

Н. Л. Лютов
Е. С. Герасимова

Международные трудовые стандарты и российское трудовое законодательство

2-е издание

МОСКВА
ЦЕНТР СОЦИАЛЬНО-ТРУДОВЫХ ПРАВ
2015

Н. Л. ЛЮТОВ, Е. С. ГЕРАСИМОВА

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ТРУДОВЫЕ СТАНДАРТЫ И РОССИЙСКОЕ ТРУДОВОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

2-е издание, дополненное и переработанное

МОСКВА
ЦЕНТР СОЦИАЛЬНО-ТРУДОВЫХ ПРАВ
2015

Авторы:

Лютов Никита Леонидович, доктор юридических наук, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения МГЮА имени О. Е. Кутафина, профессор кафедры трудового права и права социального обеспечения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», заместитель председателя Ассоциации «Юристы за трудовые права»;
ГЕРАСИМОВА Елена Сергеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», директор АНО «Центр социально-трудовых прав», председатель Ассоциации «Юристы за трудовые права».

Рецензенты:

Головина С. Ю., доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой трудового права Уральского государственного юридического университета;

Мачульская Е. Е., доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры трудового права МГУ им. М. В. Ломоносова, член Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций Международной организации труда, член Европейского комитета по социальным правам.

Лютов, Н. Л.

Международные трудовые стандарты и российское трудовое законодательство:

Л 96 монография / Н. Л. Лютов, Е. С. Герасимова. — 2-е изд., доп. и перераб. —
М.: Центр социально-трудовых прав, 2015. — 190 с.

ISBN 978-5-9906804-2-5

Рассмотрены проблемы совершенствования российского трудового законодательства на основе международных трудовых норм в связи с выполнением Российской Федерацией своих международных обязательств в сфере трудового законодательства и вопросами правоприменительной практики по трудовым спорам. Основное внимание уделено замечаниям контрольных органов ООН, МОТ и Совета Европы в адрес России, а также наиболее вероятным вопросам, которые могут быть адресованы российским органам исполнительной власти в связи с осуществлением международных контрольных процедур в рамках данных организаций.

Материал структурирован по институциональной схеме: от общего сравнительного анализа российского законодательства и международных трудовых стандартов к отдельным институтам трудового права (свобода объединения и признание права на ведение коллективных переговоров, запрет принудительного труда, искоренение детского труда, недопущение дискриминации в области труда и занятий, оплата труда, рабочее время и время отдыха, инспекция труда и обеспечение безопасности и гигиены труда). Выбор именно этих вопросов обусловлен масштабностью проблем, связанных с соответствием данных норм требованиям международных трудовых стандартов.

Предложены оптимальные, с точки зрения авторов, способы приведения российского законодательства и правоприменительной практики в соответствие с международными трудовыми нормами.

Для законодательных и правоприменительных органов, преподавателей, студентов и аспирантов юридических вузов и факультетов, изучающих трудовое и международное право. Может быть полезна профсоюзным активистам, правозащитникам и специалистам по персоналу.



УДК 349.2_(470):331.91
ББК 67.405(2):67.412.2

ISBN 978-5-9906804-2-5

© Н. Л. Лютов, 2012
© Н. Л. Лютов, Е. С. Герасимова, 2015, с изменениями
© АНО «Центр социально-трудовых прав», 2015

Оглавление

Предисловие ко второму изданию	6
Принятые сокращения и аббревиатуры	8
Глава 1. Общая характеристика рассматриваемых международных трудовых стандартов	11
Глава 2. Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров	26
2.1. Соответствие международным договорам (независимость объединений работников и работодателей)	26
2.2. Соответствие актам толкования международных договоров	28
2.2.1. Жалобы в отношении России	28
2.2.2. Право самостоятельно определять свою структуру и выбирать представителя при ведении коллективных переговоров	30
2.2.3. Уровень ведения коллективных переговоров	33
2.2.4. Создание иного представительного органа в случае существования профсоюзной организации в организации	34
2.2.5. Защита от антипрофсоюзной дискриминации	36
2.2.6. Коллективные переговоры на основе принципа добросовестности ..	38
2.2.7. Право на забастовку (общая ситуация)	39
2.2.8. Цели забастовочных действий	41
2.2.9. Забастовки солидарности и политические забастовки	42
2.2.10. Забастовки с целью признания профсоюзов	43
2.2.11. Предъявление требований профсоюзами	43
2.2.12. Субъекты права на забастовку и ситуации, в которых допустимо ограничение права на забастовку	44
2.2.13. Найм замещающих работников и локауты	46
2.2.14. Минимум необходимых работ (услуг)	47
2.2.15. Право на пикетирование	48
2.2.16. Право работников на информацию и консультации	50
2.2.17. Право трудящихся на информацию и консультации с ними при коллективных увольнениях по сокращению штата	52
2.3. Соответствие рекомендательным актам	53
2.3.1. Предоставление работодателем сведений, составляющих коммерческую тайну	53
2.3.2. Сфера действия коллективных договоров и соглашений	55
2.4. Российское законодательство и опыт ЕС: участие работников в управлении организацией	57
Глава 3. Запрет принудительного и детского труда.....	66
3.1. Принудительный труд. Соответствие международным договорам	66

3.1.1.	Понятие принудительного труда	66	5.2.4.	Основания и порядок привлечения к сверхурочной работе; компенсация сверхурочной работы.	120
3.1.2.	Торговля людьми (человеческий траффик).	68	5.2.5.	Ненормированный рабочий день.	121
3.2.	Принудительный труд. Соответствие актам толкования международных договоров	69	5.2.6.	Перенесение отпусков	122
3.2.1.	Труд военнослужащих	69	5.2.7.	Сокращение продолжительности работы в ночное время	123
3.2.2.	Труд заключенных.	70			
3.2.3.	Понятие экстремистской деятельности	71	Глава 6. Инспекция труда. Безопасность и гигиена труда	125	
3.3.	Соответствие рекомендательным актам (косвенное принуждение к труду и институт регистрации по месту жительства).	73	6.1.	Инспекция труда	125
3.4.	Запрет детского труда	75	6.1.1.	Компетенция инспекции труда	125
3.4.1.	Сфера применения законодательства о минимальном возрасте для приема на работу	75	6.1.2.	Иные функции, возлагаемые на инспекторов труда	127
3.4.2.	Труд детей в творческих организациях	75	6.1.3.	Численность инспекторов труда и их инфраструктурная обеспеченность.	128
3.4.3.	Торговля несовершеннолетними	76	6.1.4.	Полномочия инспекторов труда	131
			6.2.	Безопасность и гигиена труда.	134
Глава 4. Дискриминация в сфере труда	77		6.2.1.	Общие рамки правового регулирования	134
4.1.	Соответствие понятия дискриминации международным договорам	77	6.2.2.	Система санкций за нарушения	136
4.2.	Соответствие актам толкования международных договоров	78	6.2.3.	Эффективность контроля за нарушениями	136
4.2.1.	Эффективные средства защиты от дискриминации	78	6.2.4.	Проблемы специальной оценки условий труда	138
4.2.2.	Запрет косвенной дискриминации.	83			
4.2.3.	Защита от мести со стороны работодателя.	83	Глава 7. Иные трудовые стандарты	143	
4.2.4.	Бремя доказывания дискриминации.	86	7.1.	Защита персональных данных работников.	143
4.2.5.	Гендерная дискриминация	90	7.1.1.	Понятийный аппарат	143
4.2.5.1.	Комплексное законодательство о запрете гендерной дискриминации.	90	7.1.2.	Сфера применения.	144
4.2.5.2.	Запрет определенных профессий для женщин.	91	7.1.3.	Общие принципы	144
4.2.5.3.	Равная оплата за труд равной ценности мужчин и женщин	92	7.1.4.	Получение персональных данных	145
4.2.5.4.	Сексуальные преследования.	94	7.1.5.	Хранение персональных данных	147
4.2.6.	Дискриминация лиц с семейными обязанностями	96	7.1.6.	Использование и передача данных	149
4.2.7.	Дискриминация по признаку инвалидности.	99	7.1.7.	Индивидуальные и коллективные права работников	150
4.2.8.	Дискриминация по признаку возраста	103	7.2.	Прекращение трудового договора	152
			7.2.1.	Предупреждение об увольнении.	152
Глава 5. Оплата труда и рабочее время.	106		7.2.2.	Последствия незаконного увольнения.	156
5.1.	Оплата труда	106	7.2.3.	Сохранение прав работников при смене собственника имущества работодателя.	158
5.1.1.	Понятие заработной платы	106	7.3.	Отдельные категории работников и типы трудовых отношений	162
5.1.2.	Форма выплаты заработной платы	107	7.3.1.	Пожилые работники	162
5.1.3.	Размер заработной платы и минимальный размер оплаты труда	108	7.3.2.	Работники-мигранты	164
5.1.4.	Информирование работников о получаемой заработной плате	113	7.3.3.	Проблема заемного труда и деятельность частных агентств занятости	167
5.1.5.	Защита требований работников при банкротстве работодателя.	113	7.3.4.	Дистанционный труд.	175
5.2.	Рабочее время.	117			
5.2.1.	Продолжительность рабочего дня (смены)	117	Заключение	182	
5.2.2.	Работа на условиях совместительства.	118			
5.2.3.	Продолжительность учетного периода.	119			

Предисловие ко второму изданию

Настоящая книга представляет собой второе издание работы, которая была первоначально выпущена в 2012 г.¹ Первое издание было подготовлено Н. Л. Лютовым, но в течение следующих лет проблематика соответствия российского трудового законодательства международным трудовым стандартам постоянно обсуждалась обоими авторами, что вылилось сначала в публикацию совместных статей по отдельным аспектам проблемы², а затем — в объемный аналитический доклад, подготовленный авторами для Минтруда России, в рамках Международной конференции «Совершенствование и развитие национального законодательства на основе международных трудовых норм», организованной Минтруда России в апреле 2014 г.³

По сравнению с первым изданием второе претерпело существенные изменения.

Прежде всего, изменилась сама структура монографии. Мы решили отойти от схемы, когда материал систематизировался по типам международных трудовых стандартов (международные договоры, акты их толкования, рекомендательные акты), к тематической организации материала по отдельным институтам трудового права.

Кроме того, за прошедшее с 2012 г. время, во-первых, Россия присоединилась к новым международным договорам в сфере труда, во-вторых, произошли существенные изменения во внутреннем трудовом законодательстве, в-третьих, с 2012 по 2015 г. были сделаны новые существенные замечания контрольными органами международных организаций в отношении российского законодательства и правоприменительной практики.

Помимо этого, во втором издании нашел свое отражение анализ норм, не рассмотренных в первом издании. Это касается безопасности и гигиены труда (с учетом введения в России системы специальной оценки условий труда) и ряда других норм. Также были учтены замечания, сделанные читателями первого издания работы.

В чем основная цель данной книги?

Существует несколько десятков международных договоров в сфере труда, по которым Россия несет юридические обязательства⁴. Вместе с тем

международные трудовые нормы не кодифицированы каким-либо образом, они принимались в рамках различных универсальных и региональных международных организаций в разные исторические периоды. Механизмы контроля за соблюдением различных международных договоров в сфере труда различаются в зависимости от того, какая международная организация осуществляет соответствующий международный контроль. Подходы к толкованию содержания международных трудовых норм различными международными контрольными органами также существенно различаются. Как правило, контрольные органы Организации Объединенных Наций (ООН), Международной организации труда (МОТ) и Совета Европы (СЕ) достаточно расширительно подходят к толкованию международных трудовых норм, выводя из их текстуального содержания фактически дополнительные нормы и указывая, что международные договоры следует толковать с учетом изменяющихся обстоятельств и контекста и что эти нормы обладают «живым и изменяющимся во времени» характером.

Таким образом, совокупность международных трудовых норм, по которым Россия несет юридические обязательства, представляет собой весьма объемную, сложную и слабо структурированную систему. Еще одной особенностью международных трудовых стандартов можно считать существенно отличающуюся от российских традиционных подходов юридическую технику.

Настоящая книга не имеет цели продемонстрировать случаи дублирования международных трудовых норм во внутреннем трудовом законодательстве России и демонстрации соответствия российского права международным трудовым стандартам. Цель проведенного авторами анализа заключалась в том, чтобы обозначить проблемные места с точки зрения выполнения Россией своих международных обязательств в сфере трудового законодательства и в правоприменительной практике. В связи с этим основное внимание в исследовании уделено замечаниям, уже сделанным контрольными органами ООН, МОТ и СЕ в адрес России, а также наиболее вероятным вопросам, которые могут быть адресованы российским органам исполнительной власти в связи с осуществлением международных контрольных процедур в рамках данных организаций, либо возникнуть в ходе правоприменительной практики.

Для обеспечения максимального удобства восприятия материала книга структурирована по институциональной схеме: первая глава посвящена общим подходам к сравнительному анализу российского законодательства и международных трудовых стандартов, а последующие главы касаются отдельных институтов трудового права, начиная с четырех основополагающих принципов и прав в сфере труда, т. е. свободы объединения и признания права на ведение коллективных переговоров, запрета принудительного труда, искоренения детского труда, а также недопущения дискриминации в области труда и занятий. Далее последовательно рассматриваются такие ключевые институты трудового права, как оплата труда, рабочее время и время отдыха, инспекция труда и обеспечение безопасности и гигиены труда. Выбор именно этих

¹ Лютов Н. Л. Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования. М.: Центр социально-трудовых прав, 2012.

² Герасимова Е. С., Лютов Н. Л. Инспекция труда: соответствие требованиям международных норм // Кадровик. Трудовое право для кадровика. 2014. № 10. С. 44-52; Лютов Н. Л., Герасимова Е. С. Вопросы соответствия международным нормам законодательства России в сфере безопасности и гигиены труда // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 3. С. 27-32; Герасимова Е., Лютов Н. Non-trade union employees' representation in Russia // Workers' Representation in Central and Eastern Europe / Challenges and Opportunities for the Works Councils' System / ed. by R. Blanpain, N. L. Lyutov // Bulletin of Comparative Labour Law. Wolters Kluwer, 2013. P. 183-201.

³ Герасимова Е. С., Лютов Н. Л. Международно-правовые обязательства Российской Федерации в социально-трудовой сфере (инструменты ООН, МОТ, Совета Европы, СНГ): аналитический обзор, 2014 (не опубликовано).

⁴ См. гл. 1 далее.

вопросов и уделяемое каждому из них внимание обусловлены не их значимостью и местом внутри российского трудового права, а масштабностью проблем, связанных с соответствием данных норм требованиям международных трудовых стандартов.

В конце соответствующих параграфов и глав даются рекомендации в отношении оптимальных, с нашей точки зрения, способов приведения российского законодательства и правоприменительной практики в соответствие с международными трудовыми нормами. Эти предложения обобщены в заключении.

Принятые сокращения и аббревиатуры

1. ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ, МЕЖДУНАРОДНЫЕ АКТЫ⁵

Конституция РФ — Конституция Российской Федерации, принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ) // Собрании законодательства РФ. 2014. № 31. Ст. 4398

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая — Федеральный закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32 Ст. 3301

ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 46 Ст. 4532

ЕКПЧ — Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская), заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г. // Собрание законодательства РФ. 2001. № 2 Ст. 163

ЕСХ — Европейская социальная хартия, подписана 18 октября 1961 г., пересмотрена 3 мая 1996 г. // Бюллетень международных договоров. 2010. № 4

КЗоТ — Кодекс законов о труде РСФСР, утв. Верховным Советом РСФСР 9 декабря 1971 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007. Утратил силу 1 февраля 2002 г.

КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях Федеральный закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1

⁵ При обращении к законодательным и нормативным актам необходимо учитывать изменения и дополнения, которые были внесены в них с момента вступления в действие. С официальными текстами документов можно ознакомиться на Официальном интернет-портале правовой информации (<http://www.pravo.gov.ru>). Кроме того, можно обращаться к таким справочным системам, как «Консультант-Плюс», «Гарант» и др.

МПГПП — Международный Пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 12

МПЭСКП — Международный Пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 12

НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации: часть первая — Федеральный закон от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3824; часть вторая — Федеральный закон от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2000. № 32. Ст. 3340

ТК РФ — Трудовой кодекс Российской Федерации Федеральный закон от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3

УИК РФ — Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 8 января 1997 г. № 1-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 2. Ст. 198

УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации: Федеральный закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25 Ст. 2954

Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ — Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 27. Ст. 2878

2. ПРОЧИЕ СОКРАЩЕНИЯ

абз. — абзац (-ы)

ВВП — валовой внутренний продукт

Ведомости СНД и ВС (РФ, РСФСР, СССР) — Ведомости Съезда народных депутатов (Российской Федерации, РСФСР, СССР) и Верховного Совета (Российской Федерации, РСФСР, СССР)

ВКТ — Всероссийская конфедерация труда

гл. — глава (-ы)

ЕКСП — Европейский комитет по социальным правам

ЕС — Европейский союз

ЕСПЧ — Европейский Суд по правам человека

КК, Комитет Конференции — Комитет МКТ по применению конвенций и рекомендаций

КПЧ — Комитет по правам человека при Генеральной ассамблее ООН

КСО — Комитет по свободе объединения Административного совета МОТ

КТР — Конфедерация труда России

КЭ — Комитет экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций

КЭСКП — Комитет по экономическим, социальным и культурным правам ООН
МБТ — Международное бюро труда
Минздравсоцразвития России — Министерство здравоохранения и социального развития Российской Федерации
Минтруд России — Министерство труда и социальной защиты Российской Федерации
Минфин России — Министерство финансов Российской Федерации
Минэкономразвития России — Министерство экономического развития Российской Федерации
Минюст России — Министерство юстиции Российской Федерации
МКП — Международная конфедерация профсоюзов
МКТ — Международная (генеральная) конференция труда
МОТ — Международная организация труда
МРОТ — минимальный размер оплаты труда
МТП — международное трудовое право
МТС — международные трудовые стандарты
ООН — Организация Объединенных Наций
п. — пункт (-ы)
пар. — параграф (-ы)
подп. — подпункт (-ы)
разд. — раздел (-ы)
Росстат — Федеральная служба государственной статистики
Роструд — Федеральная служба по труду и занятости
РСПП — Российский союз промышленников и предпринимателей
РСФСР — Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика
РТК — Российская трехсторонняя комиссия по регулированию социально-трудовых отношений
РФ — Российская Федерация
СЕ — Совет Европы
СНГ — Содружество Независимых Государств
СССР — Союз Советских Социалистических Республик
ст. — статья (-и)
СТК — советы трудовых коллективов
ч. — часть (-и)
ЕТУС — Европейская конфедерация профсоюзов

глава 1. Общая характеристика рассматриваемых международных трудовых стандартов

В современной отечественной доктрине международного права считается, что национальное и международное право тесно связаны между собой и оказывают взаимное влияние, но не находятся в иерархическом подчинении в отношении друг друга⁶. Международные договоры, в том числе о труде, приобретают в государстве двойную роль: в качестве источника международного права (и применяются в этом качестве в отношениях данного государства с другими сторонами международного договора) и в качестве источника национального права (для применения собственными субъектами права на своей территории).

Связь между внутренним и международным правом особенно важна в сфере труда. Международное право в значительной степени сформировано под воздействием наиболее удачных образцов норм национального трудового законодательства. Однако при анализе конкретной национальной системы трудового права значительно более заметно воздействие норм международного трудового права (МТП) на национальное законодательство.

Существует два основных способа взаимодействия внутреннего трудового права и международных трудовых стандартов (МТС):

- 1) имплементация норм МТП во внутреннем праве;
- 2) принятие внутреннего трудового законодательства с учетом МТС⁷.

Наиболее очевидным способом воздействия норм МТП на внутреннее законодательство является их имплементация во внутреннем праве. В ч. 4 ст. 15 Конституции РФ говорится, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»⁸ разъясняется, что международные договоры с участием Российской Федерации могут применяться судами общей юрисдикции *непосредственно*, если это не противоречит

⁶ Подробнее об этом см., например: *Усенко Е. Т.* Очерки теории международного права. М., 2008. С. 122-152.

⁷ Существует и несколько иной подход к оценке способов взаимодействия норм МТП и российского трудового права, предлагаемый И. В. Шестеряковой. См.: *Шестерякова И. В.* Основные направления совершенствования трудового законодательства под влиянием международных норм: некоторые аспекты // Международное, российское и зарубежное законодательство о труде и социальном обеспечении: современное состояние (сравнительный анализ) / под. ред. К. Н. Гусова. М.: Проспект, 2011. С. 61.

⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

смыслу самих договоров, например, если в них не указано, что для их исполнения необходимо принятие внутреннего законодательства. Таким образом, *самоисполнимые*, т. е. не требующие принятия внутреннего законодательства для исполнения, международные договоры РФ обладают *прямым действием* на территории России. В истории МОТ многократно происходили случаи, когда государства считали выполненными свои обязательства по применению той или иной конвенции, после того как ратифицировали конвенцию, включив ее в состав внутреннего законодательства, однако контрольные органы МОТ, начиная с 1930-х гг. указывали на недостаточность ратификации для эффективной реализации конвенций⁹.

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

Принятие внутреннего законодательства с учетом МТС. Влияние МТС на содержание законодательства возможно на этапе разработки законодательства путем непосредственного консультативного участия международных организаций, а также в случае, если разработчики законодательного акта самостоятельно осуществляют учет содержания международных актов. Так, в августе 2001 г. Правительство РФ обратилось к МОТ с просьбой предоставить замечания на проект Трудового кодекса РФ (ТК РФ), принятый Государственной Думой РФ в первом чтении. Выполняя эту просьбу, специалисты МОТ составили памятную записку¹⁰, адресованную Правительству РФ, с которой были ознакомлены представители работников и работодателей. Некоторые из замечаний, сделанных в этой записке, в частности, в отношении соответствия ТК РФ актам МОТ о свободе объединения и запрете дискриминации в области труда и занятий, были учтены при составлении окончательного текста вступившего в силу ТК РФ¹¹.

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

Источником для внутреннего правотворчества могут быть не только международные договоры, по которым государство имеет формальные обязательства, но любые виды МТС.

9 См. об этом: *Leary V. International Labour Conventions and National Law. The Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 1982. P. 20-24.*

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

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

К международным трудовым стандартам чаще всего относятся¹² совокупность правовых актов, принимаемых на международном уровне, вне зависимости от того, обладают они обязательной юридической силой или относятся к так называемому мягкому праву.

Можно выделить пять типов МТС, в отношении которых имеет смысл анализировать соответствие внутреннего трудового законодательства:

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

Особенностью *императивных норм общего международного права* является обязательность применения на национальном уровне вне зависимости от согласия на это государства, а также неопределенность в отношении включения той или иной конкретной нормы или принципа в число императивных (общепризнанных). Для России вопрос о том, какие именно нормы и принципы считать входящими в число *jus cogens* в сфере труда, не является актуальным, так как их содержание перекрывается международными договорами, ратифицированными Россией. По этой причине не проводится отдельный анализ соответствия российского законодательства таким нормам и принципам¹³.

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

12 См.: *Swepton L. International Labour Law // Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, IX-th ed. Kluwer Law International, 2007. P. 139; Javillier J.-Cl. Droit du Travail. Paris, 1999. P. 108.* При этом авторитетный российский ученый в области МТП — И. Я. Киселев — с течением времени несколько изменил свое отношение к данному понятию. Если в более ранней его книге (Сравнительное и международное трудовое право. С. 447) говорится о международных трудовых стандартах как о системе именно международных договоров, то в более поздней работе (*Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Лушниковой. 3-е изд. М. 2008. С. 480*) прямо не указывается, что такие стандарты обязательно должны проявляться в виде юридически обязательных международных договоров, хотя они и называются «*нормативной*» [курсив наш — Н. Л. и Е. Г.] субстанцией международного трудового права».

13 Подробнее о нормах *jus cogens* в международном трудовом праве см.: *Люттов Н. Л. Эффективность норм международного трудового права. М. : Проспект, 2014. С. 33-47.*

влияло на ту или иную формулировку законодательства: внутренние причины либо наличие близкого по сути международного акта в сфере труда. Однако некоторые примеры адаптации международных норм в тексте российского законодательства приводятся далее в работе.

Как правило, эта адаптация приводит к искажению отдельных элементов правовой защиты, предусмотренных в соответствующих правовых нормах. В качестве примера можно назвать искаженное воспроизведение международных норм в отношении понятий «дискриминация в сфере труда», «принудительный труд» и норм о неденежной оплате труда в ТК РФ¹⁴.

Несмотря на то что текст внутреннего законодательства содержит довольно существенные искажения, иногда изменяющие, а иногда и выхолащивающие суть международных норм, поскольку в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ международные договоры России относятся к ее правовой системе, в судах можно ссылаться не только на «адаптированные» во внутреннем законодательстве нормы, но и непосредственно на международные правовые акты в сфере труда. К сожалению, практика использования в судах международных трудовых норм в настоящее время мало распространена и касается в основном высших судебных инстанций¹⁵.

Международных договоров в сфере труда с участием России довольно много. Наиболее фундаментальные международные договоры, касающиеся вопросов труда, — это два Международных Пакта ООН о правах человека 1966 г.¹⁶ Кроме того, Россия ратифицировала Конвенцию о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г.)¹⁷, Конвенцию о правах инвалидов (заключена на сессии Генеральной Ассамблеи ООН 13 декабря 2006 г.)¹⁸

Важнейшее значение имеют акты Международной организации труда (МОТ). Россия ратифицировала 73 конвенции МОТ, из которых действует 50 и 23 конвенции денонсировано¹⁹. Среди ратифицированных Россией все восемь так называемых фундаментальных конвенций²⁰, три приоритетные конвенции (из четырех) и 61 техническая конвенция (из 177).

Вопрос о ратификации других конвенций МОТ постоянно стоит на повестке дня в России в течение последних лет, в частности, в Генеральное

14 В отношении понятия принудительного труда см. 3.1, дискриминации в области труда и занятий — 4.1, формы оплаты труда — 5.1.

15 См. об этом: Головина С. Ю. Применение судами Российской Федерации норм международного трудового права // Международные трудовые стандарты и российское трудовое право: перспективы координации / под ред. С. Ю. Головиной и Н. Л. Лютова. М.: Норма, 2015 (в печати).

16 Международные пакты о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г. // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXII. М., 1976. С. 3-6, 44-58.

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

18 Федеральный закон от 3 мая 2012 г. № 46-ФЗ «О ратификации Конвенции о правах инвалидов» // 2011. № 49 (ч. 5). Ст. 7333.

19 Все конвенции и рекомендации МОТ далее цитируются по базе данных МОТ Normlex, либо в соответствии с официальным русскоязычным текстом ратифицированной конвенции. См. перечень ратифицированных Россией конвенций МОТ в базе данных МОТ Normlex: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11200:0:NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102884.

20 К числу фундаментальных относятся следующие конвенции МОТ: № 87 о свободе ассоциаций и защите права на организацию (1948 г.); № 98 о праве на организацию и на ведение коллективных переговоров (1949 г.); № 29 о принудительном труде (1930 г.); № 105 о запрете принудительного труда (1957 г.); № 138 о минимальном возрасте (1973 г.); № 182 о наихудших формах детского труда (1999 г.); № 100 о равном вознаграждении (1951 г.); № 111 о дискриминации в области труда и занятий (1958 г.).

соглашение между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации включаются списки конвенций, ратификацию которых стороны планируют обсудить в период действия соглашения. В Генеральном соглашении на 2014—2016 годы²¹ стороны приняли на себя обязательства провести консультации по подготовке предложений о возможной ратификации Российской Федерацией конвенций МОТ, рассмотрению в Комиссии вопросов, связанных с их ратификацией (п. 7.10). В перечень конвенций МОТ, по которым стороны договорились провести консультации, включены²²:

1. Конвенция № 97 «О трудящихся-мигрантах» (1949 г.);
2. Конвенция № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (1952 г.);
3. Конвенция № 117 «Об основных целях и нормах социальной политики» (1962 г.);
4. Конвенция № 121 «О пособиях в случаях производственного травматизма» (1964 г.);
5. Конвенция № 130 «О медицинской помощи и пособиях по болезни» (1969 г.);
6. Конвенция № 131 «Об установлении минимальной заработной платы с особым учетом развивающихся стран» (1970 г.);
7. Конвенция № 140 «Об оплачиваемых учебных отпусках» (1974 г.);
8. Конвенция № 143 «О злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения» (1975 г.);
9. Конвенция № 157 «Об установлении международной системы сохранения прав в области социального обеспечения» (1982 г.);
10. Конвенция № 161 «О службах гигиены труда» (1985 г.);
11. Конвенция № 175 «О работе на условиях неполного рабочего времени» (1994 г.);
12. Конвенция № 183 «Об охране материнства» (2000 г.);
13. Конвенция № 184 «О безопасности и гигиене труда в сельском хозяйстве» (2001 г.).

Из региональных международных договоров важнейшим можно назвать Европейскую социальную хартию (ЕСХ) (подписана 18 октября 1961 г., пересмотрена 3 мая 1996 г.), ратифицированную Россией в 2009 г. Поскольку это допускается самой ЕСХ, Россия ратифицировала из 31 статьи основной части ЕСХ 19 статей и ряд отдельных пунктов других статей²³. Выбор статей и отдель-

21 Генеральное соглашение между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2014—2016 годы // Российская газета. 2013. № 295. 30 дек.

22 Одна из упомянутых в Генеральном соглашении конвенций МОТ (Конвенция № 144 «О трехсторонних консультациях для содействия применению международных трудовых норм» 1976 г.) уже была ратифицирована осенью 2014 г.

23 См.: Федеральный закон от 3 июня 2009 г. № 101-ФЗ «О ратификации Европейской социальной

ных положений осуществлялся преимущественно с учетом того чтобы уже действующее российское законодательство не оказывалось в противоречии с соответствующими нормами ЕСХ.

Кроме того, в рамках Совета Европы (СЕ) Россией в 1998 г. была ратифицирована²⁴ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) (заключена 4 ноября 1950 г.). В ней содержатся общие положения, касающиеся запрета рабства и принудительного труда, а также закреплена свобода ассоциации и право на вступление в профсоюзы. Прямых противоречий между текстом Конвенции и внутренним российским законодательством обнаружить нельзя. Рассматриваемые в Европейском Суде по правам человека (ЕСПЧ) дела в связи с ЕКПЧ в отношении России основываются на применении не только самой ЕКПЧ, но и конвенций МОТ и ЕСХ, а также актов их аутентичного толкования.

Из юридически обязательных для России актов СНГ о труде можно выделить Конвенцию СНГ о правах и основных свободах человека (заключена 26 мая 1995 г.)²⁵, а также Соглашение о регулировании социально-трудовых отношений в транснациональных корпорациях, действующих на территории государств — участников Содружества Независимых Государств (заключена 9 октября 1997 г.)²⁶.

Как правило, в международных договорах, касающихся вопросов труда, устанавливаются минимальные стандарты, уже считающиеся нормальной практикой в экономически развитых странах. Поэтому примеров прямого несоответствия внутреннего российского законодательства тексту международных договоров, ратифицированных Россией, относительно немного, хотя они есть.

В качестве примера использования российским законодателем *международных договоров, в которых Россия не участвует*, можно привести ст. 75 ТК РФ. Скорее всего, положения данной статьи, касающиеся недопустимости увольнения работников в связи со сменой собственника имущества организации, были приняты не без влияния актов Европейского союза (ЕС) о сохранении прав работников при переходе предприятия²⁷. Сама идея заимствования соответствующих норм может вызывать только поддержку, поскольку имеет целью защиту работников от технических злоупотреблений со стороны работодателя. Однако в данном случае заимствование носило слишком поверхностный характер, что привело к сложностям в толковании ст. 75 ТК РФ и отсутствию единообразия в судебной практике²⁸.

хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 года» // Собрание законодательства РФ. 2009. № 23. Ст. 2756.

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

25 Собрание законодательства РФ. 1999. № 13. Ст. 1489. См.: Федеральный закон от 4 ноября 1995 г. № 163-ФЗ «О ратификации Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека» // Собрание законодательства РФ. 1995. № 45. Ст. 4239.

26 Дипломатический вестник. 1997. № 11. С. 33–35.

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

28 См. об этом подробнее гл. 5.

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

К актам первой группы можно отнести, прежде всего, Всеобщую декларацию прав человека 1948 г., а также три из четырех Деклараций МОТ²⁹. В рамках Евразийского экономического сообщества (ЕврАзЭС) к таким актам можно отнести Концепцию евразийской социальной хартии, принятую Межпарламентской Ассамблеей ЕврАзЭС в 2004 г.³⁰ Эти акты в самом общем виде закрепляют базовые принципы правового регулирования труда, поэтому они не будут анализироваться на предмет противоречий между внутренним законодательством России и их прямыми формулировками.

Значительно большую почву для анализа несоответствий дают рекомендательные акты второй группы, число которых также значительно больше. В рамках МОТ была принята 201 рекомендация и 44 кодекса практики³¹. Рекомендации МОТ в большинстве случаев расширяют и конкретизируют положения, которые не удалось согласовать в рамках юридически обязывающего акта. Чаще всего кодексы практики МОТ касаются отдельных технических аспектов охраны труда. Кроме того, существуют также кодексы практики, посвященные защите персональных данных³², защите от насилия на рабочем месте³³, вопросам, связанным с трудом работников, инфицированных ВИЧ/СПИД³⁴, а также вопросам труда инвалидов³⁵.

Помимо этого, на каждой сессии Международной конференции труда (МКТ) принимаются резолюции³⁶ по отдельным вопросам, большинство из которых носит технический характер и касается функционирования самой МОТ.

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

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

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

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

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

34 ВИЧ/СПИД — вирус иммунодефицита человека / синдром приобретенного иммунного дефицита. ILO. HIV/AIDS and the world of work. An ILO code of practice. Geneva, 2001. URL: http://www.ilo.org/safework/normative/codes/WCMS_107779/lang-en/index.htm.

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

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

Однако некоторые содержат в себе и принципы, касающиеся МТС³⁷. Начиная с 1919 г. было принято почти 1300 таких резолюций МКТ. В тех случаях, когда речь идет о резолюциях, посвященных конкретным МТС, резолюции МКТ посвящены, как правило, не конкретному тексту правовых норм, а направлению социальной политики, которую, с точки зрения МОТ, должны по данному вопросу проводить государства — члены МОТ³⁸. Поэтому чисто юридическое сопоставление таких резолюций с внутренним российским законодательством не представляется перспективным.

Рекомендательные акты, принимаемые в рамках МОТ, безусловно, обладают различным общественно-политическим весом и различным юридическим статусом. В Уставе МОТ среди принимаемых актов называются только конвенции и рекомендации. Исходя из п. 6 ст. 19 Устава МОТ, из рекомендательных актов МОТ только в отношении рекомендаций у государств-членов имеются и определенные юридические обязанности. Они связаны с информированием законодательных органов власти государств-членов на предмет рассмотрения вопроса о придании рекомендации силы закона. Декларации принимаются лишь в особых случаях по вопросам, которые представляются МОТ наиболее фундаментальными. Кодексы практики основываются, как правило, на уже принятых конвенциях и рекомендациях МОТ и конкретизируют закрепленные в них стандарты. Принимаются они не высшим органом МОТ — МКТ, а специальными органами, создающимися при Административном Совете.

Поскольку во всех случаях речь идет не о юридически обязательных актах, а о рекомендациях, устанавливать какую-либо иерархию в отношении этих актов вряд ли корректно. В любом случае эти акты представляют собой МТС, с которыми можно сопоставлять внутреннее трудовое законодательство на предмет возможности его модификации.

В рамках СЕ принимаются рекомендации Комитета министров СЕ, ряд которых касается вопросов, связанных с отношениями в сфере труда³⁹.

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

38 Например: Resolution concerning promotion of rural employment for poverty reduction Pact // Resolutions adopted by the International Labour Conference at its 97th Session. Geneva, June 2008. P. 2-22; Resolution on recovering from the crisis: A Global Jobs Pact // Resolutions adopted by the International Labour Conference at its 98th Session. Geneva, June 2009. P. 1-7 и др.

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

Несмотря на то что рекомендации не относятся к числу международных договоров, ЕСПЧ в некоторых делах ссылается на рекомендации Комитета министров СЕ⁴⁰, а также на имеющую рекомендательный характер Хартию основных прав Европейского Союза (принята 7 декабря 2000 г.)⁴¹, как на применимые к делу акты международного права. Как указывает сам ЕСПЧ, рекомендательные акты им используются «...для подкрепления обоснования своих решений»⁴². Комитет министров СЕ принял также ряд рекомендаций в отношении применения ЕСХ отдельными государствами, но они носят правоприменительный характер. Положения гл. 14 ТК РФ, касающиеся защиты персональных данных, могут быть хорошей иллюстрацией использования такого рода актов «мягкого права». В искаженном виде⁴³ они воспроизводят часть положений по этому вопросу, содержащихся в Рекомендации Комитета министров СЕ № R(89)2 о защите персональных данных, использующихся в области найма⁴⁴, а также в Кодексе практики о защите персональных данных работников⁴⁵, выпущенном Международным бюро труда (МБТ) в 1996 г.

Промежуточное положение среди рекомендательных актов в сфере труда занимает принятая в рамках СНГ Хартия социальных прав и гарантий граждан независимых государств (одобрена 29 октября 1994 г.)⁴⁶ С одной стороны, в ней содержатся рамочные базовые положения относительно социально-трудовых прав, дающие основание считать эту Хартию обязательным актом, поскольку данный документ закрепляет нормы *ius cogens*⁴⁷. С другой стороны, эта же Хартия содержит достаточно детальные положения трудового законодательства, которые должны содержаться во внутренних нормах стран СНГ. Эти положения сформулированы на основе действовавшего в первой половине 1990-х гг. трудового законодательства стран региона и сейчас не во всем отражают современную ситуацию. Хартия явно игнорируется странами-участницами. На нее не содержится ссылок в судебных решениях и правоприменительных актах. Более того, первая же статья этой Хартии, в которой говорится о том, что государства-члены создают единый рынок труда на своей территории, кардинально противоречит и законодательству, и общему направлению миграционной политики, и действующему правовому режиму Российской Федерации, имеющей общий рынок труда

40 ECHR. Demir and Baykara v. Turkey [GC]. Para. 46.

41 Sorensen and Rasmussen v. Denmark. 11.01.2006. Para. 37, 74.

42 Demir and Baykara v. Turkey [GC]. Para. 75.

43 См. об этом подробнее в гл. 7.

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

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

46 Одобрена в г. Санкт-Петербурге 29 октября 1994 г. постановлением Межпарламентской Ассамблеи СНГ. Официальной публикации не было. Название приводится по базе данных «КонсультантПлюс».

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

только с Беларуссией и Казахстаном (с 1 января 2012 г.)⁴⁸, а также с другими членами Евразийского экономического союза (с 1 января 2015 г.)⁴⁹.

Очевидно, что ставить задачу провести сквозной анализ всех рекомендательных международных актов, которые так или иначе касаются вопросов отношений в сфере труда, нецелесообразно. Объем этих актов велик, и в то же время многие из этих актов не воспринимаются в качестве актуальных даже самими принявшими их органами⁵⁰. Юридических обязательств по их исполнению Россия в любом случае не несет. Вопрос о соответствии внутреннего российского законодательства рекомендательным международным актам в сфере труда имеет смысл рассматривать не с точки зрения установления факта нарушения Россией международных обязательств, а для анализа перспектив совершенствования внутреннего законодательства на добровольной основе.

Особое значение для России имеет вопрос о соответствии внутреннего трудового законодательства России **аутентичному толкованию международных норм**, осуществляемому контрольными органами международных организаций.

На международном уровне существует практика прямого цитирования актов аутентичного толкования судом в качестве акта применимого к делу права. Так, ЕСПЧ в своих решениях неоднократно давал прямые ссылки на толкование ЕСХ, осуществляемое Европейским комитетом по социальным правам (ЕКСП)⁵¹, а также на позиции, высказываемые Комитетом по свободе объединения (КСО) МОТ и Комитетом экспертов по применению конвенций и рекомендаций (КЭ) МОТ по применению конвенций и рекомендаций в отношении толкования актов МОТ⁵².

Толкование международных норм очень часто выходит далеко за пределы содержания этих актов. Контрольные органы МОТ — КСО и КЭ — по результатам рассмотрения докладов и жалоб в отношении государств периодически переиздают содержащие сотни страниц сборники принципов свободы объединения⁵³, в которых указывается, какие положения национального законодательства соответствуют этим принципам, а какие — нет.

48 На основании Соглашения между Республикой Беларусь, Казахстаном и Российской Федерацией «О правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей» от 19 ноября 2010 г. // Собрание законодательства РФ. 2012. № 5. Ст. 546.

49 На основании Договора о Евразийском экономическом союзе. Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения 16 января 2015 г.).

50 Например, статус актуальных по состоянию на апрель 2015 г. имеют лишь 88 рекомендаций МОТ из 203.

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

52 ECHR: *Danilenkov and others v. Russia*, Para. 107, 108 ; *Demir and Baykara v. Turkey* [GC] para. 38, 39 ; *Wilson, NURMTW v. United Kingdom*, 02.07.2002. Para. 37; *Karin Hoffman Karlskov v. Denmark*. First Section, 20 March 2003.

53 ILO. *Freedom of Association Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Geneva, 2006. URL: http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/WCMS_090632/lang-en/index.htm.

Необходимо также подчеркнуть, что эти толкования (в отличие от самого текста уже принятого международного договора) носят динамичный характер. Так, ЕСПЧ в своих делах неоднократно отмечал «живую» природу ЕКПЧ, которая должна толковаться в свете текущих условий сегодняшнего дня, принимая во внимание эволюционирующие нормы национального и международного права⁵⁴.

В Конституции РФ международные договоры и общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы. Толкование международных актов, каким бы авторитетным оно не являлось, само по себе не относится ни к международным договорам, ни к общепризнанным принципам и нормам международного права. Суды РФ могут использовать толкование международных актов контрольными органами международных организаций в качестве ориентира в тех случаях, когда это не противоречит внутреннему законодательству.

Тем не менее это не означает отсутствия у государства *международного* обязательства применять международные договоры в сфере труда с учетом их аутентичного толкования, т. е. принимать законодательство, реализующее нормы МТС в том виде, как они понимаются контрольными органами. Несмотря на отсутствие указания на обязательность применения решений контрольных органов, процедуры рассмотрения жалоб в контрольных органах и МОТ, и СЕ схожи с судебными и административными процедурами, применяющимися во внутреннем праве в отношении юридически обязательных актов. Это дает основания авторитетным специалистам в области МТП говорить об обязательности для государств, например, рекомендаций КСО⁵⁵. С точки зрения международного права важно то, что сами государства в течение многолетней повторяющейся практики не возражают против того, что данные решения применяются в их отношении в качестве обязательных. Следовательно, в данном случае имеет место «международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы», упомянутый в той же ст. 38 Статута Международного суда. Такой теоретический подход подтверждается практикой ЕСПЧ, прямо ссылающегося на акты аутентичного толкования международных договоров.

Необходимо отметить и сложившиеся подходы высших судебных органов России в вопросе об обязательности применения в России толкований Конвенции 1950 г. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней»⁵⁶ указано на обязательность для судов правовых позиций ЕСПЧ, которые содержатся в окончательных постановлениях Суда, принятых в отношении Российской Федерации (п. 2). В нем также отмечается, что «с целью

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

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

56 Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 8.

эффективной защиты прав и свобод человека судами учитываются правовые позиции Европейского Суда, изложенные в ставших окончательными постановлениях, которые приняты в отношении других государств — участников Конвенции. При этом правовая позиция учитывается судом, если обстоятельства рассматриваемого им дела являются аналогичными обстоятельствам, ставшим предметом анализа и выводов Европейского Суда» (п. 2). В п. 3 этого Постановления указано также, что «Правовые позиции Европейского Суда учитываются при применении законодательства Российской Федерации. В частности, содержание прав и свобод, предусмотренных законодательством Российской Федерации, должно определяться с учетом содержания аналогичных прав и свобод, раскрываемого Европейским Судом при применении Конвенции и Протоколов к ней».

Большое значение для рассмотрения вопросов соответствия законодательства России положениям МТС имеет практика КЭ и КСО. В 1951 г. Административный Совет МОТ принял решение о создании постоянно действующего *Комитета по свободе объединения (КСО)*. Комитет по свободе объединения собирается три раза в год, накануне заседаний Административного Совета. Комитет по свободе объединения рассматривает все жалобы, связанные с нарушением права на объединение и ведение коллективных переговоров. Комитет рассматривает жалобы независимо от ратификации государством конвенций о свободе объединения, поскольку обязанность обеспечивать свободу объединения следует из Устава МОТ (принят в 1919 г.), Филадельфийской декларации МОТ относительно целей и задач Международной организации труда» (принята в г. Филадельфии 10 мая 1944 г.)⁵⁷ и Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда⁵⁸ 1998 г.

Комитет рассматривает жалобу, дополнительно представленные по ней материалы и объяснения и принимает доклад, содержащий рекомендации. Комитет может, не закрывая дело, представить промежуточный отчет с рекомендациями, чтобы получить дополнительную информацию; может сделать заключение, но, не закрывая дела, продолжать следить за развитием событий; может вынести окончательное постановление с рекомендациями. Представленные доклады Комитета утверждаются на сессии Административного совета и после этого становятся обязательными для исполнения правительством. Если жалоба подана в связи с нарушениями конвенций о свободе объединения в законодательстве, Комитет может передать законодательные аспекты дела под контроль Комитета экспертов, который продолжит отслеживать выполнение рекомендаций и конвенций в рамках обычной процедуры.

Жалобы, поданные профсоюзами, можно разделить на несколько групп: в связи с конкретными нарушениями, допущенными в отношении конкретных профсоюзов; в связи с систематическими нарушениями прав на свободу

57 Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XVI. М., 1957. С. 351-372.

58 Российская газета. 1998. № 238. 16 дек.

объединения в законодательстве и на практике; в связи с принятием нового законодательства, ухудшающего положение профсоюзов.

Профсоюзы России с начала 1990-х г. подали наибольшее число жалоб среди стран постсоветского пространства. Наиболее значимыми являются жалобы (и соответственно вынесенные по ним рекомендации): дела № 2216 и № 2251 (на положения вновь принятого ТК РФ), № 2199 (по вопросам наличия в государстве механизмов защиты от дискриминации), № 2244 (по вопросу о праве на забастовку работников железнодорожного транспорта) и № 2758 (по вопросу об эффективности механизмов защиты профсоюзных прав).

Комитет экспертов по применению конвенций и рекомендаций. В соответствии со ст. 22 Устава МОТ каждое государство должно ежегодно представлять доклады МБТ относительно принятых мер для реализации ратифицированных конвенций. Административный Совет МОТ, обладающий соответствующими полномочиями, предусмотрел систему представления докладов. Доклады по десяти наиболее важным конвенциям, включая конвенции № 87 и 98 о свободе объединения, представляются каждые два года. Правительства каждого государства представляют доклад по типовой форме. На правительства возложена обязанность (п. 2 ст. 23 Устава МОТ) представлять копии своих докладов организациям работодателей и трудящихся (профсоюзам) как до завершения работы над докладом, чтобы учесть в докладе и дать ответ на полученные от органов работодателей и работников замечания, так и после окончания работы над ним, одновременно с направлением доклада в МБТ. Организация работодателей и трудящихся (профсоюзы) могут направлять свои комментарии к докладом соответственно либо в правительство, либо непосредственно в МБТ.

Комитетом вынесено значительное число рекомендаций в отношении России по вопросам о соответствии российского законодательства положениям ратифицированных Россией Конвенций.

Велико также значение толкований, осуществляемых *Европейским комитетом по социальным правам (ЕКСП)* в отношении положений ЕСХ. Европейская социальная хартия, принятая СЕ в 1961 г. и пересмотренная в 1996 г., — важнейший европейский договор о социальных правах⁵⁹. Еще в 2000 г. она была подписана от имени России, но официальная ратификация состоялась лишь через 9 лет — в июне 2009 г. В соответствии с ч. III Хартии каждое государство имеет право выбрать для ратификации определенное количество статей, включая указанный в Хартии «минимальный набор», без которого ратификация не будет считаться состоявшейся. Россия приняла на себя обязательства по всей ч. I Хартии; в ч. II те же самые статьи и права сформулированы в более детализированном виде, с разбивкой по пунктам и с возможностью для государств ратифицировать отдельные статьи. Россия ратифицировала 19 статей целиком и ряд отдельных пунктов.

Контрольный механизм Хартии состоит из двух основных процедур: *регулярных докладов стран-участниц и коллективных жалоб в отношении стран-участниц*. Доклады и коллективные жалобы рассматриваются специ-

59 См. русский текст на сайте СЕ: URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Treaties/Html/163.htm>.

альным контрольным органом — *ЕКСП*. Комитет состоит из 15 независимых экспертов и действует на основе правил, утвержденных Комитетом министров СЕ в 2004 г.⁶⁰

Каждый доклад касается только принятых на себя государствами обязательств по Хартии. Комитет анализирует доклады и решает вопрос о соответствии или несоответствии национального законодательства и правоприменительной практики положениям Хартии, в результате чего принимаются *заклучения*, публикующиеся ежегодно. Если государство не предпринимает мер по устранению несоответствий Хартии, выявленных Комитетом, Комитет министров СЕ направляет данному государству, в которой просит внести изменения в законодательство или практику. Как правило, эти рекомендации даются в существенно более категоричной форме, нежели аналогичные акты, принимаемые контрольными органами МОТ.

Государства — участники Хартии ежегодно должны предоставлять доклад о выполнении принятых на себя обязательств по одному из четырех тематических блоков:

- 1) занятость, профессиональная подготовка и равные возможности (ст. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24, 25 Хартии);
- 2) здравоохранение, социальное обеспечение и социальная защита (ст. 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30);
- 3) трудовые права (ст. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28, 29);
- 4) права детей, семей, мигрантов (ст. 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31).

Первый доклад о выполнении обязательств по Хартии Россия представила в октябре 2011 г.; на апрель 2014 г. представлены три ежегодных доклада.

Процедура *коллективных жалоб* применяется на основании Дополнительного протокола СЕ ETS158, вступившего в силу в 1998 г. Поскольку Россия не ратифицировала Дополнительный протокол, ее юридические обязательства по Хартии исчерпываются предоставлением ежегодных докладов по тематическим блокам.

По результатам рассмотрения докладов Комитет выносит *заклучения*, а в отношении коллективных жалоб — *решения*. Все заключения по докладам ежегодно публикуются на сайте СЕ. Государство, законодательство которого признано несоответствующим ратифицированным положениям Хартии, должно ежегодно представлять доклады Комитету, в которых указываются меры по устранению несоответствий. Доклад может быть также представлен Парламентской ассамблее СЕ (ПАСЕ) с целью вынесения соответствующей резолюции в отношении государства.

Практика Комитета обобщается в объемном, периодически обновляемом дайджесте⁶¹, представляющем собой свод аутентичного толкования Хартии. Важно, что Комитет в своем толковании Хартии исходит из того, что простое

60 Council of Europe. European Committee of Social Rights Rules: www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/ESCRrules/Rules_en.pdf.

61 Council of Europe. Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights, 2008: www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf.

воспроизведение содержания Хартии во внутреннем законодательстве еще не означает, что это законодательство соответствует Хартии.

Можно с долей уверенности утверждать, что соблюдение рекомендаций международных органов, толкующих содержание Хартии, обязательно для России на основании *международного обычая*. С учетом этого текст дайджеста представляет собой свод правил, которые порождают для России *международные обязательства*.

Значимым региональным механизмом, которым могут пользоваться граждане и организации в связи с нарушением прав, установленных в ЕКПЧ, является обращение в *ЕСПЧ*.

Европейская конвенция создала особый механизм защиты прав и свобод человека и гражданина, гарантированных Конвенцией, который с 1998 г. включает Европейский Суд по правам человека в Страсбурге (Франция). С 1 октября 1994 г. заявителям предоставлено право передавать свои дела в Суд по жалобам, признанным Комиссией ЕКПЧ приемлемыми.

Целый ряд решений, вынесенных ЕСПЧ по жалобам российских граждан, представляет интерес с точки зрения совершенствования российского законодательства и приведения его в соответствие с международными трудовыми стандартами. Это, в частности, относится к делу Даниленков и другие против России, № 67336/01 (*Danilenkov and Others v. Russia*) и ряду других.

Сопоставительный анализ *нератифицированных Россией международных договоров в сфере труда с внутренним российским законодательством* может быть необходим, во-первых, для выявления примеров лучшей практики правового регулирования соответствующих вопросов с целью дальнейшего использования их при совершенствовании внутреннего трудового законодательства, и, во-вторых, для решения вопроса о целесообразности или нецелесообразности ратификации соответствующих норм в тех случаях, когда это в принципе возможно.

В следующих главах рассматриваются наиболее значимые и существенные аспекты несоответствия положений российского законодательства МТС с целью выявления перспектив и направлений его совершенствования.

Учитывая цели и задачи исследования, рассмотрение императивных норм общего международного права, международных рекомендательных актов в сфере труда, а также международных договоров в сфере труда, по которым Россия не имеет юридических обязательств, в работе в основном не осуществляется.

глава 2. Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров

2.1. СООТВЕТСТВИЕ МЕЖДУНАРОДНЫМ ДОГОВОРАМ (НЕЗАВИСИМОСТЬ ОБЪЕДИНЕНИЙ РАБОТНИКОВ И РАБОТОДАТЕЛЕЙ)

Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров — это первый из основополагающих принципов и прав в сфере труда, закрепленных в одноименной Декларации МОТ 1998 г. и, вероятно, самый важный, поскольку от его реализации зависит обеспечение всех остальных прав и интересов работников. Важнейшие положения о свободе объединения содержатся в главных актах МОТ по данному вопросу — фундаментальных Конвенциях № 87 и 98⁶². Текстуально важнейшие положения о свободе объединения, содержащиеся в этих конвенциях очень невелики по объему.

Тем не менее есть важнейшее положение, касающееся свободы объединения, которое должным образом не отражено в российском законодательстве. Речь идет о независимости объединений работников и работодателей. Статья 2 Конвенции № 98 сформулирована следующим образом: «1. Организации трудящихся и предпринимателей должны пользоваться соответствующей защитой против любых актов вмешательства со стороны друг друга или со стороны их агентов или членов в создание и деятельность организаций и управление ими. 2. В частности, акты, имеющие своей целью способствовать учреждению организаций трудящихся под господством предпринимателей или организаций предпринимателей или поддерживать организации трудящихся путем финансирования или другим путем с целью поставить такие организации под контроль предпринимателей или организаций предпринимателей, рассматриваются как акты вмешательства в смысле настоящей статьи».

Независимость профсоюзов⁶³ от вмешательства и контроля со стороны работодателей и их объединений имеет критическое значение для определения эффективности профсоюзов. При трансформации российской системы в сторону рыночной экономики были заимствованы и закреплены в законодатель-

62 Конвенция МОТ № 87 относительно свободы ассоциации и защиты права на организацию (1948 г.) и Конвенция МОТ № 98 относительно применения принципов права на организацию и на заключение коллективных договоров (1949 г.).

