормативных предписаний, принципы конкретизируются посредством иных правовых норм. Нормы-принципы имеют стабильный характер, что позволяет им выполнять обозначенную выше роль. Злоупотребление правом

¹ *Агарков М. М.* Проблема злоупотребления правом в современном гражданском праве // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. 2002. С. 371–372.

² Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

формально укладывается в рамки правомерного поведения, но при этом порядок (способы) реализации трудовых прав не соответствует принципам трудового права. Именно эти правовые начала и составляют основу судебного усмотрения при квалификации злоупотреблений правом.

Особенности юридической конструкции злоупотребления правом в трудовых отношениях

В трудовом праве, основанном на единстве частных и публичных начал, юридическая конструкция «злоупотребление правом» в отличие от гражданского права характеризуется отраслевыми особенностями. Они продиктованы прежде всего социальным назначением отрасли, связанным с преимущественной защитой «наиболее слабой стороны» — работника, и обеспечением согласования интересов работников, работодателей и государства в сфере труда.

1. В трудовом праве в силу несамостоятельного (зависимого) характера труда, подчинения работника работодательской власти, наделение работодателя директивной, дисциплинарной и нормативной властью диапазон возможных злоупотреблений со стороны работодателя довольно широк. Именно поэтому в ТК РФ заложены некоторые механизмы и правовые последствия, применяемые к работодателю, злоупотребившему своими правами, о которых речь пойдет ниже.

В то же время со стороны работника возможные злоупотребления правом ограничены в большинстве случаев недобросовестной реализацией предоставленных ему нормативными актами, коллективными договорами, локальными актами трудовыми гарантиями. Принцип запрета злоупотребления правом применяется в контексте определения пределов осуществления прав и реализации предусмотренных законом гарантий. Иными словами, средствами трудового права защищаются только добросовестные участники трудовых и производных от них отношений, трудовые гарантии распространяются только на добросовестных субъектов, реализующих свои права в указанных пределах.

2. В трудовых отношениях квалификация деяния участника как злоупотребления правом осуществляется судом. На наш взгляд, в социально-партнерских отношениях таким правом следует наделить и органы по разрешению коллективных трудовых споров, а равно и комиссии по трудовым спорам в случае

разрешения индивидуальных трудовых споров. Между тем в случаях, предусмотренных трудовым законодательством, такую квалификацию проводят иные субъекты трудового права (работодатели, органы контроля и надзора за соблюдением трудового законодательства и др.).

При анализе конструкции злоупотребления правом следует разграничить правовые последствия для управомоченного лица и правовые последствия для лица, потерпевшего от злоупотреблений. В контексте анализа правовой природы злоупотребления правом правовые последствия следует оценивать только в отношении управомоченного лица. В отношении потерпевшего лица — эти последствия связаны с восстановлением его правового положения, правосоставительными мерами (мерами защиты). Для сравнения обратимся к правонарушению. Его юридическими последствиями является привлечение правонарушителя к юридической ответственности. При этом под юридической ответственностью нами понимается возложение на лицо обязанностей по претерпеванию дополнительных юридически неблагоприятных последствий имущественного, организационного или личного характера. Для потерпевшего эти меры также влекут восстановление нарушенных прав, возмещение (компенсацию) причиненного ущерба (материального, морального). Работодатель привлекает работника к дисциплинарной ответственности, ограниченной материальной ответственности в силу его «хозяйской власти», без обращения в юрисдикционный орган.

В отличие от правовых последствий правонарушений последствия злоупотребления правом в трудовых отношениях в форме отказа в защите прав применяются на основании решения суда или наступают иные последствия, предусмотренные трудовым законодательством, о которых речь пойдет ниже.

3. В трудовых отношениях юридические последствия злоупотребления правом можно разделить на две группы: общие и специальные отраслевые. В первом случае речь идет об отказе в принудительной (судебной) защите трудовых прав. Отметим, что названные неблагоприятные последствия в форме отказа в принудительной защите являются общим правилом, если иные не предусмотрены трудовым законодательством для отдельных форм злоупотребления трудовыми правами. Так, в п. 27 постановления Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»

Федерации» установлено следующее. При рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что при реализации гарантий, предоставляемых Кодексом работникам в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, в том числе со стороны самих работников.

