Сборник материалов Второй конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права»

25-26 апреля 2008 г.,
Санкт-Петербург

ЮРИСТЫ
ЗА ТРУДОВЫЕ
ПРАВА

Сборник материалов Второй конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права». 25-26 апреля 2008 года, Санкт-Петербург.
Под общей редакцией Герасимовой Е.С. — М.:
НП «Юристы за трудовые права», 2008.

НП «Юристы за трудовые права»
Председатель Совета — Герасимова Елена Сергеевна
www.llpa.ru; e-mail: np@llpa.ru
Тел/факс: (495) 729-39-06

Публикация сборника стала возможной благодаря бескорыстной помощи американского народа, оказанной через Агентство США по международному развитию (USAID). НП «Юристы за трудовые права» несет ответственность за содержание публикации, которое не обязательно отражает позицию АМР США или Правительства США.

© НП «Юристы за трудовые права», 2008
© Коллектив авторов, 2008
© Обложка, оформление. И. Пируян, 2008
© Верстка, Т. Хаустова, 2008

Манифест

Значительную часть своей жизни большинство людей проводят на работе, однако далеко не все работают в достойных и безопасных условиях и получают за свой труд справедливое вознаграждение.

Сегодня эти люди нуждаются в юристах, которые помогли бы им защитить свои трудовые права.

В 2005 г. российские юристы, специализирующиеся в сфере защиты социально-трудовых прав, учредили Некоммерческое партнерство «Юристы за трудовые права».

Главная цель Партнерства состоит в том, чтобы, используя наш профессиональный опыт, содействовать развитию в России цивилизованного рынка труда, созданию достойных условий труда и жизни российских рабочих и специалистов.

Мы убеждены, что успешное социально-экономическое развитие государства невозможно без уважения и надлежащей защиты трудовых прав людей, которые создают благосостояние общества.

Мы хотим, чтобы работники своевременно получали достойную заработную плату, имели безопасные условия труда, пользовались предоставленными законодательством правами, а также могли эффективно их защищать.

Юристы, работающие в России в сфере защиты социально-трудовых прав, сегодня имеют мало возможностей для профессионального общения, повышения своей квалификации, публичного выражения своего мнения и проведения широких дискуссий.

Мы объединились, чтобы решить эти проблемы. Мы верим, что наш союз будет способствовать укреплению авторитета нашей профессии, а также повысит уважение к трудовым правам в российском обществе.

Мы приглашаем к партнерству юристов, которым небезразлично положение работников в России, и которые хотят общаться с коллегами из разных регионов.

Наши члены — юристы профсоюзов, адвокаты, частнопрактикующие юристы, сотрудники юридических фирм, юристы некоммерческих организаций.

Мы призываем к совместному обсуждению наиболее актуальных тем, касающихся защиты трудовых прав. Мы предлагаем находить механизмы, способные улучшить положение работников.

Мы убеждены, что членство в профессиональных ассоциациях является одним из наиболее эффективных способов повышения профессионализма!

Вместе мы сможем принести больше пользы работникам, профсоюзам и обществу!

Манифест принят Советом НП «Юристы за трудовые права»
9 августа 2006 года

Вторая конференция Ассоциации «Юристы за трудовые права»

25-26 апреля 2008 года в Санкт-Петербурге состоялась вторая конференция Ассоциации «Юристы за трудовые права».

Некоммерческое партнерство «Юристы за трудовые права» было создано в 2005 году с целью оказания помощи юристам, работающим в сфере защиты социально-трудовых прав, в установлении и развитии контактов между ними, обсуждения проблемных вопросов и выработки общих подходов к их разрешению, оказания содействия профсоюзным юристам в области профессионального совершенствования.

В конце апреля 2007 года в Москве состоялась Первая Конференция Ассоциации, положившая начало идее проведения ежегодных профессиональных конференций.