63 Независимости профсоюзов посвящена также специальная Резолюция МКТ 1952 г.: ILO. International Labour Conference. 35th Session, Geneva, 1952. Resolution Concerning the Independence of the Trade Union Movement. Adopted on 26 June 1952 // ILO. International Training Centre (ITC) Site: URL: http://training.itcilo.org/ils/cd_foa/English/ilo_standards/Law_association/Law_association_19.pdf. См. об этом также: Крылов К. Д. Тенденции развития правовых стандартов политики в сфере труда : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 20.

стве базовые, декларативные положения о свободе объединения, признании права на коллективные переговоры и забастовки. Однако институциональные особенности профсоюзного движения, их восприятие самими социальными партнерами сохранило многие черты советского времени.

В странах с давними традициями коллективно-договорного регулирования труда очень серьезно относятся к вопросу независимости профсоюза от работодателя. Например, в Великобритании для того чтобы профсоюз приобрел все права, связанные с защитой интересов работников, он должен быть сертифицирован в качестве независимого специальным должностным лицом. Споры по поводу справедливости такой сертификации могут рассматриваться в апелляционном трудовом трибунале, который установил ряд критериев независимости профсоюза, к которым, в частности, относятся: история создания, членская база профсоюза, его финансовое положение, предоставление льгот со стороны работодателя, история коллективных переговоров, организационная структура и др.⁶⁴

Нормы внутреннего российского законодательства на этот счет очень лаконичны и неконкретны. В п. 1 ст. 5 Федерального закона от 21 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности» (далее — Закон о профсоюзах)⁶⁵ говорится о том, что «профсоюзы независимы в своей деятельности от органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, работодателей, их объединений (союзов, ассоциаций), политических партий и других общественных объединений, им не подотчетны и не подконтрольны». Кроме того, в ч. 3 ст. 36 ТК РФ указывается, что «не допускается ведение коллективных переговоров и заключение коллективных договоров и соглашений от имени работников лицами, представляющими интересы работодателей, а также организациями или органами, созданными либо финансируемыми работодателями, органами исполнительной власти, органами местного самоуправления, политическими партиями, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом».

В связи с этими формулировками возникает целый ряд вопросов. Каковы правовые последствия ситуации, когда будет выяснено, что профсоюз в действительности подотчетен и подконтролен работодателю? Запрещено ли возглавлять профсоюз руководителям организации или лицам, их фактически представляющим? Отсутствие внятных ответов законодательства на эти вопросы связано во многом с историческими корнями советского профсоюзного движения, которое выполняло принципиально иные функции, чем профсоюзы капиталистических стран, будучи скорее посредником между государством и работниками, чем их независимым представителем⁶⁶. Но в условиях рыноч-

64 См. подробнее: Лютов Н. Л. Коллективное трудовое право Великобритании : монография. М. : Волтерс-Клувер, 2009. С. 30-34.

65 Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 148.

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

ных отношений данные правовые пробелы свидетельствуют если не о прямом противоречии внутреннего российского законодательства положениям ст. 2 Конвенции МОТ № 98, то, по крайней мере, о серьезнейшем несоответствии, которое имеет очень негативные последствия в отношении качества социального партнерства в России.

Проблемы, связанные с отсутствием внятного регулирования недопустимости вмешательства и вытекающие из этого нарушения, стали предметом жалоб со стороны независимых профсоюзов в адрес КСО и его запросов в адрес Правительства РФ⁶⁷.

Рекомендуется, таким образом, ввести в законодательство норму, содержащую положения, указанные в ст. 2 Конвенции МОТ № 98, гарантирующие независимость объединений работников и работодателей, защиту от актов вмешательства в дела друг друга.

2.2. СООТВЕТСТВИЕ АКТАМ ТОЛКОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ

2.2.1. ЖАЛОБЫ В ОТНОШЕНИИ РОССИИ

Поскольку, как уже отмечалось в гл. 1, аутентичное толкование международных актов в сфере труда зачастую существенно выходит за рамки текстуального содержания этих актов и носит более конкретный характер, то и примеров несоответствия российского трудового законодательства такому толкованию существенно больше.

Российские профсоюзы обращались в КСО с рядом жалоб на нарушения в области свободы объединения в законодательстве, прежде всего, в ТК РФ и правоприменительной практике России⁶⁸. Среди этих жалоб можно отметить дела № 2216 и 2251, в которых рассматриваются вопросы о соответствии положений ТК РФ стандартам в области свободы объединения. Так, вопрос о необоснованном ограничении права на забастовку в отношении отдельной категории работников был поставлен также в жалобе Российского профсоюза локомотивных бригад железнодорожников (РПЛБЖ) в КСО в рамках более широкой жалобы на вмешательство в профсоюзную деятельность и постоянное давление, дискриминацию, воспрепятствование осуществлению профсоюзной деятельности со стороны работодателя — Министерства путей сообщения РФ (дело № 2244)⁶⁹. В декабре 2001 г. с жалобой в КСО обратилась Конфедерация

67 См.: МБТ, Административный совет, 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. Седьмой пункт Повестки дня. 332-й доклад Комитета по свободе объединения. Документ GB.288/7, пар. 153, 154. См. также Доклад КСО по данному делу № 331, пар. 660-677.

68 Русский перевод дел доступен на сайте АНО «Центр социально-трудовых прав»: URL: <http://trudprava.ru/base/standards/902>.

69 NORMLEX. Information System on International Labour Standards. Report in which the committee requests to be kept informed of development. Report № 337, June 2005. Case № 2244 (Russian Federation).

рация труда России (КТР), заявив о фактах антипрофсоюзной дискриминации со стороны администрации Морского торгового порта Калининграда (дело 2199)⁷⁰ (см. раздел, касающийся защиты от дискриминации).

Наконец 20 января 2010 г. Всероссийская конфедерация труда (ВКТ) и КТР подали жалобу в КСО на отдельные случаи нарушения прав профсоюзов (дело № 2758). Во многих случаях профсоюзы столкнулись с тем, что не смогли использовать существующие механизмы защиты и восстановления нарушенных прав, или их действия в этом направлении оказались безрезультатными, либо, более того, привели к усилению давления на профсоюзы, в том числе со стороны государственных органов. В связи с этим в жалобе ставится вопрос о том, что в России отсутствуют эффективно работающие, результативные механизмы защиты права на свободу объединения. В докладе КСО по этому делу⁷¹ указывается, что по приглашению Правительства РФ в октябре 2011 г. Россию посетила техническая миссия МОТ с целью обсуждения жалобы со всеми заинтересованными сторонами ввиду ее сложности и большого объема содержащейся в ней информации. Комитет по свободе объединения отметил, что работа миссии завершилась трехсторонним обсуждением, и что КТР и Федерация независимых профсоюзов России (ФНПР) разработали совместное предложение по решению вопросов, поднятых в жалобе, которые все стороны согласились обсудить в рамках Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений (РТК). Комитет подчеркнул, что ожидает, что предложение будет рассмотрено РТК безотлагательно в целях скорейшего решения вопросов, поднятых в жалобе. Комитет просил Правительство РФ информировать его о развитии событий.

Вопрос о реализации указанных рекомендаций рассматривался Советом при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека. Советом было принято обращение к Президенту РФ от 28 января 2013 г. в связи с рекомендациями МОТ, в котором Совет просил Президента РФ дать распоряжения о незамедлительной разработке и реализации мероприятий по выполнению рекомендаций КСО и Административного Совета МОТ⁷².

Рассмотрение рекомендаций Административного Совета МОТ также осуществлялось на уровне РТК: 31 июля 2013 г. на заседании Рабочей группы № 6 РТК было принято решение предложить Минтруду России создать рабочую группу по анализу рекомендаций Административного Совета МОТ по жалобе № 2758, а также по ранее направленным в МОТ жалобам № 2216 и 2251, а также выработке предложений по совершенствованию действующей норматив-

URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907566.

70 NORMLEX. Information System on International Labour Standards. Report in which the committee requests to be kept informed of development. Report № 331, June 2003. Case № 2199 (Russian Federation). URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:290709.

71 NORMLEX. Information System on International Labour Standards. Report in which the committee requests to be kept informed of development. Report № 365, November 2012. Case № 2758 (Russian Federation). URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3087064.

72 Не опубликовано.

ной правовой базы и правоприменительных процедур. Предлагалось, чтобы в рабочей группе принимали участие представители сторон РТК, представляющие общероссийские объединения профсоюзов и общероссийские объединения работодателей.

На основании этого решения Минтруда России сформировало рабочую группу по анализу соответствующих рекомендаций и выработке предложений, однако до настоящего времени она не начала работать.

За время, прошедшее с момента вынесения рекомендаций по делу № 2758, была частично решена лишь одна из проблем, поднятых в жалобе КТР и указанных в рекомендациях, утвержденных Административным Советом МОТ. 15 марта 2013 г. был освобожден Валентин Урусов, председатель первичной профсоюзной организации «Профсвобода» работников ЗАО АК «Алроса», после создания профсоюза и начала профсоюзной деятельности обвиненный в хранении наркотиков и отбывавший наказание в исправительной колонии общего режима по решению Мирнинского районного суда Республики Саха (Якутия). Решением Хангаласского районного суда не отбытая часть срока была заменена ему более мягким наказанием, однако, несмотря на рекомендации КСО, надлежащая проверка версии, что возбуждение уголовного дела использовалось как преследование за профсоюзную деятельность, так и не была проведена компетентными органами⁷³. Остаются нерешенными и другие проблемы, указанные в рекомендациях Административного Совета МОТ.

Далее рассматриваются конкретные проблемы в области реализации права на объединение и ведение коллективных переговоров, поднимавшиеся в рамках упомянутых выше дел и следующие из актов аутентичного толкования международных договоров, которые не урегулированы в российском законодательстве по настоящее время.

2.2.2. ПРАВО САМОСТОЯТЕЛЬНО ОПРЕДЕЛЯТЬ СВОЮ СТРУКТУРУ И ВЫБИРАТЬ ПРЕДСТАВИТЕЛЯ ПРИ ВЕДЕНИИ КОЛЛЕКТИВНЫХ ПЕРЕГОВОРОВ

В деле КСО № 2251 отмечалось, что в соответствии с положениями ст. 29, 30, 31, 37, 399, 410 и др. ТК РФ право принимать участие в регулировании социально-трудовых отношений, включая право принимать участие в коллективных переговорах и урегулировании коллективных трудовых споров, пользоваться гарантиями в связи с осуществлением профсоюзной деятельности, участвовать в установлении условий труда предоставляется первичным организациям профсоюзов. Этот подход находится в противоречии с нормой ст. 3 Конвенции МОТ № 87, которая предусматривает право организаций работников и рабо-

⁷³ Валентин Урусов на свободе. Сайт Конфедерации труда России. URL: http://www.ktr.su/content/news/detail.php?ID=815&phrase_id=1978.

додателей выработать свои уставы и административные регламенты, свободно выбирать своих представителей, организовывать свой аппарат и свою деятельность и формулировать свою программу действий.

В связи с этим еще при рассмотрении дела № 2251 КСО указывал, что «...трудящиеся должны обладать свободой в принятии решения о создании на уровне предприятия либо профсоюза трудящихся, либо другой формы первичной организации, как, например, цеховой профсоюзной организации. Он напоминает, что различие между первичной профсоюзной организацией и любой другой формой профсоюза, предоставляя особые преимущества одной форме в ущерб другой форме или лишая преимуществ одну форму в целях предоставления этих преимуществ другой форме организации, не должно иметь косвенным следствием ограничение свободы объединения трудящихся и их права вступать в члены организации по своему выбору...»⁷⁴.

Вопрос о реализации права самостоятельно определять свою структуру был рассмотрен Конституционным Судом РФ в Постановлении от 24 октября 2013 г. № 22-П⁷⁵. Поводом для жалобы стала практика применения ст. 3 Закона о профсоюзах.

Предыстория данного дела такова. Общероссийский профессиональный союз работников нефтяной, газовой отраслей промышленности и строительства и Общероссийский профессиональный союз работников государственных учреждений и общественного обслуживания РФ в 2010 г. внесли в уставы ряд изменений, при этом сохранив в них ранее закрепленную возможность создания межрегиональных, территориальных (муниципальных, межмуниципальных и городских), объединенных, отраслевых, районных и других профсоюзных организаций и структурных подразделений — цеховой профсоюзной организации и профсоюзной группы. По обращению Минюста России прокуратура провела проверку уставов профсоюзов и оспорила в суде законность (наряду с новыми положениями) положений об их организационной структуре, полагая, что создание в профсоюзах подразделений, не предусмотренных ст. 3 Закона о профсоюзах, недопустимо. Суды пришли к выводу, что установленный Законом о профсоюзах перечень профсоюзных организаций и их структурных подразделений является исчерпывающим, расширительному толкованию не подлежит, и потому данные положения уставов противоречат федеральному законодательству (см., в частности, определение Московского городского суда от 22 декабря 2011 г. № 33-40680).

В связи с этим профсоюзы обратилась с жалобами в Конституционный Суд РФ, указав, что практика применения ст. 3 Закона о профсоюзах препятствует

⁷⁴ Международное Бюро труда. Административный Совет. 289 сессия, Женева, март 2004 г. 333-й доклад Комитета по свободе объединения. Дело № 2251. Пар. 975.

⁷⁵ Постановление Конституционного Суда 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» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2014. № 1.

созданию в профсоюзе подразделений, не предусмотренных данной нормой, нарушает право на объединение в профессиональные союзы, необоснованно ограничивает права профессионального союза самостоятельно принимать устав, определять свою внутреннюю структуру и не соответствует ст. 2, 6 (ч. 2), 7 (ч. 2), 18, 30 (ч. 1) и 55 (ч. 2 и 3) Конституции РФ.

В Постановлении от 24 октября 2013 г. № 22-П Конституционный Суд РФ отметил, что федеральный законодатель не вправе допускать искажений самого существа права на объединение в профсоюзные организации, которое в соответствии с Конвенцией МОТ включает право выработать свои уставы и административные регламенты, свободно выбирать своих представителей, организовывать свой аппарат, свою деятельность и формулировать свою программу действий.

Деятельность профсоюзных организаций и их структурных подразделений подчинена целям их создания, связана с представительством и защитой социально-трудовых прав и интересов членов профсоюза, с системой социального партнерства. Работники и работодатели как стороны социального партнерства сами могут устанавливать формы и способы своего взаимодействия. Это значит, что профсоюзы вправе формировать свою структуру, соотносимую с построением конкретной отрасли экономики или иной сферы трудовой деятельности.

Указание в статье «Основные термины» оспоренного закона возможных видов профсоюзных организаций было направлено на достижение ясности правового регулирования и исключение возможности произвольного применения принятых терминов в организационном построении профсоюзов. В течение длительного времени данная статья никем не рассматривалась как устанавливающая исчерпывающий перечень видов профсоюзных организаций. В 2011 г. при рассмотрении дел заявителей правоприменители придали оспоренной норме смысл, ограничивающий право профсоюзов самостоятельно решать вопросы своей внутренней структуры. Этим было допущено не согласующееся с конституционно значимыми целями вмешательство государства в деятельность профсоюзов и нарушение конституционного права граждан на объединение.

Конституционный Суд РФ постановил, что оспариваемые положения ст. 3 Закона о профсоюзах не соответствуют Конституции РФ, нарушают конституционное право на объединение в той мере, в какой по смыслу, придаваемому им правоприменительной практикой, они рассматриваются как устанавливающие исчерпывающий перечень видов профсоюзных организаций и их структурных подразделений, и тем самым не позволяющие профсоюзам самостоятельно — в своих уставах, положениях, принимаемых на съездах, конференциях, собраниях, определять свою организационную структуру. Суд также указал, что дела заявителей подлежат пересмотру в соответствии с провозглашенным решением Конституционного Суда РФ.

На основании этого Постановления принят Федеральный закон от 22 декабря 2014 г. № 444-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности”»⁷⁶,

76 Собрание законодательства РФ. 2014. № 52 (ч. I). Ст. 7555.

которым дополнены определения, перечисленные в ст. 3 Закона, в частности, указано, что в структуре общероссийского и межрегионального профсоюза «наряду с первичными профсоюзными организациями могут образовываться в соответствии с его уставом территориальные организации профсоюза и иные профсоюзные организации».

2.2.3. УРОВЕНЬ ВЕДЕНИЯ КОЛЛЕКТИВНЫХ ПЕРЕГОВОРОВ

Другой стороной этой же проблемы является фактическое ограничение права на ведение коллективных переговоров на уровне организации не первичной профсоюзной организацией, а иными профсоюзными структурами.

Российский профессиональный союз моряков и КТР в жалобах, адресованных МОТ⁷⁷, помимо прочего, указывали, что российское законодательство необоснованно не предусматривает такого уровня ведения коллективных переговоров, как *уровень профессии*. В исчерпывающем перечне уровней социального партнерства, содержащемся в ст. 26 ТК РФ, такого уровня нет, а среди видов социально-партнерских соглашений, перечисленных в ст. 45 ТК РФ, уровень профессии не указывается. Профсоюзы, которые объединяют работников отдельной профессии (например, моряков, пилотов, авиадиспетчеров — независимо от того, в какой организации они работают), фактически оказываются не в состоянии вести коллективные переговоры с работодателями, поскольку это противоречит структуре социального партнерства, заложенной в ТК РФ. КСО рекомендовал устранить этот пробел российского законодательства, дополнив ст. 45 ТК РФ⁷⁸.

В решении по делу № 2216 КСО указал: «910. По вопросу о *нарушении прав профсоюзов более высокого уровня, а также федераций и конфедераций на заключение коллективных договоров в организациях*, Комитет придерживается точки зрения, выраженной Комитетом экспертов, согласно которой *любое ограничение или запрещение в этом отношении задерживает развитие производственных отношений, в особенности, препятствует организациям, не имеющим достаточных средств, в получении помощи от вышестоящих организаций, которые в принципе лучше обеспечены кадрами, денежными средствами, а также имеют соответствующий опыт, что необходимо для обеспечения успеха в коллективных переговорах*⁷⁹, и полагает, что такие организации (федерации, конфедерации) действительные должны иметь возможность заключать коллективные договоры⁸⁰. В связи с этим Комитет обращается с настоятельной просьбой к Правительству изменить либо дополнить

77 Committee on Freedom of Association case № 2216, ILO ref. Nos. GB.288/7 (Part II and GB.289/9 Part I).

78 См.: пар. 906 данного дела.

79 International Labour Conference. 81st Session. 1994. Report III (Part 4B). Third item on the agenda: Information and reports on the application of Conventions and Recommendations General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (№ 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (№ 98), 1949. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Para. 249. URL: http://www.ilo.org/jakarta/whatwedo/publications/WCMS_182053/lang-en/index.htm.

80 Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee, 4th edition, 1996, para. 783.

законодательство своей страны, с тем чтобы вышестоящим профсоюзным организациям, а также федерациям и конфедерациям был обеспечен доступ к ведению коллективных переговоров, а также им было предоставлено право заключать коллективные договоры в организациях. Комитет просит Правительство информировать его о принятых или предполагаемых к принятию мерах по данному вопросу»⁸¹.

Правительство эту просьбу не удовлетворило, а Государственно-правовое управление Президента РФ дало отрицательный отзыв⁸² на законопроект, подготовленный профсоюзом моряков с целью устранения этого дефекта ТК РФ⁸³. В ответ на запрос Комитета экспертов (КЭ) Правительство РФ уведомило МОТ о том, что российское законодательство не запрещает заключение социально-партнерских соглашений на уровне профессии, а в федеральные органы исполнительной власти никогда не поступало никаких жалоб по данному поводу⁸⁴.

В связи с этим сохраняется актуальность рекомендаций, сделанных КСО по этим двум вопросам, а именно:

- принять все необходимые меры, включая изменение ст. 45 ТК РФ, с тем чтобы обеспечить как юридически, так и практически возможность ведения коллективных переговоров по заключению профессиональных соглашений;
- изменить или дополнить законодательство своей страны таким образом, чтобы вышестоящим профсоюзным организациям, федерациям и конфедерациям профсоюзов был обеспечен доступ к ведению коллективных переговоров, а также им было предоставлено право заключать коллективные договоры.

2.2.4. СОЗДАНИЕ ИНОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬНОГО ОРГАНА В СЛУЧАЕ СУЩЕСТВОВАНИЯ ПРОФСОЮЗНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ В ОРГАНИЗАЦИИ

В жалобах по делам № 2251, 2216 был поставлен вопрос относительно ст. 31 ТК РФ, которая на тот момент предусматривала, что «при отсутствии в организации первичной профсоюзной организации, а также при наличии профсоюзной организации, объединяющей менее половины работников, на общем собрании (конференции) работники могут поручить представление

81 Международное Бюро труда. Административный Совет. 288 сессия, Женева, ноябрь 2003 г. 332-й доклад Комитета по свободе объединения. Дело № 2216. Пар. 910. Неофициальный перевод. Сайт Центра социально-трудовых прав: URL: <http://trudprava.ru/index.php?id=88>.

82 Письмо Государственно-правового управления Президента РФ от 4 марта 2008 г. № Ф6-1014. Не опубликовано.

83 Не опубликовано.

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

своих интересов указанной профсоюзной организации либо иному представителю». Данная норма допускала создание и поручение представительства иному представительному органу при наличии профсоюза в организации, если он объединял менее 50% работников организации. Профсоюзы столкнулись с созданием «желтых» представительных органов работников для устранения профсоюзов из процесса коллективных переговоров и других отношений.

Между тем, согласно ст. 5 Конвенции МОТ № 135 о представителях трудящихся⁸⁵, когда на одном и том же предприятии существуют как представители профессионального союза, так и выборные представители, должны быть приняты соответствующие меры, когда это необходимо, для того чтобы наличие выборных представителей не использовалось для подрыва позиции заинтересованных профсоюзов или их представителей, а также для того чтобы поощрять сотрудничество по всем соответствующим вопросам между выборными представителями и заинтересованными профсоюзами и их представителями.

По делам 2251, 2216 Комитет сформулировал рекомендацию «изменить статью 31, с тем чтобы было ясно, право представлять трудящихся может быть предоставлено другим представительным органам лишь в случае, когда на предприятии нет профсоюза»⁸⁶.

Поясняя эту позицию, в деле № 2216 Комитет указал: «Комитет полагает, что проблема состоит не в том, имеют ли возможность все работники участвовать в выборе представляющего их интересы профсоюза в случае, если ни одна из профсоюзных организаций не объединяет большинство работников, а скорее в том, что статья 31, как представляется, *дает работникам возможность избрать иных, не профсоюзных, представителей, даже при возможном наличии на предприятии профсоюза*. Комитет напоминает, что Рекомендация МОТ № 91 о коллективных переговорах (1951 г.) подчеркивает роль организаций трудящихся как стороны в коллективных переговорах; в ней говорится о представителях нечленов профсоюза только при отсутствии организации на предприятии. *В этих условиях прямые переговоры между предприятием и его наемными работниками в обход существующих представительных организаций могут наносить ущерб принципу, гласящему, что переговоры между работодателями и организациями трудящихся должны поощряться и развиваться* (см. Обзор, § 785)⁸⁷. Комитет обращается с настоятельной просьбой к Правительству изменить статью 31 ТК РФ таким образом, чтобы гарантировать, что только в отсутствие профсоюзной ор-

85 Конвенция МОТ № 135 о защите прав представителей работников на предприятии и предоставляемых им возможностях. Ратифицирована Российской Федерацией. См.: Федеральный закон от 1 июля 2010 г. № 137-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав представителей работников на предприятии и предоставляемых им возможностях (Конвенции № 135)».

86 Международное Бюро труда. Административный Совет. 289-я сессия, Женева, март 2004 г. 333-й доклад Комитета по свободе объединения. Дело № 2251. пар. 1001. Неофициальный перевод. Сайт Центра социально-трудовых прав: URL: <http://trudprava.ru/expert/research/unionsurv/882>.

87 Имеется в виду General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (№ 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (№ 98), 1949. См. выше.

ганизации в организации (на рабочем месте) работники могут избирать иных представителей для представления своих интересов»⁸⁸.

В развитие этого подхода при рассмотрении дела № 2251 Комитет указал, что «977. ... прямые переговоры между предприятием и его персоналом, при которых имеются попытки проигнорировать существующие представительные организации, могут в некоторых случаях противоречить принципу, в соответствии с которым следует поощрять и развивать коллективные переговоры между работодателями и организациями трудящихся (см. Сборник решений и принципов Комитета по свободе объединения, четвертое издание, 1996 г., § 785)⁸⁹...».

В 2006 г. Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ в ст. 31 ТК РФ были внесены изменения. Ныне действующая редакция звучит следующим образом: «В случаях, когда работники данного работодателя не объединены в какие-либо первичные профсоюзные организации или ни одна из имеющихся первичных профсоюзных организаций не объединяет более половины работников данного работодателя и не уполномочена в порядке, установленном настоящим Кодексом, представлять интересы всех работников в социальном партнерстве на локальном уровне, на общем собрании (конференции) работников для осуществления указанных полномочий тайным голосованием может быть избран из числа работников иной представитель (представительный орган)».

Таким образом, вместо выполнения описанных выше рекомендаций КСО новая норма ст. 31 ТК РФ позволяет работникам выбрать иного представителя и в том случае, если на предприятии имеется профсоюз большинства, который, однако, не является первичной профсоюзной организацией вышестоящего профсоюза.

Следовательно, сохраняется актуальность рекомендации КСО изменить ст. 31 ТК РФ таким образом, чтобы было ясно, право представлять трудящихся может быть предоставлено другим представительным органам лишь в случае, когда на предприятии нет профсоюза.

2.2.5. ЗАЩИТА ОТ АНТИПРОФСОЮЗНОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ

Проблема отсутствия в России эффективных механизмов защиты от дискриминации была поднята в жалобе КТР в КСО по делу № 2199. Комитет по свободе объединения в докладе № 33190 признал, что была допущена

88 Международное Бюро Труда, Административный Совет, 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. 332-й доклад Комитета по свободе объединения. Дело № 2216. Пар. 909. Неофициальный перевод. Сайт Центра социально-трудовых прав: URL: <http://trudprava.ru/expert/research/unionsurv/886>.

89 Имеется в виду Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee. 4th edition. 1996.

90 Материалы дела в базе данных Normlex: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50001:0:NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2897348. Неофициальные переводы на русский на сайте

дискриминация по профсоюзному признаку, обратился к Правительству РФ с просьбой «предпринять необходимые меры, в том числе путем принятия законодательных поправок, для обеспечения того, чтобы жалобы на антипрофсоюзную дискриминацию рассматривались в рамках четких и быстрых национальных процедур» (п. 706) и попросил информировать его по этому вопросу. Одновременно в связи с этим же делом в 2001 г. 32 калининградских докера обратились в ЕСПЧ с жалобой на решение суда, связанное с отказом в защите от дискриминации⁹¹. 30 июля 2009 г. Европейский Суд по правам человека опубликовал постановление по этому делу. Суд единогласно признал нарушение прав заявителей, посчитав, что имело место нарушение ст. 14 (запрещение дискриминации) в совокупности с положениями ст. 11 (свобода собраний и объединений) ЕКПЧ, учитывая неспособность властей обеспечить эффективную и четкую судебную защиту от дискриминации по признаку членства в профсоюзе. Суд напомнил сферу государственных обязательств по обеспечению защиты от дискриминации, связанных со свободой ассоциаций, предполагающей, что любой работник должен иметь право свободно вступать или не вступать в профсоюз без угрозы наказания. Несмотря на наличие в российском частном праве запрета дискриминации по признаку профсоюзного членства или отсутствия членства, судебные власти отказались рассматривать жалобы заявителей о дискриминации и постановили, что дискриминация может быть установлена только в сфере уголовного судопроизводства. Что касается уголовно-правовых средств защиты, Суд не убежден в том, что уголовное преследование могло обеспечить адекватную возможность возмещения ущерба в связи с якобы антипрофсоюзной дискриминацией. Суд признал, что государство не смогло обеспечить эффективную и четкую судебную защиту против дискриминации по признаку членства в профсоюзе, в нарушение ст. 11 и 14 Конвенции.

Проблема защиты от дискриминации по признаку членства в профсоюзе затронута и в заключении ЕКСП. Ссылаясь на проблемы, обозначенные в докладах Международной конфедерации профсоюзов (МКП) о нарушении профсоюзных прав 2009 г., доклад миссии МОТ в Россию в 2011 г. в связи с жалобой российских профсоюзов в КСО (№ 2858) и заключение КЭ по конвенции № 98, опубликованные в 2013 г., решение ЕСПЧ по делу Даниленков и других против России, ЕКСП попросил Российскую Федерацию представить информацию по вопросам защиты от дискриминации на практике, поставленным во всех этих документах⁹². С большой вероятностью при получении ответов по этим вопросам от Российской Федерации можно ожидать замечаний со стороны ЕКСП.

Таким образом, представляется необходимым рассмотреть вопрос о разработке комплексного законодательства, обеспечивающего защиту

Ассоциации «Юристы за трудовые права»: URL: <http://trudprava.ru/index.php?id=451>.

91 Дело Даниленков и другие против России (Danilenkov and Others v. Russia).

92 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation), P. 26-28.

от дискриминации в связи с членством в профсоюзе и осуществлением профсоюзной деятельности. Подробнее различные аспекты этого вопроса рассмотрены в гл. 4, посвященной защите от дискриминации.

2.2.6. КОЛЛЕКТИВНЫЕ ПЕРЕГОВОРЫ НА ОСНОВЕ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕСТНОСТИ

Комитет по свободе объединения в своем обзоре принципов, касающихся свободы объединения⁹³, очень важное место уделяет необходимости соблюдения сторонами коллективных переговоров принципа добросовестности. Очевидно, что добросовестность — это достаточно субъективная оценочная категория. Тем не менее во многих странах мира в законодательстве закрепляется не только общий принцип добросовестности, но и некоторые ориентировочные параметры его соблюдения⁹⁴. Так, например, в ст. 32 новозеландского закона «О трудовых отношениях» 2000 г., определяющей критерии добросовестного проведения коллективных переговоров, содержатся следующие обязанности сторон переговоров: «(а) прилагать максимальные усилия для заключения соглашения, настолько быстро после начала переговоров... насколько это возможно; (b) ...время от времени встречаться друг с другом для осуществления переговоров; (c) рассматривать и отвечать на предложения друг друга; (d) ...признавать роль и авторитет любого лица, избранного каждой из сторон быть их представителем или адвокатом; не должны подрывать и делать чего-либо, что может подорвать процесс переговоров или авторитет другой стороны; (e) должны обеспечивать по требованию друг друга информацией, которая необходима для поддержания... требований или ответов на требования...»⁹⁵.

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

В связи с этим рекомендуется урегулировать принцип добросовестности в качестве одного из принципов отношений социального партнерства, а также сформулировать минимальные критерии, касающиеся добросовестного поведения.

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

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

95 New Zealand Employment Relations Act 2000 // <URL: <http://rangi.knowledge-basket.co.nz/gpacts/public/text/2000/an/024.html>>. При этом положения закона дополняются специально издаваемыми Министерством труда «кодексами доброй воли при ведении коллективных переговоров». Последний такой кодекс был выпущен в 2005 г. См.: <URL: <http://www.ers.dol.govt.nz/goodfaith/code.html>>.

2.2.7. ПРАВО НА ЗАБАСТОВКУ (ОБЩАЯ СИТУАЦИЯ)

В международных правовых актах свободе объединения уделено мало внимания. Ни в одной конвенции МОТ право на забастовку напрямую не закреплено⁹⁶. Тем не менее, несмотря на отсутствие упоминания этого права в фундаментальных Конвенциях МОТ — № 87 и 98, КСО признает право на забастовку неотъемлемой частью свободы объединения, закрепленной в этих конвенциях; причем из решений КСО и КЭ следует, что МОТ придерживается достаточно либеральных взглядов в отношении права на забастовку. Ряд национальных исследователей поддерживают эту трактовку⁹⁷.

Комитет по свободе объединения с течением времени изменял свое отношение к праву на забастовку. Так, он признал забастовочные действия правовыми, а не социальными, а также:

- 1) четко определил забастовку в качестве права, которым работники, а также их организации могут воспользоваться;
- 2) сократил число категорий работников, которых можно лишиться этого права, а также правовых ограничений, допустимых в отношении права на забастовку;
- 3) увязал обеспечение этого права с целями обеспечения и защиты экономических и социальных интересов работников (в отличие от политических интересов);
- 4) заявил, что законное осуществление права на забастовку не должно повлечь за собой каких-либо санкций, которые бы означали дискриминацию профсоюзов⁹⁸.

В 2012 г. в связи с этим произошел конфликт между представителями работников и работодателей в рамках МКТ. Группа представителей работодателей настаивала на отсутствии закрепления права на забастовку в юридически обязательных актах МОТ и стремилась доказать, что контрольные органы МОТ не обладают компетенцией по самостоятельному закреплению этого права⁹⁹.

Право на забастовку закреплено в п. d ст. 8 Международного Пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (МПЭСКП) и в п. 4 ст. 6

96 О сложностях и дискуссиях, связанных с международным закреплением права на забастовку см.: Петрилайте Д. Право на забастовку: международно-правовые аспекты // Вестник трудового права и права социального обеспечения. 2009. Вып. 4. С. 139-142; Novitz T. International and European Protection of the Right to Strike, Oxford University Press, Oxford, 2003. P. 3, 41-47; Verdier J.-M. Débat sur le droit de grève à la Conférence internationale du travail // Droit Social. 1994. № 12. P. 968-971. История этого вопроса хорошо раскрыта у Р. Бен-Израэл: Ben-Israel R. International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike. Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988. P. 35-46; Ben-Israel R. Introduction to Strikes and Lock-outs: a Comparative Perspective // Strikes and Lock-Outs in Industrialized Market Economies. Bulletin of Comparative Labour Relations. 1994. Vol. 29. P. 1-29.

97 Verdier J. M., Cœuret A., Souriac M.-A. Droit du travail. Paris, 1999. P. 557; Петрилайте Д. Указ. соч. С. 140-141.

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

99 См. об этом подробнее: Томашевский К. Л. Влияние глобализации на международные и национальные источники трудового права // Российский ежегодник трудового права. 2012. № 8. СПб., 2013. С. 493-496.

ЕСХ¹⁰⁰. В отношении соблюдения МПЭСМП в адрес России делались замечания со стороны Комитета по экономическим, социальным и культурным правам ООН (КЭСМП) о том, что кворум, предусмотренный в отношении права на забастовку, излишне велик¹⁰¹. Аналогичные замечания делались и со стороны контрольных органов МОТ.

В результате рассмотрения жалоб в отношении государств — участников МОТ, КСО выработал¹⁰² детальный перечень критериев, которым должны отвечать национальное законодательство и практика, чтобы соответствовать МТС в области свободы объединения.

Далее рассматриваются основные несоответствия внутреннего российского законодательства пониманию свободы объединения с точки зрения КСО, а также ЕКСП, который уполномочен рассматривать коллективные жалобы и отчеты в отношении соблюдения ЕСХ, в частности п. 4 ст. 6 этого акта, предусматривающего право на забастовку¹⁰³.

Выше упоминалось, что в рекомендациях КСО по делам № 2216 и 2251 значительное число рекомендаций было посвящено праву на забастовку. Часть из этих рекомендаций была реализована при принятии федеральных законов от 30 июля 2006 г. № 90-ФЗ и от 22 ноября 2011 г. № 334-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части совершенствования порядка рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров»¹⁰⁴, однако часть рекомендаций остается невыполненной, о чем будет сказано ниже.

При принятии Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ была частично реализована рекомендация о понижении кворума при голосовании об объявлении забастовки. Установленный ч. 3 ст. 410 ТК РФ кворум при проведении собрания (конференции) по вопросу объявления забастовки был снижен с не менее 2/3 работников (делегатов конференции) до половины от общего числа работников организации. В то же время кворум для конференций работников остался неизменным — не менее 2/3 делегатов конференции.

В 2008 г. группа юристов и социологов, специализирующихся в области трудовых отношений¹⁰⁵, провела переговоры с Федеральной службой по тру-

100 Из других международных договоров, закрепляющих забастовку, можно выделить Дополнительный протокол к Американской конвенции о правах человека, касающийся экономических, социальных и культурных прав (Сан-Сальвадорский протокол), заключенный в рамках Организации американских государств: Art. 8.1(b) Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights «Protocol Of San Salvador» // Organization of American States, Department of International Law (DIL) Site: URL: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>.

101 United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Report on the thirtieth and thirty-first sessions (5–23 May 2003, 10–28 November 2003). Economic and Social Council Official Records, 2004. Supplement № 2. UN Doc. № E/2004/22, E/C.12/2003/14. New York and Geneva: United Nations, 2004. Para. 463. P. 67, Para. 491. P. 69.

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

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

104 Российская газета. 2011. 26 нояб.

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

ду и занятости (Роструд) с целью выработки предложений по возможной либерализации российского законодательства о коллективных переговорах и коллективных трудовых спорах. Переговоры между экспертами и Рострудом проходили с марта по май 2008 г. и привели к выработке рекомендаций Роструду о подготовке проекта закона об изменении ТК РФ в вопросе представительства работников, порядка проведения коллективных переговоров, разрешения коллективных трудовых споров и организации забастовок¹⁰⁶. Почти все сделанные предложения были связаны с приведением российского законодательства по этому вопросу в соответствие с МТС. Однако все эти предложения были положены в Роструде «под сукно».

Наиболее значимые положения Федерального закона от 22 ноября 2011 г. № 334-ФЗ можно объединить в несколько групп. Во-первых, сокращены сроки разрешения коллективного трудового спора, а также для большинства процедур введена градация сроков по продолжительности в зависимости от уровня, на котором возникает коллективный трудовой спор, — локального или иного уровня социального партнерства. Соответственно во всех случаях в отношении коллективного трудового спора на локальном уровне устанавливаются более короткие сроки, чем на иных уровнях. При этом сохраняется существовавшая ранее возможность в случае необходимости продлить сроки проведения примирительных процедур. Во-вторых, предусмотрена возможность создания по решению трехсторонних комиссий по регулированию социально-трудовых отношений, при этих комиссиях, наравне с временными, постоянно действующих трудовых арбитражей (ч. 1 ст. 404 ТК РФ). В-третьих, сделаны некоторые шаги, направленные на упрощение процедур: исключена обязанность указывать предполагаемую продолжительность забастовки при уведомлении работодателя (ч. 9 ст. 410 ТК РФ); решение о выдвижении требований по коллективному трудовому спору может быть принято путем сбора подписей более половины работников при невозможности проведения собрания (конференции) (ч. 3 ст. 399 ТК РФ).

Однако и после внесения изменений в 2006 и 2011 г. ряд вопросов остаются открытыми.

2.2.8. Цели забастовочных действий

Комитет по свободе объединения также отмечает¹⁰⁷, что профессиональные и экономические интересы, которые работники защищают посредством права на забастовку, касаются не только улучшения условий труда или удовлетворения требований профессионального характера, но также и поисков решения вопросов и проблем, возникающих на предприятии и непосредственно затрагивающих интересы работников. Это означает, например, что вопрос сокра-

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

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

щения численности или штата работников должен, с точки зрения МОТ, быть не просто предметом уведомления представительного органа работников, как это предусмотрено ст. 82 ТК РФ, но предусматривать возможность ведения переговоров между представителями работников и работодателем. В случае если эти переговоры не приведут к желаемому для работников результату, последние должны обладать правом оказывать давление на работодателя с помощью забастовок и иных промышленных акций. В ТК РФ забастовка может осуществляться исключительно для разрешения коллективного трудового спора, который, в свою очередь, может возникать по поводу «установления и изменения условий труда (включая заработную плату), заключения, изменения и выполнения коллективных договоров, соглашений, а также в связи с отказом работодателя учесть мнение выборного представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов»¹⁰⁸. Таким образом, работники лишаются возможной забастовки в знак протеста против любых планируемых действий работодателя, даже если они непосредственно затрагивают их социально-экономические интересы, что противоречит толкованию Конвенций № 87 и 98. В одном из дел КСО прямо указывает, что право на забастовку не должно ограничиваться предметом трудовых споров, которые могут быть урегулированы путем подписания коллективного договора¹⁰⁹. Схожий подход можно встретить и в решениях ЕКСП¹¹⁰ применительно к толкованию п. 4 ст. 6 ЕСХ. Вопрос относительно целей забастовочных действий задан России со стороны ЕКСП в 2014 г.¹¹¹

2.2.9. ЗАБАСТОВКИ СОЛИДАРНОСТИ И ПОЛИТИЧЕСКИЕ ЗАБАСТОВКИ

Как считают специалисты МОТ, требования, выдвигаемые в ходе забастовочных акций, можно разделить на три группы: «...профессиональные (стремление гарантировать или улучшить условия труда и жизни работников), профсоюзные (стремление гарантировать или расширить права профсоюзных организаций, их лидеров) и политические»¹¹². Комитет по свободе объединения исходит из того, что общий законодательный запрет на осуществление забастовок солидарности «...может привести к злоупотреблениям, и что работники должны иметь возможность прибегать к такого рода действиям при условии, что поддерживаемые ими первоначальные забастовки — законны»¹¹³. Кроме того, согласно мнению КСО, «организации, отвечающие за защиту социально-экономических и профессиональных

108 Статья 398 ТК РФ.

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

110 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights. IV, Germany. P. 50.

111 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 40.

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

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

интересов работников должны иметь возможность объявлять забастовку в поддержку своей позиции, в целях поиска решений проблем, связанных с общими тенденциями социальной и экономической политики, которые имеют прямое воздействие на членов этих организаций и работников в целом, в особенности, в отношении вопросов занятости, социальной защиты и жизненных стандартов»¹¹⁴. Легальные определения забастовки и коллективного трудового спора согласно ТК РФ (в части, касающейся цели забастовки) не соответствуют этим требованиям, и в этом отношении КСО делал замечания в адрес Правительства РФ¹¹⁵.

2.2.10. ЗАБАСТОВКИ С ЦЕЛЬЮ ПРИЗНАНИЯ ПРОФСОЮЗОВ

Еще один вопрос, связанный с вопросом о целях, с которыми могут осуществляться забастовки, касается забастовок с требованием признания профсоюза в качестве стороны коллективных переговоров. В отличие от многих стран, где существуют добровольные либо принудительные процедуры признания профсоюзов для целей коллективных переговоров, российское законодательство не знакомо с таким механизмом¹¹⁶. Формально, каждый профсоюз может участвовать в коллективных переговорах, участвуя в деятельности единого представительного органа, создаваемого в соответствии со ст. 37 ТК РФ. Однако если профсоюз большинства не поддерживает требований профсоюза меньшинства, последний лишен возможности их выдвинуть в отношении работодателя. В связи с этой проблемой КСО также рекомендовал модифицировать российское законодательство¹¹⁷, но эта рекомендация не была реализована.

2.2.11. ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ТРЕБОВАНИЙ ПРОФСОЮЗАМИ

Комитет по свободе объединения исходит из того, что профсоюзы должны иметь право свободно определять порядок предъявления требований к работодателю, а законодательство не должно препятствовать деятельности профсоюза, обязывая его созывать общее собрание каждый раз, когда

114 Ibid. Para. 527. P. 110.

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

116 См. подробнее: *Bamber G. J., Sheldon P., Gan B.* Collective Bargaining: International Developments and Challenges // R. Blanpain (ed.) *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*. Xed. Kluwer Law International, 2010. P. 609-658. Наиболее резонансное дело по поводу признания работодателем профсоюза в качестве стороны коллективных переговоров рассматривалось ЕСПЧ в 1975 г. по жалобе Национального профсоюза работников полиции Бельгии в отношении Бельгии. См.: *ECHR. National Union of Belgian Police v. Belgium*, 27 October 1975, Series A, № 19.

117 Международное бюро труда, Административный Совет. 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. (Документ МОТ — GB.288/7) 332-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2199. Пар. 984-985.

выдвигаются требования к работодателю¹¹⁸. В связи с этим КСО попросил Правительство РФ дать разъяснения по поводу применения ст. 399 ТК РФ, касающейся выдвижения работниками требований по коллективному трудовому спору. Российское законодательство обязывает предъявлять требования на уровне организации на общем собрании или конференции работников либо, в случае невозможности их провести, путем сбора подписей, вне зависимости от факта наличия профсоюзного представителя. Комитет по свободе объединения не получил ответа на свой запрос.

2.2.12. СУБЪЕКТЫ ПРАВА НА ЗАБАСТОВКУ И СИТУАЦИИ, В КОТОРЫХ ДОПУСТИМО ОГРАНИЧЕНИЕ ПРАВА НА ЗАБАСТОВКУ

Согласно позиции КСО, право на забастовку может быть ограничено только в следующих случаях: 1) на государственной службе лишь для тех чиновников, которые исполняют свои функции от имени государства; 2) в жизненно важных службах в точном смысле этого понятия, т. е. службах, прерывание деятельности которых может поставить под угрозу жизнь, безопасность или здоровье части или всего населения; 3) в обстановке острого национально-го кризиса¹¹⁹. Статья 9 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹²⁰ предусматривает разделение должностей гражданской службы на четыре категории. Далеко не всех из них можно отнести к «чиновникам, исполняющим свои функции от имени государства». Тем не менее в законе указывается на запрет «прекращать исполнение должностных обязанностей в целях урегулирования служебного спора» (п. 15 ст. 17 указанного Федерального закона) вне зависимости от конкретной категории государственной гражданской службы, что явно противоречит толкованию свободы объединения в понимании МОТ. В этом отношении КТР обращалась с жалобой в КСО, в результате которой КСО просил Правительство РФ изменить соответствующие положения российского законодательства, но реакции на эту просьбу не последовало¹²¹. Подход КСО к праву на забастовку государственных служащих разделяет и ЕКСП¹²².

118 Международное бюро труда, Административный Совет. 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. (Документ МОТ — GB.288/7) 332-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2199. Пар. 984-985. Пар. 911.

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

120 Собрание законодательства РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

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

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

Аналогичная ситуация была и в отношении работников железнодорожного транспорта. В соответствии с п. 2 ст. 26 Федерального закона от 10 января 2003 г. № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации»¹²³, забастовки работников «...железнодорожного транспорта общего пользования, деятельность которых связана с движением поездов, маневровой работой, а также с обслуживанием пассажиров, грузоотправителей (отправителей) и грузополучателей (получателей) на железнодорожном транспорте общего пользования и перечень профессий которых определяется федеральным законом» незаконны. Представить себе каких бы то ни было работников железнодорожного транспорта, которые бы не были прямо или косвенно связаны с движением и обслуживанием пассажирских и грузовых поездов, очень сложно. В связи с этим КСО указал, что железнодорожный транспорт не относится к жизненно важным службам в строгом значении этого термина, что запрет проведения забастовок на железнодорожном транспорте противоречит Конвенции МОТ № 87; попросил Правительство РФ внести изменения в ст. 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте» таким образом, чтобы обеспечить право железнодорожников на забастовку, и чтобы указанный Закон соответствовал нормам ТК РФ об оказании минимальных услуг¹²⁴.

Позже с просьбой к Правительству РФ в отношении соответствующей модификации федеральных законов «О государственной гражданской службе Российской Федерации», от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации»¹²⁵, «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации», от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ «О почтовой связи»¹²⁶ обращался и КЭ¹²⁷. Но и в этом случае положительной реакции со стороны Правительства РФ не было.

Европейский комитет по социальным правам в 2014 г. высказался адресно в отношении необходимости изменения перечисленных федеральных законов, ограничивающих право работников на забастовку¹²⁸. В настоящее время на рассмотрении ЕСПЧ находится жалоба А. Огневенко в отношении России, которая была коммуницирована в январе 2012 г.¹²⁹ Европейский Суд

123 Собрание законодательства РФ. 2003. № 2. Ст. 169.

124 Международное бюро труда. Административный Совет. 289-я сессия, Женева, 2004 г. (Документ МОТ — GB.289/9) 333-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2251. Пар. 992 NORMLEX. Information System on International Labour Standards. Report in which the committee requests to be kept informed of development. Report № 333, March 2004. Case № 2251 (Russian Federation). URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907631; Международное бюро труда. Административный Совет. 337-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2244. Пар. 1273 (g). NORMLEX. Information System on International Labour Standards. Report in which the committee requests to be kept informed of development. Report № 337, June 2005. Case № 2244 (Russian Federation). URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2907566.

125 Собрание законодательства РФ. 2007. № 10. Ст. 1152.

126 Собрание законодательства РФ. 1999. № 29. Ст. 3697.

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

128 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 42.

129 ECHR. Ognevenko v. Russia, № 44873/09. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=open&documentId=900074&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142B F01C1166DEA398649>.

по правам человека поставил перед Правительством РФ вопрос о том, соответствует ли нормам ст. 11 ЕКПЧ запрет определенным категориям работников железнодорожного транспорта на участие в забастовках.

Европейский комитет по социальным правам в 2014 г. более широко высказался и в контексте обоснованности ограничения права на забастовку, указав, что запрет на забастовку в секторах, которые рассматриваются как жизненно важные для общества, оценивается как преследующие законные цели, если остановка работы может создать угрозу общественным интересам, национальной безопасности и/или здоровью населения. Тем не менее запрет забастовок даже в жизненно важных секторах, особенно когда они определяются широко, не представляется соразмерным специфическим требованиям каждого сектора. В большинстве случаев установление минимума необходимых работ (услуг) может рассматриваться как соответствующее ст. 6 § 4 ЕСХ (Conclusion XVII-1 (2004), Czech Republic)¹³⁰.

В связи с этим ЕКСП запросил информацию у Правительства РФ, насколько во всех отраслях, где установлено ограничение права на забастовку, прекращение работы приводит и в каких пределах к подрыву уважения к правам и свободам других лиц или создает угрозу общественным интересам, национальной безопасности или морали. Комитет также попросил уточнить, во всех ли случаях такие ограничения являются пропорциональными для достижения целей обеспечения в демократическом обществе уважения прав и свобод других лиц или общественных интересов, национальной безопасности, здоровья населения или морали¹³¹.

2.2.13. НАЙМ ЗАМЕЩАЮЩИХ РАБОТНИКОВ И ЛОКАУТЫ

В этом же деле А. Огневенко в отношении России КСО отметил, что найм работников с целью срыва забастовки в отрасли, которая не может рассматриваться как сектор, обеспечивающий жизненно важные услуги в строгом смысле данного понятия, где забастовка может быть запрещена, является серьезным нарушением права на объединение¹³². Следует отметить, что в других делах¹³³ КСО исходит из того, что найм замещающих работников нарушает принцип свободы объединения только в тех случаях, когда речь идет о бессрочной замене бастующих. По российскому законодательству с замещающими работниками можно заключить как трудовые договоры на неопределенный срок, так и срочные — для замены временно отсутствующего работника. Впрочем, найм штрейкбрехеров на бессрочной основе лишен экономического смысла для работодателя, поскольку бастующих работников запрещено увольнять в связи с проведением забастовки согласно

130 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 43.

131 Там же. P. 43.

132 Там же. Пар. 905.

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

ст. 415 ТК РФ. Последнее правило называется в ТК РФ запретом локаутов, что совершенно некорректно и не совпадает с пониманием локаута практически во всех зарубежных странах, а также в международных актах. Под локаутом обычно понимается приостановление работодателем трудовых договоров с работниками с целью разрешения трудового спора. Чаще всего он направлен на то, чтобы не дать возможности бастующим работникам занять свои рабочие места с целью недопущения на них замещающих работников. От этого и произошло это слово в английском языке¹³⁴. На это уже неоднократно указывали российские специалисты¹³⁵.

Иллюстрацией несоответствия российского определения локаута может быть тот факт, что ЕКСП, толкуя положения п. 4 ст. 6 ЕСХ, исходит из того, что общий запрет на локауты в национальном законодательстве недопустим¹³⁶, но одновременно с этим участие в забастовке не может рассматриваться в качестве законного основания для прекращения трудового договора по инициативе работодателя¹³⁷.

2.2.14. МИНИМУМ НЕОБХОДИМЫХ РАБОТ (УСЛУГ)

В соответствии с ч. 6 и 7 ст. 412 ТК РФ в случае разногласий между сторонами коллективного трудового спора по поводу минимума необходимых работ (услуг), выполняемых в ходе забастовки, этот минимум устанавливается решением органа исполнительной власти субъекта РФ, которое может быть обжаловано в суде. Комитет по свободе объединения исходит из того, что любое разногласие по поводу минимума необходимых услуг должно разрешаться через независимый орган, пользующийся доверием всех сторон спора, а не административным органом. В связи с этим КСО обратился с просьбой¹³⁸ к Правительству РФ внести соответствующие поправки в законодательство, однако этого сделано не было. Эта же просьба к Правительству содержалась и в замечаниях КЭ¹³⁹, но и они не привели к какому-либо результату.

134 Lock-out по-английски буквально означает «запирать вовне».

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

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

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

138 МБТ. Административный Совет. 288-я сессия, Женева, ноябрь 2003 г. 332-й доклад Комитета по свободе объединения по делу 2199. Пар. 991, 995. Документ MOT — GB.288/7. URL: <http://trudprava.ru/index.php?id=87>.

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

Европейский комитет по социальным правам в 2014 г. также попросила Российскую Федерацию прокомментировать указанное положение ст. 412 ТК РФ, подчеркнув, что даже если окончательное решение основывается на объективных критериях, предусмотренных законом (таких как характер деятельности; пределы создания угрозы жизни и здоровью людей с учетом таких обстоятельств как время года, туристический сезон, академический год), работники и их представители должны быть на равной основе с работодателями вовлечены в определение минимально необходимых работ (услуг)¹⁴⁰.

Аналогичные замечания КСО и КЭ делались и в отношении разрешения разногласий в ситуациях, когда забастовки запрещены согласно ст. 413 ТК РФ, но и они были проигнорированы¹⁴¹.

2.2.15. ПРАВО НА ПИКЕТИРОВАНИЕ

С осуществлением «чисто» трудовых прав неразрывно связаны и гражданские, и политические права¹⁴². Так, для осуществления профсоюзных прав необходима возможность реализации права на проведение митингов, шествий и других массовых мероприятий. Во внутреннем законодательстве России не только существует крайне ограничительный подход к этим правам¹⁴³, но и закрепленные в законе права нарушаются государственными властями. Так, Комитет по правам человека (КПЧ) при Генеральной ассамблее ООН в рамках жалобы на нарушение Россией Международного Пакта о гражданских и политических правах 1966 г. (МПГП) отметил факт нарушения Россией права на осуществление мирного пикетирования¹⁴⁴.

Как видно из приведенных примеров, российское законодательство соответствует далеко не всем МТС в области свободы объединения. В результате подавляющее большинство конфликтных ситуаций, возникающих между

140 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 42.

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

142 Об этом, в частности, говорится в Резолюции МКТ «О профсоюзных правах и их связи с гражданскими свободами» 1970 г.: ILO. International Labour Conference. 54th Session. Geneva, 1970. Resolution Concerning Trade Union Rights and Their Relation to Civil Liberties. Adopted on 25 June 1970 // ILO. International Training Centre (ITC) Site: URL: http://training.itcilo.org/ils/cd_foa/English/ilo_standards/Law_association/Law_association_19.pdf.