В частности, недопустимо сокрытие работником временной нетрудоспособности на время его увольнения с работы либо того обстоятельства, что он является членом профессионального союза, или руководителем (его заместителем) выборного профессионального союза, или руководителем (его заместителем) выборного профсоюзного коллегиального органа организации, ее структурных подразделений (не ниже цеховых и приравненных к ним), не освобожденным от основной работы, когда решение вопроса об увольнении должно производиться с соблюдением процедуры учета мотивированного мнения профсоюзного органа организации либо соответственно с предварительного согласия вышестоящего выборного профсоюзного органа.

Последствия такого поведения связаны с правом суда при установлении факта злоупотребления работником правом отказать в удовлетворении иска о восстановлении на работе (изменив при этом по просьбе работника, уволенного в период временной нетрудоспособности, дату увольнения), поскольку в указанном случае работодатель не должен отвечать за неблагоприятные последствия, наступившие вследствие недобросовестных действий со стороны работника.

Отметим, что в современных исследованиях по трудовому праву юридические последствия злоупотребления правом сводят только к отказу от защиты трудовых прав и предлагается внести в ТК РФ статью о запрете злоупотребления правами, которая, по сути, воспроизводит содержание соответствующей статьи ГК РФ (ст. 10)¹.

К специальным отраслевым последствиям можно отнести те, которые характеризуются специальными основаниями квалификации. К таковым относятся следующие.

¹ См.: *Архинов В. В.* Злоупотребление правом в трудовых отношениях: сознательная мистификация или добросовестное заблуждение? // Законодательство и экономика. 2008. № 2. С. 33.

1. Юридическим последствием злоупотребления правом для управомоченного выступает лишение (прекращение) этого права. Так, согласно ТК РФ (п. 11 ч. 1 ст. 81) предоставление работником работодателю подложных документов при заключении трудового договора (а в первоначальной редакции ТК также и в случае предоставления заведомо ложных сведений) является основанием расторжения трудового договора по инициативе работодателя. При этом названное основание увольнения не признается дисциплинарным нарушением (ст. 193 ТК РФ). В этой связи ничего не остается, как квалифицировать действия работника в качестве злоупотребления правом.

Вопреки общему правилу — судебной квалификации злоупотребления, этот вид злоупотреблений является основанием прекращения трудовых прав работника по решению другой стороны договора. На наш взгляд, эта правовая ситуация требует иной квалификации. Фактически в рассматриваемом случае имеет место правонарушение, и увольнение должно оцениваться как дисциплинарное взыскание. Другое дело, что дополнительно необходимо в законодательном порядке решить вопрос об исчислении сроков давности привлечения к дисциплинарной ответственности, исключив для данного случая указание на истечение по общему правилу шестимесячного срока со дня совершения правонарушения.

2. Юридическим последствием злоупотребления трудовыми правами является удержание излишне выплаченных сумм. Так, на основании ст. 137 ТК РФ из заработной платы работника могут быть произведены удержания сумм излишне выплаченных работнику, в случае признания органом по разрешению индивидуальных трудовых споров вины работника в невыполнении норм труда или простое.

В соответствии с Федеральным законом от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в РФ» (ст. 26) на основании решения суда могут быть произведены взыскания сумм пенсий, полученных вследствие злоупотребления со стороны пенсионера¹.

3. Особым случаем юридических последствий злоупотреблений со стороны работодателя является изменение юридической квалификации гражданско-правового договора на трудовой в судебном порядке (ст. 11 ТК РФ). Заключая гражданско-правовой

¹ СЗ РФ. 2001. № 52 (1 ч.). Ст. 4920.

договор, работодатель преследовал цель избежать применения гарантийных норм трудового права, права социального обеспечения по отношению к работнику. Это не что иное, как злоупотребление правом.