Участниками конференции 2008 года в Санкт-Петербурге стали члены Ассоциации от Владивостока до Калининграда. Среди приглашенных экспертов были известные специалисты в области трудового права, гражданского процессуального права, руководители организаций, оказывающих содействие в защите трудовых прав. В конференции приняли участие доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права юридического факультета Ярославского государственного университета им. Демидова А.М. Лушников, доктор юридических наук, профессор, заместитель декана по научной работе юридического факультета ЯрГУ М.В. Лушникова, кандидат юридических наук, научный сотрудник сектора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса Института государства и права Российской Академии наук И.Н. Лукъянова, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры трудового права и права социального обеспечения Московской государственной юридической академии Н.Л. Лютов, кандидат юридических наук, доцент, генеральный директор Центра развития коллекторства и гуманитарных технологий, руководитель Юридической экспертной сети Д. Жданухин, кандидат юридических наук, доцент, директор Юридического исследовательского центра профсоюзного права, начальник юридической службы Межрегионального профсоюза работников судостроения Н.М. Сенников, президент Санкт-Петербургской общественной организации «Общество содействия социальной защите граждан «Петербургская ЭГИДА» Р.С. Шарифуллина, юрист Общественной приемной при Уполномоченном по правам человека в РФ в Воронежской области И. Сиволдаев и многие другие прекрасные специалисты.

В ходе Конференции участники обсудили множество вопросов, однако четко выявилась главная тема конференции — дискриминация в трудовых отношениях. Множество выступлений и дискуссий были посвящены разным аспектам проблемы дискриминации и защиты от дискриминации. В выступлениях М.В. Лушниковой, И.Н. Лукьяновой, А.В. Гвоздицких, Н.М. Сенникова, Е.А. Исаевой рассматривались вопросы понятия и содержания дискриминации; проблемы доказывания фактов дискриминации; дискриминационные практики по отношению к профсо-

юзам; вопросы законодательства и практики защиты от дискриминации в США.

Другие выступления и обсуждения были сосредоточены вокруг следующих тем:

- нетипичная занятость и возможности защиты трудовых прав работников;
- судебная практика по делам о признании забастовок незаконными;
- защита социально-трудовых прав в Европейском суде по правам человека;
- переговоры как средство разрешения трудовых споров;
- PR-сопровождение судебных процессов.

В ходе Конференции несколько сессий были организованы в форме рабочих групп, на которых обсуждались проблемы дискриминации в трудовых отношениях, а также практика по делам о признании забастовок незаконными и предложения по изменению законодательства о забастовках, подготовленные Рабочей группой при Роструде. По итогам работы в группах и обсуждения в ходе пленарных заседаний Конференции участники приняли рекомендации по этим двум вопросам для направления в различные органы государственной власти.

Подводя итоги деятельности Ассоциации за прошедшие три года, участники отметили, что большую пользу в их профессиональной работе по защите прав работников приносят те возможности, которые представляет Ассоциация своим членам. На первом месте находится База данных судебной практики по социально-трудовым делам. Её уникальность связана с тем, что это единственная в России база судебных решений, которая содержит постановления. Вынесенные по делам, вытекающим из социально-трудовых правоотношений, содержит значительное число решений судов первой и второй инстанции, формируется и пополняется самими участниками Ассоциации и ориентирована на использование, прежде всего, профсоюзными юристами и профсоюзными руководителями.

Удобным рабочим инструментом для членов Ассоциации является ежемесячный Информационный бюллетень Ассоциации. В нем публикуются ежемесячные обзоры новых нормативных актов в сфере социально-трудовых отношений, судебной практики судов различных инстанций от судов субъектов РФ до Верховного, Конституционного судов и Европейского суда по правам человека. Кроме того, публикуются обзоры судебных решений, представленных членами Ассоциации за прошедший период, аналитические справки, сообщения и доклады.

Ресурсом Ассоциации является её сайт, на котором публикуются последние новости в социально-трудовой сфере. На сайте действует форум, где каждый пользователь может ознакомиться с дискуссиями по различным юридическим вопросам, касающимся защиты социально-трудовых прав, и принять в них участие, задать свой вопрос, обратиться за помощью к коллегам.

Участники Конференции отметили, что для повышения эффективности защиты прав работников необходимо шире привлекать в Ассоциацию профсоюзных юристов, руководителей профсоюзных организаций.