143 Достаточно сравнить, например, положения Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (Собрание законодательства РФ. 2004. № 25. Ст. 2485), определяющего пикетирование лишь как «форму публичного выражения мнений, осуществляемого без передвижения и использования звукоусиливающих технических средств путем размещения у пикетируемого объекта одного или более граждан, использующих плакаты, транспаранты и иные средства наглядной агитации», и все равно налагающего серьезные ограничения на эти безобидные действия, с соответствующими нормами законодательства Западной Европы, где пикетирование может, например, подразумевать блокирование входа к работодателю, как это делалось в конфликте по делу «Лаваль» в Швеции. См.: Лютов Н. Л. Конфликт между фундаментальными правами работников и предпринимателей в практике Европейского суда справедливости // Трудовое право. 2008. № 12. С. 70-79.

144 United Nations General Assembly Sixty-seventh session. Report of the Human Rights Committee. United Nations Doc. № A/67/40 (Vol. II). New York: United Nations, 2012. P. 282-292.

работниками (профсоюзами) и работодателями, разрешается вне правовой сферы. В связи с этим неудивительно, что официальная статистика проведения законных забастовок в России насчитывает лишь единичные их случаи¹⁴⁵, в то время как социологи фиксируют десятки нелегальных акций протеста ежемесячно¹⁴⁶.

Необходимо отметить, что попытки внесения изменений в ТК РФ в части модификации регулирования перечисленных вопросов предпринимались, однако не завершились результатом. Так, 16 февраля 2011 г. депутатами Государственной Думы А. В. Беляковым, Н. В. Левичевым, О. Д. Михеевым, О. В. Шеиным в Государственную Думу был внесен законопроект № 502335-5 о внесении изменений в ТК РФ «Об изменении порядка рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров, включая организацию забастовок»¹⁴⁷. Законопроектом предлагалось расширить сферу применения права на забастовку в соответствии с трактовкой органов МОТ: признать возможность проведения забастовок «для признания прав профессиональных союзов, поддержки законных требований других бастующих и критики социально-экономической политики органов государственной власти и органов местного самоуправления». Предлагалось установить, что объявление таких забастовок происходит на условиях и в порядке, установленных ТК РФ, за исключением прохождения примирительных процедур. Также предлагалось снизить с 2/3 до половины делегатов кворум, необходимый для признания состоявшейся конференции по выдвижению требований по коллективному трудовому спору и по объявлению забастовки, и исключить требование указывать предполагаемую продолжительность забастовки.

Правительство РФ на законопроект представило отрицательное заключение. Его аргументация исключительно интересна с точки зрения сопоставления с рекомендациями органов МОТ, рассматриваемых в данной статье. В заключении, в частности, отмечается: «Забастовка является крайней и нежелательной для всех сторон трудовых отношений формой разрешения уже возникшего коллективного спора, в связи с чем предоставление профсоюзам права проведения забастовок в целях признания их прав при отсутствии какого-либо спора между сторонами трудовых отношений представляется излишним»¹⁴⁸. ... Что касается проведения забастовок в целях поддержки законных требований других бастующих, то... отказ от работы работников одного рабо-

145 Российский статистический ежегодник, 2009. Раздел 5: труд, методологические указания. М., 2009. URL: http://www.gks.ru/bgd/regl/b09_13/IssWWW.exe/Stg/html1/05-26.htm. В 2012 г. в России было всего шесть официальных забастовок, в которых участвовало 503 человека. (См. данные Росстата «Занятость и безработица» за 2012 г. URL: http://www.gks.ru/bgd/regl/b12_01/IssWWW.exe/Stg/d12/3-2.htm). И этот результат — «резкий» рост по сравнению с 2011 и 2010 г., в которые прошло одна и ноль забастовок соответственно.

146 Бизюков П. Трудовые протесты в России в 2008-2013 г. Аналитический отчет. М., 2014. URL: <http://trudprava.ru/news/prottestnews/1048>. См. об этом подробнее: Лютов Н. Л. Вопросы взаимодействия внутреннего трудового законодательства Российской Федерации и международных трудовых норм // Российский ежегодник трудового права. 2011. № 7. СПб., 2012. С. 660-662.

147 Информация о законопроекте и его продвижении приводится по данным Автоматизированной системы обеспечения законодательной деятельности Государственной Думы. Официальный сайт Государственной Думы: URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/>.

148 Здесь и далее выделения авторов.

тодателя в целях поддержки работников, бастующих у другого работодателя, по существу, *не является забастовкой в том смысле, который придает этому понятию трудовое законодательство...* По этому же основанию также не поддерживается предложение о возможности проведения забастовки в целях критики социально-экономической политики органов государственной власти и органов местного самоуправления. ...Исключение обязанности по указанию предполагаемой продолжительности забастовки в решении о ее проведении, как представляется, может повлечь ущерб правам и законным интересам работодателя, поскольку отсутствие предполагаемого срока окончания забастовки *не позволит ему планировать свои действия, в том числе направленные на замещение бастующих работников иными лицами*».

Высказанные аргументы находятся в прямом противоречии с рекомендациями органов МОТ, обязательство реализовывать которые приняло на себя Правительство РФ. Тем не менее, по-видимому, это заключение сыграло свою роль, 6 июля 2011 г. постановлением № 5696-5 ГД было принято решение отклонить законопроект.

2.2.16. ПРАВО РАБОТНИКОВ НА ИНФОРМАЦИЮ И КОНСУЛЬТАЦИИ

В соответствии со ст. 21 ЕСХ, ратифицированной Российской Федерацией, в целях обеспечения эффективного осуществления права работников на получение информации и консультаций на предприятии стороны обязуются принимать или поощрять меры, дающие работникам и их представителям в соответствии с национальным законодательством и практикой возможность: а) регулярно или в надлежащее время и в доступной форме получать информацию об экономическом и финансовом положении предприятия, на котором они работают, при том понимании, что им может быть отказано в предоставлении определенной информации, раскрытие которой может нанести ущерб предприятию, либо она может быть предоставлена на условиях конфиденциальности; б) получать своевременные консультации по предлагаемым решениям, которые могут существенно затронуть интересы работников, особенно тех решений, которые могут оказать серьезное влияние на ситуацию с занятостью на предприятии.

Регулирование порядка реализации права на информацию и консультации в России довольно лаконично. Часть 2 ст. 53 ТК РФ предусматривает, что представители работников имеют право получать от работодателя информацию по вопросам: реорганизации или ликвидации организации; введения технологических изменений, влекущих за собой изменение условий труда работников; подготовки и дополнительного профессионального образования работников; по другим вопросам, предусмотренным ТК РФ, иными федеральными законами, учредительными документами организации, коллективным договором, соглашениями. Согласно ч. 3 ст. 53 ТК РФ представители работников имеют право также вносить по этим вопросам в органы управления организацией соответствующие предложения и участвовать в заседаниях указанных органов при их рассмотрении.

Таким образом, очевидно, что сформулированный в ст. 53 перечень вопросов, по которым должна предоставляться информация, существенно уже указанного в ст. 21 ЕСХ, а вместо права на проведение консультаций по этим вопросам предусмотрено лишь право вносить предложения и участвовать в заседаниях, причем механизм реализации этого права никак не урегулирован.

Европейский комитет по социальным правам, оценивая доклад России в 2014 г., подчеркнул, что работники и/или их представители должны быть проинформированы обо всех вопросах, имеющих отношение к условиям их работы («relevant to their working environment») (Conclusions 2010, Belgium), кроме тех случаев, когда ведение бизнеса требует, чтобы определенная конфиденциальная информация не раскрывалась. Далее, с ними должны проводиться своевременные консультации по вопросам, которые могут влиять на интересы работников, в особенности на их статус занятости. В особенности ЕКСП подчеркивает, что производственные советы должны быть обеспечены информацией экономического и финансового характера, относящейся ко всем вопросам функционирования предприятия, в частности, развития продаж, заказов потребителей, цен и занятости. Производственные советы также имеют право получать информацию и осуществлять консультации по вопросам политики занятости предприятия, могут задавать вопросы и выражать мнение по вопросам и предложениям, намеченным работодателем, до начала их реализации. Работодатель обязан предоставлять информацию о структуре занятости предприятия и о предполагаемых изменениях структуры, в частности, о планируемых увольнениях по экономическим причинам и т. д. Консультации в дальнейшем должны происходить по вопросам, которые могут привести к изменениям в организации труда или условий труда на предприятии, по вопросам обучения работников, массовым увольнениям и др.¹⁴⁹ Европейский комитет по социальным правам запросил у Правительства РФ дополнительную информацию о реализации права на информацию и консультацию по ряду аспектов.

Учитывая толкование этого права ЕКСП, следует ожидать критики со стороны ЕКСП о несоответствии российского законодательства в области права на информацию и консультациях ст. 21 ЕСХ.

Полагаем, что необходимо существенно изменить закрепленные в настоящее время в российском законодательстве подходы относительно предоставления работникам информации, предусмотрев право работников на получение информации об экономическом и финансовом положении предприятия, на котором они работают, а также заменить неопределенное право вносить по этим вопросам в органы управления организацией предложения и участвовать в заседаниях указанных органов при их рассмотрении на право на проведение консультаций. Порядок осуществления консультаций должен быть определен более широко и обеспечиваться механизмом реализации.

¹⁴⁹ Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 46.

2.2.17. ПРАВО ТРУДЯЩИХСЯ НА ИНФОРМАЦИЮ И КОНСУЛЬТАЦИИ С НИМИ ПРИ КОЛЛЕКТИВНЫХ УВОЛЬНЕНИЯХ ПО СОКРАЩЕНИЮ ШТАТА

Согласно ст. 29 ЕСХ, ратифицированной Российской Федерацией, в целях обеспечения эффективного осуществления права трудящихся на то, чтобы их информировали и с ними консультировались в случаях коллективных увольнений стороны обязуются обеспечить, чтобы работодатели заблаговременно информировали представителей трудящихся о предстоящих коллективных увольнениях такого рода и консультировались с ними относительно путей и средств, позволяющих ограничить масштабы и смягчить последствия таких увольнений, например, путем использования параллельно с увольнениями социальных мер, направленных, в частности, на содействие новому трудоустройству или переподготовке увольняемых трудящихся.

В России критерии массового увольнения определяются согласно ч. 1 ст. 82 ТК РФ в отраслевых и (или) территориальных соглашениях. В 2014 г. ЕКСП запросил у России информацию о том, все ли работники покрываются действием таких соглашений, устанавливающих критерии массового высвобождения¹⁵⁰, в связи с чем можно ожидать замечаний в следующем цикле отчетности, поскольку отраслевые соглашения покрывают не всех работающих в Российской Федерации.

Часть 1 ст. 82 ТК РФ обязывает работодателя при принятии решения о сокращении численности или штата работников и возможном расторжении трудовых договоров с работниками в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ сообщить об этом выборному органу первичной профсоюзной организации в письменной форме в случае, если решение о сокращении численности или штата работников может привести к массовому увольнению работников, не позднее чем за три месяца до начала проведения соответствующих мероприятий. В соответствии с постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1993 г. № 99 «Об организации работы по содействию занятости в условиях массового высвобождения»¹⁵¹, органы исполнительной власти и работодатели по предложению профсоюзов, иных уполномоченных работниками представительных органов *проводят взаимные консультации* по проблемам занятости высвобождаемых работников (п. 3 Постановления). Ни ТК РФ, ни указанное постановление Правительства РФ не предусматривают норм о предоставлении иной информации для осуществления консультаций до их начала или в процессе консультаций.

Между тем ЕКСП в отношении этого вопроса подчеркивает, что до начала консультаций должны предоставляться все относящиеся к предстоящим увольнениям документы, включая причины сокращений, планируемые социальные меры, критерии для определения работников, подлежащих сокращению, порядок сокращения. Вся эта информация должна предоставляться как

до начала проведения консультаций, так и в процессе консультаций, как по запросу работников, так и без такого специального запроса¹⁵².

Кроме того, ЕКСП отмечает, что право на проведение консультаций должно обеспечиваться гарантиями его реализации и в тех случаях, когда работодатели не выполняют своих обязательств по проведению консультаций, должна существовать возможность использования административных или судебных процедур до осуществления увольнения, чтобы увольнение не могло состояться без проведения консультаций¹⁵³. Европейский комитет по социальным правам запросил Правительство РФ о существовании подобных процедур и мер, которые сделали бы невозможным осуществление увольнения без проведения консультаций, и в следующем отчетном цикле можно ожидать замечаний со стороны ЕКСП в отношении России по данному вопросу.

В связи с этим представляется необходимым предусмотреть механизмы установления критериев массового высвобождения, которые могли бы применяться к работникам, на которых не распространяется действие отраслевых тарифных соглашений, а также установить обязанность предоставлять информацию по вопросам, связанным с массовым увольнением работников до начала консультаций с работниками и в ходе таких консультаций, а также гарантии, обеспечивающие обязательность проведения консультаций и невозможность массового увольнения работников без проведения консультаций.

2.3. СООТВЕТСТВИЕ РЕКОМЕНДАТЕЛЬНЫМ АКТАМ

2.3.1. ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ РАБОДАТЕЛЕМ СВЕДЕНИЙ, СОСТАВЛЯЮЩИХ КОММЕРЧЕСКУЮ ТАЙНУ

В п. 2а) Рекомендации МОТ № 163 о содействии коллективным переговорам (1981 г.) содержатся следующие положения: «...предприниматели частного и государственного секторов должны по просьбе организаций трудящихся представлять информацию о социально-экономическом положении производственного подразделения, в рамках которого ведутся переговоры, и предприятия в целом, необходимую для компетентного ведения переговоров; если разглашение части этой информации может нанести ущерб предприятию, ее предоставление может быть обусловлено обязательством считать ее в необходимой мере конфиденциальной; предоставление информации могло бы определяться соглашением, заключенным между сторонами, ведущими коллективные переговоры». В ТК РФ (ч. 7 и 8 ст. 37) содержатся схожие по смыслу, но недостаточно ясные

150 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 56.

151 Российская газета. 1993. № 33. 18 февр.

152 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 56.

153 Там же.

требования. Согласно нормам ТК РФ, «стороны должны предоставлять друг другу не позднее двух недель со дня получения соответствующего запроса имеющуюся у них информацию, необходимую для ведения коллективных переговоров». Прямого разъяснения, как обязан поступить представитель работодателя, если он получает от представителя работников требование разгласить информацию, составляющую коммерческую тайну, в ТК РФ не содержится. Далее в этой же статье ТК РФ говорится о том, что если представители стороны коллективных переговоров получили от другой стороны сведения, составляющие коммерческую тайну, они обязаны воздерживаться от ее разглашения. Но эта обязанность еще не подразумевает обязанности работодателя данные сведения предоставить. Представитель работодателя может отказать в предоставлении таких сведений, ссылаясь на то, что другие нормы ТК РФ допускают не только запрет разглашения коммерческой тайны, но и специальное основание для увольнения работника, допустившего такое разглашение (подп. «в» п. 6 ч. 1 ст. 81). При этом вполне корректно апеллировать к тому, что положение о том, что представители другой стороны (работников), получившие информацию, составляющую коммерческую тайну, и обязанные ее не разглашать, могли ее получить от представителя работодателя с добровольной санкции непосредственно работодателя, каковой могло и не быть. В ч. 7 ст. 37 ТК РФ не только говорится об информации, необходимой для компетентного ведения коллективных переговоров, но даже приблизительно не разъясняется, что может включаться в такую информацию, и кто имеет право определять ее содержание. Обязан ли представитель работодателя предоставить любую информацию, которую от него может потребовать представитель работников, если он считает, что она ему необходима для ведения коллективных переговоров? Вряд ли.

С положениями Рекомендации МОТ № 163 связана и позиция ЕКСП в отношении ст. 21 ЕСХ. Как считает ЕКСП, работники и/или их представители (профсоюзы, делегаты работников, представители по охране труда, производственные советы) должны информироваться обо всех вопросах, связанных с рабочей средой, кроме случаев, когда ведение бизнеса требует, чтобы какая-либо конфиденциальная информация оставалась нераскрытой. Более того, с этими представителями необходимо проводить заблаговременные консультации за достаточный отрезок времени в отношении тех предполагаемых решений, которые могут существенно затронуть интересы работников, в особенности тех, которые могут повлиять на их занятость¹⁵⁴.

Представляется, что практика ведения коллективных переговоров могла бы быть улучшена, если бы закон включил в себя более конкретные правила в этом отношении, основывающиеся на ориентирах, заложенных в Рекомен-

дации МОТ № 163. Такие правила могут в себя включать указания на то, что информация, подлежащая разглашению, должна напрямую касаться социально-экономического положения предприятия, но не стратегических управленческих планов работодателя, если они напрямую не представляют собой рисков для стабильности положения работников (например, выход на новые рынки, освоение новой продукции и т. д.). При этом, если информация касается соответствующих вопросов, ее разглашение для целей коллективных переговоров должно быть обязанностью работодателя даже в случае, если она относится к коммерческой тайне (при условии принятия на себя представителями работников обязанности по неразглашению и готовности нести ответственность за ее нарушение).

2.3.2. СФЕРА ДЕЙСТВИЯ КОЛЛЕКТИВНЫХ ДОГОВОРОВ И СОГЛАШЕНИЙ

В п. 4 Рекомендации МОТ № 91 о коллективных договорах (1951 г.) указывается, что коллективный договор должен распространяться на всех работников «...соответствующих категорий, работающих на охватываемых коллективным договором предприятиях, если в нем не предусматривается иного». В отношении общего правила о сфере действия коллективных договоров российское законодательство вполне соответствует положениям Рекомендации № 91, т. е. коллективные договоры и соглашения распространяются на всех работников организации или структурного подразделения (ч. 3 ст. 43 ТК РФ), либо организаций, в отношении которых действует социально-партнерское соглашение (ч. 5 ст. 48 ТК РФ).

Этим российское законодательство радикально отличается, например, от немецкой системы социального партнерства, предусматривающей¹⁵⁵, что коллективный договор действует в отношении членов профсоюза, подписавших данный договор. Отличие внутреннего российского законодательства от положений Рекомендации № 91 заключается не в общем правиле, а в изъятии, допускающем, что в коллективном договоре может предусматриваться «иное» правило в отношении его действия.

Возможность заключения коллективного договора от имени членов профсоюза очень важна для профсоюзов, представляющих меньшинство работников, которым необходимо доказать свою эффективность перед теми работниками, которые в этот профсоюз еще не вступили. Зачастую такие профсоюзы находятся в довольно напряженных отношениях с работодателем и профсоюзом большинства. Если коллективный договор распространяется на всех работников независимо от членства в профсоюзе, то в такой профсоюз просто нет мотивации вступить. Право заключать коллективные договоры от имени своих работников раньше предоставлялось профсоюзам меньшинства по Закону РФ от 11 марта 1992 г.

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

№ 2490-1 «О коллективных договорах и соглашениях»¹⁵⁶. Тем не менее фактической возможности заключить такой договор на достойных условиях у них практически не было: процедуры разрешения коллективных трудовых споров и объявления забастовки касались всех работников в целом, а не данного профсоюза. Но сейчас и такой возможности у профсоюзов меньшинства нет.

Представляется, что необходимо законодательно установить возможность не только заключения таких коллективных договоров представителями профсоюзов меньшинства, но и предоставить профсоюзам право объявления забастовки с целью склонения работодателя к заключению таких договоров. Во избежание злоупотреблений, например, создания предпринимателями профсоюзов, имеющих целью дестабилизацию предпринимателя-конкурента, возможно, во-первых, установить определенный минимальный «порог отсечения» в отношении членства в профсоюзе, дающего право на самостоятельные коллективные переговоры, например, 5 % от всех работающих в организации, где работает более 1000 человек, с увеличением порога пропорционально уменьшению численности штата работодателя. Во-вторых, необходимо распространить гарантии обеспечения независимости профсоюзов¹⁵⁷ не только в отношении независимости от «собственного» работодателя, но и в отношении любых третьих лиц и внешних источников финансирования.

Другой стороной этого же российского правила о сфере действия коллективного договора является то, что распространение сферы действия коллективного договора на всех работников организации снижает мотивацию быть членами профсоюза даже для тех работников, которые были его членами на момент заключения коллективного договора. Люди руководствуются логикой, что незачем платить профсоюзные взносы ради того, чтобы пользоваться гарантиями предусмотренными коллективным договором, — ведь коллективный договор будет на них распространяться в любом случае. Поэтому на практике приходится сталкиваться с жалобами на то, что люди выходят из профсоюзов уже после заключения коллективных договоров, в том числе экономя свою зарплату, которой добился профсоюз в ходе коллективных договоров. Это порождает так называемую проблему безбилетников. Таким образом, даже профсоюзы большинства находятся в уязвимом положении, поскольку при таком подходе рискуют потерять членство к следующим коллективным переговорам.

В связи с этим полагаем важным дополнить ст. 43 ТК РФ оговоркой о том, что коллективный договор распространяется на всех работников, если в нем не предусмотрено иное.

156 Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 17. Ст. 890. Утратил силу.

157 См. подробнее 2.1.

2.4. РОССИЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ОПЫТ ЕС: УЧАСТИЕ РАБОТНИКОВ В УПРАВЛЕНИИ ОРГАНИЗАЦИЕЙ

Еще одно направление, в котором можно было бы усовершенствовать отечественное трудовое законодательство с учетом международных правовых норм, — это введение механизмов вовлечения в управление предприятием представителей работников, аналогичных существующим в Европейском союзе (ЕС). Первый механизм, о котором идет речь, — это процедуры информирования и консультаций с представителями работников путем создания непрофсоюзных представительских структур, которые в Западной Европе принято называть производственными советами или комитетами предприятия. Второй — вовлечение представителей работников в управляющие органы компаний. По вопросу информирования и консультаций с представителями работников в ЕС изначально в 1994 г. была принята Директива о европейских производственных советах¹⁵⁸, которая была пересмотрена в 2009 г.¹⁵⁹ Европейские производственные советы — структуры, которые создаются в крупных (более 1000 работников) компаниях, выходящих в своей деятельности за пределы одной страны ЕС¹⁶⁰. В менее крупных компаниях — с числом работников 50 и более — проведение процедур информирования и консультаций в ЕС обязательно после принятия Директивы 2002 г.¹⁶¹ Второй механизм обеспечивает вовлечение работников в управление предприятиями путем участия их представителей в наблюдательных советах и советах директоров. В 2001 г. в ЕС была принята Директива об участии работников в управлении «Европейскими компаниями»¹⁶² (№ 2001/86/ЕС)¹⁶³. В этой директиве предусматривается, что нормы, касающиеся участия работников в управлении такой «Европейской компанией», не должны быть для работников хуже, чем те, которые предусмотрены их национальным законодательством.

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

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

160 См. об этом подробнее: *Люттов Н. Л.* Консультации и информирование работников в праве Европейского союза // Российский юридический журнал. 2009. № 4. С. 108-116.

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

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

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

На примере этих актов можно увидеть двойное взаимодействие национального и наднационального правового регулирования труда. Изначально процедуры информирования и консультаций, а также вовлечения работников в управляющие органы компаний развивались в «локомотивах» экономики Западной Европы — Германии и Франции. Постепенно они становились обычной практикой и в других западноевропейских государствах¹⁶⁴. После этого на уровне ЕС принимались достаточно гибкие и учитывающие специфику различных национальных правовых систем директивы и регламенты, обобщающие эту практику, устанавливающие ее обязательность для всех стран Европейского сообщества (позже — Европейского союза). После того как произошло расширение ЕС, в результате чего к нему присоединился ряд государств Восточной Европы с менее развитой экономикой, эти новые члены ЕС были обязаны имплементировать соответствующие акты ЕС в своем национальном трудовом законодательстве¹⁶⁵. То есть правовое регулирование этого вопроса на национальном уровне сначала сформировало наднациональные нормы, которые затем стали основой для модификации национального законодательства других стран ЕС.

В России законодательно установлена и обязанность работодателя «учитывать мнение» представительного органа работников (ст. 371—374 ТК РФ), и даже такая форма социального партнерства, как «участие работников, их представителей в управлении организацией» (ст. 27 ТК РФ). Однако механизмы консультаций почти никак не ограничивают свободу работодателя поступать как он считает нужным и несопоставимы со значительно более серьезными и жесткими консультационными и информационными процедурами в ЕС. Система информирования и консультаций, во-первых, подразумевает значительно более широкий круг вопросов, подлежащих обсуждению с представителями работников. Во-вторых, консультации и информирование проводятся, в том числе по поводу планов работодателя, затрагивающих положение работников, например, в отношении предстоящей реструктуризации бизнеса. Работники узнают об этом заранее и имеют возможность не только высказать свое мнение, но и повлиять на решение работодателя. В-третьих, создание механизма информирования и консультаций в соответствии с актами ЕС — это обязанность работодателя. Расходы, связанные с деятельностью непрофсоюзных органов представительства работников, возлагаются на работодателя. Реализуются эти положения ЕС на национальном уровне. Так, французским комитетам предприятия выделяется бюджет в размере 0,2 % от общей суммы расходов работодателя по заработной плате и дополнительные средства на социальную и культурную деятельность на предприятии¹⁶⁶. В российском же законодательстве принятие локальных актов или увольнение работников «с учетом мнения» осуществляется только в тех случаях, когда в организации есть представитель, мнение которого необходимо учесть. Рабо-

тодатель не обязан ни создавать или содействовать созданию таких органов, ни осуществлять их финансирование. В-четвертых, сама процедура информирования и консультаций в ЕС налагает значительно больше обязательств на работодателя. Например, в соответствии с Директивой 2002 г., важен не только сам факт проведения информирования и консультаций, но и то, что они были проведены «...с целью достижения соглашений в отношении решения работодателя...»¹⁶⁷.

На национальном уровне эти требования конкретизируются различными способами¹⁶⁸. Так, немецкие производственные советы, создающиеся в организациях с числом работающих пять и более человек¹⁶⁹, имеют право «совместного принятия решений» (нем. *Mitbestimmung*) в отношении целого ряда вопросов, относящихся обычно к управленческой компетенции работодателя¹⁷⁰. К таким вопросам относятся вопросы: внутреннего распорядка организации и дисциплины труда; начало и окончание рабочего дня, включая перерывы и распределение рабочего времени в течение недели; временные сокращения или увеличение обычной продолжительности рабочего времени; время, место и способ выплаты заработной платы; установление общих принципов в отношении предоставления ежегодных отпусков, составления графиков отпусков, установление времени и продолжительности предоставления отпуска конкретному работнику, если между работником и работодателем не достигнуто согласие по этому вопросу; установка и применение технического оборудования, предназначенных для наблюдения за поведением и работой работников; положения о предотвращении несчастных случаев на работе, профессиональных заболеваний и охраны здоровья в предусмотренных законодательством и иными положениями об охране труда рамках, а также многие другие вопросы. Такое совместное принятие решений не считается ограничением конституционного права работодателя на ведение экономической деятельности, как посчитал Конституционный Суд РФ¹⁷¹ в отношении вопроса, который в значительно меньшей степени связывает работодателя, чем немецкое законодательство. В Германии член производственного совета может быть уволен лишь в исключительных случаях, при наличии таких веских оснований, как грубое нарушение трудовой дисциплины, и только с согласия производственного совета или по решению суда по трудовым спорам. Во Франции комитеты предприятия, состоящие на паритетной основе из представителей работников и работодателей, вообще получают в собственное управление социальные аспекты деятельности работодателя.

В том, что касается участия работников в управлении организацией по российскому законодательству, то такое участие вообще ограничивается

167 Directive 2002/14/EC, art. 2. Para. 4.

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

169 Betriebsverfassungsgesetz V. 25.9.2001. BGBI I. S. 2519. § 1.

170 Ibid. § 87.

171 См. Определение Конституционного Суда РФ от 3 ноября 2009 г. № 1369-О-П // Собрание законодательства РФ. 2009. № 50. Ст. 6146.

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

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

166 Code du Travail. Art. L2325-43.

упоминанием факта этого участия в законе. В Советском Союзе осуществлялась попытка реализации аналогичных механизмов — советов трудовых коллективов (СТК) после принятия в 1983 г. Закона «О трудовых коллективах и повышении их роли в управлении предприятиями, учреждениями, организациями»¹⁷², однако она не увенчалась успехом. Неудачу внедрения системы СТК в 1980-е гг. можно объяснить тем, что полномочия этих структур были плохо разделены с профсоюзами и администрацией предприятия, в результате чего и руководители организаций, и профсоюзы воспринимали СТК как конкурентов. Кроме того, полномочия СТК были настолько обширны, что зачастую выходили за рамки чисто социально-трудовых отношений. Наконец, системе СТК «не повезло» со временем, когда они стали внедряться в хозяйственную жизнь: они представляли из себя прямо противоположную тогдашнему общественному развитию тенденцию. На фоне разложения социалистической системы хозяйства, повышению автономии предприятий и внедрению либерально-рыночной идеологии, они, наоборот, ограничивали самостоятельность работодателей и выглядели как рудимент советской плановой системы.

Механизмы вовлечения работников в управление организациями, если вводить их дозированно и не связывать предпринимателей «по рукам и ногам», безусловно, существенно способствовали бы построению социально-ориентированной экономики в России. При этом опыт распространения соответствующих актов ЕС в отношении восточноевропейских государств мог бы быть очень полезным, поскольку системы трудового законодательства этих стран и России имеют схожие корни. При этом можно было бы избежать тех трудностей и ошибок, которые там совершаются при имплементации актов ЕС¹⁷³.

В 2012 и 2013 г. в трудовом праве России возобновились дискуссии в отношении права работников на участие в принятии управленческих решений работодателя. В «социальной» предвыборной статье В. В. Путин высказал предложение использовать модель немецких производственных советов¹⁷⁴, а после избрания издал указ¹⁷⁵, поручающий Правительству внести изменения в законодательство, обеспечивающее создание таких структур. После этого в научной среде и среди объединений работодателей и профсоюзов России началось активное обсуждение этой проблемы¹⁷⁶. Причем представители

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

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

174 Путин В. В. Строительство справедливости. Социальная политика для России // Комсомольская правда. 2012. 13 февр. URL: <http://kr.ru/daily/3759/2807793/>.

175 См.: подп. «з» п. 1 Указа Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 597 «О мероприятиях по реализации государственной социальной политики» // Российская газета. 2012. 9 мая.

176 Так, 14 сентября 2012 г. в г. Москве в НИУ «Высшая школа экономики» была проведена международная российско-немецкая конференция на тему «Представительство интересов работников на предприятиях: роль производственных советов и профсоюзов».

профсоюзов опасались, что производственные советы в России могут быть использованы для подрыва позиций профсоюзов, а мнения работодателей по этому вопросу различались.

В результате, в рамках РТК был обсужден и одобрен без поправок проект закона «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части создания в организациях производственных советов»¹⁷⁷ и затем принят Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 95-ФЗ «О внесении изменения в статью 22 Трудового кодекса Российской Федерации»¹⁷⁸, закрепивший в ТК РФ право работодателя создавать советы из наиболее заслуженных работников для консультаций в отношении развития своего бизнеса. Регулирование полномочий, состава, порядка деятельности производственного совета и его взаимодействия с работодателем передано работодателям, которым предоставлено право принять локальный нормативный акт по этим вопросам. Направления деятельности и полномочия производственного совета ограничиваются двумя положениями абз. 9 ч. 1 ст. 22 ТК РФ, определяющими его роль как совещательного органа по вопросам производственной деятельности. Производственный совет создается для подготовки предложений по совершенствованию производственной деятельности, отдельных производственных процессов, внедрению новой техники и новых технологий, повышению производительности труда и квалификации работников. Работодатель обязан информировать производственный совет о результатах рассмотрения предложений, поступивших от производственного совета, и об их реализации.

Процедуры, предусмотренные немецким законодательством в отношении полномочий производственных советов, принципиально отличаются от соответствующих норм российского законодательства, касающихся представителей работников. Основные отличия сводятся к следующим:

1. Аналога «права на совместное с работодателем принятие решений» у современных российских представителей работников не существует в принципе.
2. Право на информацию и консультацию в немецком законодательстве также предоставляет существенно большие возможности представителям работников, поскольку работодатель обязан консультироваться с ними по поводу не уже принятого решения, а на стадии соответствующих планов.
3. На работодателя в Германии возлагается юридическая обязанность рассмотреть и проанализировать возражения работников и вести с ними переговоры на основе принципа добросовестности¹⁷⁹, а не просто принять их к сведению и поступить по-своему.

177 Выписка из Протокола № 9 заседания Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений (РТК) от 26 октября 2012 г. Пункт 7 «О проекте федерального закона “О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в части создания в организациях производственных советов”». Сайт РТК: URL: <http://government.ru/docs/21314/>.

178 Собрание законодательства РФ. 2013. № 19. Ст. 2322.

179 См. пар. 2.2.

Нарушение этой обязанности работодателя, в случае возникновения спора, будет рассмотрено трудовым судом. От российского работодателя требуется лишь соблюдение формальной процедуры, что зачастую превращает его действия в фикцию.

4. Круг вопросов, в отношении которых работодатель обязан информировать представителей работников, значительно шире в Германии. В частности, в отличие от российского законодательства, немецкое предусматривает детально регламентированную обязанность работодателя раскрывать перед работниками сведения о своем финансовом положении, что полезно с двух точек зрения. Во-первых, работники четко понимают, решение каких именно социальных вопросов может себе позволить работодатель с финансовой точки зрения. Во-вторых, прозрачность работодателя перед представителями работников повысит и его прозрачность перед контролирующими органами государства. Поэтому установление соответствующих норм в России содействовало бы выводу существенной части экономики из теневого сектора. В настоящее время в России применяется прямо противоположный подход¹⁸⁰. Во избежание конфликта интересов из состава производственных советов по немецкому законодательству исключены управляющие работники. В российском законодательстве аналогичных норм нет¹⁸¹. Этот пробел — один из факторов, содействующих развитию профсоюзов, контролируемых работодателями.
5. В немецком законодательстве существенно больше обязанностей работодателя в отношении организации деятельности представителей работников в рамках предприятия, в результате чего структуры представительства действуют в подавляющем большинстве крупных компаний.
6. Представители работников в Германии значительно лучше защищены от репрессивных действий со стороны работодателя, которые могут быть связаны с их деятельностью по защите интересов работников. При этом никого не пугает ограничение предпринимательских прав работодателя.
7. И, наоборот, немецкие работодатели несут существенно большую ответственность в случае нарушения Закона о производственных советах, нежели их российские коллеги в схожих случаях, — вплоть до тюремного заключения.
8. Особый вид ответственности работодателей, не имеющий российского аналога, — ответственность за *вмешательство* в деятельность представительных органов работников.

Если же вернуться к тому, что в России с 2013 г. в ТК РФ названо «производственными советами», то нетрудно заметить, что *новый орган, за исключением названия, не имеет вообще ничего общего с немецкими производственными советами*. До принятия этого закона ничто не запрещало российскому работодателю создавать такого рода советы. Поэтому ничего нового данный Закон в правовое регулирование участия работников в управлении организациями не добавляет; никаких новых прав работников в отношении работодателя в новой норме не закреплено. Таким образом, данный Закон, к сожалению, направлен на формальное выполнение поручения Президента РФ, однако не влечет изменения прав и полномочий работников и работодателей в области управления организациями.

Несмотря на то что механическое заимствование системы производственных советов в российское законодательство вряд ли возможно и целесообразно¹⁸², использование целого ряда механизмов защиты интересов представителей работников, имеющихся в немецкой модели и моделях других стран ЕС, в российских условиях вполне возможно. Но для этого необходимо соблюдение ряда условий. Прежде всего, необходимо радикально облегчить возможность для профсоюзов объявлять забастовки. В настоящее время в России существует практически запретительный порядок объявления забастовок¹⁸³, что приводит к тому, что профсоюзам фактически остается ниша, занимаемая в других странах производственными советами, только в значительно ухудшенном варианте, т. е. решение социальных вопросов и обращение с просьбами к руководству компании. В случае изменения ситуации профсоюзы смогут реализовывать свою классическую функцию: вести коллективные переговоры, жестко отстаивая интересы представляемых работников.

Кроме того, при создании соответствующих органов представительства работников необходимо предпринять все возможное для максимально четкого распределения полномочий между профсоюзами и производственными советами с целью избежания конкуренции между ними. Необходимо также предусмотреть четкие и жесткие нормы, обеспечивающие недопустимость вмешательства работодателей в деятельность любых представителей работников, и серьезную ответственность за их нарушение. И, наоборот, для работников органы, представляющие их интересы, должны быть максимально прозрачны и подконтрольны.

Представляется, что при выполнении этих условий в России возможно установление того, что принято называть производственной демократией.

В качестве итога настоящей главы можно сформулировать ряд выводов. С учетом всех состоявшихся изменений в законодательстве РФ относительно

182 О проблемах адаптации системы производственных советов в странах Центральной и Восточной Европы см.: Worker's Representation in Central and Eastern Europe. Challenges and Opportunities for the Works Councils' System. / R. Blanpain, N. Lyutov (eds.). Wolters Kluwer, 2014.

183 См. об этом пар. 1.2.7—1.2.15, а также: Герасимова Е. С. Порядок разрешения коллективных трудовых споров и организации забастовок изменен. Достигнута ли цель? // Трудовое право. 2012. № 1. С. 51-59.

180 См. об этом в пар. 6.1.

181 За исключением упоминания в ч. 3 ст. 36 ТК РФ о том, что ведение коллективных переговоров и заключение коллективных договоров от имени работников запрещается лицам, представляющим интересы работодателя. Кто эти лица — в законе не разъясняется.

но свободы объединения и в связи с высказанными контрольными органами МОТ и СЕ замечаниями сохраняется актуальность внесения изменений в законодательство по следующим вопросам:

- признание права на забастовку с целью добиться признания профсоюза; на забастовку солидарности в случаях, если забастовка, которую работники поддерживают, сама является законной; на забастовку с целью критики экономической и социальной политики Правительства;
- изменить ст. 410 ТК РФ, чтобы понизить кворум, необходимый для голосования по решению об объявлении забастовки на конференции работников;
- изменить законодательство таким образом, чтобы любое противоречие, касающееся минимальных услуг, разбиралось бы независимым органом, пользующимся доверием всех сторон конфликта, а не административным органом;
- уточнить, какие именно службы и предприятия относятся к числу «прямо связанных с наиболее опасными видами производства или оборудования», где право на забастовку запрещено;
- изменить законодательство таким образом, чтобы работники, занятые на железнодорожном транспорте и на государственной службе, но не осуществляющие свои функции от имени государства, имели бы право на забастовку;
- внести изменения законодательства, чтобы забастовка не объявлялась незаконной, когда список минимальных услуг не был согласован сторонами конфликта в течение пяти дней с начала объявления забастовки;
- запретить использование рабочей силы, привлеченной из-за пределов предприятия, для того чтобы заменить бастующих работников на неопределенный период, если забастовка является законной;
- разработать эффективное законодательство, предоставляющее защиту от актов дискриминации в отношении работников в связи с осуществлением профсоюзной деятельности;
- конкретизировать правовые нормы, касающиеся обязанности работодателя предоставлять информацию, необходимую работникам для компетентного ведения коллективных переговоров;
- ввести юридическую обязанность сторон коллективных переговоров вести их на основе принципа добросовестности и предусмотреть ориентировочные критерии добросовестности при ведении коллективных переговоров и разрешении коллективных трудовых споров;
- существенно расширить перечень вопросов, по которым работникам и их представителям должна предоставляться информация работодателями, предусмотрев право работников на полу-

чение информации об экономическом и финансовом положении предприятия, на котором они работают, а также заменить неопределенное право вносить по этим вопросам в органы управления организацией предложения и участвовать в заседаниях указанных органов при их рассмотрении на право на проведение консультаций;

- рассмотреть возможность создания реально действующих механизмов консультаций работодателя с представителями работников;
- предусмотреть механизмы установления критериев массового высвобождения, которые могли бы применяться к работникам, на которых не распространяется действие отраслевых тарифных соглашений, а также установить обязанность предоставлять информацию по вопросам, связанным с массовым увольнением работников до начала консультаций с работниками и в ходе таких консультаций, а также гарантии, обеспечивающие обязательность проведения консультаций и невозможность массового увольнения работников без проведения консультаций;
- дополнить ст. 43 ТК РФ оговоркой о том, что коллективный договор распространяется на всех работников организации, филиала, представительства, обособленного структурного подразделения, если в нем не предусмотрено иное.

глава 3. Запрет принудительного и детского труда

3.1. Принудительный труд. СООТВЕТСТВИЕ МЕЖДУНАРОДНЫМ ДОГОВОРАМ

3.1.1. ПОНЯТИЕ ПРИНУДИТЕЛЬНОГО ТРУДА

Статья 4 ТК РФ близко к тексту, но не дословно воспроизводит положения сразу двух фундаментальных конвенций МОТ по вопросу принудительного труда — № 29 (1930 г.) и 105 (1957 г.). Более того, в отрыве от текста конвенций определение принудительного труда по ст. 4 ТК РФ выглядят нелогично: сначала дается общее понятие о том, что собой представляет принудительный труд: «выполнение работы под угрозой применения какого-либо наказания (насильственного воздействия)», а далее перечисляются отдельные частные разновидности принудительного труда: в целях поддержания трудовой дисциплины, в качестве меры ответственности за забастовку и др. Практического или юридического смысла в этом перечислении нет: любые работы, попадающие под указанное выше определение и не включенные в изъятия, приводящиеся далее в статье, в любом случае запрещены. Более того, с практической точки зрения это даже ослабляет понятие принудительного труда, поскольку может породить вопрос о том, что если выполнение работы под угрозой какого-либо наказания не связано с трудовой дисциплиной, ответственностью за забастовки и т. д., — может быть, оно не считается принудительным трудом?

Необходимо отметить, что общее понятие принудительного труда, неточно и в суженном виде воспроизводящееся в ТК РФ, дается в Конвенции МОТ № 29. В п. 1 и 2 ст. 1 Конвенции № 29 говорится о требовании упразднить использование принудительного труда «...в возможно кратчайший срок» и о возможности применения в течение переходного срока принудительного труда исключительно для общественных целей и с соблюдением гарантий, предусмотренных конвенцией. Таким образом, в Конвенции № 29 не содержится немедленного запрета на применение любых форм принудительного труда. В Конвенции же № 105 как раз перечисляются отдельные формы принудительного труда, подлежащие немедленному запрещению¹⁸⁴. Именно эти формы и воспроизведены в тексте ст. 4 ТК РФ. Таким образом, в актах МОТ содержится требование о необходимости постепенного искоренения принудительного труда в целом и немедленный

¹⁸⁴ О разной сфере применения понятий принудительного труда по конвенциям № 29 и 105 С. А. Иванов писал еще в 1994 г., но законодатель на это не обратил внимания. См.: *Иванов С. А. Применение конвенций МОТ в России в переходный период. Некоторые проблемы // Государство и право. 1994. № 8. С. 70.*

запрет отдельных его форм, а в ТК РФ запрещены и принудительный труд в целом, и отдельные его формы.

Не идентична и сфера применения запрета принудительного труда, о котором говорится в конвенциях МОТ и в ТК РФ. Различия можно найти применительно к связи принудительного труда с трудовыми отношениями. Несмотря на то что принуждение к труду запрещено в ст. 4 ТК РФ, возникает вопрос, применим ли сам ТК РФ к ситуациям, не связанным с трудовыми отношениями. Проблема заключается в том, что принудительный труд вряд ли вообще можно назвать правовыми отношениями, входящими в предмет регулирования трудового законодательства (ст. 1 ТК РФ), поскольку речь идет о неправомерном принуждении человека выполнять работу без его согласия. То есть, если ограничительно толковать содержание ТК РФ, может получиться абсурдная ситуация: принуждение к труду не относится к «принудительному труду» по ТК РФ, поскольку человек не вступил в трудовые и иные непосредственно связанные с ними отношения или, другими словами, не согласился на то, чтобы его принуждали. Конвенция же № 29 к таким ситуациям, безусловно, применима, поскольку в ней нигде не говорится о том, что она распространяется исключительно на отношения по трудовому договору.

В том же, что касается формулировки определения принудительного труда, то при заимствовании его из текста Конвенции № 29, законодатель его значительно «отредактировал», что привело к ухудшению формулировки. Так, почему-то из понятия «выпало» указание на то, что принудительный труд — это работа, для выполнения которой работник не предложил своих услуг добровольно (п. 1 ст. 2 Конвенции № 29). Без этого указания смысл легального определения принудительного труда во многом теряется. Если принудительный труд — это просто работа под угрозой какого-либо наказания, то нельзя ли к нему отнести вообще любую работу по трудовому договору? Ведь если работник не будет выполнять свои трудовые обязанности без уважительных причин, он может быть подвергнут дисциплинарному взысканию, т. е. наказанию. Дословное толкование ст. 4 может привести к абсурдному выводу: любой труд по трудовому договору — принудительный, поскольку за его невыполнение работник может быть наказан, например, уволен за прогул.

В общем обзоре КЭ 2007 г.¹⁸⁵ указывается, что отсутствие добровольного предложения услуг имеет место и в ситуациях, когда, например, работники-мигранты были вовлечены путем обмана, ложных обещаний и незаконного удержания документов или вынуждены оставаться в распоряжении работодателя. Такие действия представляют собой явное нарушение Конвенции № 29. Определение принудительного труда в ТК РФ не распространяется на такие случаи.

¹⁸⁵ *Eradication of Forced Labour. General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (№ 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (№ 105). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Geneva, ILO, 2007. P. 20-21.*

Таким образом, целесообразно было бы уточнить определение принудительного труда в ст. 4 ТК РФ, приведя его в соответствие с Конвенциями МОТ № 29 и 105.

3.1.2. Торговля людьми (человеческий траффик)

В замечаниях КЭ подчеркивалось существование серьезных проблем в области запрета торговли людьми, в частности, отсутствие надлежащего законодательства в этой области. Правительство РФ в докладе КЭ указывало, что в ст. 127.1 УК РФ установлена уголовная ответственность за торговлю людьми, а также разрабатывается проект федерального закона, направленного на противодействие торговле людьми.

Комитет в связи с этим отмечал, что поскольку проблема торговли людьми является комплексной, принятие комплексного законодательства в этой сфере является крайне желательным. В связи с этим КЭ сослался на собственные комментарии, сделанные в отношении применения Конвенций № 182 в 1999 г., а также на замечания, сделанные в ходе работы Комитета Конференции (КК) по применению стандартов на 98-й сессии в июне 2009 г., в которых просил Правительство РФ предпринять необходимые шаги для принятия закона по вопросу противодействия торговле людьми.

Комитет экспертов выразил глубокую озабоченность этим вопросом и просил Правительство РФ предпринять все возможные шаги, для того чтобы создать комплексную правовую основу для противодействия торговле людьми, включая принятие закона о противодействии торговле людьми¹⁸⁶.

Рекомендации КЭ также касались усиления работы в области правоприменения по этому вопросу. В частности, КЭ отметил слишком незначительное число уголовных дел, возбужденных по фактам торговли людьми (103 в 2010 г., 50 в 2011, 70 в 2012 и 5 в первые месяцы 2013 г.), особенно в сопоставлении с 2004—2008 гг., когда было зафиксировано более 25 000 случаев торговли людьми.

В связи с этим КЭ призвал Правительство РФ умножить усилия по выявлению, профилактике и борьбе с торговлей людьми. В этом процессе важна роль международного сотрудничества, а также усиление возможностей правоохранительной системы эффективно работать в этой области.

Еще одна рекомендация КЭ касается усиления работы правоохранительных органов в области выявления лиц, ставших жертвами торговли людьми, и оказания им необходимой защиты и поддержки.

186 Observation (CEACR) — adopted 2013, published 103rd ILC session (2014). Forced Labour Convention, 1930 (№ 29) — Russian Federation (Ratification: 1956). Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3145426.

Таким образом, в данном вопросе можно рекомендовать предпринять необходимые шаги для принятия закона по вопросу противодействия торговле людьми; умножить усилия по выявлению, профилактике и борьбе с торговлей людьми, используя для этого как международное сотрудничество, так и повышение эффективности работы правоохранительной системы в этой области; усилить работу, направленную на выявление лиц, ставших жертвами торговли людьми, и оказание им необходимой защиты и поддержки.

3.2. Принудительный труд. Соответствие актам толкования международных договоров

3.2.1. Труд военнослужащих

Есть случаи, когда одна и та же ситуация может быть признана принудительным трудом согласно Конвенции № 29 и не признана таковым по ст. 4 ТК РФ, что означает прямое противоречие внутреннего законодательства международному договору с участием РФ¹⁸⁷. Так, в формулировке ТК РФ, в исключениях, касающихся недобровольного труда, не считающегося принудительным, делается ссылка на труд военнослужащих. В ст. 4 ТК РФ речь идет о работе, «...выполнение которой обусловлено законодательством о воинской обязанности и военной службе или заменяющей ее альтернативной гражданской службе». Ни в Федеральных законах 28 марта 1998 г. № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе»¹⁸⁸, от 25 июля 2002 г. № 113-ФЗ «Об альтернативной гражданской службе»¹⁸⁹, ни в иных правовых актах, касающихся порядка прохождения военной службы¹⁹⁰ не содержится объяснения того, к каким именно видам работ можно привлечь призванных в армию или на альтернативную гражданскую службу граждан. При этом «забыта» фраза, содержащаяся в Конвенции № 29 (подп. «а» п. 2 ст. 2), о том, что такое изъятие касается лишь работ, носящих «чисто военный характер». Выполнение приказов командира относится к обязанностям военнослужащего, за исключением выполнения заведомо преступных приказов. Если речь идет о строительстве, например, частного здания, вряд ли можно себе представить ситуацию, что солдаты

187 На несоответствие понятия принудительного труда, закрепленного в ст. 4 ТК РФ, положениям Конвенции № 29, уже обращалось внимание в правовой науке. См.: Новикова О. И. Запрещение принудительного труда как принцип трудового права : автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 7 и др.

188 Собрание законодательства РФ. 1998. № 13. Ст. 1475.

189 Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3030.

190 Федеральный закон от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 22. Ст. 2331; Федеральный закон от 26 февраля 1997 г. № 31-ФЗ «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1997. № 9. Ст. 1014; постановление Правительства РФ от 29 мая 2006 г. № 333 «О военных сборах и некоторых вопросах обеспечения исполнения воинской обязанности» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 23. Ст. 2525; Положение о порядке прохождения военной службы, утв. Указом Президента РФ от 16 сентября 1999 г. № 1237 // Собрание законодательства РФ. 1999. № 38. Ст. 4534.

смогут отказаться от выполнения соответствующего приказа командира, ссылаясь на норму ст. 4 ТК РФ. Конвенция же № 29 предоставляет им такое право. Злоупотребление военачальниками своим положением может вызвать и проблему более общего плана и значительно более серьезную: торговлю людьми. Комитет экспертов уже обращался к России с просьбой принять комплексный закон о запрете торговли людьми, о чем шла речь выше¹⁹¹, но пока безрезультатно.

3.2.2. Труд заключенных

Еще одно отличие формулировок ст. 4 ТК РФ и Конвенции № 29 касается труда заключенных. Согласно ч. 4 ст. 4 ТК РФ понятие принудительного труда не включает, в том числе «...работу, выполняемую вследствие вступившего в законную силу приговора суда под надзором государственных органов, ответственных за соблюдение законодательства при исполнении судебных приговоров». В России действие этой нормы до недавнего времени применялась лишь в отношении отбывания наказания в виде обязательных работ в соответствии с гл. 4 УИК РФ. Трактовка Конвенции в данном случае шире положений ТК РФ, так как в ней, в отличие от Кодекса, содержится указание на то, что заключенные не могут быть переданы в распоряжение частных лиц, компаний и обществ. Такая трактовка, в частности, не позволила Канаде ратифицировать Конвенцию № 29, поскольку современная канадская практика содержания исправительных учреждений подразумевает государственно-частное партнерство при привлечении заключенных к труду, что, с точки зрения правительства Канады, не противоречит конвенции, но КЭ считает иначе¹⁹².

Проблемы в отношении толкования изъятия, касающегося труда заключенных, существуют в двух вопросах.

Один блок проблем появился после внесения летом 2012 г. изменений в КоАП РФ и Федеральный закон от 16 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»¹⁹³. Нормы нового закона были обжалованы в Конституционный Суд РФ, в том числе в связи с тем, что, по мнению заявителей, административное наказание в виде обязательных работ противоречит международному принципу запрета принудительного труда. Конституционный Суд РФ не согласился с такой аргу-

191 International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 254; Observation (CEACR) — adopted 2013, published 103rd ILC session (2014). Forced Labour Convention, 1930 (№ 29) — Russian Federation (Ratification: 1956) // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3145426.

192 ILO. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Eradication of Forced Labour. General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (№ 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (№ 105). Para. 26. P. 13-14.

193 Федеральный закон от 8 июня 2012 г. № 65-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон “О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях” // *Собрание законодательства РФ*. 2012. № 24. Ст. 3082.

ментацией, указав, со ссылкой на процитированный выше Общий обзор КЭ 2007 г., что под изъятие, касающееся труда заключенных, попадают любые обязательные работы, «...если они удовлетворяют необходимым условиям, а именно являются мерой наказания, назначаемой исключительно судом, и выполняются для государства или его структур — администраций, регионов, публичных служб, учреждений и т. д.»¹⁹⁴. На самом деле Конституционный Суд в данном случае цитировал Общий обзор КЭ очень выборочно, избегая упоминания того, что обязательные работы, о которых говорит КЭ¹⁹⁵, это именно уголовное наказание¹⁹⁶. Кроме того, КЭ отдельно разъясняет, что «используя слова “по приговору суда”, Конвенция косвенно указывает, что обязательные работы не могут быть установлены иначе, нежели при условии соблюдения гарантий, установленных общими принципами права, признанными сообществом государств, таких как презумпция невиновности, равенство перед законом, регулярность и беспристрастность расследования, независимость и беспристрастность судов, гарантии, необходимые для защиты, четкое определение правонарушения и отсутствие обратной силы уголовного закона»¹⁹⁷. Такой подход Конституционного Суда РФ вызвал критику со стороны специалистов¹⁹⁸ и представляется не соответствующим международным трудовым нормам.

3.2.3. Понятие экстремистской деятельности

Комитет экспертов также высказывал замечания по поводу того, каким образом установлена уголовная ответственность за осуществление экстремистской деятельности¹⁹⁹. Речь идет о ст. 280, 282.1 и 282.2 УК РФ²⁰⁰, которыми повышена ответственность за экстремистскую деятельность и установлена наказание в виде принудительных работ за эти деяния²⁰¹. Дело в

194 См. п. 3.2 Постановления Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2013 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона “О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон “О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях” в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина Э. В. Савенко».

195 ILO. CEACR. Eradication of Forced Labour. Para. 125. P. 68.

196 В оригинале использован термин «penal sanction», который переводится только как «уголовная санкция, уголовное наказание». См.: Мамулян А. С., Кашкин С. Ю. Полный англо-русский юридический словарь. М.: Эксмо, 2006. С. 558.

197 ILO. CEACR. Eradication of Forced Labour. Para. 52, P. 26.

198 Чаннов С. Е. К вопросу об одном постановлении Конституционного Суда // *Актуальные вопросы публичного права*. 2013. № 4.

199 Observation (CEACR) — adopted 2013, published 103rd ILC session (2014). Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (№ 105) // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3145486.

200 Статья 280 «Публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности», ст. 282.1 «Организация экстремистского сообщества», ст. 282.2 УК РФ «Организация деятельности экстремистской организации».