4. Юридические фикции, предусмотренные законом, также могут быть использованы для пресечения злоупотреблений правом. Например, согласно ТК РФ (ст. 58) трудовой договор, заключенный на неопределенный срок при отсутствии к тому достаточных оснований, установленных судом, считается заключенным на неопределенный срок. В соответствии с вышеупомянутым постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 при установлении в ходе судебного разбирательства факта многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции суд вправе с учетом обстоятельств каждого дела признать трудовой договор заключенным на неопределенный срок.

5. Институт самозащиты трудовых прав (индивидуальных и коллективных) также может быть использован для пресечения злоупотребления правом. В отношении индивидуальных трудовых прав работник вправе прибегнуть к любым способам самозащиты, не запрещенным законом. В отношении коллективных трудовых прав таким коллективным средством самозащиты признается забастовка.

В завершение анализа поставленных проблем отметим, что ряд специалистов предлагают весьма простое на первый взгляд решение проблем пресечения злоупотреблений в трудовых отношениях. Например, применительно к случаям отказа работника от дачи письменных объяснений по поводу дисциплинарного нарушения или причинения материального вреда, чтобы предупредить возможные злоупотребления со стороны работника, установить в трудовом законодательстве обязанность работника предоставить письменные объяснения¹.

Никто не сомневается в том, что если все правомочия заместить обяызыванием, диспозитивный метод — императивным, то места для злоупотреблений не останется. Между тем юридическая природа трудовых отношений, основанных на договоре, вряд ли

¹ См.: *Крутова Л. А.* Злоупотребление правом в трудовых правоотношениях со стороны работника // *Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения.* М., 2006. С. 343.

будет соответствовать предложенным механизмам правового регулирования. В ряде случаев решить проблемы пресечения злоупотреблением правом субъектами трудовых отношений предлагается примерно в том же ключе, но путем установления ответственности за данные деяния¹.

Как уже отмечалось, в советской науке трудового права некоторые ученые ратовали за закрепление в трудовом законодательстве запрета злоупотребления правом, однако не раскрывали его содержания, ограничиваясь общим предложением². Такие предложения вносятся и в современной литературе по трудовому праву. Так, И. К. Дмитриева ратует за легализацию этого принципа в ТК РФ, но при этом фактически ставит знак равенства, отождествляет рассматриваемый принцип и принцип законности. Она пишет о том, «что работодатель нередко нарушает трудовые права работника, не учитывая его интересы, т. е. злоупотребляет своим правом»³. Таким образом, злоупотребление правом приравнивается к правонарушению. Однако в отношении нарушений трудовых прав применяются иные принципы — законности, ответственности за вину и др.

В качестве общего вывода отметим, что нашему законодателю следует в ТК РФ сформулировать принцип запрета злоупотребления трудовыми правами участниками трудовых и связанных с ними отношений, т. е. запрет осуществления этих прав вопреки их социальному назначению, основанному на принципах трудового права.

3.5. Запрет снижения уровня гарантий трудовых прав

Еще в 80-е гг. прошлого века в связи с расширением локального нормотворчества в сфере труда Р. З. Лившиц обосновал в качестве общей закономерности развития советского трудового

¹ См.: *Офман Е. М.* Соотношение категории «злоупотребление правом» и категории «правонарушение» в трудовом праве // Актуальные проблемы ответственности в трудовом праве: история и современность. Челябинск, 2005. С. 20.

² См. также: *Иванов С. А., Лившиц Р. З.* Личность в советском трудовом праве. М., 1982. С. 87.

³ *Дмитриева И. К.* Принципы российского трудового права. М., 2004. С. 326.