На Конференции был избран новый состав руководящего органа Ассоциации — Совета, в состав которого вошли: юрисконсульт ФПАД России, заместитель председателя Федерации профсоюзов России О. Бабич (Москва), директор Центра

профсоюзного обучения Е. Гончарова (Екатеринбург), ведущий юрисконсульт СПб ОО «Эгида» А. Капорин, юрист Центра социально-трудовых прав О. Крылова (Москва), к.ю.н., начальник юридической службы МПРС Н. Сенников, юрист Общественной приемной при Уполномоченном по правам человека в РФ в Воронежской области, юрист Профсоюза летного состава АК «Сибирь» Т. Тихомирова (Новосибирск), директор Юридического центра «Антей» Е. Хорошун (Владивосток), президент Санкт-Петербургской общественной организации «Общество содействия социальной защите граждан «Петербургская ЭГИДА» Р.С. Шарифуллина. Председателем Совета Ассоциации избрана к.ю.н., директор Центра социально-трудовых прав Е.С. Герасимова (Москва).

Елена Герасимова
к.ю.н., председатель Совета НП «Юристы за трудовые права»,
директор АНО «Центр социально-трудовых прав»

Содержание

11 Лушников А.М. (г. Ярославль)
Нетипичные трудовые правоотношения и защита прав работников

28 Лушникова М.В. (г. Ярославль)
К вопросу о пределах ограничения трудовых прав и свобод

40 Лукьянова И.Н. (г. Москва)
Проблема доказывания фактов дискриминации

46 Гвоздицких А.В. (г. Москва)
Дискриминация: понятие, виды, формы. Теоретический аспект

56 Исаева Е.А. (г. Ярославль)
Проблема дискриминации в трудовых отношениях в США: способы разрешения

68 Сенников Н.М. (г.Санкт-Петербург)
Дискриминация по признаку членства в профсоюзе

72 Жданухин Д. (г. Москва)
PR-сопровождение судебных процессов

77 Енютина Г. Е. (г. Москва)
Переговоры в интересах работника: практический опыт

80 Сиволдаев И. (г. Воронеж)
Практика ЕСПЧ о нарушении права на справедливое судебное разбирательство в 2007 году

87 Рекомендации конференции относительно необходимости изменения законодательства о запрещении дискриминации в сфере труда

89 Рекомендации конференции относительно необходимости либерализации законодательства о забастовках

91 Программа Второй конференции юристов НП «Юристы за трудовые права»

Нетипичные трудовые правоотношения и защита прав работников

А.М. Лушников —
доктор юридических наук,
профессор

В настоящее время в экономической литературе широкое распространение получило понятие нетипичных (атипичных, гибких) трудовых отношений. Упоминается при этом и о нетипичных занятости, рынке труда, заработной плате, трудовых договорах и даже о нетипичных работниках[1]. При этом сама «нетипичность» имеет преимущественно экономическое содержание и сопрягается с призывами к дерегулированию, гибкости, адаптации и другим юридически не формализованным действиям. Пределом «нетипичности» стали призывы к полному «дерегулированию» трудовых отношений посредством ликвидации трудового законодательства, которое якобы и лишает рынок труда гибкости. Соответственно, отношения между работниками и работодателями должны якобы регулироваться усмотрением сторон в рамках гражданского законодательства.

Численный рост нетипичных трудовых отношений связан и с экспансией трудового права[2]. В последние годы необоснованно большое внимание уделяется достаточно локальным проблемам, прежде всего правовому опосредованию заемного труда. Между тем, необходимо определиться с общим подходом к нетипичным (гибким) трудовым правоотношениям, пределами этой нетипичности и возможностью их дальнейшего дерегулирования через расширение усмотрения сторон. Очевидно, что в сфере трудового права в настоящее время происходят поистине тектонические изменения, и дискуссия о нетипичных трудовых отношениях вполне назрела. Другой вопрос, что юристы и экономисты не всегда находят общий язык, но необходимость продолжения конструктивного диалога очевидна для всех. На рубеже XX и XXI вв. развитие трудового законодательства на Западе, а сегодня и в России, выходит на новый качественный уровень. Трудовые правоотношения прошлого века нередко не укладываются в рамки новой общественной организации труда, продиктованной условиями информационного общества. В этой связи одной из основных тенденций развития трудовых прав в XXI в. является усиление «гибкости» правового регулирования трудовых отношений, что обусловило появление и численный рост нетипичных трудовых правоотношений.