201 См.: Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2011. № 50. Ст. 7362. Замечание КЭ касалось также Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 211-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской

том, что Комитет по правам человека (КПЧ) неоднократно отмечал в своих докладах, что законодательство об экстремизме используется против определенных организаций и конкретных лиц, которые критикуют Правительство РФ. Определение экстремизма в законодательстве является нечетким и позволяет судьям широко его интерпретировать. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам также призвал Правительство РФ пересмотреть перечисленные статьи УК РФ, предусматривающие в качестве меры ответственности принудительные работы с ограничением свободы²⁰². Тем не менее Комитет отметил, что в постановлении Пленума Верховного Суда от 28 июня 2011 г. № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности»²⁰³, в частности, указывается: «При рассмотрении уголовных дел о преступлениях экстремистской направленности судам следует обеспечивать, с одной стороны, охрану публичных интересов (основ конституционного строя, целостности и безопасности Российской Федерации), а с другой — защиту гарантированных Конституцией Российской Федерации прав и свобод человека и гражданина — свободы совести и вероисповедания, свободы мысли, слова, массовой информации, права свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, права собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование» (п. 1). «Критика политических организаций, идеологических или религиозных объединений, политических, идеологических или религиозных убеждений, национальных или религиозных обычаев сама по себе не должна рассматриваться как действие, направленное на возбуждение ненависти или вражды» (п. 7).

Комитет подчеркнул, что при наличии очень широкого и неопределенного понятия «экстремистская деятельность» к уголовной ответственности, предусматривающей в качестве санкции принудительные работы с ограничением свободы, могут быть привлечены люди за мирное выражение своих взглядов или за выражение иного мнения в отношении существующих политической, экономической или социальной систем, что прямо противоречит Конвенции. Комитет подчеркнул, что даже в тех случаях, когда определенные виды деятельности направлены на осуществление фундаментальных изменений государственных институтов, такие виды деятельности защищаются Конвенцией до тех пор, пока они не включают призывы к насилию или применение насилия. Комитет подчеркнул в связи с этим, что законодательство не должно становиться средством политического принуждения и средством наказания за мирное осуществление гражданских прав и свобод, в том числе свободы слова и свободы объединений.

Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму» (Собрание законодательства РФ. 2007. № 31. Ст. 4008; 2008. № 19 (поправка)).

202 1 June 2011, E/C.12/RUS/CO/5, paragraph 13.

203 Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 8

Таким образом, может быть рекомендовано изменить законодательство таким образом, чтобы уголовная ответственность за преступления, связанные с осуществлением экстремистской деятельности, в виде принудительных работ с ограничением свободы не применялась в отношении лиц, которые выражают свои политические взгляды или оппозиционные взгляды в отношении существующих политической, экономической или социальной систем без применения насилия и без призывов к осуществлению насилия. Представляется, что это может быть сделано путем конкретизации и сужения понятия экстремистской деятельности, а также путем внесения дополнительных разъяснений по этому вопросу в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2011 г. № 11.

Кроме того, целесообразно пересмотреть ст. 20.2 КоАП РФ, устанавливающую ответственность в виде обязательных работ за нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования.

3.3. СООТВЕТСТВИЕ РЕКОМЕНДАТЕЛЬНЫМ АКТАМ (КОСВЕННОЕ ПРИНУЖДЕНИЕ К ТРУДУ И ИНСТИТУТ РЕГИСТРАЦИИ ПО МЕСТУ ЖИТЕЛЬСТВА)

Еще в 1930 г. была принята Рекомендация МОТ № 35 о косвенном принуждении к труду, до сих признающаяся МОТ в качестве актуальной. В соответствии с п. III Рекомендации № 35 «...следует избегать каких-либо ограничений добровольного перемещения рабочей силы из одного вида занятости в другой или из одного района в другой, что могло бы иметь косвенным результатом принуждение трудящихся поступать на работу в определенные отрасли хозяйства или районы, за исключением тех случаев, когда такие ограничения считаются необходимыми в интересах соответствующего населения или трудящихся». С формальной точки зрения таких ограничений на перемещение внутри страны для граждан России не установлено. Институт регистрации предполагает уведомительную регистрацию гражданина Российской Федерации по прибытии в другой регион на место жительства или пребывания²⁰⁴. Но эта регистрация вменяется гражданам в качестве их обязанности. Регистрация по месту жительства представляет собой рудимент советской системы прописки, когда граждане СССР не имели права на свободу перемещения без разрешения административных органов даже внутри страны. Не представляет собой тайны, что обязанность регистрироваться по месту пребывания и жительства — это трудоемкая и отнимающая

204 Закон РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1227; постановление Правительства РФ от 17 июля 1995 г. № 713 «Об утверждении Правил регистрации и снятия граждан Российской Федерации с регистрационного учета по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации и перечня должностных лиц, ответственных за регистрацию» // Собрание законодательства РФ. 1995. № 30. Ст. 2939.

время процедура, нередко сопряженная с коррупцией чиновников. Существует практика, когда правоохранительные органы используют нормы о регистрации избирательно по этническому признаку, т. е. осуществляют откровенный расизм²⁰⁵.

Несмотря на то что в ст. 64 ТК РФ есть прямой запрет на установление прямых или косвенных ограничений либо преимуществ при заключении трудового договора, в том числе в связи с наличием или отсутствием регистрации по месту пребывания или жительства, понадобились специальные разъяснения со стороны Верховного Суда РФ, данные в п. 10 постановления от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»²⁰⁶. Это свидетельствует о широком распространении практики отказа в приеме на работу по данному критерию. Уровень экономического развития в различных регионах Российской Федерации существенно отличается²⁰⁷. Сдерживание внутренней трудовой миграции любыми средствами, включая институт регистрации, косвенно принуждает работников в труду в тех регионах, где они проживают, что противоречит Рекомендации МОТ № 35. Кроме того, снижая трудовую мобильность, этот институт «работает» против мер по поддержанию занятости, одной из которых является как раз повышение внутренней трудовой мобильности граждан. Федеральная служба по труду и занятости тратит бюджетные средства на меры поддержки занятости, включающие в себя, помимо прочего, адресную поддержку на переезд в другую местность с целью трудоустройства²⁰⁸. При этом чисто административные преграды для такого переезда не снимаются. Что еще хуже, этот институт способствует сохранению резкой дифференциации в уровне оплаты труда в разных регионах страны, а это порождает центробежные тенденции в государстве. Более богатые регионы заинтересованы в том, чтобы максимально «закрыться» от более бедных, а лучше вообще отделиться. Неудивителен и резкий рост межнациональной напряженности на этом фоне в последние годы. Одной из мер по противодействию этим тенденциям должна быть отмена унижающего и нарушающего права человека института обязательной регистрации граждан по месту пребывания и проживания.

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

206 Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 6.

207 Так, средняя заработная плата в I кв. 2011 г. в Ненецком АО составляла 56 051 руб. в месяц, а в Дагестане — 10 100 руб., т. е. различалась в 5,6 раз. URL: <http://www.mojazarplata.ru/main/srednemesjachnaja-nominalnaja-nachislennaja-zarabotnaja-plata>.

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

3.4. ЗАПРЕТ ДЕТСКОГО ТРУДА

3.4.1. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О МИНИМАЛЬНОМ ВОЗРАСТЕ ДЛЯ ПРИЕМА НА РАБОТУ

Конвенция МОТ № 138 о минимальном возрасте для приема на работу (1973 г.) касается «работы по найму или другой работы», т. е. выходит за рамки чисто трудовых отношений. Трудовой кодекс РФ регулирует только заключение трудового договора и вступление в трудовые отношения лиц моложе 16 лет. Таким образом, *сфера применения ТК РФ уже, чем сфера применения Конвенции*. В этом отношении КЭ делал замечания в адрес Правительства РФ по поводу российского законодательства и практики²⁰⁹.

Конвенция применяется ко всем отраслям экономики, в равной мере к формальному и неформальному сектору экономики, оплачиваемой и неоплачиваемой работе. В России по свидетельству международных организаций, в частности, КЭСКО, детский труд распространен, в первую очередь, именно в неформальном секторе экономики и, таким образом, оказывается вне сферы государственного контроля.

Комитет экспертов подчеркивал важность осуществления контроля за использованием детского труда *в сфере неформальной экономики* и роли государственных инспекторов труда в осуществлении такого контроля²¹⁰.

Также КЭ указывал на необходимость принятия на практике мер, *направленных на борьбу с использованием детского труда в неформальной экономике*, а также *труда детей, работающих без заключения трудового договора*. В свете этой задачи КЭ рекомендовал *расширить права государственных инспекторов труда, которым должна принадлежать самая значительная роль в решении этих задач*.

Именно эти рекомендации могут быть сформулированы в качестве общих рекомендаций по данному аспекту проблемы искоренения детского труда.

В связи с тем, что Правительство РФ не смогло охарактеризовать ситуации в сфере использования труда детей без заключения трудового договора, в том числе в неформальной экономике, КЭ подчеркнул необходимость сбора информации о ситуации в сфере труда детей до 16 лет, а также о природе этих отношений по выполнению работы, условиях их работы, процессах и изменениях, происходящих в этой сфере²¹¹.

3.4.2. ТРУД ДЕТЕЙ В ТВОРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЯХ

В соответствии со ст. 8 Конвенции МОТ № 138 в отношении участия детей в художественных выступлениях могут делаться изъятия из правила о минималь-

209 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2013). Individual Observation concerning Minimum Age Convention, 1973 (№ 138) Russian Federation (ratification: 1979) Published: 2014. // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2316577.

210 Там же.

211 Там же.

глава 4. Дискриминация в сфере труда

4.1. СООТВЕТСТВИЕ ПОНЯТИЯ ДИСКРИМИНАЦИИ МЕЖДУНАРОДНЫМ ДОГОВОРАМ

В ТК РФ впервые в отечественном внутреннем законодательстве появилась специальная статья о запрете дискриминации в сфере труда (ст. 3). Тем не менее выполнение Россией обязательств по фундаментальным конвенциям МОТ, касающимся запрета дискриминации²¹³, оказалось затруднено. Комитет экспертов не только неоднократно высказывал свое сожаление, но и выносил вопрос применения Россией Конвенции МОТ № 111 на рассмотрение вышестоящей инстанции — Комитета Конференции²¹⁴. В тексте ТК РФ нет прямого определения дискриминации. Однако из текста ст. 3 ТК РФ можно понять, что под дискриминацией следует понимать ограничение в правах и свободах или получение преимуществ в зависимости от открытого перечня критериев и обстоятельств, «не связанных с деловыми качествами работника». Норма данной статьи четко обуславливает, что никакими иными критериями и обстоятельствами, кроме связанных с деловыми качествами²¹⁵, работодатель не имеет права руководствоваться. Несмотря на это, в п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»²¹⁶, кроме разъяснения, что именно следует понимать под «деловыми качествами работника», говорится о том, что помимо требований, связанных с деловыми качествами, работодатель вправе предъявить к кандидату на работу и иные требования, в том числе те, «...которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы». Можно ли утверждать, что Верховный Суд РФ в своем толковании ТК РФ вышел за пределы содержания ТК РФ? Вероятно, да. Однако, очевидно, что Верховный Суд РФ в данном случае цитирует п. 2 ст. 1 Конвенции МОТ № 111, где как раз и говорится о «специфических требованиях, связанных с определенной работой». Получается, что суды должны применять на практике два различающихся понятия дискриминации в сфере труда, закрепленные во внутреннем законодательстве и в международном договоре РФ. Отсутствие координации между этими двумя понятиями не облегчает правоприменительную практику²¹⁷.

213 Конвенция МОТ № 100 относительно равного вознаграждения мужчин и женщин за труд равной ценности (1951 г.) и Конвенция МОТ № 111 относительно дискриминации в области труда и занятий (1958 г.).

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

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

216 Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3.

217 Подробнее об этом см.: Люттов Н. Л. Дискриминация в области труда и занятий: проблемы определения // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 4. С. 20-24.

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

3.4.3. ТОРГОВЛЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИМИ

Конвенция МОТ № 182 о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда (1999 г.) под наихудшими формами детского труда, которые должны быть искоренены, понимает, в частности, все формы рабства или практику, сходную с рабством, как, например, продажа детей и торговля ими. Несмотря на данные международных организаций о том, что в России существуют серьезные проблемы, касающиеся торговли детьми, официальной информации о конкретных случаях торговли детьми и случаев привлечения к ответственности за такие преступления крайне мало. В связи с этим КЭ подчеркнул *важность проведения надлежащих расследований и привлечения к ответственности лиц, вовлеченных в торговлю людьми*²¹².

В соответствии с подп. б) ч. 2 ст. 7 Конвенции каждое государство-член, принимая во внимание важность образования в деле искоренения детского труда, принимает в установленные сроки эффективные меры, направленные на оказание необходимого и должного прямого содействия для прекращения занятия детей наихудшими формами детского труда, а также их реабилитации и социальной интеграции.

Поскольку в отношении торговли детьми существуют те же проблемы недостаточности правового регулирования, что и в отношении торговли людьми (см. 3.1.2 книги), КЭ обратил внимание Правительства РФ на необходимость скорейшего принятия закона о запрещении торговли людьми. В этом законе необходимо предусмотреть меры, направленные на содействие прекращению занятий детей наихудшими формами детского труда, а также на их реабилитацию и социальную интеграцию.

212 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2013). Individual Observation concerning Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (№ 182) Russian Federation (ratification: 2003) Published: 2014. // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3143801.

4.2. СООТВЕТСТВИЕ АКТАМ ТОЛКОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ

4.2.1. ЭФФЕКТИВНЫЕ СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ

Статья 1 Конвенции МОТ № 111, как уже упоминалось, содержит определение дискриминации, включая прямую и косвенную дискриминацию. Согласно ст. 3 Конвенции каждый член организации, для которого настоящая Конвенция находится в силе, обязуется методами, соответствующими национальным условиям и практике:

- a) стремиться обеспечить сотрудничество организаций работодателей и работников, а также других надлежащих органов в деле содействия принятию и соблюдению этой политики;
- b) ввести такое законодательство и поощрять такие образовательные программы, которые смогут обеспечить принятие и соблюдение этой политики;
- c) отменять всякие законодательные положения и изменять всякие административные инструкции или практику, несовместимые с этой политикой;
- d) проводить установленную политику в области труда под непосредственным контролем государственной власти;
- e) обеспечивать соблюдение установленной политики в деятельности учреждений по профессиональному ориентированию, профессиональному обучению и трудоустройству под руководством государственной власти...

Регулирование вопросов дискриминации в России, а также набор правовых механизмов защиты от дискриминации, которым могут воспользоваться пострадавшие, является крайне недостаточным, а меры защиты — несоразмерными нарушениям. Понимание сути явления дискриминации отсутствует как в обществе в целом, так и среди правоприменителей. Нормативное регулирование вопросов дискриминации минимально и развивается крайне медленно, если не сказать, что не развивается вовсе.

В части средств и форм защиты от дискриминации в сфере труда в России ч. 4 ст. 3 ТК РФ устанавливает, что «лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального вреда и компенсации морального вреда». Введение в действие этой нормы Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ привело к тому, что органы государственной инспекции труда перестали рассматривать жалобы, связанные с дискриминацией, указывая, что согласно ч. 4 ст. 3 ТК РФ рассмотрение этой категории дел отнесено исключительно к компетенции судов. По существу, судебная защита является на сегодняшний день единственным способом защиты от дискриминации²¹⁸, а способом защиты прав пострадавшего — признание факта дискриминации.

²¹⁸ Кроме того, установлена уголовная и административная ответственность за дискриминацию. О возможностях ее применения см. ниже.

Отсутствуют механизмы восстановления прав лиц, подвергшихся дискриминации; фактические возможности привлечения к ответственности за дискриминацию; механизмы, способствующие профилактике и недопущению дискриминации. Напротив, дискриминация в массах является скорее одобряемым явлением, которое рассматривается как неизбежно свойственное нашему обществу.

Вопрос об отсутствии в России эффективных механизмов защиты от дискриминации несколько раз поднимался при рассмотрении жалоб на факты антипрофсоюзной дискриминации. Так, КТР обратилась в декабре 2001 г. с жалобой в КСО МОТ, заявив о фактах антипрофсоюзной дискриминации со стороны администрации Морского торгового порта Калининграда (дело 2199). Комитет по свободе объединения в докладе № 331 (п. 706) признал, что была допущена дискриминация по профсоюзному признаку, и обратился к Правительству РФ с просьбой «предпринять необходимые меры, в том числе путем принятия законодательных поправок, для обеспечения того, чтобы жалобы на антипрофсоюзную дискриминацию рассматривались в рамках четких и быстрых национальных процедур» и попросил информировать его по этому вопросу.

В заключении КСО, в частности, отмечено: «703. Что касается действий, имеющих характер антипрофсоюзной дискриминации, Комитет напоминает, что наличие законодательных норм, запрещающих данные действия, является недостаточным, если они не сопровождаются действенными процедурами, обеспечивающими их применение на практике... Комитет считает, что законодательство в области защиты от действий, носящих характер антипрофсоюзной дискриминации (в России), не является достаточно четким и ясным. В этой связи он обращается к Правительству с просьбой предпринять необходимые меры, в том числе путем принятия соответствующих поправок к законам, для того чтобы жалобы на действия антипрофсоюзной дискриминации могли бы рассматриваться в рамках национальных процедур, носящих ясный, четкий и быстрый характер». Комитет обратился к Правительству РФ с просьбой информировать его по данному вопросу.

В 2001 г. 32 калининградских докера в связи с этим же делом обратились в ЕСПЧ с жалобой на решение суда, связанное с отказом в защите от дискриминации²¹⁹. Заявители ссылались на нарушение ст. 6, 11 и 14 Конвенции, указывали на нарушение их права на свободу объединения, так как государство не предприняло действий по пресечению дискриминации со стороны их работодателя и отказало им в рассмотрении жалобы по фактам дискриминации в рамках гражданского судопроизводства. Европейский Суд по правам человека 30 июля 2009 г. опубликовал постановление по этому делу и единогласно признал нарушение прав заявителей. Суд постановил, что имело место нарушение ст. 14 (запрещение дискриминации) в совокупности с положениями ст. 11 (свобода собраний и объединений) ЕКПЧ, учитывая неспособность властей обеспечить эффективную и четкую

²¹⁹ Дело Даниленков и других против России (Danilenkov and Others v. Russia), №. 67336/01.

судебную защиту от дискриминации по признаку членства в профсоюзе. В соответствии со ст. 41 (справедливая компенсация) Конвенции, Суд присудил каждому заявителю компенсацию в размере 2500 евро за нематериальный ущерб.

Суд напомнил, что сфера государственных обязательств по обеспечению защиты от дискриминации, связанных со свободой ассоциаций, предполагает, что любой работник должен иметь право свободно вступать или не вступать в профсоюз без угрозы наказания. Несмотря на наличие в российском частном праве запрета дискриминации по признаку профсоюзного членства или не членства, судебные власти отказались рассматривать жалобы заявителей о дискриминации и постановили, что дискриминация может быть установлена только в сфере уголовного судопроизводства. Что касается уголовно-правовых средств защиты, Суд не убежден в том, что уголовное преследование могло обеспечить адекватную возможность возмещения ущерба в связи с якобы антипрофсоюзной дискриминацией. Суд признал, что государство не смогло обеспечить эффективную и четкую судебную защиту против дискриминации по признаку членства в профсоюзе, в нарушение ст. 11 и 14 Конвенции.

За время, прошедшее с момента вынесения постановлений по этим делам, существенных изменений в регулировании защиты от дискриминации почти не произошло²²⁰. Это стало одной из причин подачи ВКТ и КТР уже упоминавшейся выше жалобы по делу № 2758 в конце 2010 г. Среди нарушений, о которых заявлено в жалобе, речь шла, в частности, о дискриминации работников в связи с членством в профсоюзе и осуществлением профсоюзной деятельности и необеспечении защиты от дискриминации со стороны государственных органов.

По мнению ЕКСП, «средства защиты, предоставляемые жертвам дискриминации, должны быть адекватными, обеспечивающими защиту и носящими сдерживающий от дальнейших нарушений характер»²²¹.

Вопросы по поводу обеспечения эффективных механизмов защиты от дискриминации задавались России и в рамках МОТ. До принятия изменений в ТК РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ, в соответствии со ст. 3 ТК РФ работники имели также возможность обратиться в органы федеральной инспекции труда. В настоящее время в случаях дискриминации работники могут лишь обращаться в суд, что вызывало вопросы в адрес Правительства РФ со стороны КЭ²²².

220 Кроме введения запрета на публикацию объявлений о приеме на работу, содержащих дискриминационные требования, и ответственности за распространение подобной информации. См.: Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. 2013. № 145. 5 июля.

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

222 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), 2009. Observation — adopted 2009, published 99th ILC session, 2010. Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (№ 111) — Russian Federation (Ratification: 1961). Normlex Database: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2309299.

В последних замечаниях по Конвенции № 111²²³ КЭ подчеркивал, что Россией не представляется информация относительно усиления правового регулирования в вопросах защиты от дискриминации, и просил Правительство представить информацию относительно мер, предпринимаемых для обеспечения защиты от прямой и косвенной дискриминации, об эффективных средствах, направленных на решение вопроса о распределении обязанностей по доказыванию²²⁴, усилении или создании механизмов продвижения, анализа и мониторинга в вопросах равного обращения и равных возможностей в доступе к труду и занятиям в отношении всех групп, охватываемых действием Конвенции.

Также хорошее представление о перспективах совершенствования правового регулирования защиты от дискриминации дают вопросы, заданные КЭ Правительству. В частности, Комитет просил уточнить, какое количество дел было возбуждено в судах по вопросам дискриминации, каковы результаты рассмотрения этих дел, а также каковы последствия ограничения возможностей защиты прав в случае дискриминации только лишь возможностью обращения в суд с иском. Комитет просил представить информацию о результатах проверок, проведенных государственными инспекторами труда, а также информацию о том, в какой мере консультации государственных инспекторов труда помогли потерпевшим от дискриминации защитить свои права в суде; какие шаги предпринимаются для усиления возможностей инспекторов давать такие рекомендации.

Нельзя считать достаточными и методы восстановления нарушенных прав в отношении лиц, столкнувшихся с дискриминацией. Единственным способом защиты лица, столкнувшегося с дискриминацией, является признание допущенной в отношении него дискриминации с возможной выплатой компенсации причиненного морального вреда, размер которой, как правило, является крайне незначительным.

Размеры этой компенсации, присуждаемые российскими судами, ни в коей мере не отвечают требованиям, о которых говорит ЕКСП. В отношении компенсации жертвам дискриминации со стороны ЕКСП в 2014 г. Правительству РФ уже задан вопрос о соответствии российских норм требованиям п. 3 ст. 4 ЕСХ²²⁵, касающегося равной оплаты мужчин и женщин за труд равной ценности. Есть все основания считать, что российское законодательство будет признано не соответствующим этим требованиям. В качестве варианта решения этой проблемы на общественных слушаниях, которые состоялись 29 июля 2010 г. в Общественной палате РФ²²⁶, было предложено заимствовать применяющуюся в

223 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2012). Individual Observation concerning Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (№ 111) — Russian Federation (Ratification: 1961). Published: 2013 // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3084477.

224 Этот аспект будет отдельно рассмотрен ниже.

225 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 6.

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

США модель так называемых «*штрафных убытков*» (англ. *punitive damages*)²²⁷. Такая модель подразумевает компенсации в фиксированных размерах, установленных для различных видов нарушений трудовых прав и выплачиваемых при установлении судом факта нарушения трудовых прав (например, в случае незаконного увольнения взыскивается дополнительная штрафная компенсация в размере не менее 12 среднемесячных заработков). При этом эти выплаты осуществляются в пользу государства, но их часть идет в пользу истца. Вряд ли имеет смысл воспроизводить эту систему полностью: истец должен получать компенсацию, связанную с восстановлением его прав, а в выплате работодателем штрафных платежей он не должен быть заинтересован лично. Возможно, имеет смысл установить шкалу штрафных платежей, которые выплачиваются в данном случае в зависимости от оборота компании-работодателя.

В последние годы неоднократно обсуждались идеи относительно необходимости детального регулирования защиты от дискриминации²²⁸ путем принятия комплексного антидискриминационного закона, выходящего за рамки отношений в сфере труда, где проблемы доказывания и косвенной дискриминации нашли бы свое отражение, либо путем разработки отраслевых норм.

Принять такой акт в дополнение к имеющемуся в России законодательству рекомендует КЭСКП: «Комитет призывает государство-участника принять общее базовое законодательство, запрещающее все формы дискриминации в государстве-участнике, в дополнение к уже существующим законам, запрещающим дискриминацию в конкретных областях, согласно Пакту и замечанию общего порядка № 20 (2009) Комитета о недискриминации в области экономических, социальных и культурных прав»²²⁹. Однако никаких практических шагов к этому на государственном уровне пока не предпринято.

Следует урегулировать вопросы о механизмах защиты прав лиц, подвергшихся дискриминации, способах восстановления их прав, включая финансовые механизмы.

Следует расширить роль государственных инспекторов труда в рассмотрении вопросов дискриминации, осуществлении консультирования работников и работодателей по этим вопросам.

Кроме того, следует либо вернуть государственной инспекции труда право рассматривать жалобы на дискриминацию в трудовых отношениях, либо разработать концепцию создания специализированного органа, курирующего вопросы обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией.

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

228 Этот вопрос, например, был предметом детального обсуждения на Круглом столе на тему «Перспективы развития российского законодательства в свете борьбы с дискриминацией», организованном АНО «Юристы за конституционные права и свободы» 10 июня 2010 г. и в рамках ряда других мероприятий.

229 United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Report on the forty-sixth and forty-seventh sessions (2–20 May 2011, 14 November – 2 December 2011). Economic and Social Council Official Records, 2012. Supplement № 2. UN Doc. № E/2012/22, E/C.12/2011/3. P. 35.

Необходимо также создание государственной системы продвижения, анализа и мониторинга вопросов равного обращения и равных возможностей в доступе к труду и занятиями, их реализации в отношении всех групп, охватываемых действием Конвенции.

4.2.2. ЗАПРЕТ КОСВЕННОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ

Важный аспект запрета дискриминации связан с запретом не только прямой, но и косвенной дискриминации. Об этом шла речь выше применительно к Конвенции МОТ № 111; этот аспект затронут и в одном из заключений ЕКСП, касающихся Австрии²³⁰. Как указывается в заключении, *законодательство должно запрещать как прямую, так и косвенную дискриминацию*. Под косвенной дискриминацией понимаются «меры или практика, идентично применяемые ко всем, однако без законной цели непропорционально затрагивающие интересы лиц, имеющих определенные религиозные верования, определенный вид инвалидности, определенный возраст, определенную сексуальную ориентацию, определенные политические убеждения, определенное этническое происхождение и т. п.»²³¹. Аналогичные просьбы поступали в отношении России и со стороны КК и КЭ²³². Во внутреннем российском законодательстве есть только упоминание о запрете на «...прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора» (ч. 2 ст. 64 ТК РФ). Данный запрет, во-первых, касается только момента заключения трудового договора и не распространяется на дальнейшую работу, и, во-вторых, в законе не разъясняется, что, собственно, следует понимать под прямыми или косвенными действиями работодателя. Соответственно, насколько нам известно, случаи признания фактов косвенной дискриминации в сфере труда в российской судебной практике отсутствуют.

В связи с этим рекомендуется урегулировать понятие косвенной дискриминации в законодательстве, а также осуществлять исследование и обобщение практики по этому вопросу, делая их публичными.

4.2.3. ЗАЩИТА ОТ МЕСТИ СО СТОРОНЫ РАБОТОДАТЕЛЯ

Среди других элементов антидискриминационного законодательства, специально упоминаемых²³³ ЕКСП в связи с п. 2 ст. 1 ЕСХ, следует отметить *необходимость защиты от увольнения или иных репрессивных действий*

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

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

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

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

работодателя в отношении работников, которые подали жалобу или иск в отношении работодателя. В другом деле ЕКСП отмечает, что работники, которые пытаются отстоять свое право на равное обращение, должны быть защищены не только от увольнения, но и от понижения в должности, изменения условий труда и т. д.²³⁴ Как указывает ЕКСП²³⁵, законодательство должно содержать прямое указание о запрете увольнения работников в качестве мести работодателя.

Исследования проблем дискриминации в России показывали, что наиболее распространенная причина дискриминации российских работников — это попытка защищать свои права²³⁶. Об этом же свидетельствуют и дела, рассматривавшиеся в отношении России по жалобам российских работников в КСО и ЕСПЧ.

В этом отношении приходится констатировать тенденцию к ослаблению существующей системы защиты. Следует отметить, в частности, ряд решений Конституционного Суда РФ, вынесенных в отношении конституционности норм, устанавливающих дополнительные гарантии в отношении выборных профсоюзных активистов, не освобожденных от основной работы.

Определением Конституционного Суда РФ от 3 ноября 2009 г. № 1369-О-П²³⁷ норма ст. 374 ТК РФ признана противоречащей Конституции РФ в той части, в которой она не допускает увольнение по инициативе работодателя в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ руководителей (их заместителей) выборных коллегиальных органов первичных профсоюзных организаций, выборных коллегиальных органов профсоюзных организаций структурных подразделений организаций (не ниже цеховых и приравненных к ним), не освобожденных от основной работы, без согласия соответствующего вышестоящего выборного профсоюзного органа.

Под сомнение была поставлена конституционность данной нормы и в части, в которой она требует получения согласия на увольнение соответствующих категорий работников по п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ. В Определении Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2003 г. № 421-О «По запросу Первомайского районного суда города Пензы о проверке конституционности части первой статьи 374 Трудового кодекса Российской Федерации»²³⁸ указано, что в случае отказа вышестоящего профсоюзного органа в согласии на увольнение работника в связи с сокращением численности или штата работников организации (индивидуального предпринимателя) работодатель вправе обратиться с заявлением о признании его необоснованным в суд, который при рассмотрении дела выясняет, производится ли в действи-

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

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

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

237 Определение Конституционного Суда РФ от 3 ноября 2009 г. № 1369-О-П «По жалобе открытого акционерного общества “Судостроительный завод “Лотос” на нарушение конституционных прав и свобод положением части первой статьи 374 Трудового кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 2.

238 Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 3.

тельности сокращение численности или штата работников (что доказывается работодателем путем сравнения старой и новой численности или штата работников), связано ли намерение работодателя уволить конкретного работника с изменением организационно-штатной структуры организации или с осуществляемой этим работником профсоюзной деятельностью. При этом соответствующий профсоюзный орган обязан представить суду доказательства того, что его отказ основан на объективных обстоятельствах, подтверждающих преследование данного работника со стороны работодателя по причине его профсоюзной деятельности, т. е. увольнение носит дискриминационный характер. Только в случае вынесения судом решения, удовлетворяющего требование работодателя, последний вправе издать приказ об увольнении.

Также на основании Постановления Конституционного Суда РФ от 24 января 2002 г. № 3-П²³⁹ в июле 2010 г. были признаны утратившими силу ч. 1 и 2 ст. 25 Закона о профсоюзах²⁴⁰, ранее устанавливавшие дополнительные гарантии в отношении работников, входящих в состав профсоюзных органов и не освобожденных от основной работы, при привлечении к дисциплинарной ответственности и переводе. Основанием этим решениям послужило то, что существовавшие гарантии в этой области ограничивают предпринимательские права²⁴¹.

Таким образом, в настоящее время гарантии в связи с осуществлением профсоюзной деятельности минимизированы.

После принятия Конституционным Судом РФ перечисленных выше определений, Российская Федерация ратифицировала Конвенцию МОТ № 135 «О защите прав представителей работников на предприятии и предоставляемых им возможностях» (1971 г.)²⁴² и приняла на себя обязательства по выполнению ее положений. Рекомендация МОТ № 143 «О защите прав представителей трудящихся на предприятии и предоставляемых им возможностях» (1971 г.),

239 Постановление Конституционного Суда РФ от 24 января 2002 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений части второй статьи 170 и части второй статьи 235 Кодекса законов о труде Российской Федерации и пункта 3 статьи 25 Федерального закона “О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности” в связи с запросами Зерноградского районного суда Ростовской области и Центрального районного суда города Кемерово» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. № 3.

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

241 Проблема коллизии права на объединение и права на осуществление предпринимательской деятельности рассматривалась в рамках государств ЕС. При этом законными признавались существенно большие ограничения предпринимательских свобод. См. об этом подробнее: *Люттов Н. Л.* Проблема коллизии социальных прав работников и экономических прав работодателей в корпоративной деятельности: сравнительно-правовой аспект // *Lex Russica*. 2013. № 1; *Nekrošius I., Petrylaitė D.* Labour Law as Instrument in Settling Conflicts between Social and Economic Interests in the 21st Century // *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*. 2009. P. 381-387; *Wendeling-Schröder U.* Fundamental Freedoms of the EC Treaty Versus the Fundamental Social Right to Take Collective Action — a Critical Comment on the New Jurisdiction of the European Court of Justice // *Fundamental Social Rights in Europe: Challenges and Opportunities* / E. Ales, T. Jaspers, P. Lorber et al. (eds.) Antwerp et al.: Intersentia, 2009. P. 25-36 и др.

242 Федеральный закон от 1 июля 2010 г. № 137-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав представителей работников на предприятии и предоставляемых им возможностях (Конвенции № 135)» // Российская газета. 2010. № 147. 7 июля.

конкретизируя возможные меры, которые государства должно ввести для обеспечения эффективной защиты представителей работников, предлагает (в качестве одного из вариантов) включать в законодательство требование о консультации с независимым органом, государственным или частным, или с объединенным органом, или о получении его мнения или согласия, прежде чем решение об увольнении представителя работников станет окончательным (п. «b» ч. 2 п. 6).

Таким образом, есть все основания говорить о том, что в результате ратификации Россией международного договора появились основания для пересмотра оценки, данной соотношению права на объединение и права на осуществление предпринимательской деятельности в процитированных выше актах Конституционного Суда РФ.

После ратификации Конвенции МОТ № 135 в Государственную Думу был внесен ряд законопроектов, предлагающих вернуть или установить новые гарантии при увольнении представителей работников, которые до настоящего времени остаются не рассмотренными.

В связи с этим представляется целесообразным вернуться к рассмотрению внесенных в Государственную Думу РФ законопроектов и ввести в законодательство РФ нормы, предусматривающие гарантии защиты в отношении представителей работников в связи с осуществлением ими профсоюзной деятельности.

Желательно также рассмотреть вопрос об установлении запрета увольнения или иных репрессивных действий работодателя в отношении работников, которые подали жалобу или иск в отношении работодателя.

4.2.4. БРЕМЯ ДОКАЗЫВАНИЯ ДИСКРИМИНАЦИИ

Существуют фундаментальные расхождения в толковании норм о запрете дискриминации в сфере труда между внутренним российским законодательством и позициями ЕКСП (п. 3 ст. 4, ст. 15 п. 5 ст. 19, ст. 20, 27). Поэтому есть все основания ожидать критических заключений ЕКСП после рассмотрения им доклада России о соблюдении ЕСХ. В настоящее время ЕКСП ожидает дополнительной информации от России по данному вопросу²⁴³.

Один из самых важных аспектов антидискриминационного законодательства — вопрос о доказывании дискриминации. В соответствии со ст. 56 ГПК РФ предусматривается обязанность каждой из сторон судебного разбирательства доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается²⁴⁴.

243 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 6.

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

Это означает, что лицо, считающее, что оно подверглось дискриминации в сфере труда, будет обязано доказывать этот факт в суде. На практике это сделать очень сложно, в связи с чем дела о дискриминации выигрываются российскими работниками в судах очень редко. Даже в очевидных случаях дискриминации добиться справедливости работникам оказывается очень затруднительно²⁴⁵.

Здесь важно обратить внимание также на то, каким образом правила о распределении бремени доказывания по делам о признании незаконным отказа в даче согласия на увольнение работника сформулировал Конституционный Суд РФ в Определении от 4 декабря 2003 г. № 421-О: «В случае отказа вышестоящего профсоюзного органа в согласии на увольнение работодателя вправе обратиться с заявлением о признании его необоснованным в суд, который при рассмотрении дела выясняет, производится ли в действительности сокращение численности или штата работников (что доказывается работодателем путем сравнения старой и новой численности или штата работников), связано ли намерение работодателя уволить конкретного работника с изменением организационно-штатной структуры организации или с осуществляемой этим работником профсоюзной деятельностью. При этом соответствующий профсоюзный орган обязан представить суду доказательства того, что его отказ основан на объективных обстоятельствах, подтверждающих преследование данного работника со стороны работодателя по причине его профсоюзной деятельности, т. е. увольнение носит дискриминационный характер. И только в случае вынесения судом решения, удовлетворяющего требование работодателя, последний вправе издать приказ об увольнении». Таким образом, пожалуй, в единственном акте, посвященном вопросам распределения обязанностей по доказыванию по делу о дискриминации, бремя доказывания переложено на представительный орган работников, вопреки правилам, рекомендуемым международными стандартами.

В решениях и заключениях ЕКСП указывается²⁴⁶, что национальное законодательство стран — участниц ЕСХ должно предусматривать смягчение бремени доказывания для истца по делам о дискриминации. В других делах прямо указывается, что бремя доказывания должно быть для истца не просто «облегчено», а перенесено на ответчика²⁴⁷. Контрольные органы МОТ об-

245 См., например, «Дело Ступко» (см. Апелляционное решение Ленинского районного суда г. Воронежа от 28 января 2008 г. Дело № 11-27/08), в котором работнику изначально отказали в иске, несмотря на наличие письменного отказа работодателя принять его на работу бухгалтером, как неподходящего «по возрастному признаку»; «Дело Идигешева», в котором работнику было отказано в приеме на работу в связи с «неславянской внешностью» (см. об этом деле: Центр социально-трудовых прав «Дискриминация доказана, виновных нет» URL: <http://trudprava.ru/expert/article/discriminart/1036>; Центр социально-трудовых прав «Лицо неславянской внешности» URL: <http://trudprava.ru/expert/article/discriminart/348>).

246 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2002. P. 24; Syndicat Sud Travail et Affaires Sociales v. France, Complaint № 24/2004, Decision on the merits of 16 November 2005, § 33.

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

ращались с просьбой по облегчению доказывания фактов дискриминации в адрес Правительства РФ, но не получили ответа²⁴⁸.

Правило о доказывании, закрепленное в ст. 56 ГПК РФ, не предусматривает каких-либо облегчений для истцов по делам, связанным с дискриминацией. В российской правовой науке высказывалось мнение о необходимости полного или частичного перенесения бремени доказывания случаев дискриминации в сфере труда на ответчика. В качестве варианта частичного перенесения, например, предлагался следующий вариант: полное перенесение бремени доказывания при дискриминации при приеме на работу и распределении бремени между сторонами — в других случаях²⁴⁹.

Системы национального законодательства, в рамках которых действуют эффективные меры защиты от дискриминации, международные договоры по вопросам дискриминации считают вопрос о доказывании дискриминации одним из самых важных. При рассмотрении гражданских дел во всех странах на стороны возлагается бремя доказывания тех фактов, которые каждая из них приводит в обоснование своей позиции. Однако история противодействия дискриминации показала, что в делах такого рода стандартные правила доказывания возлагают на заявителя непосильное бремя, не позволяющее установить наличие дискриминационных намерений лица или дискриминационных последствий какой-либо меры. Постепенно судебная практика (прежде всего, в странах общего права), международное сообщество, наднациональные органы и законодательство отдельных стран склонились к новым стандартам доказывания в делах о дискриминационном обращении. Были сформулированы правила о переносе бремени доказывания по делам как о прямой, так и о косвенной дискриминации.

Обычно в делах о прямой дискриминации на основании какого-либо признака заявитель должен продемонстрировать, что: в отношении определенного лица *имело место различие* в обращении; в результате такого обращения одно лицо оказалось (или могло оказаться) в *менее выгодном положении*, чем другое; обстоятельства, в которых находились указанные лица, *сопоставимы* (не отличались по сути); *единственным основанием* различия в обращении была какая-либо из персональных характеристик (пол, возраст, язык и т. д.).

Далее *бремя доказывания переходит* на ответчика (в настоящем деле — государство), который должен доказать, что: продемонстрированному заявителем различию *имеется объективное или разумное оправдание*, т. е. различие преследовало *законную цель*; между предпринятыми мерами и достигаемыми законными целями *существовала разумная соразмерность (пропорциональность)*.

Директивы 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС1 расценивают как незаконную и косвенную дискриминацию, при которой внешне нейтральная норма, кри-

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

249 Митина Н. М. Запрещение дискриминации в сфере труда как один из основных принципов трудового права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7.

терий или практика ставят представителей какого-то меньшинства в особенно невыгодное положение по сравнению с другими лицами. Упомянутые директивы предусмотрели, что в гражданских делах в случае, если лицо, считающее себя жертвой дискриминационного обращения, сможет представить суду (или иному органу) факты, из которых можно предположить, что имела место дискриминация, бремя доказывания должно быть возложено на ответчика, который будет обязан доказать, что принцип равноправия не был нарушен. Перенос бремени доказывания используется не только при рассмотрении дел о дискриминации, но также и в работе иных, квазисудебных органов²⁵⁰.

Таким образом, рекомендуется *ввести специальные нормы, регулирующие распределение обязанностей по доказыванию (облегчение процедуры доказывания) по делам, связанным с дискриминацией*. Применительно к трудовым правоотношениям это возможно путем *внесения соответствующих изменений в ТК РФ, в гл. 60 «Рассмотрение и разрешение индивидуальных трудовых споров»*.

В некоторой степени доказывание дискриминации может быть облегчено после принятия закона, запрещающего и устанавливающего административную ответственность за подачу объявлений о вакансиях, содержащих дискриминационные требования. Несмотря на то что такого рода объявления считаются совершенно недопустимыми в современных цивилизованных государствах, в России они представляют собой весьма распространенную практику. После принятия летом 2013 г. соответствующих поправок²⁵¹ в КоАП РФ и Закон РФ «О занятости населения в Российской Федерации», принятых по инициативе правозащитных организаций²⁵², ситуация в этом отношении существенно улучшилась. Так, по данным исследований объявлений о приеме на работу, проведенных Центром социально-трудовых прав в 2007, 2009²⁵³ и 2013 г. (август и ноябрь 2013 г.), данное изменение законодательства существенно изменило, по крайней мере, легальную сторону объявлений о приеме на работу.

В 2007 г. исследование показало, что наиболее распространенными признаками дискриминации являются возраст, пол и место проживания. Например,

250 Подробнее о доказывании по делам о дискриминации см., в частности: Защита личности от дискриминации. В 3 т. Т. 1 / [Дикман С. С. и др.]. М. : Новая юстиция, 2009. — (Юристы за конституционные права и свободы). С. 353-424.

251 См.: Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 27. Ст. 3454.

252 Об обсуждении данных инициатив см. материалы, касающиеся законопроекта № 236214-6 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации» и другие законодательные акты Российской Федерации (о дополнительных мерах по содействию занятости лиц, находящихся в социально уязвимом положении, и запрете на распространение дискриминационной информации о вакансиях)» // Сайт Государственной Думы ФС РФ. Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=236214-6&02>.

253 Социологическое исследование «Дискриминация в сфере труда: распространенность, формы и причины существования». Сайт Центра социально-трудовых прав: URL: <http://trudprava.ru/expert/research/discriminurv/564>.

в Москве: 35,2 % объявлений содержали требования к полу, 58,9 % — к возрасту, 19,5 % — к месту проживания. В среднем 25 % объявлений содержали один дискриминационный признак, 23 % — два признака, 3 % — три признака. Всего 73 % объявлений содержали дискриминационные требования. Сходные результаты были получены в 2009 г.: 69 % объявлений содержали дискриминационные требования, в Москве 27,2 % объявлений включали требования к полу, 47,3 % — к возрасту, 15,9 % — к месту проживания.

В 2013 г. число таких требований существенно снизилось. В Москве доля объявлений, содержащих дискриминационные требования, соответственно в августе и в октябре 2013 г. составляла: содержащих требования к полу — 8,8 % и 3,2 %; требования к возрасту — 13,1 % и 4 %; требования к месту жительства — 4,7 % и 2 % соответственно.

Этот пример наглядно демонстрирует, что принятие даже небольших шагов в области улучшения законодательного регулирования может иметь очень значительные положительные последствия.

4.2.5. ГЕНДЕРНАЯ ДИСКРИМИНАЦИЯ

4.2.5.1. Комплексное законодательство о запрете гендерной дискриминации

Проблема дискриминации по признаку пола имеет несколько аспектов. Общую критику в этом вопросе высказывали различные международные органы. В частности, КЭСПК в 2011 г. отмечал: «Принимая к сведению усилия государства-участника, включая создание в июне 2006 г. Межведомственной комиссии по вопросам обеспечения равенства мужчин и женщин и принятие Национальной стратегии обеспечения равных прав и равных возможностей мужчин и женщин в Российской Федерации, Комитет в то же время повторяет свои озабоченности по поводу отсутствия гендерного равенства в государстве-участнике, особенно в том, что касается участия в политической и общественной жизни, что усугубляется вредными традициями и стереотипами, касающимися менее важной роли женщин в государстве-участнике (статья 3). Комитет рекомендует государству-участнику продолжать свои усилия по поощрению гендерного равенства и принять проект федерального закона о государственных гарантиях равных прав и свобод и равных возможностей мужчин и женщин в Российской Федерации. Комитет настоятельно призывает государство-участник выделить все необходимые ресурсы для осуществления его Национальной стратегии равных прав и равных возможностей мужчин и женщин в Российской Федерации. Комитет также рекомендует государству-участнику сотрудничать со средствами массовой информации и другими субъектами, формирующими общественное мнение, для формирования позитивного, свободного от стереотипов и дискриминации образа женщины» (п. 13)²⁵⁴.

254 Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. 46-я сессия. Женева, 2—20 мая 2011 г. Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статья-

Таким образом, в части работы с законодательством может быть рекомендовано *принять давно обсуждаемый в России проект федерального закона о государственных гарантиях равных прав и свобод и равных возможностей мужчин и женщин в Российской Федерации*.

Кроме того, существует ряд аспектов гендерной дискриминации, которые требуют отдельного рассмотрения.

4.2.5.2. ЗАПРЕТ ОПРЕДЕЛЕННЫХ ПРОФЕССИЙ ДЛЯ ЖЕНЩИН

Комитет экспертов и Комитет Конференции многократно обращались к Правительству РФ с просьбой изменить ст. 253 ТК РФ, ограничивающую применение труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и опасными условиями труда, а также Перечень тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утвержденный постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. № 162²⁵⁵. Контрольные органы МОТ обращали внимание Правительства на то, что соответствующие нормы не должны выходить за рамки защиты репродуктивного здоровья женщин и основываться на стереотипных представлениях о роли женщин в обществе²⁵⁶.

Так, в замечаниях КЭ 2012 г.²⁵⁷ подчеркивается, что защитные меры, которые применяются в отношении женщин, базирующиеся на стереотипных представлениях о профессиональных способностях и роли женщины в обществе, нарушают принцип равных возможностей и равных обращений в отношении мужчин и женщин в вопросах труда и занятости. Положения, относящиеся к защите лиц, работающих во вредных и тяжелых условиях труда, должны в равной мере распространяться на защиту здоровья и безопасности мужчин и женщин, с учетом гендерных различий в отношении конкретных видов риска их здоровью²⁵⁸.

Аналогичные просьбы делались и со стороны Комитета по экономическим, социальным и культурным правам²⁵⁹, отвечающего за применение МПЭСКП 1966 г.

ми 16 и 17 Пакта. Заключительные замечания Комитета по экономическим, социальным и культурным правам. Пункт 18. См. официальный сайт United Nations Human Rights: URL: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fRUS%2fCO%2f5&Lang=en.

255 Собрание законодательства РФ. 2000. № 10. Ст. 1130.

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

257 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2012). Individual Observation concerning Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (№. 111). Russian Federation (ratification: 1961) Published: 2013. // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3084477.

258 General Survey on fundamental Conventions, 2012, paragraph 840.

259 United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Report on the forty-sixth and forty-seventh sessions (2—20 May 2011, 14 November — 2 December 2011). Economic and Social Council Official Records, 2012. Supplement № 2. UN Doc. № E/2012/22, E/C.12/2011/3. New York and Geneva : United Nations, 2012. P. 37.

В связи с такими установками международных органов следует иметь в виду правовые позиции высших судебных инстанций России, высказанные в отношении ограничений упомянутого Перечня. В 2009 г. Верховным Судом РФ вынесено решение по заявлению истицы А. Ю. Клевец, просившей отменить запрет для женщин выполнять работу машиниста и помощника машиниста электропоезда, установленный Перечнем, утвержденным постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. № 162, как противоречащий Конвенции МОТ № 111 о дискриминации в области труда и занятий (1958 г.). Верховный Суд отказал в иске²⁶⁰, ссылаясь на общую вредность данной профессии, без каких-либо ссылок на то, что эта работа вреднее для женщин, чем для мужчин.

Конституционный Суд РФ отказал в принятии к рассмотрению жалобы А. Ю. Клевец, сославшись на то, что «при установлении Перечня Правительство РФ действовало на основе оценки условий труда, степени и последствий их воздействия на организм работающей женщины и принимало во внимание факторы профессионального риска для женщин вследствие направленного действия некоторых производственных факторов на репродуктивную функцию. Кроме того, труд женщин может применяться на указанных в Перечне работах (профессиях, должностях), если работодателем будут созданы безопасные условия труда. Таким образом, как ст. 253 ТК РФ, так и Перечень не устанавливают абсолютного запрета применения труда женщин на указанных в Перечне видах работ. Кроме того, с развитием техники и технологии условия труда изменяются, вредные производственные факторы исчезают либо их воздействие ослабляется настолько, что становится безопасным для репродуктивного здоровья женщины, что влечет за собой внесение изменений в Перечень путем исключения соответствующих производств, работ, должностей. Проверка же обоснованности включения конкретной профессии в Перечень производств, работ и должностей с вредными и (или) опасными условиями труда, на которых ограничивается применение труда женщин, не входит в компетенцию Конституционного Суда РФ»²⁶¹.

Таким образом, аргументация МОТ судами РФ в расчет принята не была.

4.2.5.3. Равная оплата за труд равной ценности мужчин и женщин

Несмотря на то, что в Конституции РФ (ч. 3 ст. 37) и ТК РФ (ст. 3, ч. 2 ст. 22) закрепляется правило о равной оплате за труд равной ценности, на практике существует значительный разрыв в оплате труда между мужчинами и жен-

260 Решение Верховного Суда РФ от 2 марта 2009 г. № ГКПИ09-36 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании недействующим в части пункта 374 раздела XXX Перечня тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утв. постановлением Правительства РФ от 25.02.2000 № 162» // СПС «Консультант-плюс».

261 Определение Конституционного Суда РФ от 22 марта 2012 г. № 617-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Клевец Анны Юрьевны на нарушение ее конституционных прав частями первой и третьей статьи 253 Трудового кодекса Российской Федерации и пунктом 374 раздела XXX Перечня тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин» // СПС «КонсультантПлюс».

щинами как в целом, так и в отдельных секторах. Средняя заработная плата женщин по состоянию на 2009 г. составляла 65,3% от зарплаты мужчин, и это соотношение в течение многих лет продолжает поддерживаться примерно на таком уровне. На проблемы в этой сфере неоднократно обращал внимание Комитет ООН по искоренению всех форм дискриминации в отношении женщин (CEDAW)²⁶², подчеркивая, что женщины составляют абсолютное большинство среди низкооплачиваемых работников в общественном секторе, сталкиваются с дискриминацией в частном секторе, а доля женщин среди высокооплачиваемых работников в этом секторе очень низка. Указанный комитет отмечал наличие скрытой дискриминации, наличие вертикальной и горизонтальной сегрегации женщин²⁶³. Этому способствует, в частности, сохранение стереотипов относительно роли мужчин и женщин в обществе, недооценка труда, выполняемого женщинами.

Комитет по экономическим, социальным и культурным правам ООН также высказывал свою озабоченность тем, что, несмотря на усилия России, «ситуация женщин в сфере занятости по-прежнему является неблагоприятной и что женщины составляют подавляющее большинство работников, занятых на низкоквалифицированных и низкооплачиваемых работах в различных областях государственного и частного секторов». Комитет был обеспокоен «существенным разрывом в оплате труда мужчин и женщин, при котором средний доход женщин составляет 65,3 % от среднего дохода мужчин в стране (статья 7)» и призвал Россию «обеспечить справедливые и благоприятные условия работы женщин на рынке труда, в частности активизировать свои усилия по увеличению окладов работников системы образования, здравоохранения и в других государственных секторах, с тем чтобы сократить разрыв в оплате труда между мужчинами и женщинами в государстве-участнике»²⁶⁴ (п. 14).

Комитет экспертов МОТ обращал внимание Правительства РФ на необходимость разработки объективных аналитических методов для оценки различных видов работ, а также взаимодействия с социальными партнерами в этих вопросах²⁶⁵. По последней представлявшейся информации в рамках Минздравсоцразвития России была создана специальная рабочая группа по гендерному равенству при Министерстве.

Кроме того, КЭ отметил²⁶⁶ отсутствие информации о судебных делах и каких-либо жалобах на нарушение принципа равной оплаты за труд равной ценности, что, по мнению КЭ, свидетельствует либо об отсутствии информации

262 CEDAW/C/USR/CO/7, 16 August 2010, paragraph 36.

263 CEDAW/C/USR/7, 9 March 2009, paragraph 75.

264 Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. 46-я сессия. Женева, 2–20 мая 2011 г. Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьями 16 и 17 Пакта. Заключительные замечания Комитета по экономическим, социальным и культурным правам. Пункт 18. См. официальный сайт United Nations Human Rights: URL: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fRUS%2fCO%2f5&Lang=en.

265 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2011). Individual Observation concerning Equal Remuneration Convention, 1951 (№ 100) — Russian Federation (Ratification: 1956). Published: 2012 // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2699089.

266 Там же.

рованности трудящихся о существовании этого права, либо об отсутствии доступа к механизмам защиты своих прав. В связи с этим КЭ обратил внимание Правительства РФ на необходимость повышения осведомленности в обществе относительно содержания принципа равной оплаты за труда равной ценности, о применимых механизмах и средствах защиты прав в случае их нарушения. Также он отметил важность проведения тренингов для судей, государственных инспекторов труда и государственных служащих, работающих с этими вопросами.

С учетом Рекомендаций и запросов КЭ может быть рекомендовано *разрабатывать систему мер, направленных на сокращение гендерной сегрегации в области занятий и сокращение неравенства в оплате труда, которые существуют на практике, включая преодоление гендерных стереотипов; разрабатывать и использовать систему методов объективной оценки различных работ.*

Такая политика подразумевает не только правовые, но и политические, социальные и экономические действия со стороны государственных органов.

С учетом данных статистики желательно установить, во-первых, те отрасли экономики, где существует наибольшее разделение в отношении занятия рабочих мест представителями одного пола и, во-вторых, различия в оплате мужчинам и женщинам в одних и тех же профессиях. После выявления наиболее проблемных в данном отношении отраслей и профессий необходимо предпринимать меры по информированию работодателей о существовании соответствующей проблемы и стимулировать их к исправлению гендерного дисбаланса в области занятости и оплаты труда. Стимулирующие меры, помимо прочего, могут включать налоговые льготы для работодателей в традиционно гендерно дифференцированных отраслях и профессиях, которые, несмотря на общую неблагоприятную тенденцию в данных сферах деятельности, существенно более равномерно нанимают на работу, содействуют карьерному продвижению и оплачивают труд мужчин и женщин.