права недопустимость снижения достигнутого уровня трудовых прав. Дефиниция «уровня трудовых прав» связывалась с установленными законодательством для всех рабочих и служащих уровнем трудовых прав, который обусловлен объективными факторами (личностью работника (женщины, подростки и т. д.) и условиями труда). Иными словами, этот уровень охватывает равенство трудовых прав и дифференциацию трудовых прав в зависимости от свойств данного вида труда или необходимости особой заботы государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите. Именно этот уровень и не должен снижаться. В то же время субъективные факторы (отношение работника к труду, дисциплинированность и т. п.) не охватываются понятием «уровня трудовых прав». В этой связи как пишет автор, «непредоставление дополнительных льгот нарушителям трудовой дисциплины не будет снижением достигнутого уровня трудовых прав, ибо нарушитель вследствие своих виновных действий не достигает того уровня дисциплинированности, который является исходным для пользования соответствующими правами»¹, например изменение времени предоставления отпуска с летнего на зимнее, перерыв непрерывного трудового стажа при увольнении по виновным основаниям и др.

Не утратило своей актуальности и утверждение ученого о том, что названная закономерность (принцип) — недопустимость снижения уровня трудовых прав — это неоднозначная тенденция. Со стороны законодателя бывают отступления от этой закономерности, но их следует рассматривать как явление исключительное, надо найти причины, вызвавшие это исключение, и объяснить их².

В контексте рассматриваемого вопроса представляет интерес и теория государственных стандартов наемного труда, которая в науке трудового права в настоящее время существует на уровне постановки проблемы. Под государственными стандартами наемного труда понимаются вид и мера поведения субъектов трудового права, закрепленные в установленной государством норме объективного права³. Эти стандарты не могут снижаться, но их

¹ См.: *Иванов С. А., Лившиц Р. З.* Указ. соч. С. 124.

² Там же. С. 125.

³ См.: *Лебедев В. М.* Система трудового законодательства // Четвертый Трудовой кодекс России / под ред. В. Н. Скобелкина. Омск, 2002. С. 5–7.

превышение допустимо в локальном, коллективно-договорном или индивидуально-договорном порядке.

Стандарты трудовых прав являются разновидностью социальных стандартов. Стандарты трудовых прав носят обязательный нормативный характер. Они могут устанавливаться на всех уровнях нормативного правового регулирования трудовых отношений:

- 1) *международно-правовые стандарты трудовых прав*;
- 2) *федеральные стандарты трудовых прав*. Они устанавливаются федеральным законодательством, например минимальный размер оплаты труда (ст. 133 ТК);
- 3) *региональные стандарты трудовых прав*. Они устанавливаются в случаях, предусмотренных ТК РФ: а) прямое делегирование полномочий субъекту Федерации федеральным законодательством (размер минимальной заработной платы в субъекте РФ (ст. 133.1 ТК РФ); б) принятие стандартов по вопросам, не отнесенным к ведению федерального законодателя; в) по вопросам, не урегулированным федеральным законодательством (ст. 6 ТК РФ). При этом более высокий уровень трудовых прав и гарантий по сравнению с установленными федеральными законами и иными нормативно-правовыми актами, приводящими к увеличению бюджетных расходов или уменьшению бюджетных доходов, обеспечивается за счет бюджета соответствующего субъекта РФ;
- 4) *муниципальные стандарты трудовых прав*. Они устанавливаются соответственно актами муниципальных органов власти в пределах их компетенции в соответствии с ТК РФ, другими федеральными законами и подзаконными актами, нормативно-правовыми актами субъектов Федерации (ст. 5 ТК);
- 5) *локальные и коллективно-договорные нормативные стандарты трудовых прав*.

Таким образом, стандарты трудовых прав — это прежде всего гарантированный уровень трудовых прав, установленных нормативно-правовыми актами и социально-партнерскими соглашениями. Стандарты трудовых прав по порядку их установления и введения подразделяются соответственно на два вида: стандарты, предусмотренные нормативными правовыми актами (федеральными, региональными, местными и локальными), и стандарты, установленные в социально-партнерском порядке.