Модель традиционной (типичной) занятости, опосредуемая типичным трудовым правоотношением, предполагающая заключение бессрочного трудового договора на полный рабочий день с постоянным окладом, за небольшими исключениями существовала более или менее стабильно вплоть до 1970 – х гг. С этого времени

---

1. См.: Варакса А.М. Социально-трудовые отношения в устойчивом развитии национальной экономики. Дис…канд. эконом. наук, Кемерово, 2004; Гимпельсон В.Е и др. Велики ли глаза у страха? Страх безработицы и гибкость заработной платы в России. М., 2005; Гимпельсон В.Е., Капелюшников Р.И. Нестандартная занятость и российский рынок труда. М., 2005; Капелюшников Р.И Нестандартные формы занятости и безработица в России. М., 2004; Малашенко В.П. Социально-трудовые отношения на производстве в контексте становления гражданского общества. Дис…докт. эконом. наук. М., 2005; Сапрыкина Н.В. Трансформация трудовых отношений на предприятии в условиях рынка: Вопросы теории и практики. Дис…докт. эконом. наук. Ростов–на-Дону, 2003 и др.

2. См.: Лушников А.М., Лушникова М.В. Предмет трудового права и сфера действия трудового права// Теоретические и практические проблемы применения законодательства о труде и социальном обеспечении. Сб., Омск, 2005.С.5-11; Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С.368-378 и др.

массовое распространение получили атипичные (гибкие) формы занятости, характеризующиеся отсутствием либо видоизменением одного или более классических признаков традиционных трудовых отношений. Следствием этого стало распространение нетипичных трудовых договоров, о которых речь пойдет ниже.

Традиционное трудовое право не может в полной мере учитывать все происходящие перемены в обществе и экономике, что препятствует реализации интересов участников трудовых отношений. Именно поэтому в литературе все чаще поднимается вопрос о необходимости дерегулирования, которое, в первую очередь, предполагает модернизацию законодательства, в том числе, посредством отмены устаревших и принятия новых норм, смягчения наиболее жестких ограничений, предусмотренных действующим законодательством в сфере защиты прав работников. При этом дерегулирование «не должно представлять собой возврата к чисто рыночным механизмам, поскольку это будет означать замену трудового права нормами гражданского права[3]» и полную утрату стабильности положения работника. Это не полный отказ от регулирования, а использование новых форм и методов регулирования. Дерегулирование является общей тенденцией для большинства стран, поскольку рассматривается в качестве одной из основных мер, направленных на оживление и поддержание конкурентноспособности экономики. При этом дерегулирование по отдельным вопросам должно сопровождаться усилением регулирования в других сферах, таких как запрет дискриминации в трудовых отношениях, регламентация труда лиц, работающих на опасных производствах, защита персональных данных работника и т.п.[4]

Дерегулирование касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно, нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Необходимость приспосабливаться к разнообразным ситуациям приводит к изменению содержания трудового договора. В этой связи можно привести высказывание голландского ученого П. ван дер Хейдена о том, что «трудовой договор с его более или менее взаимно установленными правами и обязанностями постепенно трансформируется в более открытые свободные постоянно эволюционирующие юридические отношения[5]». Дерегулирование в конечном итоге предполагает отмену наиболее жестких и неэффективных норм трудового права, перенос регулирования трудовых отношений преимущественно на коллективно-договорный, локальный и индивидуально-договорный уровни, но с четким централизованным императивным фиксированием стандартов труда.

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

3. Daubler W. Trends in German Labour Law// Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 105.
4. См.: Yamakawa R., Araki T. Deregulation and Labour Law in the search if a Labour Concept for the 21st century// Bulletin of Comparative Labour Relations, 2000, № 38. P. 10.
5. Van der Heijen P. Post-Industrial Labour Law and Industrial Relations in the Netherlands// Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 133.

В новейших зарубежных трудоправовых исследованиях и актах МОТ последовательно проводится идея о необходимости сочетания гибкости для предприятий и гарантий защищенности для работников (гибких гарантий), трудовой мобильности и стабильной занятости. Объективные данные таковы: в промышленно развитых странах каждый год сокращается и одновременно создается одно из десяти рабочих мест. Общепризнанно, что рынок труда, который меняется радикальным образом под воздействием процессов глобализации и технического прогресса, уже не будет обеспечивать гарантий занятости и социального обеспечения, как это было в прошлом. В связи с этим настоятельно необходимо развивать новые гарантии в отношении занятости, доходов и социальной защиты.[6] И хотя сообщение о завершении эпохи стабильной занятости «сильно преувеличены», в экономически развитых странах пребывание на рабочем месте или в должности уже не воспринимается в качестве синонима гарантий занятости. Для достижения достойного труда необходимо нечто большее, чем стабильные рабочие места, т.е. стабильные правоотношения. Конечно, идея обеспечения полной занятости остается одной из руководящих в деятельности МОТ, но европейская модель трудовых отношений, к которой тяготеет и Россия, основана как на защите занятости, так и на признании позитивного влияния гибкости труда на занятость и безработицу.