Также следует уделять внимание проведению тренингов для работников и работодателей, а также обсуждений по вопросу содержания принципа равной оплаты за труд равной ценности, оценки его соблюдения, механизмов защиты права с участием представителей сторон трудовых отношений, судей, инспекторов труда и других вовлеченных лиц.

4.2.5.4. СЕКСУАЛЬНЫЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

В современном зарубежном антидискриминационном законодательстве в рамках гендерной дискриминации выделяются такие формы, как «преследование»

или «сексуальное преследование» (англ. *harassment, sexual harassment*). Дополнительно вопрос преследования и насилия на работе отражен в Рамочном соглашении социальных партнеров на уровне ЕС, заключенном по этому поводу в 2007 г.²⁶⁷ В Директиве ЕС 2006 г. о гендерной дискриминации (№ 2006/54/ЕС) под преследованием понимается «нежеланное поведение, связанное с полом лица, осуществляющееся с целью или приводящее к унижению достоинства человека, а также создающее запугивающую, враждебную, унижительную или оскорбительную обстановку». Соответственно, под сексуальным преследованием понимаются аналогичное поведение сексуального характера в форме «вербальных, невербальных или физических действий». И преследование, и сексуальное преследование включены в понятие дискриминации по смыслу Директивы. В отношении России уже делались замечания со стороны контрольных органов ООН в отношении соблюдения МПЭСКП о необходимости принятия специальных мер об уголовной ответственности за сексуальное преследование на рабочем месте²⁶⁸. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам ООН рекомендовал России «рассмотреть возможность включения в Уголовный кодекс и Трудовой кодекс понятия сексуального домогательства на рабочем месте в качестве отдельного преступления, с тем чтобы усилить защиту женщин от дискриминации на рабочем месте».

Комитет экспертов МОТ также рассматривает сексуальные преследования как вид дискриминации, запрещенной Конвенцией № 111. В последних своих заключениях в адрес России КЭ высказал критику²⁶⁹ за то, что в России отсутствуют правовые нормы, регулирующие недопустимость сексуального преследования на рабочем месте. Комитет экспертов считает в этом смысле общие меры уголовной ответственности, предусмотренные ст. 133 УК РФ за поношение лица к половому сношению, мужеложству, лесбиянству или совершению иных действий сексуального характера путем шантажа, угрозы уничтожением, повреждением или изъятием имущества либо с использованием материальной или иной зависимости потерпевшего (потерпевшей), недостаточными. По мнению Комитета, установление одной лишь уголовной ответственности не может решить возникающие в этой сфере проблемы, так как этот вопрос является очень чувствительным, сложно доказуемым, а случаи, за которые установлена уголовная ответственность, не покрывают того спектра случаев, которые рассматриваются как недопустимое сексуальное преследование.

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

268 United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Report on the thirtieth and thirty-first sessions (5–23 May 2003, 10–28 November 2003). Economic and Social Council Official Records, 2004. Supplement № 2. UN Doc. № E/2004/22, E/C.12/2003/14. Para. 490. P. 69.

269 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2012). Individual Observation concerning Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (№ 111) — Russian Federation (Ratification: 1961). Published: 2013 // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3084477.

Учитывая важность и серьезные последствия сексуальных преследований, являющихся серьезной формой гендерной дискриминации и нарушения прав человека, необходимо принимать эффективные меры для предупреждения и запрещения сексуального преследования на работе как через создание враждебной атмосферы, так и в рамках тактики «услуга за услугу»²⁷⁰.

В связи с этим следует рассмотреть рекомендации КЭ о том, что необходимо ввести в законодательство четкое определение и запрет на сексуальное преследование в сфере труда и занятости как через создание враждебной атмосферы, так и в рамках тактики «услуга за услугу», а также предпринимать меры, направленные на повышение информированности работодателей, работников и их представителей относительно проблемы сексуальных преследований. Также следует рассмотреть рекомендацию КЭСКП о включении в УК РФ ответственности за сексуальное домогательство на рабочем месте как за отдельное преступление.

4.2.6. Дискриминация лиц с семейными обязанностями

В декабре 2011 г. Конституционный Суд РФ рассмотрел дело о несоответствии Конституции РФ ч. 4 ст. 261 ТК РФ («Дело Остаева») ²⁷¹. Несмотря на то, что основным предметом рассмотрения в данном деле было соответствие ТК РФ Конституции РФ, истец обосновывал свои требования не только Конституцией РФ, но и Конвенцией МОТ № 156 о равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящихся с семейными обязанностями (1981 г.), а суд, удовлетворяя часть требований истца, ссылаясь на практику ЕСПЧ по делу «Веллер (Weller) против Венгрии» 2009 г. (п. 5.1 Постановления). Конституционный Суд РФ признал положение ч. 4 ст. 261 ТК РФ не соответствующим Конституции, «...в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования оно, запрещая увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей указанного возраста без матери, исключает возможность пользоваться этой гарантией отцу, являющемуся единственным кормильцем в многодетной семье, воспитывающей малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, где мать в трудовых отношениях не состоит и занимается уходом за детьми».

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

270 General Survey, 2012, paragraphs 789 and 792.

271 Постановление Конституционного Суда 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» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 52. Ст. 7639.

Еще более интересно это дело выглядит на фоне практически аналогичного дела, рассмотренного Конституционным Судом РФ в отношении военнослужащего-мужчины. В январе 2009 г. Суд принял отказное Определение от 15 января 2009 г. № 187-О-О²⁷² в отношении жалобы военнослужащего К. А. Маркина — одинокого отца, воспитывавшего троих детей, который не смог получить отпуск по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет, полагающийся в таких ситуациях женщинам. То есть в данном случае рассматривалась аналогичная предыдущему делу ситуация, но в отношении военнослужащего. Маркин просил Конституционный Суд РФ признать не соответствующими Конституции РФ соответствующие нормы Федерального закона от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» (п. 9 ст. 10 и п. 13 ст. 11)²⁷³ и Федерального закона от 19 мая 1995 г. № 81-ФЗ «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» (абз. 2 и 7 ч. 1 ст. 13, абз. 2 и 3 ч. 1 ст. 15)²⁷⁴, не предоставляющие ему такой возможности наравне с женщинами. Отказывая заявителю, Конституционный Суд РФ прямо сослался на п. 2 ст. 1 Конвенции МОТ № 111, предусматривающий, что «не считаются дискриминацией различия, исключения или предпочтения в области труда и занятий, основанные на специфических (квалификационных) требованиях, связанных с определенной работой». Конституционный Суд РФ указал, что «поскольку военная служба в силу предъявляемых к ней специфических требований исключает возможность массового неисполнения военнослужащими своих служебных обязанностей без ущерба для охраняемых законом публичных интересов, отсутствие у военнослужащих мужского пола, проходящих службу по контракту, права на отпуск по уходу за ребенком не может рассматриваться как нарушение их конституционных прав и свобод, в том числе гарантированных статьей 38 (часть 2) Конституции ...Кроме того, данное ограничение согласуется с добровольным характером заключения контракта о прохождении военной службы» (п. 2.2 Определения).

Заявитель обратился также за защитой своих прав в ЕСПЧ. В марте 2012 г. Большая палата ЕСПЧ приняла решение в пользу Маркина²⁷⁵. Правительство РФ, возражая против требований Маркина в ЕСПЧ, дополнило аргументацию Конституционного Суда РФ ссылками на то, что при предоставлении права на отпуск в таких ситуациях только женщинам, имеет место «позитивная дискриминация», обусловленная особой защитой государства в отношении данной категории лиц. В ответ на это ЕСПЧ выразил

272 Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2009 г. № 187-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 13 и 15 Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», статей 10 и 11 Федерального закона «О статусе военнослужащих», статьи 32 Положения о порядке прохождения военной службы и пунктов 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей» // СПС «КонсультантПлюс».

273 Собрание законодательства РФ. 1998. № 22. Ст. 2331.

274 Собрание законодательства РФ. 1995. № 21. Ст. 1929.

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

согласие с заявителем, «...что такое различие имеет следствием сохранение гендерных стереотипов и не предоставляет никаких преимуществ ни для карьеры женщин, ни для семейной жизни мужчин» (п. 44 Постановления). Европейский Суд по правам человека также указал, что «...существуют иные средства достижения правомерной цели защиты национальной безопасности кроме предоставления права на отпуск по уходу за ребенком военнослужащим-женщинам и лишения этого права всех военнослужащих-мужчин» (п. 50 Постановления). Рассматривая ссылку Конституционного Суда РФ на Конвенцию МОТ № 111, ЕСПЧ отметил, что должность истца на время отпуска могла быть замещена другим военнослужащим — мужчиной или женщиной. При этом, «важно, что аналогичные должности в части, в которой служил заявитель, часто занимали женщины, и что его самого часто замещали военнослужащие-женщины» (п. 52 Постановления). Как видно из этого примера, ЕСПЧ толкует нормы о защите от дискриминации существенно шире, чем российские суды.

С делами Остаева и Маркина самым непосредственным образом связано еще одно дело, рассмотренное Конституционным Судом РФ в ноябре 2011 г.²⁷⁶ В данном деле рассматривалась та же ч. 4 ст. 261 ТК РФ, но не с точки зрения ее собственной неконституционности, а с точки зрения противоречия Конституции РФ неприменения ее к служебным отношениям государственных гражданских служащих. Делая прямые ссылки, в том числе на международные акты (Конвенцию ООН о правах ребенка 1989 г.) Конституционный Суд РФ пришел к выводу о том, что неприменение защиты от увольнения в отношении одиноких матерей, воспитывающих детей до 14 лет, к государственным гражданским служащим нарушает принцип равенства этой категории лиц по сравнению с работниками по трудовым договорам, на которых распространяется соответствующая гарантия.

Тем не менее два судьи не согласились с таким решением и высказали особые мнения. Судья К. В. Арановский мотивировал свое несогласие тем, что государственные гражданские служащие имеют целый ряд привилегий по сравнению с работниками по трудовому договору. Наличие таких привилегий подразумевает возможность и определенных ограничений. Поэтому автоматическое распространение всех гарантий, полагающихся работникам по трудовому договору, на государственных служащих может «...больше нарастить привилегии служебного положения в неравенстве с другими трудящимися и вопреки действующим правовым установлениям»²⁷⁷. Судья С. Д. Князев мотивировал свое особое мнение в основном тем, что особая забота государства о лицах с семейными обязанностями не должна перекладываться государством на плечи работодателя²⁷⁸. Эта аргументация не пред-

ставляется убедительной: сам Конституционный Суд РФ никогда не признавал дополнительные гарантии в отношении лиц с семейными обязанностями ограничением предпринимательских прав работодателя. В этой части никто ч. 4 ст. 261 ТК РФ не оспаривал. А в случае с государственными гражданскими служащими эта аргументация вообще теряет свои основания, поскольку наемателем в данном случае выступает государственный орган. Следовательно, говорить о перекладывании заботы с плеч государства на работодателя в данном случае нельзя.

Три приведенных дела свидетельствуют о крайней сложности и неоднозначности проблемы дискриминации, которая проявляется и на международном уровне, и внутри России. Как правило, вопросы, связанные с применением антидискриминационного законодательства, носят очень противоречивый характер, поскольку связаны с предоставлением дополнительных *прав* отдельным категориям работникам, с тем чтобы уравнивать их *возможности* на рынке труда с другими работниками. В результате нередко возникают споры, не носят ли сами антидискриминационные нормы дискриминационного характера²⁷⁹.

Полагаем, что можно рекомендовать внести изменения в действующее законодательство, направленные на устранение дифференциации правовых статусов мужчин и женщин, имеющих малолетних детей. В частности, следует внести изменения в ст. 261 ТК РФ, установив равную защиту от увольнения для мужчин и женщин, имеющих малолетних детей. Кроме того, представляется целесообразным государственным органам проводить информационную кампанию, направленную на разъяснение возможностей и целесообразности ухода в родительские отпуска не только для женщин, но и для мужчин.

4.2.7. ДИСКРИМИНАЦИЯ ПО ПРИЗНАКУ ИНВАЛИДНОСТИ

Применительно к ратифицированному Россией п. 2 ст. 15 ЕСХ, касающемуся трудовых прав инвалидов, ЕКСП указывает, что в национальном законодательстве должен содержаться прямой запрет дискриминации по признаку

²⁷⁹ См. об этом: *Лушников А. М.* Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения : материалы Пятой международной научно-практической конференции. С. 14-15 ; *Гусов К. Н.* Указ. соч. С. 31-36 ; *Куренной А. М.* Дифференциация или дискриминация? // Там же. С. 47-50 ; *Зайцева О. Б.* Влияние отдельных объективных факторов дифференциации на трудовую правосубъектность работника // Там же. С. 69 ; *Саликова Н. М.* Проблемы соотношения дифференциации и дискриминации в оплате труда // Там же. С. 92-97 ; *Давулис Т.* Право Европейского Сообщества как вызов принципу дифференциации в трудовом праве Литвы // Там же. С. 97-105 ; *Байков А. М.* Проблемы дифференциации правового регулирования труда в Латвии // Там же. С. 106-112 ; *Люттов Н. Л.* Дискриминация и дифференциация в трудовом праве: сравнительно-правовой аспект // Там же. С. 112-118 ; *Гвоздицких А. В.* Некоторые проблемы реализации запрета дискриминации в сфере труда // Там же. С. 118-125.

²⁷⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 22 ноября 2011 г. № 25-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 31, пункта 6 части 1 статьи 33 и статьи 37 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки В. Ю. Боровик» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 49. Ст. 7333.

²⁷⁷ Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ К. В. Арановского, п. 2. // Там же.

²⁷⁸ Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ С. Д. Князева // Там же.

инвалидности, а также запрет увольнений в связи с инвалидностью²⁸⁰. На уровне МОТ общие положения о запрете дискриминации, закрепленные в Конвенции № 111, распространяются в отношении инвалидов Конвенцией № 159 о профессиональной реабилитации и занятости инвалидов (1983 г.)²⁸¹, ратифицированной Россией. Комитет экспертов предлагал принять протокол, дополняющий Конвенцию № 111, закрепляющий, помимо прочего, критерий инвалидности (а также возраст, семейные обязанности, язык, наличие супруга, собственности, сексуальную ориентацию, состояние здоровья и принадлежность к профсоюзам) в числе критериев дискриминации²⁸². Но с учетом разногласий, возникших у разных государств в этом отношении, такой протокол не был принят.

Согласно ЕСХ, на работодателя должны возлагаться обязанности по осуществлению так называемого разумного приспособления для обеспечения эффективного доступа инвалидов к занятости, в особенности тех лиц, которые стали инвалидами в результате производственной травмы или профессионального заболевания²⁸³. Понятие «разумное приспособление» (англ. *reasonable accommodation*) обычно понимается как обязательство внести определенные технические приспособления, позволяющие инвалиду на равных условиях с другими гражданами работать, учиться, пользоваться объектами социальной инфраструктуры²⁸⁴. Неосуществление разумных приспособлений считается косвенной дискриминацией по критерию инвалидности. Право инвалидов на труд наравне с другими закреплено в качестве одного из ключевых прав инвалидов в п. 1 ст. 27 Конвенции ООН о правах инвалидов 2006 г.²⁸⁵, которую Россия недавно ратифицировала. Согласно Конвенции МОТ № 159 государственная политика в области профессиональной реабилитации инвалидов должна быть основана на принципе равенства возможностей инвалидов и работников в целом (ст. 4). Специальные позитивные меры, направленные на обеспечение равных возможностей для инвалидов, не считаются дискриминационными в отношении других работников. Комитет экспертов, как и ЕКСП, исходит из

280 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2003, Slovenia. P. 503.

281 См.: ст. 4 Конвенции № 159 и заключение КЭ по этому поводу: International Labour Conference, 86th Session 1998. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). General Survey on the reports on the Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention (№ 159) and Recommendation (№ 168), 1983. ILO: Geneva, 1998. P. 28.

282 International Labour Conference, 83rd Session 1996. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution). Special Survey on Equality in Employment and Occupation in respect of Convention № 111. Geneva: ILO, 1996. P. 120-122.

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

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

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

того, что разумное приспособление — это неотъемлемая часть обеспечения права инвалидов на труд²⁸⁶. Развернутый перечень требований и критериев в отношении «разумного приспособления» рабочих мест для нужд инвалидов дается в Кодексе практики МОТ «Вопросы труда инвалидов»²⁸⁷, принятом в 2002 г. В нем подробно перечисляются обязанности работодателей, органов власти и профсоюзных представителей, направленных на то, чтобы адаптировать рабочие места и условия труда под нужды людей с ограниченными возможностями. В отношении России со стороны КЭСКП делались предложения²⁸⁸, направленные на соблюдение МПЭСКО, в виде усиления интеграции инвалидов на рынке труда путем усиления системы квотирования и наказания работодателей за отказ от приема на работу инвалидов. Следует иметь в виду, что в современном антидискриминационном праве системы квотирования считаются менее удачными и более архаичными способами защиты прав инвалидов, чем осуществление «разумного приспособления».

Во внутреннем российском законодательстве существует норма, закрепленная в ч. 1 ст. 23 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»²⁸⁹, в которой говорится о том, что «Инвалидам, занятым в организациях независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, создаются необходимые условия труда в соответствии с индивидуальной программой реабилитации инвалида». Теоретически это правило и должно означать обязанность осуществлять разумные приспособления. Однако эти нормы не дают ответа на многие вопросы, касающиеся создания «необходимых условий». Сама индивидуальная программа реабилитации инвалида²⁹⁰ в части профессиональной адаптации составлена таким образом, что чиновник учреждения медико-социальной экспертизы совершенно свободен в определении типа профессиональной реабилитации, выбирая из таких форм как адаптация на прежнем рабочем месте; адаптация на прежнем рабочем месте с измененными условиями труда; получение новой профессии (специальности); подбор подходящего рабочего места; создание специального рабочего места и др. В законодательстве не установлен приоритет включения работников-инвалидов в обычную профессиональную среду по сравнению с созданием специализированных рабочих мест. Соответственно, и о реализации

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

287 ILO Code of Practice. Managing disability in the workplace. Geneva: ILO, 2002. URL: http://www.ilo.org/safework/info/standards-and-instruments/codes/WCMS_107777/lang-en/index.htm.

288 United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Report on the thirtieth and thirty-first sessions (5–23 May 2003, 10–28 November 2003). Economic and Social Council Official Records, 2004. Supplement № 2. UN Doc. № E/2004/22, E/C.12/2003/14. Para. 486. P. 69.

289 Собрание законодательства РФ. 1995. № 48. Ст. 4563.

290 Форма утверждена приказом Минздравсоцразвития России от 4 августа 2008 г. № 379н «Об утверждении форм индивидуальной программы реабилитации инвалида, индивидуальной программы реабилитации ребенка-инвалида, выдаваемых федеральными государственными учреждениями медико-социальной экспертизы, порядка их разработки и реализации» // Российская газета. 2008. № 190. 10 сент.

принципа разумного приспособления не только в практике, но даже на формальном уровне в законодательстве России, в настоящее время говорить, к сожалению, нельзя.

Более того, в отличие от подавляющего большинства экономически развитых стран²⁹¹ и несмотря на закрепление этого права в ключевых международных актах, касающихся защиты инвалидов²⁹², внутреннее российское законодательство даже не содержит прямого указания на защиту от дискриминации по признаку инвалидности, что было предметом критики со стороны уполномоченного по правам человека еще в 2001 г.²⁹³ Тем не менее этот очевидный недостаток законодательства не устранен до сих пор.

Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, рассмотрев пятый периодический доклад Российской Федерации в 2011 г., с обеспокоенностью отметил, что, «несмотря на принятые государством-участником меры, инвалиды в государстве-участнике, как сообщается, продолжают испытывать маргинализацию в деле осуществления своих экономических, социальных и культурных прав, в том числе в сфере занятости, образования и медицинской помощи (пункт 2 статьи 2)». В связи с этим Комитет настоятельно призывает Россию «активизировать свои усилия по борьбе с маргинализацией инвалидов. В частности... и далее принимать эффективные меры по содействию интеграции инвалидов на рынок труда, в том числе путем повышения эффективности системы выделения квот на трудоустройство инвалидов, восстановления системы налоговых льгот в качестве стимулов для найма инвалидов и установления действенной процедуры правоприменения и обеспечения средств правовой защиты» (п. 11)²⁹⁴.

Для недопущения дискриминации инвалидов, несомненно, требуется комплексный подход к решению вопросов их интеграции на рынок труда, включающий, в том числе обеспечение доступной среды, улучшение возможностей для получения образования, разработку системы мер, мотивирующих работодателей принимать на работу инвалидов (например,

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

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

293 Права и возможности инвалидов в Российской Федерации: специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. М., 2001. С. 57.

294 Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. 46-я сессия. Женева, 2—20 мая 2011 г. Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьями 16 и 17 Пакта. Заключительные замечания Комитета по экономическим, социальным и культурным правам. Пункт 18. См. официальный сайт United Nations Human Rights: URL: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fRUS%2fCO%2f5&Lang=en.

система налоговых льгот), и другие вопросы. В целях непосредственного правового регулирования недопустимости дискриминации на рынке труда рекомендуется закрепить в российском законодательстве прямое указание на защиту от дискриминации по признаку инвалидности; усилить меры, направленные на интеграцию инвалидов на рынке труда; рассмотреть возможности перехода к использованию подхода «разумного приспособления» для обеспечения интеграции инвалидов на рынке труда и исключения дискриминации.

4.2.8. ДИСКРИМИНАЦИЯ ПО ПРИЗНАКУ ВОЗРАСТА

Проблема дискриминации по признаку возраста в трудовых отношениях имеет несколько аспектов. Известно, что начиная с определенного возраста (граница которого подвижна), люди испытывают сложности с нахождением работы, поскольку работодатели часто формулируют ограничительные требования к возрасту соискателей. В связи с этим аспектом существенное значение имеют вопросы, рассмотренные выше относительно эффективности правового регулирования и механизмов защиты от дискриминации в целом.

Другой важный аспект — установленная в ст. 59 ТК РФ возможность заключения по соглашению сторон срочного трудового договора с пенсионерами по возрасту. Европейский комитет по социальным правам исходит из того, что увольнение работников в связи с достижением ими пенсионного возраста должно признаваться в качестве дискриминационного²⁹⁵. Данная проблема нашла свое отражение в российском законодательстве и судебной практике. До 1992 г. в КЗоТ некоторое время существовало такое основание увольнения работников, как достижение ими пенсионного возраста. В 1992 г. Постановлением Конституционного Суда РСФСР от 4 февраля 1992 г. № 2П-3²⁹⁶ данное основание было признано не соответствующим Конституции РСФСР и целому ряду международно-правовых актов, прежде всего, Конвенции МОТ № 111 о дискриминации в области труда и занятий (1958 г.). Конституционный Суд РСФСР в своем постановлении указал, что «...согласно международно-правовым документам возрастной критерий при прекращении трудовых отношений, не обусловленный родом и особенностями выполняемой работы, носит дискриминационный характер и признается недопустимым». Однако в новом ТК РФ появилась

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

296 Постановление Конституционного суда РСФСР от 4 февраля 1992 г. № 2П-3 «По делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному пунктом 1.1 статьи 33 КЗоТ РСФСР» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 13. Ст. 669.

норма, прямо противоречащая тому, что было указано в Постановлении Конституционного Суда. В ст. 59 ТК РФ предусматривается возможность по соглашению сторон²⁹⁷ заключить с пенсионером по возрасту срочный трудовой договор. Механизм облегчения заключения срочного трудового договора, по сути, можно считать тождественным облегчению увольнения работника. Вряд ли такое ограничение прав пожилых работников можно обосновать специфическими требованиями в отношении конкретной работы или особой защитой определенных категорий работников. Поэтому следует согласиться с К. Н. Гусовым в том, что такая норма не обусловлена практической необходимостью²⁹⁸.

Вопрос о конституционности данной нормы рассматривался Конституционным Судом РФ²⁹⁹. Конституционный Суд РФ, как представляется, некорректно признал положения ТК РФ в данном вопросе соответствующими Конституции РФ. В качестве аргументации в Определении Конституционного Суда от 15 мая 2007 г. № 378-О-П приводились следующие аргументы: во-первых, не все работники, достигшие пенсионного возраста, подпадают под действие этой статьи, а лишь те, которые получили право на пенсию по старости. Соответственно, пенсионеры, в отличие от других работников, имеют гарантированный источник средств к существованию. С учетом крайне низкого размера пенсий по старости, в том числе, по отношению к заработной плате, вряд ли можно назвать этот аргумент состоятельным. Кроме того, наличие любого иного источника средств к существованию (например, наличие собственности, приносящей доход) не признается законом в качестве основания для заключения срочных трудовых договоров. Во-вторых, в определении говорится о том, что заключение срочного трудового договора обусловлено согласием сторон. О том, что такое согласие легко может быть навязано работнику, в Определении, к сожалению, ничего не говорится. В связи с этим вызывает особое мнение О. С. Хохряковой по данному решению, которая также нашла в данном вопросе аналогию с делом, рассмотренным Конституционным Судом в 1992 г., а также несколькими другими делами и высказала свое несогласие с принятым в 2007 г. Определением³⁰⁰.

Подобного рода проблемы законодательства не уникальны для мировой практики. Так, в немецком законодательстве правило, предусматривающее

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

298 Гусов К. Н. Единство и дифференциация трудового права: некоторые вопросы // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения : материалы Пятой международной научно-практической конференции. М. : Проспект, 2009. С. 31-36.

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

300 Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ О. С. Хохряковой // Там же.

необходимость обоснования заключения срочного трудового договора (аналог российской ст. 59 ТК РФ), до декабря 2006 г. не распространялось в отношении работников старше 52 лет. Европейский Суд справедливости указал, что подобные нормы противоречат фундаментальному принципу запрета дискриминации, закрепленному в директивах ЕС³⁰¹.

Рекомендуется исключить пенсионеров по возрасту из числа лиц, с которыми согласно ст. 59 ТК РФ допускается заключение срочного трудового договора.

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

ГЛАВА 5. Оплата труда и рабочее время

5.1. ОПЛАТА ТРУДА

5.1.1. ПОНЯТИЕ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ

Согласно ст. 1 Конвенции МОТ № 95 относительно охраны заработной платы (1949 г.) «...термин “заработная плата” означает, независимо от названия и метода исчисления, всякое вознаграждение или заработок, могущие быть исчисленными в деньгах и установленные соглашением или национальным законодательством, которые предприниматель должен уплатить, в силу письменного или устного договора о найме услуг, трудящемуся за труд, который либо выполнен, либо должен быть выполнен, или за услуги, которые либо оказаны, либо должны быть оказаны».

В ст. 129 ТК РФ заработная плата (оплата труда работника)³⁰² определяется как «вознаграждение за труд в зависимости от квалификации работника, сложности, количества, качества и условий выполняемой работы, а также компенсационные выплаты (доплаты и надбавки компенсационного характера...) и стимулирующие выплаты (доплаты и надбавки стимулирующего характера, премии и иные поощрительные выплаты)».

При внешней схожести двух определений, налицо существенная разница между внутренним российским законодательством и Конвенцией № 95.

Во-первых, определение заработной платы, содержащееся в ст. 129 ТК РФ, включает в заработную плату компенсационные и стимулирующие выплаты, в то время как ст. 1 Конвенции № 95 понимает под заработной платой лишь плату за труд.

Во-вторых, в Конвенции речь идет не только об оплате выполненной работы, но и об оплате работы, которая *должна быть* выполнена. Таким образом, как уже давно указывалось специалистами³⁰³ применительно еще к старому КЗоТ, заработная плата согласно Конвенции № 95 должна выплачиваться в полном объеме даже в случае простоя по вине работодателя, однако в действующем ТК РФ простой по вине работодателя оплачивается в размере лишь 2/3 средней заработной платы работника (ч. 1 ст. 157) и 2/3 должностного оклада при простое по независящим от сторон трудового договора обстоятельствам (ч. 2 ст. 157).

³⁰² Ранее в ТК РФ использовались два отдельных понятия: «заработная плата», означавшее вознаграждение работника за труд, и «оплата труда», означавшее систему отношений, связанных с выплатой заработной платы. Однако после принятия изменений в ТК РФ (Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ) эти понятия стали использоваться как синонимы.

³⁰³ Головина С. Ю. Понятийный аппарат трудового права. Екатеринбург, 1997. С. 143-144. О проблеме соответствия понятия «заработная плата» Конвенции № 95 уже по новому Трудовому кодексу РФ см.: Она же. Соотношение терминологии международных актов о труде и российского трудового права // Теоретические проблемы правового регулирования труда: международно-правовой и национальный аспекты. Екатеринбург, 2009. С. 34-35.

Обозначенные моменты ставят очень серьезные вопросы о соответствии норм российского законодательства об оплате труда Конвенции № 95, как в части состава заработной платы, так и в части размера заработной платы, подлежащей выплате в случаях простоя работников.

5.1.2. ФОРМА ВЫПЛАТЫ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ

В Конвенции МОТ № 95 указывается (п. 1 ст. 4), что национальное законодательство, коллективные договоры или решения арбитражных органов могут разрешать частичную выплату заработной платы в натуре *в тех отраслях промышленности или профессиях*, где эта форма выплаты принята в обычной практике или желательна ввиду характера отрасли промышленности или профессии, о которых идет речь. Другими словами, согласно Конвенции № 95 недопустимо установление *общего* разрешения натуральной оплаты труда. Возможна лишь выплата в отдельных отраслях или профессиях, где это обычно или желательно.

Согласно ч. 1 ст. 131 ТК РФ: «В соответствии с коллективным договором или трудовым договором по письменному заявлению работника оплата труда может производиться и в иных формах, не противоречащих законодательству Российской Федерации и международным договорам Российской Федерации. Доля заработной платы, выплачиваемой в неденежной форме, не может превышать 20 процентов от начисленной месячной заработной платы».

Таким образом, в ТК РФ неденежная оплата допускается в отношении любых отраслей экономики и профессий. Это вообще ставит под сомнение возможность использования изъятий, предусмотренных в этой статье ТК РФ, в силу противоречия ратифицированному международному договору с участием Российской Федерации.

Международный правовой акт, в котором упоминается возможность натуральной оплаты труда в отдельных отраслях, — это Хартия социальных прав и гарантий граждан независимых государств 1994 г., принятая в рамках СНГ. В Хартии предусматривается возможность выплаты заработной платы работникам «...по их желанию в натуральном виде (продуктами или товарами) на сельскохозяйственных и некоторых других предприятиях» (ч. 2 ст. 21). Сама по себе Хартия не подлежит ратификации и, следовательно, не относится к числу международных договоров Российской Федерации. Тем не менее упоминание сельскохозяйственных предприятий в этом акте «мягкого права» может свидетельствовать о существовании международного регионального обычая в рамках СНГ, дающего основание для таких выплат.

Вероятно, из этой логики исходил Верховный Суд РФ, указывая в п. 54 постановления от 17 марта 2004 г. № 2, что суд при установлении законности выплаты заработной платы в неденежной форме должен убедиться, что

«выплата заработной платы в натуральной форме является обычной или желательной в данных отраслях промышленности, видах экономической деятельности или профессиях (например, такие выплаты стали обычными в сельскохозяйственном секторе экономики)».

Несоответствие ст. 131 ТК РФ положениям Конвенции МОТ № 95 по данному вопросу уже отмечалась в юридической литературе³⁰⁴.

Рекомендуется привести ч. 2 ст. 131 ТК РФ в соответствие с п. 1 ст. 4 Конвенции МОТ № 95, указав, что частичная выплата заработной платы в натуральной форме может допускаться в тех отраслях промышленности или профессиях, где эта форма выплаты принята в обычной практике или желательна ввиду характера отрасли промышленности или профессии.

5.1.3. РАЗМЕР ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ И МИНИМАЛЬНЫЙ РАЗМЕР ОПЛАТЫ ТРУДА

В ст. 7 МПЭСКП предусмотрено, помимо прочего, право работников на заработную плату, обеспечивающую «удовлетворительное существование для них самих и их семей». Понятие «удовлетворительное существование», очевидно, имеет оценочный характер. Тем не менее это не означает, что нет никаких указаний, на что ориентироваться в данном случае. Прежде всего, следует отметить, что в аутентичном тексте МПЭСКП используется термин не «удовлетворительное» (англ. *satisfactory*), а «достойное» (англ. *decent*)³⁰⁵. Это очень важно, потому что то же самое слово (*decent*) использовано в п. 1 ст. 4 ЕСХ, касающемся того же самого вопроса. Эту норму ЕСХ Россия не ратифицировала.

Комитет по экономическим, социальным и культурным правам, рассмотрев пятый периодический доклад Российской Федерации об осуществлении МПЭСКП в 2011 г., отметил, что он «...продолжает испытывать обеспокоенность по поводу низкого уровня минимальной заработной платы, которая по-прежнему находится ниже величины прожиточного минимума и поэтому является недостаточной для обеспечения трудящимся и их семьям достойного уровня жизни. Данная проблема осложняется сохраняющейся практикой задержек в выплате заработной платы в государстве-участнике (статья 7)», и сделал следующие замечания России³⁰⁶ по этому

304 Ломкина С. В. Судебная практика и ее роль в развитии трудового законодательства России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 14 ; Лютов Н. Л. Проблемы регулирования оплаты труда во внутреннем российском законодательстве и международных актах // Трудовое право в России и за рубежом. 2009. № 0 (пилотный выпуск). С. 53-54.

305 В Полном англо-русском юридическом словаре, составленном А. С. Мамуляном и С. Ю. Кашкиным (М., 2006. С. 223) слово «descent» переводится как: «приличный, благопристойный; порядочный; досточный; изрядный».

306 Комитет по экономическим, социальным и культурным правам. 46-я сессия. Женева, 2—20 мая 2011 г. Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии

вопросу: «Комитет призывает государство-участника продолжать принимать эффективные меры для повышения заработной платы, предотвращения задержек в выплате заработной платы и обеспечения осуществления статьи 133 Трудового кодекса, которая, в соответствии с Пактом, предусматривает, что минимальная заработная плата не должна быть ниже величины прожиточного минимума трудящегося, с тем чтобы он мог вести достойную жизнь».

В качестве ориентира можно отметить, что бедность в странах ЕС принято исчислять исходя из средней заработной платы³⁰⁷. Европейский комитет по социальным правам, толкуя п. 1 ст. 4 ЕСХ, исходит из того, что уровнем бедности следует считать величину, равную 50% от средней заработной платы в стране³⁰⁸. Заработной платой, обеспечивающей достойный уровень существования, согласно п. 1 ст. 4 ЕСХ он признает, в качестве общего правила, заработок, который составляет не менее 60 % от средней заработной платы по стране — с учетом детальной информации о стоимости жизни в соответствующей стране. Но ни при каких обстоятельствах не признается соответствующим п. 1 ст. 4 ЕСХ МРОТ, составляющий менее 50 % от средней заработной платы по стране³⁰⁹.

Поскольку в МПЭСКП и ЕСХ использованы дословно одни и те же понятия, представляется вполне корректным использовать толкование ЕКСП и в отношении положений МПЭСКП, по которому у России имеются прямые юридические обязательства. Если ориентироваться на подход СЕ, российский МРОТ должен быть значительно выше нынешнего — не менее 19 000 руб. (60% средней заработной платы, которая по данным Росстата³¹⁰ в третьем квартале 2014 г. составила 31 730 руб.) или, по крайней мере, 16 500 руб. (50 %). Однако действующий в настоящее время Федеральный закон от 19 июня 2000 г. № 82-ФЗ «О минимальном размере оплаты труда» предусматривает МРОТ в размере лишь 5 965 руб. (ст. 1)³¹¹. Очевидно, что положения ТК РФ в данном случае совершенно не соответствуют требованиям ст. 7 МПЭСКП.

Кроме того, хотя Россия не несет обязательств по п. 1 ст. 4 ЕСХ, в связи с крайне низким уровнем МРОТ отечественное законодательство было признано не соответствующим требованиям другой ратифицированной Россией

со статьями 16 и 17 Пакта. Заключительные замечания Комитета по экономическим, социальным и культурным правам. Пункт 18. См. официальный сайт United Nations Human Rights: URL: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fRUS%2fC.0%2f5&Lang=en.

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

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

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

310 Федеральная служба государственной статистики. Среднемесячная начисленная номинальная и реальная заработная плата работников организаций: URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/wages/.

311 Собрание законодательства РФ. 2000. № 26. Ст. 2729.

норме ЕСХ — п. 5 ст. 4, касающемуся удержаний из заработной платы, в связи с тем, что остающийся у работника после удержаний из заработной платы объем денежных средств может не позволить ему осуществлять содержание себя и зависимых от него людей³¹².

Можно было бы говорить о том, что международные стандарты в области минимальной заработной платы формулируются только на международном уровне и на национальном уровне в других странах не реализуются, однако данные статистики это опровергают. По данным Всемирного банка³¹³, российский МРОТ меньше всех без исключения³¹⁴ стран, входящих в ЕС. Следует отметить, что Всемирный банк рассчитывал МРОТ разных стран в отношении 19-летнего работника или ученика (в долларах США в месяц). Российский же МРОТ не включает требования о том, что он применяется только к неквалифицированному труду (хотя до 1 сентября 2007 г. такая оговорка содержалась в ч. 2 ст. 129 ТК РФ³¹⁵). Соответственно, по этому показателю отечественное законодательство даже «либеральнее» общего параметра, который оценивает Всемирный банк.

При этом Россия отнюдь не беднее всех государств — членов ЕС. Валовой внутренний продукт (ВВП) на душу населения³¹⁶ России в номинальном выражении³¹⁷ на 2011 г. составлял 13 235 долларов США. При этом ее МРОТ (139 долл. на 2011 г., а по состоянию на начало 2015 г. — менее 100 долл. США) оказался ниже румынского (222,9 долл.) и даже болгарского (167,2 долл.) при том, что ВВП Румынии составлял 8666 долл., а Болгарии — 7243, т. е. почти вдвое меньше российского. В странах ЕС, ВВП на душу населения которых сопоставим с российским, МРОТ в несколько раз выше, чем в России. В Латвии (ВВП — 10 694 долл., т. е. существенно ниже, чем в России) МРОТ составляет 408,2 долл.; в Литве (ВВП — 12 323 долл., т. е. также ниже) МРОТ — 325,4 долл.; в Польше (ВВП — 13 079 долл.)

312 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 22-23.

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

314 Формально говоря, в ЕС есть государства, где МРОТ не установлен законодательно (например, в Швеции). Но в этих случаях он устанавливается в отраслевых социально-партнерских соглашениях, которые распространяются почти на всех работников и работодателей. Профсоюзы имеют очень мощные средства давления на работодателей, фактически принуждая тех принимать на себя соответствующие обязательства, а уровень зарплат весьма высок.

315 Эта часть была исключена Федеральным законом от 20 апреля 2007 г. № 54-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О минимальном размере оплаты труда” и другие законодательные акты Российской Федерации» (Собрание законодательства РФ. 2007. № 17. Ст. 1930). Э. Г. Тучкова тем не менее предлагает при оценке российского МРОТ все равно ориентироваться на изъятые из закона определения, поскольку много в настоящее время не имеется. См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. К. Н. Гусова. 8-е изд. М., 2009. С. 334.

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

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

МРОТ — 386,2 долл.; в Эстонии (ВВП — 15 272 долл.) МРОТ — 389,9 долл.; в Хорватии (ВВП — 14 523 долл.) МРОТ — 534,2 долл.

Россия «смогла» отстать по МРОТ даже от Китая (МРОТ — 182,5 долл.), ВВП которого в расчете на каждого жителя все еще в 2,5 раза меньше российского (5184 долл.). И это несмотря на то, что Китай «славится» своей ориентацией на интересы бизнеса и гибким трудовым законодательством³¹⁸, стимулирующим китайский экспорт за счет дешевого труда. Представляется, что приведенных примеров вполне достаточно, чтобы наглядно продемонстрировать совершенно неудовлетворительную ситуацию с МРОТ в России.

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

Говорить о том, что повышение МРОТ до величины, обеспечивающей достойное существование работника и его семьи, чревато существенным повышением безработицы, как утверждают некоторые либерально ориентированные экономисты³¹⁹, также вряд ли корректно. Дело в том, что уровень занятости в Российской Федерации чрезвычайно неравномерен в разных субъектах федерации. И именно в тех регионах, которые слабее всего развиты экономически, величина МРОТ имеет актуальное практическое значение, поскольку многие работники получают зарплату, равную или близкую к этой величине³²⁰. В более богатых и успешных регионах очень трудно найти желающих работать за зарплату, которая даже в несколько раз превышает федеральный МРОТ. Поэтому в более бедных регионах (прежде всего, на Северном Кавказе) официальные данные демонстрируют наибольшие проблемы с занятостью³²¹. Но именно в этих регионах основная часть занятости генерируется либо в государственном секторе экономики, либо в неформальном. Для обоих секторов вопрос о

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

319 Гимпельсон В., Капелюшников Р. Российский рынок труда между нормой и аномалией: материалы открытой лекции, прочитанной в Политехническом музее (г. Москва) 19 января 2013 г. URL: <http://www.openspace.ru/article/771>.

320 См. данные Росстата о среднемесячной начисленной заработной плате работников в целом по экономике по субъектам Российской Федерации в 2013—2014 г. URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/wages/.

321 См.: Росстат. Уровень безработицы населения по субъектам Российской Федерации, в среднем за год. URL: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.gks.ru%2Ffree_doc%2Fnew_site%2Fpopulation%2Ftrud%2Ftrud6.xls&ei=2vPIVOC5Kcn9ywPvmoCgDA&usq=AFQjCNG5bmjosNY17h7GfFA4aeZK05NVWQ&sig2=tlrjgr5XJA0gIOD1NDiSw&bvm=bv.84607526,d.bGQ&cad=rja.

МРОТ с точки зрения занятости непринципиален: государственный сектор не будет сокращать рабочие места из-за повышения МРОТ, а неформальный в любом случае не соблюдает законодательство. Наоборот, повышение МРОТ в этих регионах повысит платежеспособный спрос населения, а это послужит толчком к развитию частного предпринимательства, что, в свою очередь, будет только способствовать возникновению новых рабочих мест. Актуальность этих соображений только возрастает в связи с нынешним экономическим кризисом в России.

Важно также отметить, что дискуссии о доведении МРОТ до величины прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации³²² должны рассматриваться лишь в качестве промежуточной цели на пути к установлению МРОТ в размере не менее 60% от средней заработной платы. Это связано не только с тем, что нынешний уровень прожиточного минимума (8086 рублей на 3-й квартал 2014 г.³²³) составляет лишь чуть больше 25% от официально зафиксированной средней заработной платы в России, но и с самой процедурой установления прожиточного минимума.

Прожиточный минимум — величина, устанавливаемая Правительством РФ, которое в любой момент может сослаться на недостаточность денежных средств для его увеличения или даже поддержания на прежнем уровне. Спорить с этими аргументами будет достаточно затруднительно. А доля от средней заработной платы в стране — это объективный экономический показатель. И возражения против доведения МРОТ до этой величины могут объективно основываться не на недостаточности денежных средств, а на нежелании снизить чрезвычайно высокое расслоение уровня доходов в России³²⁴. К сожалению, в настоящее время крупнейшее профсоюзное объединение в России — ФНПР — не прислушивается к этим аргументам специалистов и предлагает представителям власти лишь некую «рациональную потребительскую корзину», которая должна «стоять» выше³²⁵. Но принципиально любая новая «рациональная» потребительская корзина ситуацию изменить не сможет.

322 По поводу законопроекта, разработанного Минтруда России, предусматривающего поэтапное доведение МРОТ до величины прожиточного минимума см.: Смольякова Т. Минтруд предлагает привязать МРОТ к прожиточному минимуму // Российская газета. 2014. 25 июля. URL: <http://www.rg.ru/2014/07/25/mrot-site-anons.html>.

323 Постановление Правительства РФ от 5 декабря 2014 г. № 1321 «Об установлении величины прожиточного минимума на душу населения и по основным социально-демографическим группам населения в целом по Российской Федерации за III квартал 2014 г.» // Собрание законодательства РФ. 2014. № 50. Ст. 7107.

324 Наиболее часто используемый показатель расслоения уровня доходов, Коэффициент Джини, в Российской Федерации, согласно данным Росстата, в 2013 г. составлял 0,419. См.: URL: <http://www.gks.ru/dbscripts/cbsd/dbinet.cgi>. Этот уровень расслоения значительно превосходит соответствующие показатели подавляющего большинства экономически развитых стран мира. См.: Central Intelligence Agency. The World Factbook. Distribution of family income — Gini index: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html>.

325 Латухина К. Профсоюзы предлагают изменить методику расчета МРОТ // Российская газета. 2014. 14 марта. URL: <http://www.rg.ru/2014/03/14/mrot-site.html>.

В связи с этим представляется целесообразным принять меры, направленные на поэтапное повышение (в течение фиксированного количества лет) МРОТ до размера не менее 60% от средней заработной платы по стране.

5.1.4. ИНФОРМИРОВАНИЕ РАБОТНИКОВ О ПОЛУЧАЕМОЙ ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЕ

Содержание информации о заработной плате, которая должна доводиться до сведения работника до заключения трудового договора, приводится в п. 6 Рекомендации МОТ № 85 об охране заработной платы (1945 г.). В эту информацию должны включаться сведения относительно:

- a) ставок полагающейся заработной платы;
- b) метода исчисления;
- c) периодичности выплаты заработной платы;
- d) места выплаты;
- e) условий, согласно которым могут производиться удержания.

В российском законодательстве нет требований об информировании работника о заработной плате до заключения трудового договора. Существует лишь в общем виде сформулированное право работника на «полную достоверную информацию об условиях труда и требованиях охраны труда на рабочем месте» (ч. 1 ст. 21 ТК РФ).

Представляется, что трудовые права работников были бы лучше защищены, если бы во внутреннем законодательстве России воспроизводились все положения Рекомендации МОТ № 85.

5.1.5. ЗАЩИТА ТРЕБОВАНИЙ РАБОТНИКОВ ПРИ БАНКРОТСТВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ

В соответствии с Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»³²⁶ требования работников в отношении заработной платы в случае банкротства работодателя относятся к обязательствам второй очереди. Это одна из привилегированных очередей по выплате, хотя целый ряд выплат осуществляется до погашения долгов перед работниками³²⁷. Если же оставшихся у работодателя денежных средств и имущества не хватит для погашения долгов перед работниками, закон о банкротстве признает эти долги погашенными из-за недостаточности иму-

326 Собрание законодательства РФ. 2002. № 43. Ст. 4190 (с послед. изм.).

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

щества должника³²⁸. В результате, по состоянию на 2005 г., в период устойчивого экономического роста, в России задолженность по заработной плате работодателей-банкротов погашалась лишь на 60–70%, т. е. около трети работников не получали причитающихся им денежных средств³²⁹. Очевидно, что после наступления экономического кризиса значение этой проблемы существенно возросло.

В 2004 г. Конституционный Суд РФ рассматривал³³⁰ жалобу в интересах гражданки М. Г. Ершовой по поводу соответствия Конституции нормы п. 9 ст. 142 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» о том, что требования кредиторов, не удовлетворенные по причине недостаточности имущества должника, считаются погашенными. В жалобе было отказано, в том числе со ссылкой на Конвенцию МОТ № 95 об охране заработной платы (1949 г.), которая устанавливает лишь приоритет требований работников как кредиторов, но не предусматривает их защиты в случае недостаточности средств для погашения их требований. Значительно позже (в 2010 г.) заявительница добилась уже в ЕСПЧ³³¹ выплаты части причитавшихся ей денежных средств. Помимо прочего, в решении ЕСПЧ указывалось, что поскольку речь шла о государственном унитарном предприятии, обязательства предприятия порождают ответственность государственных органов, которые, таким образом, обязаны обеспечить своевременную и надлежащую выплату задолженности, установленной решением суда (п. 72 Постановления).

Между тем данная проблема имеет достаточно несложное решение, которое практикуется уже несколько десятков лет в странах ЕС и закреплено не только в национальных, но и международных правовых актах: страхование работодателями своих обязательств по выплате заработной платы на случай банкротства³³². В рамках ЕС с целью закрепления страхового механизма на случай банкротства работодателя была принята Директива 2002 г. № 2002/74/ЕС, пересматривающая Директиву 1980 г. № 80/987/ЕС о сближении законодательства государств-членов относительно защиты работников в случае банкротства их работодателя 2002 г.³³³

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

329 См.: Страхование на случай банкротства: платить будут все // Российский налоговый курьер. 2005. 19 апр. URL: <http://rnk.ru/news/tax/document40494.phtml>.

330 Определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2004 г. № 254-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки М. Г. Ершовой положением пункта 5 статьи 114 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // Вестник Конституционного Суда РФ, 2004. № 6.

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

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

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

Этот вид страхования не запрещен и сейчас, но, не будучи обязательным, не реализуется на практике: предпринимателю незачем страховать себя на случай собственной «финансовой смерти» — это нужно не ему, а работникам. Для решения проблем такого рода в экономически и социально развитых государствах, начиная с 1960-х гг. стали функционировать специальные учреждения — государственные и коммерческие, осуществляющие страхование работников на случай банкротства работодателя. Сейчас страховые учреждения для защиты работников на случай банкротства работодателя созданы в достаточно большом количестве стран. Они финансируются либо исключительно за счет взносов работодателей (в Австрии, Дании, Норвегии, Польше), либо совместно государством и за счет взносов работодателей (в Греции, Словакии). В некоторых случаях (например, в Словении, Австралии) такие учреждения целиком финансируются за счет государственного бюджета. Предложения использовать этот опыт и ввести систему гарантийных учреждений уже делались в российском трудовом праве³³⁴.

Этот вид страхования предусмотрен Конвенцией МОТ № 173 о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (1992 г.), а также ст. 25 ЕСХ. Данная статья Хартии, к сожалению, не ратифицирована Россией, а Конвенция № 173 недавно ратифицирована, но только в части, касающейся привилегий³³⁵. Страховой механизм при ратификации был сознательно проигнорирован.

Вряд ли соответствующие страховые сборы лягут непосильным бременем на российский бизнес. Страховые же компании от этого нового вида обязательного страхования существенно выиграют. Если государство считает необходимым обязательное страхование гражданско-правовой ответственности автовладельцев, непонятно, почему в строго аналогичном случае, только связанным с еще более социально-значимыми обязательствами, оно не вводит схожий механизм. Органам законодательной и исполнительной власти в данном случае следует руководствоваться не только соображениями гуманизма, но и элементарным инстинктом самосохранения. В настоящее время подавляющее большинство стихийных протестов работников вызваны задержками выплаты заработной платы³³⁶. При вполне вероятном дальнейшем ухудшении экономической ситуации, проблема социально-трудовых протестов может многократно усилиться и угрожать стабильности государства.

Несколько лет назад Минэкономразвития России совместно с Минздравсоцразвития России и Минфином России была подготовлена Концепция проектов федеральных законов «О системе обязательного государственного гарантирования материальных прав работников» и «О внесении изменений

334 *Терентьев А.* Указ. соч. С. 59.

335 Федеральный закон от 1 мая 2012 г. № 39-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя (Конвенции № 173)» // Собрание законодательства РФ. 2012. № 19. Ст. 2273.

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

в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в связи с принятием Федерального закона «О системе обязательного государственного гарантирования материальных прав работников» и техническое задание на разработку указанных проектов федеральных законов³³⁷. Предполагалось предоставить работнику должника, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве, право уступить Российской Федерации часть требований к работодателю по выплате заработной платы в пределах лимитов, ежегодно устанавливаемых Правительством РФ. В качестве страховщика должен выступать Фонд социального страхования РФ.

Опыт создания схожих по смыслу структур в России имеется: на основании Федерального закона от 23 декабря 2003 г. № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»³³⁸ действует система обязательного страхования банков на случай их неплатежеспособности перед вкладчиками — физическими лицами (кроме индивидуальных предпринимателей). Причем обязательному страхованию подлежат как раз социально значимые вклады: те, которые сделаны физическими лицами и составляют менее 1 400 000 руб.

Представители работодателей выступили против законопроекта о страховании ответственности работодателей³³⁹. С точки зрения Российского союза промышленников и предпринимателей (РСПП), поскольку задолженность по заработной плате в начале 2009 г. имела «лишь» в отношении 0,5 млн работников, это «...не является важнейшей проблемой российской экономики». Действительно: для экономики тут нет большой проблемы. Проблемы, и большие, есть у работников, не получивших заработанные ими деньги, что, похоже, не беспокоит РСПП. Такой подход, к сожалению, — один из составляющих элементов общей политики, заключающейся в ориентации российской экономики на низкие социальные издержки работодателя, т. е. на политику дешевого труда. Эта позиция гораздо лучше иллюстрирует реальное отношение бизнеса к социальным нуждам работников, чем ни к чему не обязывающие красивые фразы о якобы имеющейся «социальной ответственности бизнеса».

В связи с изложенным представляется необходимым ввести систему обязательного страхования работодателей в отношении их обязательств по заработной плате в случае несостоятельности (банкротства).

337 URL: <http://tpvo.ru/uploads/files/files/konceptia.zip>.

338 Собрание законодательства РФ. 2003. № 52 (ч. 1). Ст. 5029.

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

5.2. РАБОЧЕЕ ВРЕМЯ

5.2.1. ПРОДОЛЖИТЕЛЬНОСТЬ РАБОЧЕГО ДНЯ (СМЕНЫ)

Согласно п. 1 ст. 2 ЕСХ участвующие в ней государства обязуются установить «разумную продолжительность рабочего дня и рабочей недели». Поскольку в самой ЕСХ не говорится о том, что следует понимать под «разумной продолжительностью», разъяснения на этот счет даются ЕКСП. Как указывает ЕКСП, установление экстремально продолжительного рабочего времени, например, до 16 часов в течение каких-либо суток³⁴⁰ или при некоторых условиях более 60 часов в неделю³⁴¹, не может считаться разумной продолжительностью и, следовательно, находится в противоречии с ЕСХ.

В России в отношении дневной продолжительности рабочего времени никакого общего ограничения, касающегося всех работников, не содержится. Ограничения установлены только в отношении работников до 18 лет, инвалидов и работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда³⁴². Таким образом, законодательство не запрещает устанавливать рабочую смену любой продолжительности. Поэтому на практике распространены такие формы труда, как суточные дежурства, например, медицинских работников, охранников и других категорий работников, что противоречит толкованию ЕСХ, осуществляемому ЕКСП.

Кроме того, недельная продолжительность рабочего времени может быть существенно увеличена по сравнению с установленной законом (ч. 2 ст. 91 ТК РФ) нормальной продолжительностью, равной 40 часам, если работник «эпизодически» привлекается к работе за ее пределами, будучи нанятым в режиме ненормированного рабочего дня (ст. 101 ТК РФ). Нигде в законодательстве не говорится, что такая «ненормированная» продолжительность не может превышать и 60 часов в неделю³⁴³, что также противоречит ЕСХ. Поэтому, несмотря на то что в заключении ЕКСП о выполнении Россией п. 1 ст. 2 ЕСХ за 2014 г., указывается³⁴⁴, что российское законодательство и практика соответствуют требованиям данной нормы, такое заключение сделано лишь в связи с недостаточно полной информацией, имеющейся у экспертов ЕКСП по данному вопросу.