В действующем ТК РФ юридическая конструкция «недопустимости снижения уровня трудовых прав и гарантий» на-

шла свое легальное закрепление в рамках принципа иерархии нормативных источников трудового права и соотношения коллективных договоров и индивидуальных трудовых договоров. Если нормативные акты субъектов Федерации снижают уровень трудовых прав и гарантий работников, установленный ТК РФ или иными федеральными законами, то применяется кодекс или иной федеральный закон (ст. 6). Не подлежит применению и локальный нормативный акт, ухудшающий положение работника по сравнению с установленным трудовым законодательством, или иными нормативными актами, коллективным договором, соглашениями (ст. 8 ТК РФ). Аналогичное правило применяется и в отношении условий коллективных договоров и соглашений (ст. 9 ТК РФ). Таким образом, ТК РФ и федеральным трудовым законодательством устанавливается минимальный уровень трудовых прав и гарантий, а также максимальный уровень трудовых обязанностей и юридической ответственности. Этот уровень трудовых прав и гарантий может повышаться на уровне правовых актов субъектов РФ, коллективных соглашений, договоров и локальных нормативных актов в рамках алгоритма приоритета наиболее благоприятных по содержанию наполнению трудовых прав и гарантий. Отклонение от принципа «недопустимости снижения достигнутого уровня трудовых прав и гарантий» может иметь место по воле федерального законодателя. В каждом конкретном случае такие отклонения должны получить правовую квалификацию.

Особо отметим, что названный запрет снижать уровень социально-трудовых прав имеет необходимые основания для реализации и на конкретном уровне международно-правового регулирования (универсальном, межрегиональном, региональном). Но остается открытым вопрос о реализации этого принципа в отношении взаимодействия международных источников различных уровней, поскольку эти международные правовые акты принимаются различными международными организациями. Одно и то же государство может быть членом различных международных объединений, каждое из которых устанавливает соответственно свои международные модели поведения в сфере труда и социального обеспечения.

Так, в ряде случаев государство ратифицирует международные договоры, конвенции как МОТ, так и региональных международных организаций. Вряд ли обоснованным будет утверждение

о том, что конвенции МОТ по своей юридической силе выше, например, той же Конвенции Совета Европы о защите прав и свобод человека, если государство ратифицировало названные конвенции. Коллизионным предписанием при расхождении положений этих конвенций, по логике вещей, будет применение той, которая содержит более льготные условия труда и социальной защиты. Например, в Уставе МОТ этот принцип провозглашен в отношении применения международных стандартов трудовых прав и национального законодательства. Международные нормы МОТ оцениваются как минимальные стандарты трудовых и социально-обеспечительных прав. Эти нормы не могут быть использованы для ухудшения положения трудящихся и предпринимателей. В тех странах, где действуют более высокие стандарты, ни в коем случае принятие какой-либо конвенции, рекомендации или ратификация какой-либо конвенции, как отмечается в Уставе МОТ (п. 8 ст. 19), «...не будут рассматриваться как затрагивающие какой-либо закон, судебное решение, обычай или соглашение, которые обеспечивают заинтересованным трудящимся более благоприятные условия, чем те, которые предусматриваются конвенцией или рекомендацией».

Однако на практике это коллизионное правило в ряде случаев замещается иными общими коллизионными правилами, например *lex posterior derogat prio* (новый закон обладает приоритетом по отношению к ранее изданному), *lex specialis derogat generali* (специальный закон вытесняет общий). Например, Суд ЕС в одном из своих решений определил, что национальный орган юрисдикции может отказаться от обязательства полностью соблюдать ст. 5 Директивы ЕС 76/207 о равном обращении в отношении мужчин и женщин применительно к запрету ночного труда женщин. Основанием такого отказа является то, что национальная норма, несовместимая с законодательством ЕС, призвана проводить в жизнь международное соглашение, стороной которого государство стало до вступления в силу Договора о ЕС, в данном случае — Конвенцию МОТ № 89 о ночном труде женщин.

На наш взгляд, решение этой проблемы видится в ключе гармонизации этих уровней международно-правового регулирования. К примеру, в Хартии социальных прав и гарантий граждан независимых государств (Содружества Независимых Государств) 1994 г. указывается, что настоящая Хартия основывается на принципах Всеобщей декларации прав человека, социальных

пактов и других документов Организации Объединенных Наций, Международной организации труда и иных признанных международно-правовых нормах.