Темпы роста «стандартной» занятости, т.е. постоянной работы на условиях полного рабочего времени, в большинстве развитых стран выше, чем «гибкие» формы, т.е. занятость по срочным трудовым договорам и на условиях неполного рабочего времени. В среднем продолжительность пребывания на рабочем месте за последние 10 лет в Европе даже несколько увеличилась и составила 10,6 года, тогда как в США — остался на уровне 6,5 лет. Отметим, что самые стабильные рабочие места в западно-европейских странах приходятся на страны с наименее развитой экономикой, такие как Греция и Португалия. Самыми «гибкими» оказались экономические лидеры в лице Великобритании, Дании, Нидерландов. Отсюда появилась целая школа исследователей, выступающих в защиту ценностей «переходных рынков труда», обеспечивающих гарантии от социальных рисков, связанных с рынком труда. Они ратуют не за создание «защитной оболочки», консервирующей старые рабочие места, а выдвигают идею «крыльев безопасности», защищающих переходы между различными сегментами рынка труда, такими как: между рабочими местами; между работой и безработицей; между работой и профессиональной подготовкой; между образованием и профессиональной деятельностью и др. Отсюда вывод экспертов МОТ: «Определенный уровень гибкости труда приемлем в тех случаях, когда он не разрушает стандартных трудовых отношений и опирается на гарантии рынка труда, что обеспечивает защиту при переходе на другое место работы, поскольку это способствует укреплению благополучия работника, а не его разрушению… Правительства должны формировать эффективную систему гарантий рынка труда, основанную на политике в области труда, а также, в первую очередь, на труде, и только затем — на социальной защите[7]».

6. См.: Справляясь с переходными процессами: Управление как средство обеспечения достойного труда. Доклад Генерального директора. Т.2. Женева. МБТ. 2005. С.VI-VII, 2, 9, 66 и др.
7. Там же. С.70, 74, 75, 76.

Как нам представляется, одним из ключевых вопросов является соотношение нетипичности (гибкости), с одной стороны, и дифференциации и индивидуализации трудовых отношений, с другой стороны. Заслуживает внимания определение места этого явления в контексте равенства (единства) трудовых прав и обязанностей.[8] Западные социологи и экономисты (Д. Белл, Р. Райх, Л. Туроу, М. Кастельс, М. Пайор и др.), а также часть российских ученых под гибкостью трудовых отношений понимают: а) гибкость наемных работников, т.е. их готовность к смене профессии, «пожизненному обучению», к автономной трудовой деятельности и принятию самостоятельных решений, к интеллектуализации и информатизации труда (адаптивность); б) гибкость оплаты труда (ее индивидуализация в трудовом договоре, а не ее установление в тарифном соглашение или по государственным расценкам); в) трудовую гибкость, т.е. готовность менять место работы раз в несколько лет, в т.ч. готовность к переезду для работы в другую местность, распространение срочных трудовых договоров (мобильность); г) временную гибкость (возрастание числа рабочих мест с неполным или ненормированным рабочим днем, с «гибким» графиком рабочего времени, со сменной работой, с необходимостью работать в выходные и нерабочие праздничные дни, сверхурочными работами и др.).[9] С точки зрения трудового права, все это укладывается в рамки индивидуализации и, отчасти, дифференциации трудовых отношений.

В западной науке получило распространение деление нетипичной (гибкой) занятости на «плохую» и «хорошую». Первая из них связана с переносом акцента с интересов работников на интересы потребителей, переносом социальных издержек труда на работников и общество в целом, ростом социально-трудовой нестабильности и неопределенности, увеличением разрыва в оплате труда. Вот как писал об этом известный американский экономист, лауреат Нобелевской премии Д. Стиглиц: «Заклинания об усилении гибкости труда — это лишь плохо скрываемая попытка лишить трудящихся (под прикрытием «экономической эффективности») завоеваний, добытых ими в ходе многолетнего торга и политической активности».[10] Издержки такой занятости очевидны: снижение уровня профессионализма работников в силу временной востребованности, ухудшение физического и морального состояния в условиях нестабильности, более высокий травматизм,[11] ослабление социальной солидарности и профессиональных связей, усложнение координации и контроля за деятельностью работников, расширение возможностей для обхода императивных норм трудового законодательства.