Представляется, что следует установить в ТК РФ ограничение максимальной продолжительности рабочего дня (смены), относящееся ко всем категориям работников.

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

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

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

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

344 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation), P. 6.

5.2.2. РАБОТА НА УСЛОВИЯХ СОВМЕСТИТЕЛЬСТВА

В соответствии с Конвенцией МОТ № 47 о сокращении рабочего времени до сорока часов в неделю (1935 г.) член МОТ, ратифицирующий Конвенцию, заявляет о своем одобрении принципа 40-часовой рабочей недели, применяемого таким образом, чтобы не повлечь понижения уровня жизни работников. В прямом запросе, адресованном Правительству РФ в 2004 г.³⁴⁵, КЭ указывал на то, что ст. 98 ТК РФ допускается работа за пределами 40-часовой рабочей недели. Статья 98 ТК РФ в старой редакции предусматривала, что по заявлению работника работодатель имеет право разрешить ему работу по другому трудовому договору в этой же организации по иной профессии, специальности или должности за пределами нормальной продолжительности рабочего времени в порядке внутреннего совместительства. Комитет экспертов в связи с этим отметил, что предоставление работодателю права нанимать на работу одного человека по двум разным трудовым договорам, в связи с чем работник будет работать более 40 часов, противоречит принципу, предусмотренному Конвенцией № 47. Комитет обращался к Правительству с просьбой пересмотреть эту норму, чтобы привести ее в соответствие с Конвенцией № 47. При следующем рассмотрении этой Конвенции в 2009 г.³⁴⁶ КЭ принял во внимание объяснения Правительства о том, что ст. 98 ТК РФ исключена из ТК РФ³⁴⁷.

Между тем возможность совместительства как допускалась ТК РФ ранее, так допускается и после внесения изменений 2006 г. Глава 44 ТК РФ посвящена особенностям регулирования труда лиц, работающих по совместительству. Согласно ст. 282 ТК РФ, заключение трудовых договоров о работе по совместительству допускается с неограниченным числом работодателей, если иное не предусмотрено федеральным законом; работа по совместительству может выполняться работником как по месту его основной работы, так и у других работодателей.

Трудовой кодекс РФ устанавливает, что продолжительность рабочего времени при работе по совместительству не должна превышать четырех часов в день; в дни, когда по основному месту работы работник свободен от исполнения трудовых обязанностей, он может работать по совместительству полный рабочий день (смену); в течение одного месяца (другого учетного периода) продолжительность рабочего времени при работе по совместительству не должна превышать половины месячной нормы рабочего времени (нормы рабочего времени за другой учетный период), установленной для соответствующей категории работников (ст. 284 ТК РФ).

345 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2004). Direct Request concerning Forty-Hour Week Convention, 1935 (№ 47) — Russian Federation (Ratification: 1956). Published: 2005// Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2238424.

346 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2009). Direct Request concerning Forty-Hour Week Convention, 1935 (№ 47) — Russian Federation (Ratification: 1956). Published: 2010// Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2311906.

347 Федеральный закон от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ.

Таким образом, отсутствие замечаний по этому вопросу в 2009 г. является лишь следствием того, что КЭ не располагал информацией о том, что, несмотря на отмену ст. 98 ТК РФ, работа по совместительству по-прежнему допускается Кодексом.

В целях приведения законодательства РФ в соответствие с Конвенцией № 47 следует исключить нормы о внутреннем совместительстве из ТК РФ. Внешнее совместительство не должно допускаться в тех случаях, когда работодатели, являясь отдельными юридическими лицами, тем не менее аффилированы друг с другом прямо или косвенно и, таким образом, внешний характер совместительства носит фиктивный характер.

5.2.3. ПРОДОЛЖИТЕЛЬНОСТЬ УЧЕТНОГО ПЕРИОДА

Статья 104 ТК РФ допускает введение суммированного учета рабочего времени. Продолжительность учетного периода не может превышать один год, а согласно изменениям, внесенным в ТК РФ в конце 2013 г.³⁴⁸, для учета рабочего времени работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, — трех месяцев.

Комитет экспертов отметил, что такое положение ставит под вопрос цель и предмет регулирования Конвенции МОТ № 47, поскольку использование на практике нормы ст. 104 может серьезно снизить эффективность применения ограничения продолжительности рабочей недели 40 часами. Комитет экспертов обратил внимание, что согласно § 12 Рекомендации МОТ № 116³⁴⁹, разработанной с целью лучшего применения Конвенции № 47, установление продолжительности учетного периода большей продолжительности, чем одна неделя, может допускаться только при определенных условиях в отдельных отраслях или технических потребностях.

Сейчас ТК РФ устанавливает лишь очень нечеткое ограничение в этом вопросе: «Когда по условиям производства (работы) у индивидуального предпринимателя, в организации в целом или при выполнении отдельных видов работ не может быть соблюдена установленная для данной категории работников... ежедневная или еженедельная продолжительность рабочего времени...» (ст. 104 ТК РФ).

Следует более четко урегулировать в ТК РФ случаи, когда допускается введение суммированного учета рабочего времени, определив условия, отрасли и технические потребности, при которых это возможно.

348 Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О специальной оценке условий труда” // Собрание законодательства РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 6986.

349 Рекомендация МОТ № 116 о сокращении продолжительности рабочего времени (1962 г.).

5.2.4. ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК ПРИВЛЕЧЕНИЯ К СВЕРХУРОЧНОЙ РАБОТЕ; КОМПЕНСАЦИЯ СВЕРХУРОЧНОЙ РАБОТЫ

В связи с соответствием внутреннего российского законодательства МТС в отношении рабочего времени важно иметь в виду указание ЕКСП о том, что привлечение к сверхурочной работе не должно оставляться исключительно на усмотрение работодателя и работника³⁵⁰. В ч. 4 ст. 99 ТК РФ содержится указание на то, что в случаях, не рассматриваемых в качестве особых оснований для привлечения к сверхурочной работе, перечисленных в этой же статье, привлечение к сверхурочной работе допускается с письменного согласия работника и с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации. Механизм учета мнения выборного органа первичной профсоюзной организации (ст. 372 ТК РФ) не позволяет профсоюзу заблокировать соответствующее решение работодателя. Если же в организации отсутствует первичная профсоюзная организация, что имеет место в большинстве случаев, привлечение к сверхурочной работе осуществляется исключительно по согласию сторон, т. е. без каких-либо внешних ограничений, как это требует ЕКСП.

Вопросы относительно порядка привлечения к сверхурочной работе в этой части есть и у Комитета экспертов МОТ. В соответствии с § 14 Рекомендации № 116 случаи (постоянные, временные и периодические), когда допускается превышение нормальной продолжительности рабочего времени, должны быть установлены компетентными властями, и ими же должны быть установлены условия и ограничения для такого привлечения. В Общем обзоре 1984 г.³⁵¹ КЭ также указывал, что стандарт 40-часовой недели может нарушаться, если не установлены обстоятельства, когда допускается превышение, а также когда устанавливаются достаточно высокие максимумы превышения. По статистике в России значительное число работников работает за пределами нормальной продолжительности рабочего времени (КЭ основывался на данных 2004 г., представленных Правительством РФ, когда на частных предприятиях 52 %, а в целом 12 % работников работали свыше 40 часов в неделю).

Как представляется, *следует ограничить в законодательстве случаи, когда допускается привлечение к сверхурочной работе*, не оставляя их на усмотрение сторон трудового договора.

Помимо этого, ЕКСП уже отметил в отношении российского законодательства, что порядок компенсации сверхурочной работы дополнительным временем отдыха не соответствует требованиям п. 2 ст. 4 ЕСХ, предусматривающего повышенную оплату за сверхурочную работу. Несоответствие требованиям ЕСХ выявлено ЕКСП применительно к норме ст. 152 ТК РФ, предусматривающей, что по желанию работника сверхурочная работа

³⁵⁰ Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIV-2, Statement of Interpretation on Article 2 § 1. P. 32.

³⁵¹ International Labour Conference, 70th Session. General Survey of the Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations. Working time. Geneva: ILO, 1984.

вместо повышенной оплаты может компенсироваться предоставлением дополнительного времени отдыха, но *не менее* времени, отработанного сверхурочно. Европейский комитет по социальным правам, основываясь на своем собственном подходе, сформулированном ранее в отношении Бельгии³⁵², указал, что, для того чтобы выполнялась норма о повышенной оплате сверхурочной работы, компенсация в виде времени отдыха должна быть *не просто в размере не меньшем чем время, отработанное сверхурочно, а должна ее превышать*³⁵³.

5.2.5. НЕНОРМИРОВАННЫЙ РАБОЧИЙ ДЕНЬ

В п. 16 Рекомендации МОТ № 116 о сокращении продолжительности рабочего времени (1962 г.) указывается, что «все часы, проработанные сверх нормальной продолжительности рабочего времени, должны считаться сверхурочными, кроме тех случаев, когда согласно принятому обычаю эти часы учитываются при установлении заработной платы». Нормальная продолжительность рабочего времени в России, как известно, не может превышать 40 часов в неделю (ч. 2 ст. 91 ТК РФ). Ненормированный рабочий день, определяемый в ТК РФ как «особый режим работы, в соответствии с которым отдельные работники могут по распоряжению работодателя при необходимости эпизодически привлекаться к выполнению своих трудовых функций за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени» (ст. 101 ТК РФ), очевидно, относится к сверхурочной работе по смыслу Рекомендации № 116. Минимальную компенсацию в виде трех дополнительных дней к отпуску (ст. 119 ТК РФ) за то, что работник «эпизодически»³⁵⁴ привлекается к работе за пределами установленной для него продолжительности в режиме ненормированного рабочего дня, никак нельзя считать справедливой компенсацией за ненормированный рабочий день. Следовательно, на режим ненормированного рабочего дня должны распространяться положения Рекомендации № 116, относящиеся к сверхурочной работе, а именно:

- 1) за исключением случаев непреодолимой силы, компетентным органом в каждой стране должно устанавливаться предельное число сверхурочных часов, которое может быть проработано в течение определенного периода времени (п. 17);
- 2) при сверхурочных работах должно надлежащим образом учитываться особое положение подростков моложе 18 лет, беременных женщин, кормящих матерей и лиц, страдающих недостатками, отражающимися на их трудоспособности (п. 18);

³⁵² Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, Belgium. P. 134.

³⁵³ Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation), P. 15.

³⁵⁴ На то, что термин «эпизодически» сформулирован слишком неопределенно, уже неоднократно указывалось в юридической литературе. См., например: *Дзугоева З. В.* Правовое регулирование рабочего времени : автореф. дис. ... канд. юрид. наук, М., 2010. С. 7 ; *Новикова О. И.* Указ. соч. С. 8.

3) сверхурочная работа должна оплачиваться по ставке или ставкам, превышающим ставку или ставки оплаты работы, выполняемой в рамках нормальной продолжительности рабочего времени (п. 19.1).

В связи с этим необходимо пересмотреть правовое регулирование особенностей ненормированного рабочего дня. Необходимо рассмотреть вопрос о введении предельного времени сверхурочных работ, которое может быть проработано сверх нормального рабочего времени; об ограничении применения режима ненормированного рабочего дня к отдельным категориям работников; установлении правил оплаты сверхурочного отработанного времени при ненормированном рабочем дне либо распространении на них общих правил оплаты сверхурочной работы (ст. 152 ТК РФ).

5.2.6. ПЕРЕНЕСЕНИЕ ОТПУСКОВ

Согласно ч. 4 ст. 124 ТК РФ запрещается непредоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в течение двух лет подряд. Согласно же п. 1 ст. 9 Конвенции МОТ № 132 об оплачиваемых отпусках (пересмотренной в 1970 г.), ратифицированной Россией, остаток ежегодного оплачиваемого отпуска должен быть предоставлен не позже, чем в течение 18 месяцев после окончания того года, за который предоставляется отпуск. Таким образом, ч. 4 ст. 124 ТК РФ противоречит Конвенции № 132, и применяться должна именно Конвенция.

Следовало бы скорректировать ст. 124 ТК РФ, установив, что остаток ежегодного оплачиваемого отпуска должен быть предоставлен не позже, чем в течение 18 месяцев после окончания того года, за который предоставляется отпуск.

Кроме того, в российском законодательстве существует проблема и с перенесением основной части отпуска, но уже применительно к обязательствам по п. 3 ст. 2 ЕСХ. Как указывал ЕКСП ранее, непрерывная часть ежегодного оплачиваемого отпуска, составляющая не менее двух недель, должна быть предоставлена в течение года, за который она предоставляется³⁵⁵. Перенесение непрерывной части допускается только в особых обстоятельствах, определяемых законодательством³⁵⁶.

Часть 3 ст. 124 ТК РФ говорит о перенесении на следующий год отпусков «в исключительных случаях, когда предоставление отпуска работнику в текущем рабочем году может неблагоприятно отразиться на нормальном ходе работы организации...». Есть серьезные основания ожидать, что формулировка ТК РФ, отсылающая к неопределенным конкретно в законе «исключительным

³⁵⁵ Conclusions of the European Committee of Social Rights 2007, Statement of interpretation on article 2 § 3. P. 11.

³⁵⁶ Ibid.

случаям» и потенциальной возможности неблагоприятных последствий для организации, оцениваемой, очевидно, самим работодателем, будет признана ЕКСП не соответствующей требованиям п. 3 ст. 2 ЕСХ. В 2014 г. ЕКСП уже обратился за разъяснениями к Правительству РФ по данному вопросу³⁵⁷.

Представляется необходимым конкретизировать в законодательстве перечень исключительных случаев, когда основная часть ежегодного оплачиваемого отпуска может быть перенесена на следующий год.

5.2.7. СОКРАЩЕНИЕ ПРОДОЛЖИТЕЛЬНОСТИ РАБОТЫ В НОЧНОЕ ВРЕМЯ

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

Помимо этого, в Рекомендации МОТ № 178 о ночном труде (1990 г.) указывается на желательность сокращения средней продолжительности труда в ночное время по сравнению с работниками, выполняющими аналогичную работу в дневное время (подп. 2 п. 4). В первоначальной редакции ст. 96 ТК РФ не разъяснялось, сокращается ли недельная продолжительность работы в ночное время при сокращении смены на один час. Отсутствие прямых указаний на этот счет приводило некоторых специалистов к толкованию данной нормы таким образом, что, несмотря на сокращение смены, недельная продолжительность рабочего времени сохраняется без сокращения³⁵⁸.

³⁵⁷ Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 7-8.

³⁵⁸ См.: Киселев И. Я., Леонов А. С. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. М., 2003. С. 217.

Глава 6. Инспекция труда. Безопасность и гигиена труда

6.1. Инспекция труда

6.1.1. Компетенция инспекции труда

В соответствии с п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 3, ст. 16, 17, 23 Конвенции МОТ № 81 об инспекции труда в промышленности и торговле (1947 г.) сфера компетенции инспекции труда определяется достаточно широко. В задачи системы инспекции входит, в частности, обеспечение применения положений законодательства в области условий труда и безопасности работников в процессе их работы, например, положений о продолжительности рабочего дня, заработной плате, безопасности труда, здравоохранении и благосостоянии, использовании труда детей и подростков и по другим подобным вопросам в той мере, в какой инспекторам труда надлежит обеспечивать применение указанных положений.

В связи с этим КЭ указывал, что в рамках различных контрольных процедур органами МОТ отмечалась недостаточная эффективность деятельности инспекции труда по ряду вопросов. В частности, в рамках жалобы в КСО по делу № 2758 поднимался вопрос о том, что инспекция не рассматривала жалобы, касающиеся антипрофсоюзных преследований и дискриминации³⁶⁰. Анализируя применение в России конвенций о запрещении детского труда, КЭ подчеркивал важность осуществления контроля за использованием детского труда в сфере неформальной экономики и в особенности роли государственных инспекторов труда в осуществлении такого контроля³⁶¹. Комитет рекомендовал расширить права государственных инспекторов труда, которым должна принадлежать самая значительная роль в решении задачи борьбы с использованием детского труда в неформальной экономике.

Комитет просил Правительство предпринимать шаги, направленные на реализацию правовых норм, относящихся к фундаментальным правам, в том числе в отношении равенства и недопустимости дискриминации, свободы объединения, искоренения принудительного труда.

Важность роли государственной инспекции труда подчеркивается и в других актах МОТ в отношении решения других проблем. Согласно п. 15

360 Report in which the committee requests to be kept informed of development. Report № 365. November 2012. Case № 2758 (Russian Federation) // Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3087064.

361 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2013). Individual Observation concerning Minimum Age Convention, 1973 (№ 138) Russian Federation (ratification: 1979) Published: 2014 // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2316577.

В 2006 г. норма о сокращении продолжительности смены была дополнена недостаточно ясной фразой «...без последующей отработки». Скорее всего, имелось в виду сокращение и недельной продолжительности. Хотя вряд ли будет нарушать ст. 96 ТК РФ установление такого режима рабочего времени, когда у работника в течение учетного периода имеются и ночные, и дневные смены, причем распределенные таким образом, что работник будет выполнять 40-часовую недельную норму. Поэтому специалисты осторожно комментируют данное положение, говоря о том, что «видимо законодатель имел в виду» в данной ситуации³⁵⁹.

Еще более заметно несоответствие ст. 96 ТК РФ другому положению Рекомендации № 178 (подп. 1 п. 4), по которому: «Нормальная продолжительность рабочего времени для работников, работающих в ночное время, не должна превышать восемь часов в течение любого 24-часового периода», за исключением некоторых отдельных ситуаций. Поскольку общего ограничения суточной продолжительности рабочего времени российское законодательство по общему правилу не предусматривает (см. 5.2.1 выше), то эта норма Рекомендации во внутреннем российском законодательстве не реализуется.

В связи с этим представляется необходимым внести определенность в ст. 96 ТК РФ, определив, влечет ли сокращение продолжительности рабочего времени в ночную смену сокращение недельной продолжительности рабочего времени, и в каких именно случаях (при работе исключительно в ночное время установление такого сокращения желательно). Также рекомендуется ввести ограничение нормальной продолжительности рабочего времени для работников, работающих в ночное время, восемью часами в течение любого 24-часового периода.

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

Рекомендации МОТ № 198 о трудовом правоотношении (2006 г.)³⁶²: «Компетентный орган должен принимать меры в целях обеспечения соблюдения и применения законодательных и нормативных правовых актов, касающихся индивидуального трудового правоотношения, в отношении различных аспектов, рассматриваемых в настоящей Рекомендации, например, посредством служб инспекции труда и их сотрудничества с органами социального обеспечения и налоговыми службами». В частности, в целях облегчения доказывания факта наличия трудового правоотношения подчеркивается необходимость предоставить *государственной инспекции труда право устанавливать их наличие*³⁶³. При этом признается довольно важным не только реагирование на конкретные жалобы и проведение отдельных плановых проверок, но и работа инспекции по выявлению проблем, установлению их сути и причин, разработке и предложению механизмов решения по собственной инициативе. Так, в аннотированном руководстве к Рекомендации МОТ № 198 при характеристике глобальной ситуации указывается: «В настоящее время в ряде промышленно развитых стран с рыночной экономикой (ПРСРЭ) ...полномочия и ответственность инспекторов определены нечетко, недостаточны для поставленных задач и, в некоторых аспектах, обременены ненадлежащими процедурными ограничениями. Эти проблемы приводят к растрачиванию времени и сил инспекторов, в результате чего они не могут расследовать спорные случаи, которые могли бы при определенных обстоятельствах выявить более серьезные проблемы, требующие решения путем принятия новых нормативных актов или изменения законодательства». В связи с этим было предложено, чтобы «вместо того, чтобы концентрироваться на обработке жалоб работников, для инспекторов было более эффективным, если бы они взяли на себя инициативу по проведению выборочных проверок отраслей и предприятий, которые проявляют признаки несоблюдения требований законодательства, либо приложили бы согласованные усилия для обеспечения исполнения конкретных положений Трудового кодекса, которые, как им представляются, нарушаются наиболее часто»³⁶⁴.

Применительно к ситуации в Европе в целом можно отметить, что инспекторы во многих странах обладают широкими правами по установлению истинной природы трудовых отношений по собственной инициативе либо на основании жалоб конкретных лиц. Трудовые инспекторы играют очень важную роль в установлении того, применяется ли в отношении конкретных тру-

362 Рекомендации МОТ № 198 о трудовом правоотношении (2006 г.). Employment Relationship Recommendation, 2006 (№ 198). Recommendation concerning the employment relationship. Adoption: Geneva, 95th ILC session (15 Jun 2006) // Normlex Database: URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198

363 ILO. Regulating the employment relationship in Europe: a guide to Recommendation № 198 / International Labour Office, Governance and Tripartism Department. Geneva: ILO, 2013. P. 54. Русская версия (в печати): МОТ. Правовое регулирование трудовых отношений в Европе: руководство к Рекомендации № 198. Департамент по управлению и трехстороннему сотрудничеству. Международное бюро труда. Женева. Европейская сеть трудового права (European Labour Law Network, ELLN). 2013—2014. Раздел III. Принятие мер для обеспечения соблюдения. Пар. 2 «Роль трудовой инспекции».

364 Ibid.

дящихся надлежащий правовой режим исходя из существующей типологии договоров, соблюдаются ли права и обязанности работника³⁶⁵.

Значительной может быть и роль инспекции труда в установлении, выявлении и легализации неформальных трудовых отношений³⁶⁶.

6.1.2. ИНЫЕ ФУНКЦИИ, ВОЗЛАГАЕМЫЕ НА ИНСПЕКТОРОВ ТРУДА

Согласно ч. 1 ст. 3 Конвенции МОТ № 81 в задачу системы инспекции труда входит:

- а) обеспечение применения положений законодательства в области условий труда и безопасности работников в процессе их работы, как, например, положений о продолжительности рабочего дня, заработной плате, безопасности труда, здравоохранении и благосостоянии, использовании труда детей и подростков и по другим подобным вопросам в той мере, в какой инспекторам труда надлежит обеспечивать применение указанных положений;
- б) обеспечение работодателей и работников технической информацией и рекомендациями о наиболее эффективных средствах соблюдения законодательных положений;
- в) доведение до сведения компетентного органа власти фактов нарушений или злоупотреблений, которые не подпадают под действие существующих законодательных положений.

Помимо этого, как указывается в п. 2 ст. 3 Конвенции № 81, если инспекторам труда поручаются другие функции, то они не должны препятствовать осуществлению их основных функций и наносить каким-либо образом ущерб авторитету или беспристрастности, необходимым инспекторам в их отношениях с работодателями и работниками.

Перечень полномочий государственных инспекторов труда, установленный в ст. 356 ТК РФ, достаточно широк и включает по состоянию на начало 2015 г. 17 пунктов. Помимо этого, в ст. 356 ТК РФ указывается, что к полномочиям федеральной инспекции труда могут быть отнесены и иные полномочия в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ. В соответствии с различными нормативными актами Федеральная инспекция труда также обеспечивает формирование и ведение реестра трудовых договоров, заключенных при посредничестве организаций по найму и трудоустройству моряков, с российскими гражданами, иностранными гражданами и лицами без гражданства для работы в составе экипажей морских судов, плавающих под Государственным флагом РФ³⁶⁷; организацию

365 Ibid.

366 Labour inspection and undeclared work in the EU / International Labour Office, Labour Administration and Inspection Programme (LAB/ADMIN). Geneva: ILO, 2013. Working document. № 29. ISSN 2227—7560. URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_220021.pdf.

367 Приказ Минздрава России от 8 декабря 2009 г. № 962н «Об утверждении Положения

подготовки трудовых арбитров и ведение базы трудовых арбитров³⁶⁸, реализацию программ в сфере занятости³⁶⁹ и др.

Комитет экспертов отмечал, что на инспекторов труда в России возложен очень широкий круг обязанностей, что может мешать исполнению прямых обязанностей инспекторов, которые являются комплексными и требуют много времени и ресурсов³⁷⁰.

Однако некоторых полномочий инспекторам труда очевидным образом не хватает. Так, информация о несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях не находится в постоянном распоряжении Роструда, в ведении которого находятся государственные инспекции труда (см. об это далее 6.1.4).

Представляется, что имеет смысл пересмотреть подход к деятельности государственных инспекторов труда, сделав акцент в их работе на расследовании спорных и сложных случаев, которые могут выявить серьезные и системные проблемы, требующие решения путем принятия новых нормативных актов, изменения законодательства, корректировки правоприменительной практики. Представляется важным создать условия, для того чтобы инспекторы проводили выборочные проверки в отраслях и на предприятиях, которые проявляют признаки серьезного несоблюдения требований законодательства в вопросах, наиболее существенным образом влияющих на положение работников, прилагали бы согласованные усилия для обеспечения исполнения конкретных положений ТК РФ, нарушения которых являются наиболее серьезными и распространенными.

6.1.3. ЧИСЛЕННОСТЬ ИНСПЕКТОРОВ ТРУДА И ИХ ИНФРАСТРУКТУРНАЯ ОБЕСПЕЧЕННОСТЬ

В соответствии со ст. 10 Конвенции МОТ № 81 число инспекторов труда должно быть достаточным для обеспечения эффективного осуществления функций инспекционной службы; оно устанавливается с учетом:

о порядке регистрации в территориальных органах Федеральной службы по труду и занятости трудовых договоров, заключенных при посредничестве организаций по найму и трудоустройству моряков, с российскими гражданами, иностранными гражданами и лицами без гражданства для работы в составе экипажей морских судов, плавающих под Государственным флагом Российской Федерации» // Российская газета. 2010. № 18. 29 янв.

368 Пункты 5.5.11, 5.5.12 Положения о Федеральной службе по труду и занятости, утвержденного постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 324 // Собрание законодательства РФ. 2004. № 28. Ст. 2901.

369 Пункт 5.5.7 Положения о Федеральной службе по труду и занятости, утвержденного постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. № 324.

370 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2013). Individual Observation concerning Minimum Age Convention, 1973 (№ 138) Russian Federation (ratification: 1979) Published: 2014. // Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2316577.

- 1) важности задач, которые должны выполнять инспектора, и, в частности:
 - a) числа, характера, размера и расположения предприятий, подпадающих под контроль инспекции;
 - b) численности и категорий работников, занятых на этих предприятиях;
 - c) количества и сложности законодательных положений, применение которых им подлежит обеспечить;
- 2) материальных средств, предоставленных в распоряжение инспекторов;
- 3) практических условий, в которых должны осуществляться инспекционные посещения, чтобы быть эффективными.

Проблема недостаточной численности инспекторов труда в России поднимается уже в течение продолжительного времени. Несмотря на это, численность инспекторов продолжает сокращаться по различным причинам. Так, например, по состоянию на декабрь 2010 г. численность государственных инспекторов составляла 2852 человека, сократившись по сравнению с 2003 г. на 14 % и по сравнению с 1995 г. на 31 %³⁷¹. Выездная миссия МОТ, бывшая в Москве в октябре 2011 г., отмечала явную недостаточность нынешнего количества инспекторов (по одному инспектору на 25 тысяч работников) для эффективной защиты прав работников³⁷², уменьшившуюся, несмотря на удвоение жалоб, поступающих в инспекции труда после начала экономического кризиса³⁷³.

Согласно докладу Роструда, существенное обстоятельство, оказывающее значимое влияние на результаты и качество работы федеральной инспекции труда, — это ограниченная численность персонала, которая снизилась в 2011 г. по сравнению с 2010 г. на 5,9 %. По состоянию на 1 января 2012 г. число штатных единиц по должностям, предусматривающим выполнение функций по надзору составило 2990 (меньше на 5 % по сравнению с 2010 г.): из них 2770 занятых, 220 вакантных. С начала проведения административной реформы (2004 г.) штатная численность работников федеральной инспекции труда сократилась на 16 %³⁷⁴. Как отмечается в докладе, с учетом возложенных и реализуемых в настоящее время федеральной инспекцией труда надзорных функций и пол-

371 ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2012). Individual Observation concerning Labor Inspection Convention, 1947 (№ 81) Russian Federation (ratification: 1998) Published: 2013. // Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3148193.

372 ILO Governing Body. 316th Session, Geneva, 1–16 November 2012. ILO Doc. № GB.316/INS/9/1. 365th Report of the Committee on Freedom of Association. Appendix. Mission report Moscow, Russian Federation (10–15 October 2011). Geneva: ILO, 2012. Para. 20. P.3 87-388. См. русский перевод на сайте Ассоциации «Юристы за трудовые права». URL: <http://www.trudprava.ru/index.php?id=2225>.

373 Ibid.

374 Федеральная служба по труду и занятости. Доклад об осуществлении и эффективности в 2011 г. федерального государственного надзора за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. М., 2012. С. 28. Официальный сайт Службы по труду и занятости. URL: <http://www.rostrud.ru/activities/28/doklad/>.

номочий, установленная на 2011 г. численность инспекторов позволяет обеспечить проведение плановых надзорных мероприятий в отношении одной организации не чаще, чем один раз в 26 лет, тогда как мировой опыт работы инспекций труда свидетельствует, что плановые мероприятия в отношении ранее проверенных хозяйствующих субъектов должны проводиться не реже, чем через пять лет.

Согласно расчету численности территориальных органов федеральной инспекции труда, произведенному Рострудом на основе положений Конвенции № 81, устанавливающих базовые принципы определения численности инспекций труда, для обеспечения плановых надзорных мероприятий в отношении одной организации с частотой один раз в пять лет расчетная численность уполномоченных должностных лиц федеральной инспекции труда должна составлять 13 200 человек³⁷⁵, т. е. *должна превышать существующую численность примерно в 4,7 раза.*

Таким образом, очевидно, что эффективный контроль за соблюдением трудового законодательства в России, а следовательно, и обеспечение его соблюдения невозможны в принципе в силу одной уже крайне низкой численности инспекторов труда.

Нередко в качестве аргумента, свидетельствующего о необходимости снижения стандартов трудового законодательства, приводится несоблюдение работодателями положений действующего трудового законодательства и необходимость приведения законодательства в соответствие с фактически складывающимися отношениями. Между тем, как видно, одно лишь увеличение численности инспекторов труда могло бы сыграть положительную роль в повышении исполнимости норм трудового законодательства.

Полагаем необходимым *повысить численность инспекторов, для того чтобы обеспечить возможность проведения проверок предприятий не реже, чем один раз в пять лет.*

Согласно ст. 11 Конвенции № 81 компетентный орган власти принимает необходимые меры, для того чтобы в распоряжении инспекторов труда находились:

- а) местные бюро, оборудованные в соответствии с нуждами инспекционной службы и доступные для всех заинтересованных лиц;
- б) транспортные средства, необходимые для осуществления их функций в случае, если нет соответствующих средств общественного транспорта.

В течение нескольких лет КЭ отмечал³⁷⁶, что нельзя признать достаточной транспортную обеспеченность инспекторов труда, которым приходится ездить на

³⁷⁵ Федеральная служба по труду и занятости. Доклад об осуществлении и эффективности в 2011 г. федерального государственного надзора за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. М., 2012. С. 29.

³⁷⁶ ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2012). Individual Observation concerning Labor Inspection Convention, 1947 (№ 81) Russian Federation (ratification: 1998) Published: 2013. // Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COMMENT_YEAR:3081142,102884,Russian%20Federation,2012.

значительные расстояния в удаленные районы для проведения проверок. После дополнительных закупок транспорта в последние несколько лет обеспеченность федеральной инспекции труда машинами в 2012 г. составила 535 машин.

В связи с этим КЭ просил Правительство РФ предоставить информацию по вопросам, касающимся улучшения обеспеченности инспекции человеческими ресурсами, необходимыми для эффективного и достаточного проведения проверок; категорий, специализации, географическому распределению инспекторов труда, а также относительно планов по улучшению обеспеченности инспекторов транспортными средствами³⁷⁷.

Есть основания полагать, что при дальнейшем рассмотрении соблюдения Конвенции № 81 могут последовать замечания и относительно транспортной доступности инспекции, поскольку структура государственной инспекции труда в России не обеспечивает предусмотренные ст. 11 местные бюро, доступные для всех заинтересованных лиц.

Представляется необходимым повысить финансирование государственной инспекции труда, с тем чтобы увеличить число инспекторов труда, улучшить их обеспеченность ресурсами, в частности, транспортными средствами, а также повысить доступность инспекторов труда для населения.

6.1.4. Полномочия инспекторов труда

Согласно ст. 12 Конвенции № 81 инспекторы труда, снабженные документами, удостоверяющими их полномочия, имеют право: «...(с) осуществлять любые проверки, контроль и расследования, которые они могут счесть необходимыми, чтобы удостовериться в том, что законодательные положения эффективно соблюдаются, и, в частности:

- 1) наедине или в присутствии свидетелей задавать вопросы работодателю или персоналу предприятия по всем областям, относящимся к применению законодательных положений;
- 2) требовать ознакомления с любыми книгами, реестрами или документами, ведение которых предписано законодательством по вопросам условий труда, с целью проверки их соответствия законодательным положениям и снятия с них копии или выписки отдельных мест».

Комитет экспертов подчеркивал, что полномочия государственных инспекторов не должны ограничиваться правом проведения проверок лишь в определенных случаях³⁷⁸.

³⁷⁷ ILO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2012). Individual Observation concerning Labor Inspection Convention, 1947 (№ 81) Russian Federation (ratification: 1998) Published: 2013. // Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3148193.

³⁷⁸ Там же.

Согласно ТК РФ инспекторы труда могут безвозмездно получать от представителей работодателей документы, объяснения, информацию, необходимые для выполнения надзорных и контрольных функций в любой момент (ст. 357 ТК РФ), а возможность получения объяснений от работников организации ограничена лишь случаями расследования несчастных случаев (ст. 229 ТК РФ). В связи с этим КЭ обращался к Правительству РФ с просьбой привести законодательство в соответствие со ст. 12 Конвенции № 81. Помимо этого, в России информация о несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях не находится в постоянном распоряжении Роструда, в связи с чем КЭ подчеркивал, что *необходимо создать систему, позволяющую Роструду на постоянной основе получать такую информацию*³⁷⁹.

Другой аспект проблемы полномочий инспекторов не был затронут в рекомендациях КЭ, но представляется крайне важным.

В 2008 г. в целях защиты бизнеса от произвола чиновников при проверке деятельности предпринимателей был принят Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»³⁸⁰ (далее — Закон № 294-ФЗ). В п. 12 ст. 8 Закона № 294-ФЗ устанавливается, что о проведении плановой проверки деятельности юридических лиц и предпринимателей, которая может осуществляться не чаще чем один раз в три года, проверяемые должны предупреждаться не менее чем за три дня до ее начала.

Внеплановая выездная проверка деятельности предпринимателей согласно п. 5 ст. 10 Закона № 294-ФЗ может осуществляться уполномоченным государственным органом только после согласования с органом прокуратуры по месту осуществления деятельности проверяемых во всех случаях. Это единственный вид проверки, при котором государственная инспекция труда имеет возможность убедиться в реальном соблюдении работодателями требований трудового законодательства. В настоящее время³⁸¹ ТК РФ устанавливает одно исключение из данного правила: проверки, проводимые в связи с поступившими обращениями работников о нарушении трудового законодательства, могут быть проведены незамедлительно с извещением органа прокуратуры в порядке, установленном федеральным законом, без согласования с органами прокуратуры (ч. 8 ст. 360 ТК РФ).

Законом № 294-ФЗ предусмотрено проведение двух форм проверок — выездные и документарные. Документарная проверка является основным видом проводимых проверок. Она проводится по месту нахождения органа государственного контроля (надзора), без выезда к месту осуществления деятельности работодателем. В процессе проведения документарной проверки, в первую очередь, рассматриваются документы юридического лица, индиви-

дуального предпринимателя, имеющиеся в распоряжении органа контроля (надзора) (п. 3 ст. 11 Закона № 294-ФЗ). Только если достоверность сведений, содержащихся в документах, вызывает обоснованные сомнения, либо эти сведения не позволяют оценить исполнение требований законодательства, орган государственного контроля (надзора) направляет в адрес проверяемого мотивированный запрос с требованием представить иные необходимые для рассмотрения в ходе проведения документарной проверки документы (п. 4 ст. 11 Закона № 294-ФЗ).

Выездная проверка проводится по месту нахождения юридического лица, месту осуществления деятельности индивидуального предпринимателя и (или) по месту фактического осуществления их деятельности (п. 2 ст. 12 Закона № 294-ФЗ). При этом ее проведение возможно только, если при документарной проверке не представляется возможным (п. 3 ст. 12 Закона № 294-ФЗ):

- 1) удостовериться в полноте и достоверности сведений, содержащихся в уведомлении о начале осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности и иных имеющихся в распоряжении органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля документах юридического лица, индивидуального предпринимателя;
- 2) оценить соответствие деятельности юридического лица, индивидуального предпринимателя обязательным требованиям или требованиям, установленным муниципальными правовыми актами, без проведения соответствующего мероприятия по контролю.

Очевидно, что любая проверка с заблаговременным предупреждением, либо ограничивающаяся изучением предоставленных самим работодателем документов, почти не оставляет шансов выявить факты реальных нарушений трудового законодательства, даже если они весьма серьезны, в том случае, если в организации имеется квалифицированный юрист³⁸².

Этот порядок ограничения выездных проверок находится в прямом противоречии с Конвенцией № 81. Как указывается в ч. 1 ст. 12 Конвенции № 81, «инспектора труда, снабженные документами, удостоверяющими их полномочия, имеют право:

- a) беспрепятственно проходить без предварительного уведомления и в любое время суток на любое предприятие, охватываемое контролем инспекции;
- b) входить в дневное время во все здания, в отношении которых они имеют достаточные основания считать их подпадающими под контроль инспекции;
- c) осуществлять любые проверки, контроль и расследования, которые они могут счесть необходимыми, чтобы удостовериться в том, что законодательные положения эффективно соблюдаются...».

379 General Survey on Labour Inspection, 2006, paragraph 118.

380 Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

381 Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // Собрание законодательства РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4590.

382 О других серьезных организационных и юридических проблемах, связанных с деятельностью инспекций труда в России см.: Герасимова Е. С. Государственные гарантии защиты трудовых прав и свобод // Актуальные проблемы трудового законодательства в условиях модернизации экономики : монография (научно-практическое пособие) / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2012 С. 119-147.

Согласно ч. 2 ст. 12 Конвенции № 81 в случае инспекционного посещения инспектор уведомляет о своем присутствии предпринимателя или его представителя, если только он не сочтет, что такое уведомление может нанести ущерб эффективности контроля.

Такое несоответствие внутреннего законодательства нормам международного трудового права имеет еще большее значение с учетом низкой численности трудовых инспекторов и слабой инфраструктурной обеспеченности, о которых говорилось выше.

При этом функцию по защите малого и среднего бизнеса данный закон выполняет плохо, поскольку существует множество формальных документов, ведение которых предусматривает трудовое законодательство, изначально ориентированное на стандарты крупного бизнеса (локальные акты, приказы и т. п.).

Таким образом, для приведения российского законодательства в соответствие с требованиями Конвенции № 81 необходимо изменить порядок проведения проверок государственными инспекторами труда, приведя полномочия и права инспекторов в соответствие с требованиями, содержащимися в ст. 12 Конвенции.

Помимо этого, полагаем необходимым поставить вопрос о переориентации деятельности государственной инспекции труда с проведения документальных проверок организаций, ведущих «белое» кадровое делопроизводство, на работу с организациями, допускающими наиболее серьезные нарушения трудового законодательства, в частности, не оформляющими трудовые отношения, маскирующими трудовые отношения иными видами отношений.

Представляется необходимым также предоставить государственным инспекторам труда право обращаться в суд с заявлениями в защиту лиц, чьи права нарушаются, в том числе в защиту неопределенного круга лиц; предоставить право участия в заседании для дачи заключения при рассмотрении в суде дел, начатых по инициативе других лиц; право представлять суду документы, полученные инспектором в ходе проведения проверки; право обжаловать решения, вынесенные по трудовым спорам.

Очевидна и крайняя недостаточность персонала и инфраструктурного обеспечения, выделяемого в настоящее время инспекциям труда, не соответствующая требованиям Конвенции № 81.

6.2. БЕЗОПАСНОСТЬ И ГИГИЕНА ТРУДА

6.2.1. ОБЩИЕ РАМКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Основные акты МОТ, посвященные безопасности и гигиене труда, ратифицированные Россией, — это Конвенции № 120 о гигиене в торговле и учреж-

дениях (1964 г.), № 155 о безопасности и гигиене труда и производственной среде (1971 г.) и № 187 об основах, содействующих безопасности и гигиене труда (2006 г.)³⁸³.

Кроме того, Россия ратифицировала п. 4 ст. 2 ЕСХ, предусматривающий обязанность государств «ликвидировать риск, сопряженный с выполнением опасных и вредных работ, а там, где пока невозможно ликвидировать или в достаточной мере смягчить этот риск, обеспечить либо сокращение продолжительности рабочего времени, либо дополнительные оплачиваемые отпуска для тех, кто занят на таких работах», а также ст. 3 ЕСХ, касающуюся права на безопасные и здоровые условия труда.

Российское законодательство соответствует большей части требований, изложенных в указанных конвенциях МОТ. Со стороны КЭ в адрес России в последние годы не делалось замечаний, но были прямые запросы в отношении применения Конвенции № 120 (в 2005 и 2010 гг.³⁸⁴), № 155 (в 2004 и 2010 гг.³⁸⁵) и № 187 (в 2013 г.³⁸⁶). Прямые запросы касались информации о мерах по реализации указанных конвенций. По Конвенции № 120 Правительство РФ предоставило информацию о санитарных правилах и нормах, принятых в Российской Федерации с целью предотвращения воздействия вредных факторов в отношении работников, а также статистические данные. В отношении Конвенции № 155 и № 187 КЭ запрашивал информацию о практических мерах, направленных на реализацию в России требований, предусмотренных в Конвенции. Однако прямых несоответствий национального законодательства и правоприменительной практики в России применительно к Конвенциям № 120, 155 и 187 со стороны КЭ выявлено не было. Тем не менее по некоторым из указанных выше конвенций может быть поставлен вопрос о соответствии им норм российского трудового законодательства.

383 Русский перевод названий Конвенции и Рекомендации 2006 г. не совсем удачен: акты называются по-английски «Promotional framework for occupational safety and health Convention (Recommendation)». Более точно на русский язык это можно перевести как «Конвенция (Рекомендация) относительно общих рамок продвижения безопасности и гигиены труда».

384 См.: Direct Request (CEACR) — adopted 2005, published 95th ILC session (2006) Hygiene (Commerce and Offices) Convention, 1964 (№ 120) — Russian Federation (Ratification: 1967). Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2248435; Direct Request (CEACR) — adopted 2010, published 100th ILC session (2011) Hygiene (Commerce and Offices) Convention, 1964 (№ 120) — Russian Federation (Ratification: 1967). Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2329316.

385 Direct Request (CEACR) — adopted 2004, published 93rd ILC session (2005) Occupational Safety and Health Convention, 1981 (№ 155) — Russian Federation (Ratification: 1998). Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2234462; Direct Request (CEACR) — adopted 2010, published 100th ILC session (2011) Occupational Safety and Health Convention, 1981 (№ 155) — Russian Federation (Ratification: 1998). Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2329357.

386 Direct Request (CEACR) — adopted 2013, published 103rd ILC session (2014) Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (№ 187) — Russian Federation (Ratification: 2011). Normlex Database. URL: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3149799.

6.2.2. СИСТЕМА САНКЦИЙ ЗА НАРУШЕНИЯ

В п. 2 ст. 6 Конвенции МОТ № 120 и в п. 2 ст. 9 Конвенции МОТ № 155 говорится о «надлежащей системе санкций», которая должна применяться в случае нарушений норм о безопасности и гигиене труда. Аналогичный подход высказывался ЕКСП в отношении требований к соблюдению п. 3 ст. 3 ЕСХ. С точки зрения ЕКСП, система санкций за нарушения в области безопасности и гигиены труда должна быть «эффективной и оказывающей сдерживающее воздействие»³⁸⁷. Кроме того, «ситуация должна оцениваться в свете соотношения между количеством зарегистрированных правонарушений и количеством наложенных взысканий, взаимосвязи между частотой правонарушений и тяжестью санкций, видов применяемых взысканий, конечным размером налагаемых штрафов и способов их установления, включая, в особенности, тот факт, является ли их размер пропорциональным числу затронутых работников (курсив наш — Н. Л. и Е. Г.)»³⁸⁸.

В конце 2013 г. в КоАП РФ была внесена специальная норма об ответственности за нарушение государственных нормативных требований охраны труда (ст. 5.27.1), которая предусматривает наложение штрафа на должностных лиц и индивидуальных предпринимателей в размере от 2 тыс. до 5 тыс. руб.; на юридических лиц — от 50 тыс. до 80 тыс. руб. или административное приостановление деятельности на срок до 90 суток. За повторное нарушение законодательства о труде и об охране труда должностным лицом предусматривается дисквалификация на срок от одного года до трех лет. Существует практика, когда инспекторы труда налагают однотипные санкции в отношении одного работодателя, допускающего фактически одно и то же нарушение в области охраны труда применительно ко многим работникам одновременно. Однако законодательных рамок для такого рода действий в настоящее время не существует. Представляется, что перечисленные штрафы в отношении крупных предприятий не могут оцениваться в качестве серьезной санкции, мотивирующей работодателя не допускать нарушений требований охраны труда. Кроме того, очевидно отсутствие какой-либо зависимости между величиной штрафов и количеством работников, жизнь и здоровье которых подвергаются опасности и/или вредному воздействию вследствие нарушения работодателем норм по охране труда. Этот подход законодателя явно *идет вразрез с требованиями ЕКСП в отношении соблюдения ЕСХ*.

6.2.3. ЭФФЕКТИВНОСТЬ КОНТРОЛЯ ЗА НАРУШЕНИЯМИ

Не менее важно и то, что налагаться санкции за нарушение требований безопасности и гигиены труда должны с помощью системы эффективно

387 Council of Europe. European Committee of Social Rights (ECSR). Conclusions 2005, Norway, P. 521.

388 Ibid.

действующих трудовых инспекций. Следовательно, проблемы, связанные с соответствием российского законодательства и правоприменительной практики международным нормам в области инспекции труда, описанные в 6.2.2, в полной мере распространяются и на вопросы безопасности и гигиены труда.

В рамках же специальных МТС безопасности и гигиены труда требования в этом отношении формулировались ЕКСП применительно к п. 3 ст. 3 ЕСХ, обязывающему ратифицировавшие его государства принять меры по контролю за применением правил в этой области. С точки зрения ЕКСП, для соблюдения п. 3 ст. 3 ЕСХ у государств имеется определенный уровень усмотрения в отношении не только того, каким образом организовывать деятельность инспекций, но и ресурсов, которые им выделяются. Тем не менее, «...постольку, поскольку от эта деятельность представляет собой основную гарантию здоровья и безопасности на рабочем месте, Комитет проверяет, достаточное ли количество ресурсов выделяется им [инспекциям] с целью обеспечения возможности проведения “минимального количества регулярных инспекций, для того чтобы как можно большее количество работников получало преимущества от права, закрепленного в ст. 3”³⁸⁹, а также, что риск несчастных случаев сведен к минимуму. Это ограничивает право [государств] на собственное усмотрение и означает, что Хартия нарушается в том случае, если количество работающих в системе инспекции труда и количество посещений [рабочих мест] очевидным образом не адекватно количеству работников, которых это касается»³⁹⁰. Кроме того, с точки зрения ЕКСП, «инспекторы должны иметь право посещать любые рабочие места, включая жилые помещения, во всех секторах экономики. У них должны быть достаточные и оптимальные средства для проведения расследования и обеспечения исполнения своих решений, в особенности, если они видят непосредственную опасность для здоровья и безопасности работников»³⁹¹.

Помимо этого, в п. «е» ст. 5 Конвенции № 155 указывается, что государства обязаны осуществлять защиту работников и их представителей от дисциплинарных мер в результате предпринятых ими надлежащим образом действий в соответствии с политикой в области безопасности труда, гигиены труда и производственной среды. По сути, речь в данном случае идет о защите представителей работников от такой формы дискриминационных действий работодателя, как виктимизация. В российском законодательстве и правоприменительной практике в данном отношении существует значительный пробел.

389 ECSR. Conclusions XIV-2, Belgium. P. 128.

390 ECSR. Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece, Complaint № 30/2005, decision on the merits of 6 December 2006. §229.

391 ECSR. Conclusions XIV-2, Statement of Interpretation on Article 3§ 2 of the 1961 Charter (i.e. Article 3§ 3 of the Revised Charter). P. 43-46.

6.2.4. ПРОБЛЕМЫ СПЕЦИАЛЬНОЙ ОЦЕНКИ УСЛОВИЙ ТРУДА

Пункт 4 ст. 2 ЕСХ связан с сокращением продолжительности рабочего времени в связи с тяжестью и вредностью условий труда. Как отмечал в связи с этим ЕКСП, «Хартия 1961 г. была принята в то время, когда имело место превышение количества рабочих часов, а цель государственной политики в сохранении профессионального здоровья и безопасности на рабочем месте заключалась не в предотвращении и устранении рисков, а в их компенсации. В настоящее время количество рабочих часов в целом сократилось, а профилактика профессиональных рисков стала приоритетом»³⁹². Тем не менее в том случае, если производственные риски для жизни и здоровья работников неизбежны, государства обязаны принимать специальные меры. С точки зрения ЕКСП, п. 4 ст. 2 ЕСХ Хартии «...предусматривает две формы компенсации: сокращенная продолжительность рабочего времени и дополнительные оплачиваемые отпуска. Делая акцент на сохранении здоровья и безопасности, Комитет считает, что могут быть предусмотрены и другие меры, связанные с уменьшением воздействия рисков в соответствии с Хартией, например, досрочный выход на пенсию»³⁹³. Кроме того, в отношении применения п. 1 ст. 2 ЕСХ ЕКСП указывал на обязанность государств прогрессирующего снижения еженедельной продолжительности рабочего времени с учетом соображений производительности труда и иных факторов, среди которых называются «характер работы и риски в отношении безопасности и здоровья, которым подвергаются работники»³⁹⁴. При этом отдельное внимание ЕКСП уделил вопросам гибкого установления рабочего времени. Притом что сами по себе гибкие меры в отношении рабочего времени, как таковые, не представляют собой нарушения ЕСХ, их установление, помимо прочего, должно отвечать следующим требованиям³⁹⁵:

- а) не должно допускаться необоснованной ежедневной и недельной продолжительности рабочего времени;
- б) гибкие меры должны применяться в законодательно установленных рамках, которые четко устанавливают пределы усмотрения для работодателей и работников, которые могут быть закреплены в коллективных соглашениях.

В связи с этими требованиями ЕКСП необходимо отметить те изменения, которые произошли в российском законодательстве в конце 2013 г.³⁹⁶, когда была осуществлена замена государственной аттестации рабочих мест с точ-

ки зрения их соответствия требованиям охраны труда на новую процедуру специальной оценки условий труда, осуществляемую специальными негосударственными организациями. Прежде всего, была изменена норма ст. 92 ТК РФ, предусматривавшая сокращение продолжительности рабочего времени для работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, до 36 часов в неделю.

Первое из изменений, которое предусмотрено Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ, касается сокращения видов вредной и опасной работы, для которой сокращается продолжительность рабочего времени. В соответствии с новой редакцией ст. 92 ТК РФ обязательному сокращению подлежит рабочее время лишь работы в наиболее вредных (3 и 4 степень вредности) и опасных условиях труда.

Первая и вторая степень вредности условий труда включает в себя:

- 1) подкласс 3.1 (вредные условия труда 1 степени) — условия труда, при которых на работника воздействуют вредные и (или) опасные производственные факторы, после воздействия которых измененное функциональное состояние организма работника восстанавливается, как правило, при более длительном, чем до начала следующего рабочего дня (смены), прекращении воздействия данных факторов, и увеличивается риск повреждения здоровья;
- 2) подкласс 3.2 (вредные условия труда 2 степени) — условия труда, при которых на работника воздействуют вредные и (или) опасные производственные факторы, уровни воздействия которых способны вызвать стойкие функциональные изменения в организме работника, приводящие к появлению и развитию начальных форм профессиональных заболеваний или профессиональных заболеваний легкой степени тяжести (без потери профессиональной трудоспособности), возникающих после продолжительной экспозиции (15 более лет) (п. 4 ст. 14 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ).

Очевидно, что хотя вредность этих условий и ниже более высоких степеней, о которых говорится в новой редакции ст. 92 ТК РФ, назвать такую работу безвредной для здоровья отнюдь нельзя. Таким образом, существенная часть работающих во вредных условиях лишена имевшейся у них ранее гарантии на сокращение продолжительности рабочего времени, что находится в прямом противоречии с требованием ЕКСП о прогрессирующем сокращении недельной продолжительности рабочего времени для работающих в таких условиях.

Второе изменение в ст. 92 ТК РФ касается способа сокращения рабочего времени. Если раньше оно устанавливалось Правительством РФ с учетом мнения РТК, то теперь в соответствии с новой ч. 2 ст. 92 продолжительность рабочего времени конкретного работника «устанавливается трудовым договором на основании отраслевого (межотраслевого) соглашения и коллективного договора с учетом результатов специальной оценки условий труда». Таким обра-

³⁹² Council of Europe. Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights. P. 29.

³⁹³ ECSR. Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 2 § 4. P. 297.

³⁹⁴ ECSR. Conclusions XIV-2, Statement of Interpretation on Article 2 § 1. P. 32.

³⁹⁵ ECSR. Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC v. France. Complaint № 9/2000. Decision on the merits of 16 November 2001. § 29—38.

³⁹⁶ Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ «О специальной оценке условий труда» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 6991; Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О специальной оценке условий труда"» // Собрание законодательства РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 6986.

зом, возникает, во-первых, техническая сложность в отношении применения этой нормы, буквально подразумевающая, что для установления конкретной продолжительности рабочего времени необходимо наличие не только трудового договора, но и отраслевого (межотраслевого) соглашения, и (не «и/или») коллективного договора. Во-вторых, и это существенно более важно, очевидно, что особенно с учетом того что существенная часть производств с вредными условиями труда расположена в градообразующих предприятиях, где ослаблены возможности работников для ведения эффективного социального диалога с работодателями, у работников очень мало возможностей добиться сокращения рабочего времени в связи с работой во вредных и опасных условиях. Эта норма находится в противоречии с требованиями ЕКСП к законодательным рамкам, которые должны устанавливаться для установления пределов усмотрения для работодателей и работников в коллективных соглашениях (см. выше).

Еще большее противоречие этому же требованию ЕКСП можно найти в новой ч. 3 ст. 92 ТК РФ, предусматривающей возможность увеличения продолжительности рабочего времени для работающих во вредных и опасных условиях до 40 часов в неделю «с выплатой работнику отдельно устанавливаемой денежной компенсации в порядке, размерах и на условиях, которые установлены отраслевыми (межотраслевыми) соглашениями, коллективными договорами». С учетом указанного выше, данная норма означает, что *рабочее время даже для работающих в наиболее вредных³⁹⁷ и опасных³⁹⁸ условиях труда может не сокращаться вообще при условии замены денежной компенсацией*. В отношении денежной компенсации есть прямое упоминание ЕКСП, что «ни при каких обстоятельствах» она не может считаться адекватной мерой с точки зрения п. 4 ст. 2 ЕСХ³⁹⁹. И в отношении специальной оценки труда уже имеются прямые замечания со стороны ЕКСП о несоответствии данных норм требованиям п. 4 ст. 2 ЕСХ⁴⁰⁰.