Гармонизация международного трудового права и предполагает и сближение международно-правового регулирования на глобальном (универсальном) уровне и региональном, тем более что любое государство может быть одновременно и членом МОТ, и членом ЕС или СНГ. Например, членами МОТ являются все государства — члены ЕС. В настоящее время отношения МОТ и ЕС строятся на базе специального соглашения — Соглашения о сотрудничестве МОТ и ЕЭС, подписанного 17 июля 1958 г. Суд ЕС, обладающий правом толкования нормативных документов ЕС и его международных договоров в своем заключении 2/91 от 19 марта 1993 г. констатировал, что ЕС не является членом МОТ, но имеет статус наблюдателя. Представители комиссии ЕС регулярно приглашаются на заседания основных органов МОТ, в свою очередь, представители МОТ приглашаются на заседания Комиссии ЕС, когда рассматриваются вопросы социальной политики, ежегодно проводятся консультативные встречи представителей этих организаций, поочередно в Брюсселе и Женеве. В совместной деятельности этих организаций определяющим является принцип гармонизации и унификации международных стандартов МОТ и европейских социальных стандартов. Европейские международные стандарты в значительной части развивают и конкретизируют всеобщие стандарты труда.

Принцип запрета снижения достигнутого уровня трудовых прав и гарантий является, во-первых, универсальным, так как пронизывает все уровни регулирования трудовых отношений (нормативный и договорный). Во-вторых, этот принцип основан на иерархии источников трудового права и соответственно иерархии уровней трудовых прав и гарантий. В-третьих, рассматриваемый запрет допускает выход за пределы предшествующего по иерархии уровня трудовых прав в сторону повышения уровня этих прав.

Сведения об авторах

Лушникова Марина Владимировна, доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова (ЯрГУ). Является специалистом по трудовому праву и праву социального обеспечения, автором свыше 350 научных и учебно-методических публикаций, в числе которых 10 монографий (глав, разделов монографий): Государство, работодатели и работники: история, теория и практика правового механизма социального партнерства (сравнительно-правовое исследование). Ярославль: ЯрГУ, 1997; Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений: история, теория и практика (сравнительно-правовое исследование). Ярославль: ЯрГУ, 2001 (в соавт.); Очерки трудового права. СПб.: Юридцентр пресс, 2006; Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006 (в соавт.); Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени. Ярославль: ЯрГУ, 2010. В 2 т.; а также 25 учебников и учебных пособий: Курс трудового права: учебник. В 2 т. Т. 1. М.: Проспект, 2003; Т. 2. М.: Проспект, 2004 (в соавт.); Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: ЯрГУ, 2008 (в соавт.); Социальное партнерство в сфере труда. Ярославль: ЯрГУ, 2008 (в соавт.); Курс трудового права: учебник. В 2 т. М.: Статут, 2009. Т. 1; Т. 2 (в соавт.); Курс права социального обеспечения: учебник. М.: Юстицинформ, 2009 (в соавт.); Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения: учеб. пособие. М.: Юрлитинформ, 2011 (в соавт.), и др.

В сфере ее научных интересов находятся и проблемы финансового права, по которым также издан ряд книг: Налоговое право. Часть общая. Ярославль: ЯрГУ, 1998; Правовой механизм налогового планирования. Ярославль: ЯрГУ, 1999; Правовые ос-

новы налоговой системы: теория и практика. Ярославль: ЯрГУ, 2000; Финансовое право: бюджетное, эмиссионное и валютное законодательство. Ярославль: ЯрГУ, 2004; Налоги юридических лиц. Ярославль: ЯрГУ, 2005; Наука финансового права на службе государству. Ярославль: ЯрГУ, 2010 (в соавт.); Российская школа финансового права. Ярославль: Индиго, 2013 (в соавт.); Развитие науки финансового права в России. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2013 (в соавт.), и др.