«Хорошую» гибкость принято связывать с известной стабильностью нетипичных трудовых отношений, равенством трудовых прав в традиционном и нетипичном секторах занятости, сочетанием интересов работников и работодателей. С ней связано новое понятие «гибконадежности (гибкобильности)». Можно выделить 3 модели

8. См. подробнее: Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С.426-440; Лушников А.М. Принципы равенства, дифференциации и запрета дискриминации в международном и российском трудовом праве// Юридические записки ЯрГУ. Вып. 10. Ярославль, 2006. С. 108-119.

9. См.: Гимпельсон В.Е., Капелюшников Р.И. Нестандартная занятость и российский рынок труда. М., 2005; Капелюшников Р.И Нестандартные формы занятости и безработица в России. М., 2004; Какой рынок труда нужен российской экономике? Перспективы реформирования трудовых отношений. М., 2003; Уэбстер Ф. Теория информационного общества. М., 2004. С.106-107 и далее. Впрочем, Ф. Уэбстер отмечает уязвимость «периферийных» (негибких) работников и сложность реального отслеживания тенденций гибкости. Не отрицая больших изменений в организации труда, он ставит под сомнение убедительность и оригинальность концепции гибкости трудовых отношений (с.127-130).

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

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

гибкости. 1) Индивидуальная гибкость, основанная на индивидуальных отношениях работника и работодателя (Великобритания, Ирландия). 2) Диктуемая государством гибкость, когда законодателю принадлежит достаточно важная роль в правовой регламентации нетипичной занятости (Франция, Испания, Финляндия). К этой модели с определенной оговоркой тяготеет Россия. 3) Договорная гибкость, при которой важную роль играют коллективные переговоры и соглашения (Дания, Нидерланды, Германия). При этом рынок гибкой занятости достаточно сегрегирован, особенно в части временной занятости женщин, молодежи, лиц старшего возраста.

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

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

Публичные пределы гибкости трудового правоотношения могут быть, во-первых, общими, во-вторых, специальными (конкретные пределы). Общие пределы вытекают из социального назначения трудового права, его принципов (международно-правовых, отраслевых). Расширение прав работодателя в установлении договорных условий должно компенсироваться усилением гарантий прав работника. Баланс прав и законных интересов сторон в трудовом правоотношении является необходимым условием их гармонизации в социальном правовом государстве. Социальное назначение трудового права определяет общие пределы гибкости трудового отношения, правового регулирования нетипичных его форм. Специальные пределы гибкости трудового договора связаны с минимальным уровнем основных трудовых прав работника, который гарантирован государством (минимальный размер заработной платы, максимальная продолжительность рабочего времени, минимальная продолжительность отпуска и т.д.).

Подчеркнем, что любая юридическая конструкция нетипичных трудовых отношений должна соответствовать правовым принципам, которые отражают

единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений. Они обеспечивают, с одной стороны, стабильность (гарантированность) трудовых прав работника, вступившего в нетипичные трудовые отношения. С другой стороны, именно правовые принципы устанавливают и общие пределы договоренности сторон такого отношения. Здесь весьма уместно упомянуть о повышении авторитета международных трудовых стандартов, многие из которых воплощают общепризнанные в цивилизованном мире принципы и нормы международного права, действуют как внутреннее национальное право и даже имеют приоритет по сравнению с ним. В настоящее время формируется механизм прямого обеспечения международно-правовой защиты трудовых прав работников, и появляются признаки превращения региональных трудовых стандартов в наднациональное право, например в странах Европейского союза.[12]