Вследствие введения системы специальной оценки условий труда, изменения законодательства коснулись и порядка предоставления ежегодного оплачиваемого отпуска для работников с вредными и опасными условиями труда. Изменения, которые были внесены в ст. 117 ТК РФ, в этом отношении строго аналогичны изменениям ст. 92:

397 Согласно п. 4 ст. 14 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ вредные условия труда 4-й степени — это условия труда, при которых на работника воздействуют вредные и (или) опасные производственные факторы, уровни воздействия которых способны привести к появлению и развитию тяжелых форм профессиональных заболеваний (с потерей общей трудоспособности) в период трудовой деятельности.

398 Опасными условиями труда (4 класс) являются условия труда, при которых на работника воздействуют вредные и (или) опасные производственные факторы, уровни воздействия которых в течение всего рабочего дня (смены) или его части способны создать угрозу жизни работника, а последствия воздействия данных факторов обуславливают высокий риск развития острого профессионального заболевания в период трудовой деятельности (п. 5 ст. 14 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ).

399 ECSR. Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece. Complaint № 30/2005, decision on the merits of 6 December 2006. § 416.

400 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 10.

- а) дополнительный отпуск теперь полагается не всем работникам с вредными и опасными условиями труда. Согласно новой норме дополнительный отпуск в размере не менее семи календарных дней теперь полагается только работникам, условия труда на рабочих местах которых по результатам специальной оценки условий труда отнесены к вредным условиям труда 2, 3 или 4 степени либо опасным условиям труда (ч. 1 ст. 177 ТК РФ (в ред. от 28 декабря 2013 г.);
- б) конкретная продолжительность дополнительного отпуска устанавливается трудовым договором на основании отраслевого (межотраслевого) соглашения и коллективного договора с учетом результатов специальной оценки условий труда — вместо ранее действовавшего порядка, устанавливаемого Правительством РФ с учетом мнения РТК;
- в) дополнительный отпуск может быть заменен денежной компенсацией (ч. 4 ст. 177 ТК РФ (в ред. от 28 декабря 2013 г.).

Требования ЕКСП в отношении сокращения рабочего времени, связанные с тем, что такое сокращение необходимо для восстановления здоровья работника в связи с воздействием вредных производственных факторов, очевидно, аналогичным образом применимы и в отношении дополнительных отпусков.

Еще одно противоречие требованиям ЕСХ можно найти в ст. 3 Федерально-го закона от 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ. В соответствии с п. 3 данной статьи специальная оценка условий труда не проводится в отношении условий труда надомников, дистанционных работников и работников, вступивших в трудовые отношения с работодателями — физическими лицами, не являющимися индивидуальными предпринимателями. Таким образом, соответствующие категории работников фактически лишаются дополнительной защиты, связанной с воздействием на их жизнь и здоровье вредных производственных факторов. Между тем ЕКСП указывал в отношении п. 1 ст. 3 ЕСХ, что «правила в отношении безопасности и гигиены труда должны распространяться на всех работающих, все рабочие места и секторы экономики»⁴⁰¹. Более того, термин «работающие» (workers) понимается ЕКСП как распространяющийся не только на работников по трудовому договору, но и на самозанятых лиц, «особенно, если последние часто работают в опасных отраслях»⁴⁰². Соответственно, требования о специальной оценке условий труда, основываясь на подходе ЕКСП, должны применяться и в отношении домашних работников, и категорий работников, исключенных на основании п. 3 ст. 3 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ, и даже индивидуальных предпринимателей и независимых подрядчиков, например, таксистов и других категорий. Кроме того, в п. 3 ст. 3 указанного Федерального закона предусматривается, что проведение специальной оценки условий труда в отношении условий труда государственных гражданских служащих и муниципальных служащих ре-

401 ECSR. Conclusions II, Statement of Interpretation on Article 3§ 1 of the 1961 Charter (i.e. on Article 3§ 2 of the Revised Charter). P. 12.

402 ECSR. Conclusions 2005, Estonia. P. 136.

гулируется отдельными нормативными правовыми актами. Соответственно, возникает вопрос о справедливости дифференцированного подхода к оценке условий труда с точки зрения его соответствия принципу равенства прав граждан.

Таким образом, сопоставление требований, предъявляемых контрольными органами МОТ и СЕ в отношении безопасности и гигиены труда, позволяет выявить следующие несоответствия российского трудового законодательства и правоприменительной практики МТС:

1. Система санкций за нарушение работодателем требований охраны труда вызывает сомнения с точки зрения соответствия п. 2 ст. 6 Конвенции МОТ № 120 и п. 2 ст. 9 Конвенции МОТ № 155 и не учитывает количества затронутых соответствующим нарушением работников, как это требует ЕКСП применительно к п. 3 ст. 3 ЕСХ.
2. Сомнительно соответствие российского законодательства требованию п. «е» ст. 5 Конвенции МОТ № 155, в котором указывается, что государства обязаны осуществлять защиту работников и их представителей от дисциплинарных мер в связи с подачей жалоб, связанных с нарушениями в области безопасности и гигиены труда.
3. Полномочия и ресурсы, выделяемые системе инспекций труда в отношении надзора за безопасностью и гигиеной труда, нельзя считать удовлетворяющими требованиям Конвенции МОТ № 81, а также п. 3 ст. 3 ЕСХ.
4. Основные проблемы в отношении соблюдения Россией международных актов в области безопасности и гигиены труда, по которым она уже несет обязательства, связаны с принятием 28 декабря 2013 г. федеральных законов № 421-ФЗ и 426-ФЗ. К ним относятся следующие:
 - возможность отказа от сокращения продолжительности рабочего времени и предоставления дополнительных отпусков для работающих с вредными и опасными условиями труда;
 - ограничение круга работников, которым полагается сокращение рабочего времени и дополнительные отпуска в связи с работой в таких условиях;
 - возможность замены соответствующих мер денежными компенсациями;
 - выведение ряда категорий работников из сферы оценки условий труда на предмет вредности и опасности.

Глава 7. Иные трудовые стандарты

7.1. ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ РАБОТНИКОВ

По вопросу защиты персональных данных работников действует два международных рекомендательных акта: Рекомендация Комитета министров СЕ №R(89)2 1989 г.⁴⁰³ и Кодекс практики МОТ 1997 г.⁴⁰⁴

Вопросы автоматизированной обработки персональных данных регулируются дополнительно Конвенцией СЕ о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г. с поправками 1999 г., ратифицированной Россией в 2005 г.⁴⁰⁵

Внутреннее правовое регулирование этих вопросов содержится в гл. 14 ТК РФ и в Федеральном законе от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»⁴⁰⁶ (далее — Закон о персональных данных), а также множестве иных нормативных правовых актов, которые воспроизводят существенную часть, но далеко не все положения этих актов.

7.1.1. ПОНЯТИЙНЫЙ АППАРАТ

В Рекомендации Комитета министров СЕ и Кодексе практики МОТ *персональные данные* понимаются как любая информация, относящаяся к работнику или физическому лицу. Схожим образом это понятие определяется и в Законе о персональных данных. В ч. 1 ст. 85 ТК РФ персональные данные ранее понимались как «информация, необходимая работодателю в связи с трудовыми отношениями и касающаяся конкретного работника». По сути, это означало, что иная информация, намеренно или случайно полученная работодателем, не являющаяся необходимой работодателю в связи с трудовыми отношениями, не подлежит защите в соответствии с гл. 14 ТК РФ, а только в соответствии с Законом о персональных данных. В 2013 г. это положение было исключено⁴⁰⁷, и в настоящее время применяется непосредственно определение, которым оперирует Закон о персональных данных.

Важное понятие, имеющееся в Кодексе практики МОТ, — «мониторинг персональных данных», т. е. использование устройств, таких как компьюте-

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

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

405 Бюллетень международных договоров. 2014. № 4.

406 Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

407 Федеральный закон от 7 мая 2013 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» и Федерального закона «О персональных данных» // Собрание законодательства РФ, 2013. № 19. Ст. 2326.

ры, видеооборудование, звуковые устройства, телефоны и иные средства связи, различных методов идентификации или установления местонахождения, либо любой иной вид наблюдения. Аналогичных понятий в российских законах не содержится.

Представляется, что включение понятия мониторинга персональных данных в ТК РФ и Закон о персональных данных помогло бы четче контролировать процесс защиты данных.

7.1.2. СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

Согласно Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 1.3) и Кодексу практики МОТ (п. 3.4) эти акты применяются в отношении любого настоящего или бывшего работника, либо кандидата на трудоустройство. Нормы гл. 14 ТК РФ применяются только в отношении работников, т. е. лиц согласно ч. 2 ст. 20 ТК РФ, *вступивших* в трудовые отношения с работодателем. Таким образом, сфера применения гл. 14 существенно уже. Потенциальные и бывшие работники защищаются только нормами Закона о персональных данных.

Очевидно, что в ТК РФ следовало бы внести соответствующие уточнения в отношении персональных данных лиц, предоставляющих свои данные потенциальным работодателям, а также бывших работников.

7.1.3. ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ

В Кодексе практики МОТ (п. 5.4) указывается, что персональные данные, полученные в связи с техническими или организационными мерами, направленными на обеспечение безопасности и должное функционирование автоматических систем, не должны использоваться для контроля за поведением работников. *Аналогичные нормы во внутреннем российском законодательстве отсутствуют.*

И в международных, и во внутренних российских актах содержится принцип, согласно которому решения работодателя в отношении работника не должны основываться исключительно на автоматической обработке персональных данных. Однако Кодекс практики МОТ (п. 5.6) расширяет этот принцип указанием на данные, полученные в результате электронного мониторинга. *Аналогичных норм во внутреннем российском законодательстве не содержится.*

В Кодексе практики МОТ (п. 5.7) указывается, что работодатели должны регулярно анализировать практику обработки персональных данных с целью:

- а) уменьшения, насколько это возможно, объема и видов получаемых персональных данных;
- б) улучшения способов защиты частной жизни работников.

Аналогичных норм во внутреннем российском законодательстве также не содержится.

В Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 3.1) указывается, что работодатели должны заблаговременно информировать или проводить консультации со своими работниками и их представителями относительно введения или изменения автоматических систем получения и использования персональных данных. Данный принцип распространяется и в отношении введения или изменения использования технических устройств, предназначенных для слежения за передвижениями или производительностью труда работников. В ТК РФ (п. 8 ч. 1 ст. 86) указывается лишь на право работников на информацию о процессах получения персональных данных, без указания на заблаговременное информирование и право на консультации с представителями работников в соответствующих случаях.

В Кодексе практики МОТ (п. 5.9) есть положение, согласно которому лица, обрабатывающие персональные данные, должны регулярно проходить подготовку с целью усвоения процедур и принципов получения данных. *Аналогичных положений во внутреннем российском законодательстве не имеется.*

В Кодексе практики МОТ (п. 5.10) указывается, что обработка персональных данных не должна приводить к дискриминации в области труда и занятий. Аналогичных положений в ТК РФ и Законе о персональных данных нет, однако есть запрет на получение и обработку данных, касающихся ряда критериев дискриминации.

Представляется, что среди перечисленных вопросов, ключевым пробелом внутреннего российского законодательства, который следовало бы устранить в первую очередь, необходимо признать отсутствие обязанности работодателя проводить консультации с представителями работников по поводу введения или установления систем получения и использования персональных данных.

7.1.4. ПОЛУЧЕНИЕ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

В Кодексе практики МОТ (п. 6.4) предусматривается, что если работодатель получает согласие работника на получение персональных данных, он должен обеспечить, чтобы все лица или организации, которым работодатель поручает получение данных, знали о цели такого получения и избегали ложного или неправильного представления данных. *Аналогичных норм в российском законодательстве нет.*

В Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 4.2) говорится о том, что данные, получаемые от работника, должны относиться к трудовым отношениям и не быть избыточными с учетом характера трудовых отношений и потребностей работодателя в информации. В Кодексе практики МОТ (п. 6.5 и 6.6) говорится о том, что работодатель не должен собирать данные:

- а) о сексуальной жизни работника;
- б) о политических, религиозных и иных взглядах;
- с) о криминальном прошлом.

В исключительных случаях работодатель может собирать эти данные, если они прямо касаются решения о трудоустройстве работника и соответствуют национальному законодательству. Трудовой кодекс РФ (п. 4 ст. 86) предусматривает более жесткую норму, согласно которой работодатель не имеет права получать и обрабатывать персональные данные работника о его политических, религиозных и иных убеждениях и частной жизни. В случаях, непосредственно связанных с вопросами трудовых отношений, в соответствии со ст. 24 Конституции РФ работодатель вправе получать и обрабатывать данные о частной жизни работника только с его письменного согласия. Согласно этой норме, например, незаконно даже задавать вопрос священнослужителю о том, верит ли он в Бога. В отношении информации о судимости действуют ограничения, предусмотренные Законом о персональных данных (п. 3 ст. 10), но эти ограничения распространяются лишь на государственные и муниципальные органы власти. *Представляется, что российские законодательные ограничения в определенных ситуациях могут быть избыточными.*

Как указывается в Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 10.2), работник или претендент на трудоустройство могут опрашиваться о состоянии здоровья или проходить медицинское освидетельствование только:

- а) для определения того, подходит ли работник для конкретной работы;
- б) выполнения требований медицинской профилактики;
- с) определения права на социальные выплаты.

Схожая норма имеется в Кодексе практики МОТ (п. 6.7). Положения о получении и обработке медицинских данных есть в Законе о персональных данных (п. 3 и 4 ч. 2 ст. 10). Медицинские данные могут обрабатываться без согласия субъекта данных только в случаях, если данные относятся к состоянию здоровья субъекта данных, а их обработка необходима для защиты жизни, здоровья или иных жизненно важных интересов самого субъекта либо иных лиц. Важно, что ограничения, содержащиеся в Рекомендации Комитета министров СЕ и Кодексе практики МОТ, не зависят от факта согласия работника на получение и обработку данных. *Аналогичных ограничений в ТК РФ нет.*

Согласно Кодексу практики МОТ (п. 6.8), если работнику задаются вопросы, несовместимые с принципами Кодекса практики, за неточные или неполные ответы он не может быть уволен или подвергнут иным дисциплинарным санкциям. *Аналогичных положений в российском законодательстве нет.*

Интересно положение, закрепленное в п. 6.9 Кодекса практики МОТ: пер-

сональные данные, выходящие за пределы тех сведений, которые были запрошены работодателем, и предоставленные работником вследствие его неправильного понимания запроса работодателя, не должны обрабатываться. *Аналогичных положений в российском законодательстве нет.*

В Кодексе практики МОТ (п. 6.10) указывается на недопустимость использования полиграфов, оборудования для проверки правды или иных сходных процедур. А тесты, оценивающие личность, и иные схожие системы тестирования могут использоваться только с соблюдением положений Кодекса практики, с оговоркой о том, что работник имеет право возражать против такого тестирования (п. 6.11). Соответствующая норма есть и в Рекомендации Комитета министров СЕ. *В российском законодательстве аналогичных положений нет.*

Тестирование в отношении наркотиков, как указывается в Кодексе практики МОТ (п. 6.13), должно проводиться только в соответствии с национальным законодательством, практикой и международными стандартами. *Таких норм, касающихся трудовых отношений, в России нет.* В МОТ в 1993 г. по этому вопросу были приняты специальные Руководящие принципы и в 1996 г. — Кодекс практики⁴⁰⁸, которые могут быть использованы в качестве ориентира для принятия внутреннего законодательства.

В п. 6.14 Кодекса практики МОТ указывается, что если в отношении работников ведется мониторинг, работники должны информироваться заранее о том, в какое время он ведется, об используемой методике и технических средствах, а также о собираемых данных. При этом работодатель должен минимизировать вмешательство в личную жизнь работников. Секретное наблюдение может осуществляться только:

- а) если это соответствует национальному законодательству;
- б) если существует разумно обоснованное подозрение о криминальной деятельности или иных серьезных правонарушениях.

Постоянный мониторинг допустим только в случаях, когда это необходимо для обеспечения безопасности и гигиены труда либо для защиты собственности. Схожие нормы закреплены в Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 3.1 и 3.2). *В российском законодательстве аналогичных положений нет.*

Очевидно, что нормы, касающиеся получения персональных данных, могли быть существенно конкретизированы в российском законодательстве с учетом Рекомендации Комитета министров СЕ и Кодекса практики МОТ.

7.1.5. ХРАНЕНИЕ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

И в Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 5.1), и в Кодексе практики МОТ (п. 8.1) есть положения о том, что хранение персональных данных должно

408 Guiding principles on drug and alcohol testing in the workplace. ILO, Geneva, 1993; Management of alcohol — and drug-related issues in the workplace: An ILO code of practice. ILO, Geneva, 1996.

быть ограничено теми данными, которые соответствуют принципам в отношении получения данных, а само хранение должно быть обусловлено целями трудовых отношений. Кроме того, согласно Кодексу практики МОТ (п. 8.5) данные должны храниться лишь столько времени, сколько необходимо для целей, с которыми они были получены, за исключением случаев, когда:

- а) работник хочет быть в списке кандидатов на работу в течение определенного периода;
- б) персональные данные должны храниться в соответствии с требованиями национального законодательства;
- в) данные требуются работнику или работодателю для доказывания обстоятельств, связанных с существующими или существовавшими трудовыми отношениями.

В ТК РФ соответствующих норм нет.

В Кодексе практики МОТ (п. 8.3) говорится о том, что работодатели должны регулярно предоставлять общую и обновляемую информацию, касающуюся видов хранимых персональных данных и обработки этих данных. В ч. 1 ст. 89 ТК РФ есть похожая, но не идентичная норма: работники имеют право на полную информацию о своих персональных данных и об их обработке. Однако для реализации этого права работники должны о нем знать, в то время как Кодекс практики предусматривает обязанность работодателя по собственной инициативе регулярно информировать работников.

Согласно Кодексу практики МОТ (п. 8.4) и Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 5.2) работодатели должны периодически удостоверяться в корректности, актуальности и полноте персональных данных. *Аналогичных норм во внутреннем законодательстве нет.*

В Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 5.2) говорится о том, что данные не должны храниться или кодироваться таким образом, чтобы это могло нарушить право работника не быть охарактеризованным или оцененным без его ведома. Близкая по идее, но отличающаяся по формулировке норма содержится в Кодексе практики МОТ (п. 8.6): персональные данные должны храниться и кодироваться таким способом, чтобы:

- а) работник мог их понять;
- б) данные не присваивали работнику таких характеристик, которые могли бы привести к его дискриминации.

В ТК РФ аналогичных норм нет. Согласно ч. 2 ст. 14 Закона о персональных данных, сведения о наличии персональных данных должны быть предоставлены субъекту персональных данных оператором в доступной форме, и в них не должны содержаться персональные данные, относящиеся к другим субъектам персональных данных. *То есть положения Рекомендации Комитета министров СЕ и Кодекса практики МОТ воспроизводятся лишь частично.*

Представляется, что основные изменения, которые должны быть внесены в российское законодательство в связи с хранением персональных данных

работников, должны быть связаны с ограничением их срока хранения целями использования, а также с тем, что работники должны получать обновляющуюся информацию относительно своих персональных данных, хранящихся у работодателя.

7.1.6. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ И ПЕРЕДАЧА ДАННЫХ

В Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 9) особо оговаривается вопрос о трансграничной передаче персональных данных, которая может осуществляться только в соответствии с принципами хранения и передачи, закрепленными в Рекомендации. *В ТК РФ схожих норм нет.* В ст. 12 Закона о персональных данных содержится менее жесткое требование в этом отношении: перед осуществлением трансграничной передачи данных, оператор данных обязан убедиться в том, что другим государством обеспечивается адекватная защита персональных данных.

В Кодексе практики МОТ (п. 10.3) указывается, что правила, касающиеся передачи данных третьим лицам, распространяются и на передачу персональных данных между работодателями в одной группе и между различными государственными структурами. *Специальных данных в этом отношении в российском законодательстве нет.* Работодатели, объединенные в одну структуру (холдинг), юридически являются отдельными работодателями. Это отражает один из существенных системных пробелов российского законодательства. То же самое касается работодателей — различных государственных органов. В тех ситуациях, когда государственные органы не являются работодателями субъекта персональных данных, *ограничений, аналогичных закрепленным в Кодексе практики МОТ, во внутреннем российском законодательстве нет.*

Кодекс практики МОТ (п. 10.5) предусматривает, что внутренние передачи данных (в пределах организации работодателя) должны быть ограничены теми данными, в отношении которых прямо уведомлен работник. В ч. 1 ст. 88 ТК РФ это положение воспроизводится неточно: передача в таких ситуациях осуществляется «...в соответствии с локальным нормативным актом, с которым работник должен быть ознакомлен под роспись». То есть по российскому законодательству работник должен быть ознакомлен лишь с процедурой передачи, а по Кодексу практики МОТ — с содержанием передающихся данных.

Ключевым пробелом внутреннего российского законодательства в части передачи персональных данных работников следует считать неконкретность норм о трансграничных передачах персональных данных, а также отсутствие обязанности работодателя информировать работника о содержании внутренних (внутри организационной структуры работодателя) передач персональных данных и их передач внутри групп юридических лиц.

7.1.7. ИНДИВИДУАЛЬНЫЕ И КОЛЛЕКТИВНЫЕ ПРАВА РАБОТНИКОВ

Согласно Кодексу практики МОТ (п. 11.3) право работников на информацию о своих персональных данных включает право изучить и получить копию любых записей, постольку, поскольку такие данные включают персональные данные работника. Это правило воспроизводится в ч. 1 ст. 89 ТК РФ. В Кодексе практики МОТ (п. 11.4) также уточняется, что доступ работников должен быть возможен в течение обычного рабочего времени. Если в это время обеспечить доступ невозможно, должны быть приняты другие нормы, учитывающие интересы работников и работодателя. *Таких норм в российском законодательстве нет.*

В Кодексе практики МОТ (п. 11.7) говорится о том, что работодатели не должны брать денег с работников за доступ или снятие копий со своих данных. Это право также воспроизведено в ч. 1 ст. 89 ТК РФ. Исключение из этого правила делается для служебного расследования, на время которого работнику может быть отказано в доступе к данным (п. 12.2 Рекомендации Комитета министров СЕ и п. 11.8 Кодекса практики МОТ). Однако, согласно Кодексу практики МОТ решение в отношении трудовых отношений с работником не может быть принято до тех пор, пока работник не сможет ознакомиться со своими данными. *Таких правил во внутреннем российском законодательстве не содержится.*

Согласно Рекомендации Комитета министров СЕ (п. 3.1) и Кодексу практики МОТ (п. 12.2) в случае наличия *представителей работников*, они должны информироваться, и с ними должны проводиться консультации в соответствии с национальным законодательством и практикой по поводу:

- а) введения или модификации автоматических систем, обрабатывающих персональные данные работников;
- б) введения любых электронных систем контроля за поведением работников на рабочем месте;
- в) о целях, содержании и способе обращения и интерпретации любых анкет и тестов, касающихся персональных данных работников.

Аналогичных, весьма важных норм в российском законодательстве не существует.

С учетом проведенного сравнительного анализа представляется, что модификация законодательства о персональных данных с учетом соответствующей Конвенции и Рекомендации Комитета министров СЕ и Кодекса практики МОТ должна быть проведена по следующим направлениям:

1. расширение сферы применения защиты на потенциальных и бывших работников;
2. уточнение понятийного аппарата и включение понятия «мониторинг персональных данных»;
3. введение ограничений в отношении автоматических систем сбора персональных данных работников и контроля за их использованием;

4. введение в законодательство нормы о том, что работодатели должны регулярно анализировать практику обработки персональных данных с целью:
 - а) уменьшения, насколько это возможно, объема и видов получаемых персональных данных;
 - б) улучшения способов защиты частной жизни работников;
5. введение в законодательство нормы о том, что работодатели должны заблаговременно информировать или проводить консультации со своими работниками и их представителями относительно введения или изменения автоматических систем получения и использования персональных данных;
6. введение в законодательство нормы о том, что работодатель имеет право собирать и получать только те данные в отношении работников, которые относятся к трудовым отношениям и не являются избыточными с учетом характера трудовых отношений и потребностей работодателя в информации;
7. указание в законодательстве, что работник имеет право давать неточные или неверные ответы на вопросы работодателя, несовместимые с принципами защиты персональных данных, закрепленными в законодательстве;
8. введение в законодательство нормы о том, что работники должны информироваться заранее о том, в какое время за ними ведется мониторинг, об используемой методике и технических средствах, а также о собираемых данных;
9. законодательное ограничение срока хранения персональных данных целями их использования;
10. установление права работников получать обновляющуюся информацию относительно своих персональных данных, хранящихся у работодателя;
11. установление в законодательстве, что трансграничная передача персональных данных работодателем может осуществляться только при условии соблюдения в другой стране норм защиты персональных данных, защищающих права работников в этом отношении не слабее, чем в России;
12. указание в ТК РФ, что передача персональных данных в рамках группы аффилированных лиц осуществляется на тех же условиях, что и между не связанными друг с другом лицами;
13. возможность доступа работников и их уполномоченных представителей к содержанию персональных данных в рабочее время.

7.2. ПРЕКРАЩЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

7.2.1. ПРЕДУПРЕЖДЕНИЕ ОБ УВОЛЬНЕНИИ

В п. 4 ст. 4 ЕСХ, ратифицированном Россией, указывается, что государства-участники обязуются «признать за всеми трудящимися право на получение в разумные сроки заблаговременного уведомления о прекращении их работы по найму». В приложении⁴⁰⁹ к ЕСХ делается оговорка, что данное положение не применяется к немедленному увольнению в случае серьезного проступка. Как указывает ЕКСП, данное требование применяется ко всем основаниям прекращения трудового договора (за исключением дисциплинарных), таким, например, как банкротство, прекращение деятельности или смерть работодателя⁴¹⁰.

Комитет исходит из того, что при установлении в национальном законодательстве конкретных сроков предупреждения следует руководствоваться стажем работы у данного работодателя в качестве основного критерия установления срока предупреждения⁴¹¹.

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

- одна неделя при стаже менее шести месяцев⁴¹²;
- две недели при стаже более шести месяцев⁴¹³;
- менее одного месяца при стаже более одного года⁴¹⁴;
- тридцать дней при стаже не менее пяти лет⁴¹⁵;
- шесть недель при стаже от пяти до пятнадцати лет⁴¹⁶;
- восемь недель при стаже более пятнадцати лет⁴¹⁷.

В дополнение к этому, работнику должно предоставляться освобождение от работы для поиска новой работы в течение срока предупреждения об увольнении⁴¹⁸.

Российское законодательство (ТК РФ) предусматривает предупреждение работников об увольнении лишь при отдельных основаниях увольнения, а именно: при ликвидации организации, сокращении численности или штата работников (за два месяца) (ч. 2 ст. 180), для трудовых договоров, заключенных на срок до двух месяцев, — за три календарных дня (ч. 2 ст. 292), для сезонных работников — за семь календарных дней (ч. 2 ст. 296), в связи с окончанием

срока действия срочного трудового договора (за три дня) (ч. 1 ст. 79), в случае неудовлетворительного прохождения испытания (за три дня) (ч. 1 ст. 71), при увольнении работника совместителя в случае приема на работу лица, для которого данная работа будет основной (за две недели) (ст. 288). При этом сроки предупреждения об увольнении работников, работающих у работодателей — физических лиц (ч. 2 ст. 307), и работников религиозных организаций — по основаниям, предусмотренным трудовым договором (ч. 2 ст. 347), определяются трудовым договором.

При сопоставлении национального законодательства России с требованиями ЕСХ становится очевидно, что в *большом количестве ситуаций российской законодательство не соответствует* п. 4 ст. 4 ЕСХ в трактовке ЕКСП. И ЕКСП уже сделал соответствующие замечания России в 2014 г.⁴¹⁹ Во-первых, в отношении большинства оснований увольнения работника, не относящихся к дисциплинарным, предупреждение работника вообще не требуется. Во-вторых, законодательство России не учитывает стажа работы у данного работодателя в качестве критерия, определяющего продолжительность предупреждения об увольнении. В-третьих, в тех случаях, когда предупреждение работника требуется, даже самый длительный срок предупреждения (два месяца) не соответствует трактовке ЕСХ со стороны ЕКСП в отношении работников с длительным стажем работы у данного работодателя.

Следует иметь в виду, что защита работников от увольнения во внутреннем российском законодательстве строится по иной схеме, чем в большинстве стран ЕСХ, ратифицировавших ЕСХ. Основным средством защиты права на труд работников в России в данном случае выступает не предупреждение об увольнении и выплата компенсаций, а ограничительный перечень оснований, прямо перечисленных в законе. В качестве примера того, как строится защита прав работников при увольнении, можно привести пример немецкого законодательства. В Германии срок предупреждения об увольнении зависит от стажа работы у данного работодателя (для работников старше 25 лет). Работник, проработавший более двух лет, должен быть предупрежден об увольнении не менее, чем за один месяц; более пяти лет — за два месяца; более восьми лет — за три месяца; более 10 лет — за четыре месяца; более 12 лет — за пять месяцев; более 15 лет — за шесть месяцев; более 20 лет — за семь месяцев. Увольнение с предупреждением называется *ординарным увольнением*, альтернативой которому является *экстраординарное увольнение*, т. е. увольнение без предупреждения. Ординарное увольнение не требует каких-либо обоснований со стороны работодателя. Экстраординарное увольнение, в отличие от ординарного, может быть осуществлено только, как указывается в ст. 626 Германского гражданского уложения, «... если имеются факты, на основании которых, с учетом обстоятельств дела и интересов обеих сторон, для лица, расторгающего договор, продолжение

419 Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2014 (Russian Federation). P. 20-21.

409 Часть II приложения к Европейской социальной хартии.

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

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

412 Ibid.

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

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

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

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

417 Ibid.

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

служебных отношений до истечения срока предупреждения или до обусловленного в договоре срока их прекращения, является невозможным»⁴²⁰. Конкретные обоснования экстраординарного увольнения определяются судебной практикой и могут быть связанными либо с недостаточной квалификацией или грубым проступком работника, либо с тяжелой экономической ситуацией работодателя. Интересно отметить, что немецкие юристы считают, что обобщение в законе причин для прекращения трудового договора по инициативе работодателя было бы неправильным, поскольку суд должен учитывать обстоятельства каждого дела, которые могут существенно отличаться в конкретных случаях⁴²¹. В большинстве стран — участников ЕСХ правовые нормы по данному вопросу принципиально более схожи с немецкими, чем с российскими⁴²².

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

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

420 Гражданское уложение Германии. Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz / пер. с нем. В. Бергманн, 3-е изд. М., 2008. С. 262.

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

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

вполне соответствует уже внутреннее российское законодательство. Поэтому вряд ли можно согласиться с позицией Минздравсоцразвития России, сделавшего в 2009 г. вывод о том, что российское законодательство уже сейчас соответствует требованиям Конвенции № 158 и позволяет ее ратифицировать⁴²³.

Несмотря на то что в Конвенции есть достаточное количество так называемых механизмов гибкости, касающихся возможности исключения применения Конвенции по усмотрению ратифицирующего государства, в отношении некоторых категорий работников, а также некоторых иных механизмов, уровень ратификации Конвенции № 158 довольно невысок⁴²⁴. Россия не участвует в Конвенции. Более того, в отношении Конвенции № 158 и Рекомендации № 166 в рамках самой МОТ ведутся многолетние дискуссии. В 1987 г. внимание к этим актам было привлечено со стороны созданной при Административном совете МОТ Рабочей группы по международным трудовым стандартам («Группы Вентейола»⁴²⁵), которая рекомендовала продвигать эти акты на приоритетной основе. В 1995 г. Комитет экспертов подготовил Общий обзор, посвященный защите от увольнений⁴²⁶, касавшийся, прежде всего, Конвенции № 158 и Рекомендации № 166. Рабочая группа по политике в отношении пересмотра стандартов («Группа Картье»), действовавшая с 1997 по 2002 г. рассматривала эти акты, но не смогла прийти к какому-либо заключению в отношении их статуса⁴²⁷. Комитет экспертов МОТ высказал в своем общем обзоре 2008 г., касающемся данной Конвенции, мнение о том, что Конвенция № 158 представляет собой «тщательно выверенный баланс интересов работника и работодателя, обеспечиваемый положениями об увольнении работников по причинам, связанным с оперативными потребностями предприятия»⁴²⁸. Тем не менее эти два акта — единственные, которым МОТ так и не смогла присвоить какого-либо статуса. Комитет МОТ по юридическим вопросам и международным трудовым стандартам подготовил в 2009 г. серьезное исследование, посвященное применению Конвенции № 158 и Рекомендации № 166 в национальном законодательстве государств-участников с

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

424 По состоянию на февраль 2012 г. Конвенцию № 158 ратифицировали 35 государств — членов МОТ.

425 См.: ILO Doc. № GB.262/9/2.

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

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

428 ILO Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations (CEACR). General observation on the Termination of Employment Convention, adopted by the Committee of Experts at its 79th Session, Geneva, 2008.

целью определения перспектив улучшения ситуации с ратификацией Конвенции⁴²⁹. Административный совет с тех пор неоднократно рассматривал вопрос, связанный со статусом данных актов⁴³⁰, была создана специальная трехсторонняя рабочая группа экспертов с целью выработки соответствующих рекомендаций. Однако эта группа смогла в апреле 2011 г. обнародовать рекомендации по дальнейшим шагам в отношении продвижения данных актов только от имени представителей работников и правительств⁴³¹. Данные дискуссии свидетельствуют об особой сложности согласования интересов работников и работодателей по данному вопросу.

Несмотря на сложность проблемы, представляется, что российское законодательство о предупреждении об увольнении по инициативе работодателя по основаниям, не связанным с нарушением трудовой дисциплины, все-таки должно быть приведено в соответствие с требованиями ЕКСП.

7.2.2. Последствия незаконного увольнения

Еще одно важное требование в отношении увольнения работников закреплено в ст. 24 ЕСХ, которая также ратифицирована Россией. Согласно п. б) данной статьи, работникам, уволенным без уважительных причин, должна предоставляться «адекватная компенсация и иные надлежащие пособия». С точки зрения ЕКСП, компенсация в данном случае будет считаться адекватной, если она включает в себя возмещение финансовых потерь, понесенных работником между датой увольнения и решением юрисдикционного органа (т. е. в российской терминологии — компенсация вынужденного прогула), возможность восстановления и/или компенсацию на достаточно высоком уровне, чтобы убедить работодателя не совершать незаконных увольнений и должным образом компенсировать вред, причиненный работнику⁴³². Аналогом последней выплаты по российскому законодательству можно назвать компенсацию морального вреда. Очевидно, что ЕКСП при анализе соответствия российской правовой системы требованиям ЕСХ будет изучать не только наличие формальной юридической нормы, предусматривающей соответствующее право, но и судебную практику.

В России неоднократно исследовались на теоретическом уровне вопросы, связанные с компенсацией морального вреда⁴³³, в том числе в отноше-

429 ILS Committee. Op. cit.

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

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

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

433 Голубев К. И., Наризжий С. В. Компенсация морального вреда как способ защиты немущественных благ личности. СПб., 2000 ; Горшенков Г. Г. Моральный вред и его компенсация по российскому законо-

нии вреда, причиненного работнику⁴³⁴. Тем не менее, несмотря на то что в 1994 г. было принято специальное постановление Пленума Верховного Суда по данному вопросу⁴³⁵, в настоящее время в России отсутствуют утвержденные к применению или рекомендованные методики определения размера компенсации морального вреда. Российская судебная практика в отношении размера компенсации морального вреда, понесенного работниками вследствие незаконного увольнения, такова, что данная компенсация явно не может рассматриваться в качестве убедительного мотива для работодателя, предостерегающего его от дальнейших нарушений закона. Сквозной анализ 244 дел, связанных с требованиями восстановления на работе, размещенных в базе данных судебных решений Профессиональной ассоциации «Юристы за трудовые права»⁴³⁶, показывает, что в тех случаях, когда компенсации морального вреда вообще присуждалась восстановленному работнику⁴³⁷, ее сумма составляла от 100 до 10 000 руб., а наиболее распространенные выплаты находятся в диапазоне от 1000 до 5 000 руб. В одном исключительном случае суд оценил размер морального вреда в 15 000 руб.⁴³⁸ Для сравнения: ЕСПЧ в резонансном деле «Даниленков и другие против России»⁴³⁹, связан-

дательству : дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 1996 ; Гушин Д. И. Юридическая ответственность за моральный вред. СПб., 2002 ; Калинина А. Н., Усов А. И. Комплексный характер судебной экспертизы по гражданским делам о компенсации морального вреда // Российское право в Интернете. 2006. № 3. URL: http://www.rpi.msa.ru/prints/200603civil_law1.html ; Эрделевский А. М. Проблемы компенсации за причинение страданий в российском и зарубежном праве : дис. ... д-р. юрид. наук. М., 2000 ; Он же. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. 3-е изд. М., 2007 ; Редько Е. П. Соотношение понятий «моральный» и «немущественный» вред: теоретические и практические аспекты // Мировой судья. 2008. № 10. С. 20–23 ; Сторожкова Е. Ч. Вина как одно из условий ответственности за моральный вред // Российский юридический журнал. 2005. № 3. С. 105–108 и др.

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

435 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» // Российская газета. 1995. № 29. 8 февр.

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

437 В некоторых делах, несмотря на признание судом факта незаконности увольнения, принятие решения о восстановлении на работе и оплате вынужденного прогула, наличие требований истца о компенсации морального вреда, в последнем требовании работнику отказывали. См., например: Решение Черногогорского городского суда Республики Хакасия по иску Багаевой к ГУП РХ «Черногогорское пассажирское автотранспортное предприятие» от 13 апреля 2007 г. № 913; Решение Находкинского гор. суда Приморского края по иску профкома РПД ОАО «НБАМР» в интересах Бутакова, Федченко, Грибанковой к ОАО «НБАМР». Дело № 2-3151-02; Решение Первомайского районного суда г. Ижевска Удмуртской республики по иску Порсева к МП «Управление городского строительства администрации города Ижевска» 11 февраля 2005 г. и др. // База данных судебных решений Профессиональной ассоциации «Юристы за трудовые права».

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

439 Danilenkov and others v. Russia, 30.07.2007. European Court of Human Rights Database HUDOC.

ном с восстановлением на работе незаконно уволенных ЗАО «Морской торговый порт Калининград» профсоюзных активистов присудил компенсацию морального ущерба, в размере 2500 евро в отношении каждого истца. Это приблизительно соответствует обычному размеру компенсации морального вреда незаконно уволенным работникам, присуждаемой ЕСПЧ. Есть все основания считать, что ЕКАЧ будет ориентироваться на соответствующие размеры при принятии решения о соответствии российской судебной практики требованиям ст. 24 ЕСХ.

Проблема размера компенсации морального ущерба достаточно сложна. Очевидно, что невозможно законодательно «измерить» моральный ущерб, причиненный работнику в отрыве от конкретной ситуации. В случае проведения политики присуждения очень высоких размеров компенсации, существует риск злоупотребления соответствующим правом со стороны работников. Наиболее иллюстративен в данном случае пример США, где размеры компенсации ущерба истцам зачастую выходят за рамки здравого смысла. Возможно, в качестве восполнения проблем, связанных с компенсациями восстанавливаемым работникам, имеет смысл воспользоваться моделью «штрафных убытков», применяемой в США⁴⁴⁰.

В любом случае представляется, что правоприменительная практика по компенсации морального ущерба работникам должна меняться в сторону существенного повышения размеров компенсаций.

7.2.3. СОХРАНЕНИЕ ПРАВ РАБОТНИКОВ ПРИ СМЕНЕ СОБСТВЕННИКА ИМУЩЕСТВА РАБОТОДАТЕЛЯ

В России в настоящее время вопрос защиты прав работников при смене собственника имущества организации регулируется ст. 75 ТК РФ, где указывается, что смена собственника имущества организации не является основанием для расторжения трудовых договоров с работником, кроме руководителя организации, его заместителя и главного бухгалтера. На недостаточность и неясность положений закона указывают многие авторы⁴⁴¹. М. В. Лушникова и А. М. Лушников справедливо отмечают наличие пробела в ТК РФ, не содер-

URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=danilenkov&sessionid=84782435&skin=hudoc-en>.

440 См. об этом 4.2.1.

441 Бугров Л. Ю. Трудовой договор и «фирменные» правила управления персоналом // Российская юстиция. 2002. № 5 ; Орловский Ю. П. Проблемы совершенствования трудового законодательства // Журнал российского права. 2005. № 9 ; Люттов Н. Л. Права работников при смене собственника имущества организации: проблемы российского законодательства и нормы Европейского союза // Российский ежегодник трудового права. 2008. № 48. СПб., 2009. С. 467-474 ; Томашевский К. Л. Трудовые отношения при переходе бизнеса в трудовом праве Беларуси, России и Европейского союза // Национальная государственность и европейские интеграционные процессы : сб. науч. трудов. В 2 т. Т. 2. Проблемы унификации законодательства в Содружестве Независимых Государств и Европейском союзе / под ред. С. А. Балашенко [и др.]. Минск, 2008. С. 349-354. и др.

жащем среди правовых институтов института правопреемства⁴⁴². Из текста ТК РФ неясно, как следует интерпретировать закон в ситуации, когда имущество организации (или его часть) продано другому юридическому лицу. То, что смена собственника имущества организации не является основанием для расторжения трудового договора, очевидно из ч. 2 ст. 77 ТК, в которой говорится о том, что, помимо перечисленных в ч. 1 этой статьи оснований, трудовой договор может быть прекращен исключительно по основаниям, предусмотренным ТК РФ или иными федеральными законами. Существует ли правопреемство в отношении трудовых договоров между старым и новым собственниками имущества? Несмотря на то что Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 17 марта 2004 г. № 2, касающемся применения судами ТК РФ, сделал попытку определить понятие смены собственника имущества работодателя, это не привело к единообразию и простоте судебной практики. В различных делах суды толкуют ст. 75 ТК РФ по-разному применительно к сходным ситуациям⁴⁴³. Практически всегда решения судов по данному вопросу обжалуются в апелляционной и кассационной инстанциях и получают новую правовую оценку, а представительство длится по нескольку лет.

По данному вопросу на уровне ЕС действует Директива, принятая в 1977 г. и дополненная в 1998 г. (эти Директивы были объединены в общую Директиву 2001 г.), касающаяся сохранения прав работников при передаче предприятия 2001/23/ЕС⁴⁴⁴.

Под *предприятием* по смыслу Директивы 2001 г. понимается юридическое лицо или «техническая оперативная единица». Понятие технической оперативной единицы приблизительно аналогично российскому обособленному структурному подразделению (с учетом того что соответствующая дефиниция не раскрывается в российском трудовом законодательстве)⁴⁴⁵. Директива

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

443 См.: решения Долгопрудненского городского суда от 8 ноября 2005 г. и от 31 января 2006 г., Московского областного суда от 16 марта 2006 г. (СПС «Консультант плюс»), Постановление президиума Московского областного суда от 25 октября 2006 г. № 648, решения Балтийского районного суда г. Калининграда от 24 мая 2002 г. № 2-378/2002 и от 7 октября 2002 г. № 2-796/2002, определение судебной коллегии по гражданским делам Калининградского областного суда по делу № 33-1803 2003 г., решение Савеловского районного суда г. Москвы от 12 июля 2002 г.; определение судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 12 сентября 2002 г. № 2-1028/02 (База данных судебных решений Профсоюзной ассоциации «Юристы за трудовые права»: URL: http://lpra.ru/rws/edit.php?d=sr_tematiki).

444 Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses // Official Journal of the European Union. L82. 2001. 22.03. P. 16—20.

445 В Налоговом кодексе РФ (п. 2 ст. 11) содержится понятие обособленного подразделения организации, подразумевающее территориальное обособление подразделения, по месту которого оборудованы стационарные (действующие более одного месяца) рабочие места. Однако нигде не сказано, что понятие «обособленное структурное подразделение», используемое в ТК РФ, тождественно понятию «структурное подразделение», используемому в НК РФ. Кроме того, в ст. 55 ГК РФ говорится о двух видах «обособленных подразделений» — филиалах и представительств, а в ТК РФ неоднократно употребляется понятия «филиалы, представительства, *иные* (курсив наш — Н. Л. и Е. Г.) обособленные

2001 г. исходит из того, что техническая оперативная единица, для того чтобы быть признанной в качестве таковой, должна обладать определенной структурной автономией. На национальном уровне (например, в Италии) можно встретить понимание автономии, сводящееся к тому, что «передаваемый сегмент должен хотя бы минимально быть приспособлен для осуществления продуктивной деятельности, которая может быть объективно выявлена (даже судьей, если это необходимо)»⁴⁴⁶. Такая автономная единица не обязательно должна обладать самостоятельной структурой, ее приобретатель вполне может самостоятельно осуществлять управление таким предприятием или его подразделением.

Что следует понимать под передачей предприятия — вопрос более сложный⁴⁴⁷. Его решению посвящена большая судебная практика Европейского суда справедливости, уполномоченного давать национальным судам государств ЕС разъяснения относительно правильного толкования положений директив ЕС. В одном из дел Европейский суд справедливости сформулировал признаки, которые, с его точки зрения, свидетельствуют о наличии передачи бизнеса⁴⁴⁸. Суд указал, что Директива 2001 г. применяется, если выполняются три условия:

- 1) передача приводит к смене работодателя;
- 2) передача касается предприятия, бизнеса или части бизнеса;
- 3) передача является результатом контракта.

При этом не обязательно должны существовать договорные отношения между участниками передачи предприятия: Директива применяется и в ситуации, когда каждое из предприятий отдельно заключало договоры, приводящие к оказанию и прекращению оказания услуг.

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

структурные подразделения». Таким образом, неясно, следует ли, например, считать цех завода, специализирующийся на выпуске определенной продукции, обособленным структурным подразделением.

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

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

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

лизирующаяся на уборке помещений, доставке обедов в офис, выполнении бухгалтерской работы и т. д.). При применении к ситуациям аутсорсинга теста деятельности (например, в отношении труда уборщицы, работавшей в специализированной компании по уборке) переход предприятия практически всегда будет иметь место.

В случае же применения теста активов решение суда будет зависеть от факта перехода активов. Несмотря на то что официальная позиция Европейского суда справедливости заключается в сочетании обоих тестов, т. е. использовании еще одного, *многофакторного теста*, на практике из ряда решений Суда следует, что он ограничивается только одним из них. Например, в так называемом деле «Сюзен»⁴⁴⁹ Европейский суд справедливости однозначно отказался от использования теста деятельности. Таким образом, суд фактически делит работодателей на две категории: тех, для деятельности которых ключевым фактором являются не материальные активы, а человеческий труд, и всех остальных. Разумеется, этот подход нельзя назвать облегчающим применение Директивы 2001 г. для национальных судов ЕС. Так, в одном из дел⁴⁵⁰ национальный суд пришел к выводу о том, что переход собственности по смыслу Директивы не имел места, апелляционный суд принял решение, что переход произошел, а Европейский суд справедливости — что перехода все-таки не было.

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

Важно, что применение Директивы 2001 г. не может быть препятствием для увольнения работников по экономическим, техническим или организационным причинам, обуславливающим изменения в составе персонала предприятия. Для защиты работников в таких ситуациях в настоящее время действует Директива ЕС 1998 г. о сближении законодательства государств-членов в отношении коллективных увольнений 98/59 ЕС⁴⁵¹. Это означает, что увольнение работников по экономическим причинам не может быть следствием передачи предприятия, а передача, в свою очередь, не может быть препятствием для такого увольнения. Таким образом, Европейский суд справедливости указал на взаимную независимость этих двух процессов. В России эта проблема решена противоположным образом: в ч. 4 ст. 75 ТК РФ говорится о том, что сокращение численности или штата работников при смене собственника имущества возможно только после государственной регистрации смены собственника.

Очень важно, что в Директиве 2001 г.⁴⁵² указывается, что перед проведением реорганизации предприятия работодатель обязан проинформировать

449 ECJ. Ayse Süzen v. Zehnackeer Gebäudereinigung GmbH Krankenhauservice, C-13/95, 1997.

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

451 Council Directive 98/59 EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies // Official Journal of the European Union. L 225/16. 12.08.1998 О национальных системах коллективных увольнений см.: Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран: учебник. 3-е изд. / под ред. М. В. Лушниковой, М., 2008. С. 377-379.

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

о ней представителей работников и провести с ними соответствующие консультации. Информирование и консультации должны быть осуществлены в отношении:

- даты или предполагаемой даты передачи;
- причин передачи;
- юридических, экономических и социальных последствий для работников;
- мер, которые предполагается предпринять в отношении работников.

Такая информация должна быть предоставлена «достаточно заблаговременно». Обязанность информирования возлагается и на старого, и на нового работодателя. Представительные органы по консультированию и информированию работников (производственные советы) сохраняют свой статус и у нового работодателя.

Таким образом, очевидно, что проблема сохранения прав работников при смене собственника имущества работодателя достаточно сложна и для государств ЕС. Тем не менее выработанная на наднациональном уровне система критериев и гарантий для работников при переходе предприятия очень перспективна для адаптации в России не только в рамках текста ТК РФ, но и для разъяснения в соответствующем акте Верховного Суда РФ. Дела, связанные с сохранением прав работников при передаче бизнеса, рассматриваются и в ЕСПЧ в отношении государств — членов СЕ⁴⁵³.

Не вызывает сомнений, что нормы ТК РФ должны четко предусмотреть защиту прав работников в отношении предприятия как имущественного комплекса в рамках групп юридических лиц.

7.3. ОТДЕЛЬНЫЕ КАТЕГОРИИ РАБОТНИКОВ И ТИПЫ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

7.3.1. ПОЖИЛЫЕ РАБОТНИКИ

Данному вопросу посвящена Рекомендация МОТ № 162 о пожилых работниках (1980 г.). Она обладает промежуточным статусом, но очевидно, что ее пересмотр может осуществляться только с учетом обновления и дополнения мер защиты в отношении данной категории работников, поэтому уже имеющиеся в ней положения, как представляется, следует рассматривать как вполне актуальные. Единственная специальная норма, содержащаяся в ТК РФ (ч. 2 ст. 128), посвященная защите пожилых работников, это дополнительный отпуск (без сохранения заработной платы) работающим пенсионерам по старости (по возрасту) — до 14 календарных дней в году. По сути, эта норма ничего

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

не дает работникам, поскольку речь идет о неоплачиваемом отпуске. Иные специальные нормы ТК РФ, касающиеся пожилых работников, лишь ограничивают их права по сравнению с обычными работниками⁴⁵⁴. Между тем пожилые работники, безусловно, нуждаются в дополнительной защите. Это связано не только с естественными моральными соображениями о необходимости защиты тех, кто в этом особенно нуждается, большими трудностями в вопросе трудоустройства пожилых и низким уровнем пенсионного обеспечения, не позволяющим вести достойное существование на заработанную пенсию. Очень важен и экономический аспект такой защиты. При выведении с рынка труда работающих пенсионеров, за них перестают выплачиваться взносы в Пенсионный фонд, что увеличивает его финансовую нагрузку. Представляется, что в условиях относительно невысокой безработицы в России, когда конкуренция пожилых работников с молодыми не очень велика, следует предпринимать меры по максимальному вовлечению пожилых работников на рынок труда, чему может поспособствовать реализация во внутреннем законодательстве положений Рекомендации МОТ № 162.

Можно выделить целый ряд заслуживающих имплементации во внутреннем законодательстве положений Рекомендации МОТ № 162. Прежде всего, согласно п. 3 Рекомендации государства — члены МОТ должны принимать меры по недопущению дискриминации пожилых работников в области труда и занятий⁴⁵⁵. Причем, как указывается в п. 10 Рекомендации, применение этих мер не должно неблагоприятно отражаться на признанных необходимыми специальных мерах защиты или помощи пожилым работникам, т. е. на так называемых «компенсирующих действиях».

Раздел III Рекомендации посвящен специальным мерам защиты пожилых работников. Так, согласно п. 12 Рекомендации при участии организаций работодателей и работников необходимо проводить исследования с целью определения тех видов деятельности, которые ускоряют процесс старения или при которых пожилые работники испытывают трудности адаптации к требованиям их работы, а также с целью определения причин этого и выработки соответствующих решений. В п. 16 Рекомендации указывается, что в отношении пожилых работников необходимо применять системы вознаграждения, приспособленные к их потребностям, т. е. должны использоваться системы вознаграждения, в которых учитывается не только скорость выполнения работы, но также умение и опыт; должен поощряться перевод пожилых работников с системы сдельной на систему повременной оплаты. В Рекомендации также предлагается принимать меры для предоставления пожилым работникам по их желанию других возможностей для работы по той же или другой специальности, где они смогут применять свои способности и опыт, по возможности, без потерь в заработке.

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

455 О дискриминационном характере ст. 59 ТК РФ, допускающей заключение срочного трудового договора с работниками, достигшими пенсионного возраста, говорится в пар. 4.2.8.

Поскольку одной из основных проблем пожилых работников, связанных с трудом, является проблема трудоустройства, в Рекомендации (п. 18) предлагается в случае сокращения численности работников, особенно в находящихся на спаде отраслях промышленности, принимать особые меры, чтобы учесть конкретные потребности пожилых работников, например, способствуя их переквалификации для работы в других отраслях промышленности, оказывая им помощь в обеспечении новой работой или гарантируя им соответствующую защиту их доходов или денежную компенсацию. Такого рода программы реализуются в ЕС в рамках так называемого пожизненного обучения⁴⁵⁶.

В разд. IV Рекомендации содержатся положения, посвященные выходу на пенсию и подготовке к выходу на пенсию пожилых работников. В этом разделе Рекомендации также говорится о том, что государства — члены МОТ должны стремиться к обеспечению того, чтобы пожилые работники, продолжительность рабочего времени которых постепенно сокращается, и те, кто начинает работать неполное рабочее время, в течение установленного периода, предшествующего дате достижения ими нормального возраста выхода на пенсию по старости, получали специальное пособие, которое частично или полностью компенсировало бы сокращение вознаграждения за труд (п. 23 Рекомендации), а также ряд иных положений.

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

7.3.2. РАБОТНИКИ-МИГРАНТЫ

Наиболее важным международным актом, касающимся работников-мигрантов, можно назвать принятую Международную конвенцию о защите прав всех трудящихся-мигрантов и их семей, принятую Резолюцией 45/158 Генеральной Ассамблеи ООН от 18 декабря 1990 г., вступившую в силу 1 июля 2003 г.⁴⁵⁷ Россия не участвует в этой конвенции, что неудивительно, поскольку *большинству ее требований внутреннее российское законодательство не соответствует*. Вопрос о предоставлении работникам-мигрантам прав, уравнивающих их с работниками — гражданами принимающего государства, очень болезненный. Он связан с тем, что иностранные работники конкурируют с национальной рабочей силой на рынке труда. В последние годы несмотря на относительно строгое миграционное

456 См. об этом подробнее: Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран: учебник. 3-е изд. / под ред. М. В. Лушниковой, М., 2008. С. 382.