Лушников Андрей Михайлович, доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права ЯрГУ. Специалист в области теории и истории трудового права, автор свыше 350 научных и учебно-методических публикаций, в числе которых 12 монографий (глав, разделов монографий): Становление и развитие науки трудового права и науки права социального обеспечения в России (вторая половина XIX — начало XX в.). Ярославль: ЯрГУ, 2001; Наука трудового права России: историко-правовой очерк в лицах и событиях. М.: Проспект, 2003; Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений: история, теория и практика (сравнительно-правовое исследование). Ярославль: ЯрГУ, 2001 (в соавт.); Очерки трудового права. СПб.: Юридцентр пресс, 2006; Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006 (в соавт.); Ярославская юридическая школа: прошлое, настоящее, будущее. Ярославль: ЯрГУ, 2009; Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени. Ярославль: ЯрГУ, 2010. В 2 т.; Развитие науки финансового права в России. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2013 (в соавт.); а также 30 учебников и учебных пособий: Курс трудового права: учебник. В 2 т. Т. 1. М.: Проспект, 2003; Т. 2. М.: Проспект, 2004 (в соавт.); Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: ЯрГУ, 2008 (в соавт.); Социальное партнерство в сфере труда. Ярославль: ЯрГУ, 2008 (в соавт.); Трудовое право России и зарубежных стран: учебник. М.: Эксмо (в соавт.); Курс трудового права: учебник. В 2 т. М.: Статут, 2009. Т. 1; 2 (в соавт.); Курс права социального обеспечения: учебник. М.: Юстицинформ, 2009 (в соавт.); Теория государства и права: учебный курс. М.: Эксмо, 2009; Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения: учебное

пособие. М.: Юрлитинформ, 2011 (в соавт.); Теория государства и права. М.: Юрлитинформ, 2013, и др.

В сфере его научных интересов находятся общие проблемы истории науки и образования, а также военной истории России. Автором по этой проблеме издан цикл книг: Советский Союз в период Второй мировой войны. Ярославль, 1993 (в соавт.); Армия, государство и общество. Ярославль, 1996; Советская военная школа в 1921—1941 гг.: социально-политические аспекты развития. Ярославль, 1997; Государственная политика России в области образования в 1861—1917 гг. Ярославль, 1999; Реформы и контрреформы в России (XIX — начало XX в.). Ярославль, 2000; Русские генералы в Белграде: биографические очерки. Ярославль, 2012 (в соавт.), и др. Является академиком Академии военно-исторических наук.

Оглавление

Предисловие	3
Глава 1. Основные закономерности и тенденции развития трудовых прав в XXI в.	5
1.1. Понятие и признаки закономерностей и тенденций развития трудовых прав.	5
1.2. Признание общецивилизационной значимости трудовых прав и смещение ценностных приоритетов в содержании трудовых прав в сферу обеспечения всестороннего развития личности	12
1.3. Расширение сферы действия (экспансия) трудового права (презумпция трудовых отношений) и усиление гибкости в правовом регулировании трудовых отношений	27
1.4. Гармонизация индивидуальных и коллективных трудовых прав на основе расширения сферы социального партнерства	76
1.5. Обеспечение средствами трудового права трудовой мобильности работников, формирование особого вида «транснациональных» и «наднациональных» трудовых отношений	108
Глава 2. Новации в развитии учения о трудовых правах ..	121
2.1. О праве на достойный труд.	121
2.2. О праве на информацию субъектов трудового права . . .	127
2.3. О праве на защиту персональных данных.	134
2.4. О личных правах работника: право на трудовую честь и достоинство; право на возможности в продвижении по работе	148
2.5. Об интеллектуальных правах работников	161

Глава 3. Ограничение и пределы реализации	
трудовых прав: теория и практика	185
3.1. Ограничение и дифференциация трудовых прав	185
3.2. Понятие и пределы осуществления трудовых прав	202
3.3. Запрет дискриминации трудовых прав работников	209
3.4. Запрет злоупотребления трудовыми правами	232
3.5. Запрет снижения уровня гарантий трудовых прав	257
Сведения об авторах	263