457 Советский журнал международного права. 1991. № 3—4. С. 136-72.

законодательство российский рынок труда в части неквалифицированной низкооплачиваемой работы был переполнен работниками-мигрантами из более бедных стран бывшего СССР, подавляющее большинство из которых работало нелегально⁴⁵⁸. Это представляло собой серьезнейшую проблему для рынка труда. Выгоду из этой ситуации получали недобросовестные работодатели, использующие нелегальных мигрантов как дешевую рабочую силу. Либеральные экономисты⁴⁵⁹ призывали к большей открытости российского рынка труда для иностранцев, утверждая, что российские работники в любом случае не соглашались на непрестижные и низкооплачиваемые места, занимаемые мигрантами, а бедственное положение мигрантов, обусловленное их нелегальным статусом, вызвано строгостью миграционного законодательства. Эта аргументация содержит в себе полуправду, влекущую ложные выводы. Действительно, полная либерализация миграционного законодательства приведет к улучшению положения мигрантов. Но российские работники не конкурировали с мигрантами не потому, что они ни при каких условиях не готовы занимать соответствующие рабочие места, а по той причине, что условия, которые предлагались работодателями, учитывали наличие предложения труда со стороны нелегалов. Если российским работникам предлагались бы достойные оплата и условия труда, они согласились бы работать и дворниками, и строителями, и разнорабочими. Нелегальные мигранты соглашались на такие условия работы лишь по причине отсутствия возможностей заработка и катастрофической бедности их собственных государств, и в этом отношении России не следует фактически объединять свой рынок труда (и, соответственно, условия труда на нем) с беднейшими государствами. Произошедшее в 2014 г. падение курса рубля привело к оттоку значительного числа работников-мигрантов из стран постсоветского пространства, поскольку лишило многих из них экономической мотивации работы в России, что немного снизило остроту данной проблемы.

Тем не менее выходом из сложившейся сейчас ситуации, как представляется, должно быть усиление контроля за соблюдением миграционного законодательства, в том числе, возможно, введение визового режима с отдельными странами — массовыми экспортёрами нелегальной рабочей силы. Одновременно необходимо предпринимать меры, направленные на повышение защиты трудовых прав работников-мигрантов даже в тех случаях, когда они работали без официального оформления трудовых отношений. Возможность защиты их трудовых прав в связи с уже выполненной работой в рамках фактически существовавших трудовых отношений не должна зависеть от наличия у них легальных оснований для пребывания на территории

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

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

России. Во всех случаях фактического вступления в трудовые отношения работники-мигранты должны иметь возможность воспользоваться правом на судебную защиту, а также должны иметь возможность обратиться в государственную инспекцию труда и прокуратуру и получить помощь от них в защите своих прав.

Одновременно с этим в отношении имеющих мигрантов (в том числе нелегальных) следует применять гуманные международные нормы, обеспечивающие их достойное существование на территории нашей страны. Конвенция ООН 1990 г. не препятствует такому контролю, о чем прямо указывается в ее тексте (ст. 79).

В Конвенции есть ряд прав работников-мигрантов, которые явно следовало бы воспроизвести во внутреннем законодательстве России. К ним можно отнести: *недопустимость коллективной высылки работников-мигрантов; необходимость рассмотрения каждого случая высылки в индивидуальном порядке и только на основании решения компетентного органа, уполномоченного законом* (ст. 22). При этом решение о высылке должно быть предоставлено работнику на языке, который он понимает. До осуществления высылки работник-мигрант должен иметь возможность урегулировать любые претензии, связанные с причитающейся ему заработной платой или иными платежами. В случае высылки работник и члены его семьи не должны нести расходы, связанные с высылкой (ст. 22). Важны также закрепленные в Конвенции: недопустимость ухудшения положения работников-мигрантов по сравнению с работниками страны пребывания в вопросе оплаты и других условиях труда (ст. 25), право вступать и участвовать в деятельности профсоюзов наравне с работниками страны пребывания (ст. 26), а также некоторые иные права.

Однако некоторые иные положения Конвенции не настолько бесспорны. Например, в ст. 54 Конвенции, помимо прочего, указывается, что работникам-мигрантам устанавливается равный режим с гражданами государства работы по найму в отношении:

- а) защиты против увольнения;
- б) пособий по безработице;
- в) доступа к программам общественных работ, проводимых в целях борьбы с безработицей.

И хотя эти права предоставляются с учетом разрешительного порядка допуска иностранных работников на внутренний рынок труда, не очень понятно, почему меры, направленные на обеспечение занятости и улучшение положения безработных, должны распространяться на иностранцев. Это противоречит идее приоритета для собственных граждан на рынке труда, составляющей неотъемлемый элемент национальной политики в области занятости. Поскольку Конвенция 1990 г. не допускает частичной ратификации отдельных ее положений, вряд ли имеет смысл в обозримой перспективе ее ратифицировать.

7.3.3. ПРОБЛЕМА ЗАЕМНОГО ТРУДА И ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ЧАСТНЫХ АГЕНТСТВ ЗАНЯТОСТИ

Деятельность частных агентств занятости в течение всего времени существования МОТ вызывала и до сих пор вызывает очень много споров. Международно-правовое регулирование этого вопроса в рамках МОТ в течение XX в. претерпело значительную эволюцию: в 1933 г. Конвенция № 34 о платных бюро найма установила запрет на деятельность таких агентств; в 1949 г. в Конвенции № 96 деятельность частных агентств занятости была легализована в определенных и строго ограниченных случаях; наконец в 1997 г. МОТ были приняты Конвенция № 181 и Рекомендация № 188 о частных агентствах занятости. В Конвенции № 181 указывается (п. 3 ст. 2), что одна из целей Конвенции состоит в том, чтобы в рамках ее положений частные агентства занятости получили возможность действовать, а работники, пользующиеся их услугами, были защищены. Причем под частным агентством занятости по смыслу Конвенции № 181 понимается, помимо прочего, независимое от государства физическое или юридическое лицо, оказывающее услуги, состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом («предприятие-пользователь»), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение (п. 1 ст. 1). Речь в данном случае идет о легализации в конвенции так называемого заемного труда (более официальное название на английском языке — *temporary agency work*, т. е. труд в агентствах временной занятости). Под заемным трудом понимаются трехсторонние отношения, когда работник, обращаясь в агентство занятости, вступает с этим агентством в трудовые отношения и направляется для осуществления своих трудовых обязанностей к работодателям-пользователям, т. е. фактическим работодателям этого работника⁴⁶⁰.

В 2008 г. в ЕС была принята Директива о труде в агентствах временной занятости 2008/104/ЕС⁴⁶¹, посвященная проблеме заемного труда. Причем принятие Директивы воспринимается в ЕС как победа профсоюзов, поскольку заемный труд уже фактически легализован практически во всех странах «старой Европы» (т. е. 15 странах Европейского союза — до его расширения в 2004 г.). Принятию Директивы предшествовали более 10 лет сложных переговоров между социальными партнерами на уровне ЕС. В ходе переговоров выяснилось, что «камнем преткновения» для социальных партнеров стал принцип одинакового положения заемных и обычных работников: профсоюзы категорически настаивали на том, что в директиве должны содержаться положения, уравнивающие заемных и «классических» работников, а объеди-

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

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

нения работодателей не были к этому готовы. Именно этот принцип — запрет дискриминации заемных работников по отношению к обычным — положен в основу Директивы 2008/104/ЕС⁴⁶², поэтому ее принятие вызвало одобрение со стороны Европейской конфедерации профсоюзов (ETUC). Директива 2008 г. не ставит своей целью комплексно урегулировать все права и обязанности субъектов отношений по заемному труду, а исходит из того, что национальное трудовое законодательство стран ЕС в любом случае распространяется в полном объеме на заемных работников. Задача Директивы — соотнести положение заемных и обычных работников.

Помимо общего закрепления принципа равенства заемных и обычных работников, в Директиве есть и нормы-изъятия⁴⁶³. В п. 2 ст. 5 говорится о том, что государства — члены ЕС имеют право после проведения консультаций с социальными партнерами установить исключения из принципа равного обращения с заемными работниками в отношении платежей, которые делаются этими агентствами заемным работникам *в периоды между их работой* на предприятиях-пользователях. Существенное изъятие из принципа равного обращения — право государств ЕС после проведения консультаций с профсоюзами и объединениями работодателей на национальном уровне разрешать заключение социально-партнерских соглашений, в которых при общем обеспечении защиты работников агентств временной занятости будут предусматриваться отклонения от принципа равного обращения⁴⁶⁴.

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

В § 20 преамбулы к Директиве 2008 г. отмечается, что ее положения не могут использоваться для ограничения положений национального законо-

462 Art. 2, art. 5 — Directive 2008/104/EC.

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

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

дательства стран ЕС, запрещающих использование работников агентств временной занятости для замены бастующих⁴⁶⁵. Однако императивного запрета на такое использование в Директиве не содержится. Следует отметить, что в Конвенции МОТ № 181 о частных агентствах занятости также не удалось согласовать такую норму, и она нашла отражение лишь в Рекомендации № 188⁴⁶⁶.

Конвенция МОТ № 181 — это акт, налагающий меньшее количество обязательств на агентства и работодателей по сравнению с Директивой ЕС и, таким образом, оставляющий большее пространство для ущемления интересов работников. В Конвенции не содержится общего принципа запрета дискриминации заемных работников по отношению к обычным. Вместо этого устанавливается принцип бесплатности услуг агентств для работников, хотя и из этого принципа на национальном уровне делаются изъятия⁴⁶⁷. Кроме того, перечисляются наиболее базовые права таких работников, которые не должны нарушаться (право на свободу объединения, запрет детского труда, расплывчатые ограничения в отношении обработки персональных данных работников и др.).

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

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

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

466 Статья 6 Рекомендации МОТ № 188.

467 Art. 7 — Directive 2008/104/EC.

рые могут работать лишь несколько часов в неделю в свободное от учебы время), имеют возможность трудоустроиться хотя бы в качестве заемных работников.

Против легализации заемного труда традиционно выступают профсоюзные организации. Во-первых, положение заемных работников с точки зрения защиты их прав существенно хуже, чем положение традиционных работников; во-вторых, что не менее важно, заемные работники не состоят в профсоюзах и не выплачивают профсоюзных взносов. Объединение заемных работников в профсоюзы крайне проблематично из-за их зависимого и неустойчивого положения. За счет увеличения доли заемных работников уменьшается уровень профсоюзного членства. Социологические исследования показывают⁴⁶⁸, что большинство заемных работников не удовлетворены своим статусом и предпочли бы работать по «обычным» стабильным трудовым договорам. Заемные работники работают в сравнительно худших условиях, они в меньшей степени контролируют ту работу, которой занимаются; их труд, как правило, менее квалифицированный, они значительно реже проходят программы повышения квалификации и переобучения персонала. Охрана труда таких работников осуществляется хуже; с ними происходит большее количество несчастных случаев на производстве. За ту же самую работу, что выполняется обычными работниками, оплата заемных работников ниже; кроме того, они лишены разного рода надбавок, связанных с работой у конкретного работодателя. Труд заемных работников намного более нестабилен, чем в обычных условиях. Например, во Франции средняя продолжительность работы заемного работника — всего две недели. При этом работа в агентствах временной занятости — это наиболее быстрорастущий вид атипичных трудовых отношений в ЕС в течение последних 20 лет. В Дании, Испании, Италии и Швеции использование заемного труда за последние годы увеличилось в пять раз, а в других странах ЕС его использование увеличилось, по крайней мере, в два раза⁴⁶⁹.

В российском трудовом праве заемный труд — это предмет достаточно острых споров. Проблема легализации заемного труда посвящаются диссертационные исследования⁴⁷⁰. Группа ученых во главе с проф. И. Я. Киселевым в 2004 г. написала программную статью о необходимости легализации заемного труда⁴⁷¹, их мнение разделяют и другие известные специалисты в области трудового права⁴⁷². Среди противников заемного

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

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

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

471 Концепция регулирования заемного труда / И. Киселев [и др.] // Хозяйство и право. 2004. № 2, 3.

472 Лушников А. М., Лушников А. М. Заемный труд: исторический опыт и перспективы правового регулирования // Человек и труд. 2004. № 7.

труда также весьма авторитетные ученые. Так, проф. А. Ф. Нуртдинова считает легализацию заемного труда не только неоправданной с правовой точки зрения, но и абсолютно безнравственной с точки зрения морали⁴⁷³. Несколько лет назад представители объединений работодателей предложили для рассмотрения Государственной Думой проект Федерального закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам»⁴⁷⁴. Несмотря на то что в названии этого законопроекта говорилось о «защите прав работников», защищались в нем интересы исключительно работодателей. Основная цель законопроекта заключалась в легализации схемы заемного труда. Этот проект вызвал жесткие возражения со стороны профсоюзов и правозащитников⁴⁷⁵ и был «отложен в долгий ящик». В ноябре 2010 г. группой депутатов на рассмотрение в Государственную Думу был внесен так называемый законопроект Исаева и Тарасенко № 451173-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (о мерах, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов «заемного труда» или другими способами), целью которого на момент внесения было полное запрещение использования заемного труда в России⁴⁷⁶. Однако концепция и общая направленность законопроекта в ходе его обсуждения в Государственной Думе были почти полностью изменены.

Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴⁷⁷, вступающий в силу с 1 января 2016 г., превратился в акт, фактически разрешающий применение конструкции, которую было принято называть в России заемным трудом, и регулирующий условия ее применения.

Перед законодателем стояла «сложная» задача продемонстрировать сохранение первоначальной концепции законопроекта. Это достигнуто путем использования в законе двух различных понятий: «заемный труд» и «деятельность по предоставлению труда работников (персонала)».

В ч. 1 ст. 56.1 ТК РФ провозглашается запрет использования в России заемного труда, под которым понимается труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем

473 Нуртдинова А. Заемный труд: особенности организации и возможности правового регулирования // Хозяйство и право. 2004. № 9.

474 Ассоциация консультантов по подбору персонала: проект закона о заемном труде. URL: http://www.apsc.ru/base_apsc/legislation/z_trud/.

475 См. подробнее об аргументации по этому поводу: Гвоздичких А. В. Проект закона о заемном труде. Сайт Центра социально-трудовых прав. URL: <http://trudprava.ru/index.php?id=1305>.

476 Законопроект № 451173-5 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (о мерах, препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров путем необоснованного заключения договоров гражданско-правового характера, использования механизмов «заемного труда» или другими способами)». Государственная Дума ФС РФ. Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: [http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/\(ViewDoc\)?OpenAgent&work/dz.nsf/BylD&FF237797ECE81C5EC3257D6003208F6](http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(ViewDoc)?OpenAgent&work/dz.nsf/BylD&FF237797ECE81C5EC3257D6003208F6).

477 Собрание законодательства РФ. 2014. № 19. Ст. 2321.

физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника. В то же время легализуется труд работников, направленных временно работодателем к другим физическим лицам или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала) (гл. 53.1 ТК РФ). Под деятельностью по предоставлению труда работников (персонала) понимается временное направление работодателем (направляющей стороной) своих работников с их согласия к физическому лицу или юридическому лицу, не являющимся работодателями данных работников (принимающей стороне), для выполнения данными работниками определенных их трудовыми договорами трудовых функций в интересах, под управлением и контролем принимающей стороны.

Согласно ч. 3 ст. 18.1 Закона РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» (далее — Закон о занятости)⁴⁷⁸ в новой редакции осуществлять деятельность по предоставлению труда работников (персонала) вправе два вида организаций:

- 1) частные агентства занятости;
- 2) другие юридические лица (в том числе иностранные), если работники с их согласия направляются временно: а) к организации, аффилированной с направляющей стороной (о понятии аффилированных лиц см. далее в этом параграфе); б) акционерному обществу, акциями которого владеет направляющая сторона, если она является стороной акционерного соглашения; и в) организации, являющейся стороной акционерного соглашения с направляющей стороной (понятие раскрывается далее в этом параграфе).

Особенности регулирования труда работников, направляемых временно работодателем к другим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала), установлены новой гл. 53.1 ТК РФ.

Установлены требования к аккредитации частных агентств занятости на право осуществления деятельности по предоставлению труда работников (персонала), ряд особенностей регулирования деятельности по предоставлению труда работников (ст. 18.1 Закона о занятости). В частности, если число работников, привлекаемых по договору о предоставлении труда работников (персонала) для проведения работ, связанных с заведомо временным (до девяти месяцев) расширением производства или объема оказываемых услуг, превышает 10% от среднесписочной численности работников принимающей стороны, решение о заключении с частным агентством занятости договора о предоставлении труда работников (персонала) принимающая сторона принимает с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации (ч. 10 ст. 18.1 Закона о занятости).

Направление работников для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников (персонала) не допускается в целях:

- 1) замены участвующих в забастовке работников принимающей стороны;
- 2) выполнения работ в случае простоя (временной приостановки принимающей стороной работ), осуществления процедуры банкротства принимающей стороны, введения принимающей стороной режима неполного рабочего времени в целях сохранения рабочих мест при угрозе массового увольнения работников принимающей стороны;
- 3) замены работников принимающей стороны, отказавшихся от выполнения работы в случаях и в порядке, которые установлены трудовым законодательством, в том числе замены работников, временно приостановивших работу в связи с задержкой выплаты им заработной платы на срок более 15 дней (ч. 12 ст. 18.1 Закона о занятости).

Направление работников частными агентствами занятости не допускается также в целях:

- 1) выполнения на объектах, отнесенных в соответствии с законодательством РФ к опасным производственным объектам I и II классов опасности, отдельных видов работ, перечни которых утверждаются в порядке, установленном Правительством РФ;
- 2) выполнения работ на рабочих местах, условия труда на которых в соответствии с законодательством РФ отнесены к вредным условиям труда 3 или 4 степени либо опасным условиям труда;
- 3) замещения отдельных должностей в соответствии со штатным расписанием принимающей стороны, если наличие работников, замещающих соответствующие должности, является условием получения принимающей стороной лицензии или иного специального разрешения на осуществление определенного вида деятельности, условием членства в саморегулируемой организации или выдачи саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к определенному виду работ;
- 4) выполнения работниками работ в качестве членов экипажей морских судов и судов смешанного (река — море) плавания (ч. 13 ст. 18.1 Закона о занятости).

Для регулирования предоставления труда работников (персонала) другим юридическим лицам Минэкономразвития России разработан проект федерального закона «О регулировании труда работников, направляемых временно работодателем, не являющимся частным агентством занятости, к другим юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала)», опубликованный на Едином портале для размещения информации о разработке федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов и результатов их общественного обсуждения⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Собрание законодательства РФ. 1996. № 17. Ст. 1915.

⁴⁷⁹ URL: http://regulation.gov.ru/project/17645.html?point=view_project&stage=2.

В законопроекте указан широкий круг лиц, которые могут быть заказчиками в договоре о предоставлении труда работников, исходя из определения лиц, которые могут выступать исполнителями.

Помимо названных в Федеральном законе от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ категорий (аффилированные лица по отношению к исполнителю⁴⁸⁰; акционерное общество, если исполнитель является стороной акционерного соглашения об осуществлении прав, удостоверенных акциями такого акционерного общества; сторона акционерного соглашения с исполнителем⁴⁸¹), под сферу действия законопроекта подпадают и другие лица. Согласно ч. 3 ст. 3 законопроекта для целей деятельности по предоставлению труда работников (персонала) под аффилированным лицом по отношению к исполнителю предлагается понимать «лицо, которое способно оказывать влияние на деятельность исполнителя, или лицо, на деятельность которого способно оказывать влияние исполнителя; или лицо, на деятельность которого, так же как и на деятельность исполнителя, способно оказывать общее влияние третье лицо». Это определение в силу размытости и неопределенности понятия «оказывать влияние» неограниченно расширяет круг лиц, на которые могут распространяться нормы закона. По существу, любое взаимодействие в рамках деловых или даже личных отношений можно считать формой оказания влияния.

Такой подход законопроекта представляется неправильным. Последствием принятия такой нормы станет возможность практически неограниченного предоставления труда работников для работы другим работодателям, что полностью сведет на нет тот крайне шаткий «запрет» заемного труда (а фактически — лишь некоторое ограничение его использования), который позиционировался как изначальная концепция и идея, закрепленная в Федеральном законе от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ.

Более того, как представляется, это может свети «на нет» и усилия по регулированию требований к частным агентствам занятости и ограничениям предоставления труда работников через них, поскольку создаст более простую и практически не ограниченную возможность предоставления труда работников через иных лиц.

Каким образом будут применяться нормы о предоставлении труда работников (персонала) в нынешних российских условиях сказать пока весьма сложно, поскольку практически невозможно представить себе, как на практике будет осуществляться принцип неухудшения условий их труда по сравнению с обычными работниками. Кроме того, готовится и обсуждается еще ряд законодательных инициатив, направленных на изменение сформулированных законодателем подходов к регулированию предоставления труда работников.

7.3.4. ДИСТАНЦИОННЫЙ ТРУД

В последние десятилетия в мире очень широко распространяется такая форма трудовых отношений как дистанционный труд. Согласно данным социологических опросов⁴⁸², в США более 2 % работников (2,8 млн человек), не считая самозанятых работников и неоплачиваемых волонтеров, считают дом своим основным местом работы. В ЕС в 2005 г. было проведено масштабное исследование дистанционного труда, в ходе которого было установлено, что в 27 странах ЕС и Европейской экономической зоны около 7 % работников вовлечены в дистанционные формы труда 1/4 своего рабочего времени и более, а 1,7 % работников работают дистанционно почти все свое рабочее время⁴⁸³. Какой-либо достоверной социологической информации о распространенности этого явления в России в настоящее время не имеется, но очевидно, что это очень быстро растущий сегмент трудовых отношений.

В научный оборот введен особый термин «телеработа» и «телеработник»⁴⁸⁴, подразумевающий, что ключевая особенность таких трудовых отношений заключается в использовании компьютерной техники. Поэтому принято даже употреблять понятие «компьютерное надомничество»⁴⁸⁵. На самом деле определяющей особенностью такого рода трудовых отношений можно назвать не использование работником компьютера и не нахождение его у себя дома, а выполнение любой работы, связанной с той или иной формой информации, и выполнение этой работы вне места нахождения работодателя. По сути, место выполнения работы в этой ситуации может быть любым, и, соответственно, такую работу вряд ли корректно именовать надомничеством. Дистанционный труд утрачивает многие характерные признаки трудового отношения: работник не находится под непосредственным контролем работода-

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

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

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

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

480 Определение содержится в ст. 4 Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

481 Понятие раскрывается в ст. 32.1 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ.

теля, поэтому вопросы и трудовой дисциплины, и охраны труда (возможность работодателя ее обеспечить), и взаимной ответственности сторон оказываются под вопросом. Такие отношения носят «пограничный» характер между гражданским и трудовым правом, поскольку не всегда легко определить предмет отношений: труд как процесс или результат труда. Часто дистанционные работники работают сразу для нескольких работодателей. В связи с этим разграничение между самозанятыми лицами и работниками, вступившими в трудовые отношения, становится особенно сложным⁴⁸⁶. В силу этого обстоятельства в трудовом праве экономически развитых стран в последние годы намечается интересная тенденция, связанная с попытками распространения норм трудового законодательства на так называемых зависимых самозанятых лиц⁴⁸⁷, например, мелких фермеров, поставляющих товары для крупных торговых сетей, и т. п.

В 1996 г. МОТ приняла Конвенцию № 177 и Рекомендацию № 184 о надомном труде. Хотя название этих актов связано с надомным трудом, на самом деле, как следует из понятия надомников, дающегося в ст. 1 Конвенции, речь идет как раз о дистанционных работниках, т. е. тех лицах, которые выполняют свою работу вне помещений работодателя. Согласно ст. 1 Конвенции, «... термин “надомный труд” означает работу, которую лицо, именуемое надомником, выполняет:

- а) по месту его жительства или в других помещениях по его выбору, но не в производственных помещениях работодателя;
- б) за вознаграждение;
- в) с целью производства товаров или услуг, согласно указаниям работодателя, независимо от того, кто предоставляет оборудование, материалы или другие используемые ресурсы, если только это лицо не располагает такой степенью автономии и экономической независимости, которая необходима, для того чтобы считать его независимым работником в соответствии с национальным законодательством или судебными решениями».

Несмотря на то, что в этом определении делается изъятие в отношении независимых работников, оно применимо только при условии, что работники не только юридически автономны, но и экономически независимы. Фактически это означает, что даже если работник юридически работает по гражданско-правовому договору, но находится в экономической зависимости от работодателя, он должен считаться надомным работником с точки зрения Конвенции № 177.

Согласно положениям Конвенции № 177 (ст. 3) государства обязаны принимать, проводить и периодически пересматривать национальную политику в области надомного труда, направленную на улучшение положения надомни-

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

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

ков, консультируясь при этом с наиболее представительными организациями работодателей и работников, а также с организациями, занимающимися проблемами надомников, и с организациями работодателей, предоставляющих работу надомникам, где таковые существуют.

Как указывается в ст. 4 Конвенции, национальная политика в области надомного труда должна по мере возможности содействовать равенству в обращении между надомниками и другими наемными работниками с учетом особенностей надомного труда. В частности, должно поощряться равенство в отношении: права надомников на создание организаций или вступление в организации по их собственному выбору и на участие в деятельности таких организаций; защиты от дискриминации в области труда и занятий; защиты в области безопасности и гигиены труда; оплаты труда; защиты посредством установленных законодательством систем социального обеспечения; доступа к профессиональной подготовке; минимального возраста приема на работу или допуска к трудовой деятельности; защиты материнства. Более детально положения, направленные на обеспечение равенства надомников и обычных работников, по этим направлениям раскрываются в Рекомендации № 184.

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

На уровне ЕС в 2002 г. социальными партнерами было заключено Рамочное соглашение о телеработе между Европейской комиссией и европейскими объединениями профсоюзов и работодателей⁴⁸⁸. Это соглашение различными способами реализуется в государствах — членах ЕС⁴⁸⁹.

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

В ст. 6 говорится о необходимости охраны частной жизни дистанционных работников⁴⁹⁰. Как указывается в этой статье, установка оборудования для наблюдения за деятельностью дистанционных работников допускается только в соответствии с положениями Директивы ЕС 90/270/ЕЕС о минимальных требованиях охраны труда при работе с оборудованием с видеомониторами⁴⁹¹. Данная норма связана с повышенным озабоченностью работодателей в отношении находящихся вне их контроля дистанционных работников. Как уже говорилось выше, дистанционная работа связана с

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

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

490 О защите персональных данных см. гл. 4.

491 Council Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the minimum safety and health requirements for work with display screen equipment, Official Journal of the EU, art. L 156. 21.06.1990. P. 14—18. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0270:EN:HTML>.

риском потери важной информации, принадлежащей работодателю. В соответствии со ст. 5 Соглашения работодатель несет ответственность за принятие необходимых мер, направленных на сохранность предоставленных дистанционным работникам для профессиональной деятельности данных, в частности, в электронном виде. Работодатель обязан информировать работников о действующем законодательстве и корпоративных правилах в отношении защиты данных, в частности, об ограничениях в отношении пользования электронным оборудованием и интернетом, а также об ответственности за несоблюдение этих требований и ограничений. Дистанционный работник отвечает за исполнение этих правил и законодательства. Одной из проблем, связанных с надомной работой и дистанционной работой, считается недостаточное вовлечение надомников и дистанционных работников в процесс производственного обучения и повышения квалификации по сравнению с обычными работниками. В ст. 10 Соглашения указывается, что дистанционные работники в этом вопросе должны обладать равными возможностями с основными работниками. Кроме того, в этой статье указывается, что дистанционные работники должны проходить необходимое обучение в отношении технического оборудования, которое им предоставляется. Помимо этого, руководители дистанционных работников и их непосредственные сослуживцы должны обучаться практике данной формы работы и управлению телеработой.

При принятии ТК РФ были включены нормы, регулирующие труд надомных работников, которым посвящено всего три статьи (ст. 310—312 гл. 49).

Согласно ТК РФ надомник имеет право выполнять работу как лично, так и с помощью своих близких, однако самостоятельные трудовые отношения у таких домашних помощников не возникают. В отношении обязанностей, предусмотренных ст. 212 ТК РФ, по обеспечению безопасных условий и охраны труда не сделано исключений из общих правил о выполнении этих обязанностей в отношении надомных работников, поэтому такой работодатель обязан соблюдать все требования ст. 212 ТК РФ.

В свете положений Конвенции МОТ № 177 и Рекомендации № 184 можно заключить, что в описанных нормах ТК РФ *отсутствуют нормы, направленные на обеспечение равенства надомных работников в отношении права создание организаций или вступление в организации, защиты от дискриминации, оплаты труда и доступа к профессиональной подготовке.*

Никаких мер правовой защиты для этой категории работников не устанавливается, зато в ст. 312 ТК РФ в отношении надомников предусматривается возможность расторжения трудового договора по основаниям, определенным трудовым договором. По этому признаку надомники почему-то как бы приравниваются к руководителям организации. В отличие от внутреннего российского законодательства, в международных актах, касающихся труда надомников, ничего не говорится об упрощении процедуры увольнения этой категории работников. Представляется, что эта норма носит дискриминационный характер в отношении этой категории работников.

В течение ряда лет в науке высказывалось мнение, что понятие «надомный труд» следует заменить более общим понятием дистанционного труда⁴⁹². Идея урегулировать дистанционный труд была высказана несколько лет назад в предложениях РСПП о реформировании трудового законодательства⁴⁹³, а затем оформилась в виде отдельного законопроекта, который в июне 2012 г. был внесен в Государственную Думу Правительством РФ. В 2013 г. был подписан Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴⁹⁴, которым в ТК РФ внесена гл. 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников», а также скорректирована ст. 1 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи». По замыслу законодателя это должно помочь работодателям удобно оформлять трудовые отношения с работниками, работающими удаленно.

Дистанционный работник — лицо, заключившее трудовой договор о выполнении дистанционной работы, которая характеризуется двумя признаками:

- 1) выполнение трудовой функции вне места нахождения работодателя, его филиала, представительства, иного обособленного структурного подразделения, вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящегося под контролем работодателя;
- 2) использование для выполнения трудовой функции и осуществления взаимодействия между работником и работодателем информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети Интернет (ст. 312.1 ТК РФ).

Регулирование труда дистанционных работников отличается значительной спецификой. Дистанционные работники коммуницируют с работодателем и для оформления документов, включая трудовой договор, преимущественно через Интернет, используя обмен электронными документами с обязательным использованием усиленной квалифицированной электронной подписи работника и работодателя. Путем обмена электронными документами могут осуществляться:

- заключение трудового договора;
- ознакомление работника с локальными нормативными актами, приказами, уведомлениями и требованиями работодателя;
- предоставление оригиналов документов для обязательного социального страхования;
- запрос и выдача документов, связанных с работой.

При заключении трудового договора о дистанционной работе стороны могут договориться о том, что сведения о дистанционной работе не вносятся в

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

493 Предложения Комитета РСПП по рынку труда и кадровым стратегиям, утвержденные 17 ноября 2010 г. Сайт Российского союза промышленников и предпринимателей. URL: <URL: <http://rspp.ru/news/view/279>> (дата обращения 18 июня 2013 г.).

494 Российская газета. 2013. № 77. 10 апр.

трудовую книжку, а при заключении трудового договора впервые трудовая книжка не оформляется. Режим рабочего времени и времени отдыха определяется дистанционным работником по своему усмотрению в случае, если иное не предусмотрено трудовым договором (ст. 312.4 ТК РФ).

В трудовом договоре с дистанционным работником могут предусматриваться дополнительные условия об обязанности дистанционного работника использовать при исполнении им своих обязанностей по трудовому договору о дистанционной работе оборудование, программно-технические средства, средства защиты информации и иные средства, предоставленные или рекомендованные работодателем (ч. 8 ст. 312.2 ТК РФ), а также ряд других условий (ч. 1 ст. 312.3 ТК РФ). Основания расторжения трудового договора с дистанционными работниками, как и надомниками, регулируются трудовым договором и могут быть шире установленных в отношении обычных работников.

Законодатель существенно ограничил объем обязанностей работодателя в области обеспечения безопасных условий и охраны труда. Согласно ч. 2 ст. 312.3 ТК РФ работодатель исполняет только обязанности, предусмотренные абз. 16, 19, 20 ч. 2 ст. 212 ТК РФ⁴⁹⁵, а также осуществляет ознакомление дистанционных работников с требованиями охраны труда при работе с оборудованием и средствами, рекомендованными или предоставленными работодателем. Другие обязанности работодателя по обеспечению безопасных условий и охраны труда, установленные законодательством, на дистанционных работников не распространяются, если иное не предусмотрено трудовым договором.

Очевидно, что дистанционные работники лишены существенной части защиты, предоставляемой общими нормами трудового права иным категориям работников. Так же как и в случае с надомными работниками, о которых говорится в гл. 49 ТК РФ, дистанционные работники фактически выведены из сферы действия норм, направленных на обеспечение их равенства с другими работниками в отношении права на создание профсоюзов или вступление в организацию, защиты от дискриминации, оплаты труда и доступа к профессиональной подготовке, предусмотренного Конвенцией МОТ № 177. Кроме того, многочисленные изъятия в отношении обязанностей работодателя по обеспечению охраны труда дистанционных работников вряд ли можно назвать отвечающим требованиям *ст. 7 Конвенции*, предусматривающим, что национальное законодательство о безопасности и гигиене труда применяется и к надомному труду, принимая во внимание его особенности.

⁴⁹⁵ Указанные нормы предусматривают, что работодатель осуществляет: расследование и учет в установленном законодательством несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний; выполнение предписаний должностных лиц федерального органа исполнительной власти, осуществляющих государственный контроль (надзор) в установленной сфере деятельности, и рассмотрение представлений органов общественного контроля в установленные законодательством сроки; обязательное социальное страхование работников от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний.

Представляется, что изъятия, касающиеся обязанностей работодателя в отношении надомных работников и, в еще большей степени, дистанционных работников, содержащиеся в ТК РФ, должны быть существенно сокращены, для того чтобы соответствующие нормы можно было признать отвечающими требованиям Конвенции МОТ № 177. Это касается, во-первых, возможности включать дополнительные основания для увольнения обеих категорий работников в трудовом договоре и, во-вторых, освобождения работодателя от большинства обязанностей в отношении охраны труда дистанционных работников.

Кроме того, важнейший вопрос, который должен быть решен в отношении дистанционного труда в национальном законодательстве, — это распространение норм трудового права даже на тех дистанционных работников, которые формально не заключали трудовых договоров, но находятся в экономической зависимости от работодателя. Под такой зависимостью следует понимать тот факт, что заказы со стороны того или иного «дистанционного работодателя» составляют основные средства существования для работника и его семьи. Как следствие распространения трудового законодательства на дистанционных работников должен реализовываться и принцип недопущения дискриминации таких работников по сравнению с обычными.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенный анализ позволяет нам сформулировать ряд предложений, направленных на внесение изменений в законодательство и правоприменительную практику, с целью приведения их в соответствие с международными трудовыми стандартами по ряду направлений.

1. Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров

1.1. Внести в законодательство норму, содержащую положения, указанные в ст. 2 Конвенции МОТ № 98, гарантирующие независимость объединений работников и работодателей, защиту от актов вмешательства в дела друг друга.

1.2. Принять необходимые меры, включая изменение ст. 45 ТК РФ, с тем чтобы обеспечить как юридически, так и практически возможность ведения коллективных переговоров по заключению социально-партнерских соглашений на уровне профессии.

1.3. Изменить или дополнить законодательство таким образом, чтобы вышестоящим профсоюзным организациям, федерациям и конфедерациям профсоюзов был обеспечен доступ к ведению коллективных переговоров, а также им было предоставлено право заключать коллективные договоры.

1.4. Изменить ст. 31 ТК РФ таким образом, чтобы было ясно, право представлять трудящихся может быть предоставлено другим представительным органам лишь в случае, когда на предприятии нет профсоюза.

1.5. Закрепить принцип добросовестности в качестве одного из принципов отношений социального партнерства, а также сформулировать минимальные критерии, касающиеся добросовестного поведения сторон социального партнерства.

1.6. Законодательно закрепить право на забастовку с целью добиться признания профсоюза; забастовку солидарности в случаях, если забастовка, которую работники поддерживают, сама является законной; забастовку с целью критики экономической и социальной политики правительства.

1.7. Изменить ст. 410 ТК РФ, чтобы понизить кворум, необходимый для голосования по решению об объявлении забастовки на конференции работников.

1.8. Изменить законодательство таким образом, чтобы любое противоречие, касающееся минимальных услуг, разбиралось бы независимым органом, пользующимся доверием всех сторон конфликта, а не административным органом.

1.9. Уточнить в законодательстве, какие именно службы и предприятия относятся к числу «прямо связанных с наиболее опасными видами производства или оборудования», где право на забастовку запрещено.

1.10. Изменить законодательство, чтобы работники, занятые на железнодорожном транспорте и на государственной службе, но не осуществляющие свои функции от имени государства, имели бы право на забастовку.

1.11. Запретить использование рабочей силы, привлеченной из-за пределов предприятия для того чтобы заменить бастующих работников на неопределенный период, если забастовка является законной.

1.12. Разработать эффективное законодательство, предоставляющее защиту от актов дискриминации в отношении работников в связи с осуществлением профсоюзной деятельности.

1.13. Расширить перечень вопросов, по которым работникам и их представителям должна предоставляться информация работодателями, в том числе об экономическом и финансовом положении предприятия, на котором они работают, а также проводить консультации по этим вопросам.

1.14. Предусмотреть механизмы установления критериев массового высвобождения, которые могли бы применяться к работникам, на которых не распространяется действие отраслевых тарифных соглашений, а также установить обязанность предоставлять информацию по вопросам, связанным с массовым увольнением работников до начала консультаций с работниками и в ходе таких консультаций, а также гарантии, обеспечивающие обязательность проведения консультаций и невозможность массового увольнения работников без проведения консультаций.

1.15. Дополнить ст. 43 ТК РФ оговоркой о том, что коллективный договор распространяется на всех работников организации, филиала, представительства, обособленного структурного подразделения, если в нем не предусмотрено иное.

2. Принудительный труд

2.1. Уточнить определение принудительного труда в ст. 4 ТК РФ, приведя его в соответствие с Конвенциями МОТ № 29 и 105.

2.2. В ближайшее время закончить разработку законопроекта и принять закон о запрещении торговли людьми.

2.3. Предпринять необходимые шаги для принятия закона по вопросу противодействия торговле людьми; умножить усилия по выявлению, профилактике и борьбе с торговлей людьми, используя для этого как международное сотрудничество, так и повышение эффективности работы правоохранительной системы в этой области; усилить работу, направленную на выявление лиц, ставших жертвами торговли людьми, и оказание им необходимой защиты и поддержки.

2.4. Предпринять шаги, направленные на то, чтобы уголовная ответственность за преступления, связанные с осуществлением экстремистской деятельности, в виде принудительных работ с ограничением свободы не применялась в отношении лиц, которые выражают свои политические взгляды или оппозиционные взгляды в отношении существующих политической, эко-

номической или социальной систем без применения насилия и без призывов к осуществлению насилия. Представляется, что это может быть сделано путем конкретизации и сужения понятия экстремистской деятельности, а также путем внесения дополнительных разъяснений по этому вопросу в постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2011 г. № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности».

2.5. Рассмотреть вопрос о целесообразности пересмотра ст. 20.2 КоАП РФ, устанавливающей ответственность в виде обязательных работ за нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования.

3. Детский труд

3.1. Осуществлять контроль за использованием детского труда в сфере неформальной экономики; повысить роль государственных инспекторов труда в осуществлении этого контроля.

3.2. Предпринимать на практике меры, направленные на борьбу с использованием детского труда в неформальной экономике, а также труда детей, работающих без заключения трудового договора, расширив права государственных инспекторов труда, которым должна принадлежать самая значительная роль в решении этих задач.

3.3. Сбирать информацию о ситуации в сфере труда детей до 16 лет, а также информацию о природе их отношений о выполнении работы, условиях их работы и процессах и изменениях, происходящих в этой сфере.

3.4. Проводить надлежащие расследования и привлекать к ответственности лиц, вовлеченных в торговлю людьми.

3.5. В законе о запрещении торговли людьми (см. п. 2.2 выше) предусмотреть меры, направленные на содействие прекращению занятий детей наихудшими формами детского труда, а также на их реабилитацию и социальную интеграцию.

3.6. Осуществлять международное сотрудничество в деле борьбы с торговлей детьми.

4. Дискриминация в области труда и занятий

4.1. Принять давно обсуждаемый в России проект федерального закона о государственных гарантиях равных прав и свобод и равных возможностей мужчин и женщин в Российской Федерации.

4.2. Разрабатывать систему мер, направленных на сокращение гендерной сегрегации в области занятий и сокращение неравенства в оплате труда, которые существуют на практике, включая преодоление гендерных стереотипов; разрабатывать и использовать систему методов объективной оценки различных работ.

4.3. Информировать работников и работодателей; проводить тренинги и обсуждения по вопросу содержания принципа равной оплаты за труд равной ценности, оценки его соблюдения, механизмов защиты права с участием представителей сторон трудовых отношений, судей, инспекторов труда и других вовлеченных лиц.

4.4. Ввести в законодательство четкое определение и запрет на сексуальное преследование в сфере труда и занятости как через создание враждебной атмосферы, так и в рамках тактики «услуга за услугу», а также предпринимать меры, направленные на повышение информированности работодателей, работников и их представителей относительно проблемы сексуальных преследований. Рассмотреть рекомендацию Комитета по экономическим, социальным и культурным правам ООН о включении в Уголовный кодекс РФ ответственности за сексуальное домогательство на рабочем месте как за отдельное преступление.

4.5. Разработать и принять общее законодательство, запрещающее все формы дискриминации, закрепить определения дискриминации и шире урегулировать вопросы, связанные с дискриминацией, на основании норм международного права и опыта зарубежных стран.

4.6. Урегулировать вопросы о механизмах защиты прав лиц, подвергшихся дискриминации, способах восстановления их прав, включая финансовые механизмы.

4.7. Расширить роль государственных инспекторов труда в рассмотрении вопросов дискриминации, осуществлении консультирования работников и работодателей по этим вопросам.

4.8. Вернуть государственной инспекции труда право рассматривать жалобы на дискриминацию в трудовых отношениях, либо разработать концепцию создания специализированного органа, курирующего вопросы обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией.

4.9. Создать государственную систему содействия, анализа и мониторинга в вопросах равного обращения и равных возможностей в доступе к труду и занятиям в отношении их реализации для всех групп, охватываемых действием Конвенции № 111.

4.10. Урегулировать понятие косвенной дискриминации в законодательстве, а также осуществлять исследование и обобщение практики по этому вопросу, делая их публичными.

4.11. В ближайшее время вернуться к рассмотрению внесенных в Государственную Думу РФ законопроектных и ввести в законодательство РФ нормы, предусматривающие гарантии защиты в отношении представителей работников в связи с осуществлением ими профсоюзной деятельности.

4.12. Одновременно с мерами, предусмотренными в п. 4.11 выше, рассмотреть вопрос об установлении запрета виктимизации, запретив увольнение или иные репрессивные действия работодателя в отношении работников, которые подали жалобу или иск в отношении работодателя.

4.13. Ввести специальные нормы, регулирующие распределение обязанностей по доказыванию (упрощение процедуры доказывания) по делам, свя-

занным с дискриминацией. Применительно к трудовым правоотношениям это возможно путем внесения соответствующих изменений в ТК РФ, в гл. 60 «Рассмотрение и разрешение индивидуальных трудовых споров».

4.14. Для недопущения дискриминации инвалидов, несомненно, требуется комплексный подход к решению вопросов их интеграции на рынок труда, включающий в том числе обеспечение доступной среды, улучшение возможностей для получения образования, разработку системы мер, мотивирующих работодателей принимать на работу инвалидов (например, система налоговых льгот), и другие вопросы. В вопросах, касающихся непосредственно правового регулирования недопустимости дискриминации на рынке труда, рекомендуется закрепить в российском законодательстве прямое указание на защиту от дискриминации по признаку инвалидности; усилить меры, направленные на интеграцию инвалидов на рынке труда; рассмотреть возможности перехода к использованию подхода «разумного приспособления» для обеспечения интеграции инвалидов на рынке труда и исключения дискриминации.

4.15. Исключить пенсионеров по возрасту из числа лиц, с которыми согласно ст. 59 ТК РФ допускается заключение срочного трудового договора.

4.16. Внести изменения в действующее законодательство, направленные на устранение дифференциации правовых статусов мужчин и женщин, имеющих малолетних детей. В частности, следует внести изменения в ст. 261 ТК РФ, установив равную защиту от увольнения для мужчин и женщин, имеющих малолетних детей. Кроме того, представляется целесообразным государственным органам проводить информационную кампанию, направленную на разъяснение возможностей и целесообразности ухода в родительские отпуска не только для женщин, но и для мужчин.

5. Заработная плата

5.1. Привести ч. 2 ст. 131 ТК РФ в соответствие с п. 1 ст. 4 Конвенции МОТ № 95, указав, что частичная выплата заработной платы в натуре может допускаться в тех отраслях промышленности или профессиях, где эта форма выплаты принята в обычной практике или желательна ввиду характера отрасли промышленности или профессии.

5.2. Принять меры, направленные на повышение минимальной заработной платы, при этом начинать с введения в действие ст. 133 ТК РФ, предусматривающей, что минимальная заработная плата не должна быть ниже величины прожиточного минимума трудящегося. Одновременно с этим предусмотреть график поэтапного повышения (в течение фиксированного количества лет) минимального размера заработной платы до размера не менее 60% от средней заработной платы по стране.

5.3. Предпринимать меры, направленные на предотвращения задержек в выплате заработной платы.

6. Рабочее время

6.1. Установить в ТК РФ ограничение максимальной продолжительности рабочего дня (смены), относящееся ко всем категориям работников.

6.2. Исключить нормы о внутреннем совместительстве из ТК РФ. Относите к внутреннему совместительству и совместительству, осуществляемое в рамках аффилированных друг с другом работодателей.

6.3. Более четко урегулировать в ТК РФ случаи, когда допускается введение суммированного учета рабочего времени, определив условия, отрасли и технические потребности, при которых это возможно.

6.4. Ограничить в законодательстве случаи, когда допускается привлечение к сверхурочной работе, не оставляя их на усмотрение сторон трудового договора.

6.5. Пересмотреть правовое регулирование особенностей ненормированного рабочего времени. Рассмотреть вопрос о введении предельного числа сверхурочных работ, которые могут быть проработаны сверх нормального рабочего времени; об ограничении применения режима ненормированного рабочего времени к отдельным категориям работников; установлении правил оплаты сверхурочного отработанного времени при ненормированном рабочем дне либо распространении на них общих правил оплаты сверхурочной работы (ст. 152 ТК РФ).

6.6. Скорректировать ст. 124 ТК РФ, установив, что остаток ежегодного оплачиваемого отпуска должен быть предоставлен не позже, чем в течение восемнадцати месяцев после окончания того года, за который предоставляется отпуск.

6.7. Внести определенность в ст. 96 ТК РФ, определив, влечет ли сокращение продолжительности рабочего времени в ночную смену сокращение недельной продолжительности рабочего времени и в каких именно случаях (при работе исключительно в ночное время установление такого сокращения желательно). Также рекомендуется ввести ограничение нормальной продолжительности рабочего времени для работников, работающих в ночное время, восемью часами в течение любого 24-часового периода.

7. Инспекции труда

7.1. Пересмотреть подход к деятельности государственных инспекторов труда, сделав акцент в их работе на расследовании спорных и сложных случаев, которые могут выявить серьезные и системные проблемы, требующие решения путем принятия новых нормативных актов, изменения законодательства, корректировки правоприменительной практики. Создать условия, для того чтобы инспектора проводили выборочные проверки в отраслях и на предприятиях, которые проявляют признаки несоблюдения требований законодательства, прилагали согласованные усилия для обеспечения исполнения конкретных положений ТК РФ, нарушения которых являются наиболее серьезными и распространенными.

7.2. Учитывая существенную загруженность и недостаточную численность инспекторов труда в России рекомендуется рассмотреть вопрос о возможности снижения числа задач, возложенных на инспекторов труда, которые не относятся напрямую к целям деятельности инспекции.

7.3. Увеличивать финансирование государственной инспекции труда, с тем чтобы увеличить число инспекторов труда, улучшить их обеспеченность транспортными средствами, а также повысить доступность инспекторов труда для населения.

7.4. Поставить вопрос о переориентации деятельности государственной инспекции труда с проведения документарных проверок организаций, ведущих «белое» кадровое делопроизводство, на работу с организациями, допускающими наиболее серьезные нарушения трудового законодательства, в частности, не оформляющими трудовые отношения, маскирующими трудовые отношения иными видами отношений.

7.5. Предоставить инспекторам государственной инспекции труда право обращаться в суд с заявлениями в защиту лиц, чьи права нарушаются, в том числе в защиту неопределенного круга лиц. Предоставить инспекторам государственной инспекции труда при рассмотрении в суде дел, начатых по инициативе других лиц, право участвовать в деле для дачи заключения; право представлять суду документы, полученные инспектором в ходе проведения проверки; право обжаловать решения, вынесенные по трудовым спорам.

7.6. Создать систему, позволяющую государственным инспекторам труда получить доступ к информации о несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях на постоянной основе.

8. Безопасность и гигиена труда

8.1. Изменить систему санкций за нарушение работодателем требований охраны таким образом, чтобы она учитывала количество затронутых соответствующим нарушением работников.

8.2. Пересмотреть деятельность инспекций труда применительно к вопросам охраны труда аналогично рекомендациям, содержащимся в п. 7 выше.

8.3. Отменить предусмотренную Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ возможность отказа от сокращения продолжительности рабочего времени и предоставления дополнительных отпусков для работающих с вредными и опасными условиями труда.

8.4. Отказаться от ограничения круга работников, которым полагается сокращение рабочего времени и дополнительные отпуска в связи с вредными и опасными условиями труда, и от возможности замены соответствующих мер денежными компенсациями.

8.5. Отказаться от выведения ряда категорий работников из сферы оценки условий труда на предмет вредности и опасности.

9. Защита персональных данных работников

9.1. Расширить сферу применения защиты на потенциальных и бывших работников.

9.2. Уточнить понятийный аппарат и ввести понятие «мониторинг персональных данных».

9.3. Ввести ограничения в отношении автоматических систем сбора персональных данных работников и контроля за их использованием.

9.4. Ввести в законодательство нормы о том, что работодатели должны регулярно анализировать практику обработки персональных данных с целью:

- a) уменьшения, насколько это возможно, объема и видов получаемых персональных данных;
- b) улучшения способов защиты частной жизни работников.

9.5. Ввести в законодательство нормы о том, что работодатели должны заблаговременно информировать или проводить консультации со своими работниками и их представителями относительно введения или изменения автоматических систем получения и использования персональных данных.

9.6. Ввести в законодательство нормы о том, что работодатель имеет право собирать и получать только те данные в отношении работников, которые относятся к трудовым отношениям и не являются избыточными с учетом характера трудовых отношений и потребностей работодателя в информации.

9.7. Указать в законодательстве, что работник имеет право давать неточные или неверные ответы на вопросы работодателя, несовместимые с принципами защиты персональных данных, закрепленными в законодательстве.

9.8. Ввести в законодательство нормы о том, что работников следует заранее информировать о том, в какое время за ними ведется мониторинг, об используемой методике и технических средствах, а также о собираемых данных.

9.9. Законодательно ограничить срок хранения персональных данных целями их использования.

9.10. Предусмотреть право работников получать обновляющуюся информацию относительно своих персональных данных, хранящихся у работодателя.

9.11. Установить в законодательстве, что трансграничная передача персональных данных может быть осуществлена работодателем только при условии соблюдения в другой стране норм защиты персональных данных, защищающих права работников в этом отношении не слабее чем в России.

9.12. Указать в ТК РФ, что передача персональных данных в рамках группы аффилированных лиц происходит на тех же условиях, что и между не связанными друг с другом лицами.

9.13. Предусмотреть возможность доступа работников и их уполномоченных представителей к содержанию персональных данных в рабочее время.

10. Прекращение трудового договора

10.1. Привести нормы о предупреждении об увольнении по инициативе работодателя по основаниям, не связанным с нарушением трудовой дисциплины, в соответствии с требованиями Европейского комитета по социальным правам по данному вопросу.

10.2. Судам следует изменить правоприменительную практику по вопросам компенсации морального ущерба работникам в сторону существенного повышения размеров присуждаемых компенсаций.

10.3. Предусмотреть в законодательстве защиту прав работников в рамках предприятия как имущественного комплекса в отношении групп юридических лиц.

11. Отдельные категории работников и типы трудовых отношений

11.1. Воспроизвести в российском законодательстве положения о защите пожилых работников, содержащиеся в Рекомендации МОТ № 162.

11.2. Закрепить в законодательстве недопустимость коллективной высылки работников-мигрантов, необходимость рассмотрения каждого случая высылки в индивидуальном порядке, а также возможность высылки только на основании решения компетентного органа, уполномоченного законом.

11.3. Исключить из ТК РФ возможность устанавливать в трудовом договоре дополнительные основания для увольнения надомных и дистанционных работников (ст. 312 и 312.5).

11.4. Пересмотреть перечень изъятий, касающихся обязанностей работодателя в области охраны труда дистанционных работников, в сторону существенного сокращения.

11.5. Распространить нормы трудового права на тех дистанционных работников, которые формально не заключали трудовых договоров, но находятся в экономической зависимости от работодателя. Под такой зависимостью следует понимать тот факт, что заказы со стороны того или иного «дистанционного работодателя» составляют основные средства существования для работника и его сем



Лютов Никита Леонидович, д.ю.н., заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА), профессор кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Заместитель Председателя Совета Ассоциации «Юристы за трудовые права», заместитель Председателя Комитета по статусу игроков Российского футбольного союза, член Российской ассоциации трудового права и социального обеспечения, член совета АНО «Центр социально-трудовых прав», приглашенный участник Европейской сети трудового права (European Labour Law Network, ELLN), член Консультативного совета международной Исследовательской сети трудового права (Labour Law Research Network, LLRN), член редакционных советов ряда российских и зарубежных научных журналов в области трудового права.

Автор более 150 публикаций в области трудового права России, международного и сравнительного трудового права.



Герасимова Елена Сергеевна, к.ю.н., доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», директор Центра социально-трудовых прав.

Заместитель Председателя Общественного Совета Министерства труда и социальной защиты Российской Федерации, председатель Комиссии по труду и занятости Общественного Совета, председатель Совета Ассоциации «Юристы за трудовые права», член Комитета по статусу игроков Российского футбольного союза, член Экспертного Совета Комитета Государственной Думы по труду, социальной политике и делам ветеранов, эксперт Комиссии по социальной политике, трудовым отношениям и качеству жизни граждан Общественной палаты РФ и Постоянной комиссии по трудовым правам и социальному партнерству Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, член редакционного совета журнала «Трудовое право в России и за рубежом».

Автор более 70 публикаций по различным аспектам трудового права, а также ряда исследований и докладов.