Как уже отмечалось выше, новые виды трудовых правоотношений не отрицают значимости традиционной юридической конструкции трудового правоотношения, отвечающей классической триаде признаков: личностный, организационный и имущественный. Нетипичные виды трудовых правоотношений характеризуются модификацией одного или нескольких перечисленных признаков. Так, в отношениях, основанных на договоре о заемном труде, видоизменен личностный признак и организационный в силу наличия, условно говоря, «двух» работодателей. В трудовых правоотношениях с «компьютерными надомниками» в значительной части видоизменен организационный признак трудового договора. В трудовых отношениях с руководителями организаций в значительной мере модифицируется организационный и имущественный признаки. При этом государство в законодательном порядке определяет особенности регулирования нетипичных трудовых правоотношений. Степень и глубина правовой дифференциации в регулировании нетипичных форм занятости зависит от сектора приложения труда, особенностей (характера) условий труда и рода деятельности. Но эта дифференциация (различия) должны быть оправданными, обоснованными и не вести к дискриминации в трудовых отношениях, снижению уровня трудовых прав работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав.

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

1. Первое отклонение касается продолжительности трудовых отношений между работником и работодателем, поскольку трудовое право традиционно регулирует труд работника, занятого полный рабочий день на основе бессрочного трудового договора. Конечно, договор на определенный срок ис-

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

пользуется повсеместно уже в течение долгого времени, поэтому его едва ли можно рассматривать как новую форму занятости. Еще в Кодексе Наполеона 1804 г. он был назван как locatio operarum — единственный, в котором усмотрение сторон ограничивалось только необходимостью указать срок договора. Работа без определенного срока рассматривалась как покушение на свободу работника.

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

Возможность вступления в срочные трудовые отношения в некоторых странах может быть ограничена наличием перечня объективных причин: «указанием на то, что это разумно и оправданно при существующих обстоятельствах» (германское законодательство), «сущностью работы» (бельгийское законодательство), «необычностью и исключительностью, т.е. особым характером работы» (испанское законодательство). Несмотря на то, что в Великобритании или Швейцарии свобода сторон на вступление в такие отношения не ограничивается законодательством, тем не менее, запрещено перезаключение срочных договоров несколько раз подряд.[13] В соответствии с итальянским законодательством при заключении срочных договоров можно делать ссылку на коллективные договоры, получившие одобрение наиболее представительного профсоюза. При этом отраслевыми коллективными соглашениями введены обязательные условия: заключать такие договоры нельзя менее чем на четыре и более чем на двенадцать месяцев. Во Франции максимальная их продолжительность не может превышать 18 месяцев. В Германии, напротив, в соответствии с Актом о содействии занятости запрещается ограничивать максимальный срок первого найма работников 18 месяцами.[14]

Одной из разновидностей трудовых отношений являются отношения, основанные на *срочном договоре, закрепляющем обязанность работодателя обеспечить обучение работника.* В итальянском законодательстве содержится специальное упоминание о том, что целью таких договоров является обеспечение гарантий в получении навыков, которые представляют профессиональную ценность для работника-ученика. Такие модели правоотношений, с одной стороны, способствуют созданию новых рабочих мест, а с другой, закрепляют определенные преимущества для предприятий. Последние заключаются в уменьшении издержек, налогов, снижении риска увольнения работников по собственному желанию, т.е. обеспечивается компромисс интересов сторон договора.

2. Второе отклонение от классической модели трудового отношения, обусловленное экономическими и социальными преобразованиями, касается

13. См.: Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 106.
14. См.: Daubler W. Trends in German Labour Law // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 107.

работы неполное рабочее время. Важно отметить, что сокращение числа рабочих часов не изменяет саму природу трудового отношения, которое предполагает по-прежнему подчиненное положение работника. Значительное увеличение количества частично занятых работников является следствием гибкости рынка труда и рассматривается в качестве одной из политических мер, направленных на обеспечение высокого уровня занятости, мер, основанных на принципе солидарности между занятыми и незанятыми работниками.

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

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

Основная заслуживающая внимания особенность заключается в том, что если в промышленной экономике работодатель одновременно является и управленцем, и техническим организатором труда, то в эпоху высоких технологий он выполняет только первую из этих ролей. Многие из работников предприятия в настоящее время являются высоко квалифицированными специалистами, у работодателя больше нет необходимости контролировать, как, когда и какая работа выполняется. Его власть скорее распространяется на то, каким образом работник вовлечен в организацию процесса производства на предприятии. При этом и традиционное надомничество, и телеработа, могут предполагать подчинение даже в том случае, когда работа выполняется за пределами фирмы, поскольку данное обстоятельство не исключает возможности осуществлять работодателем власть. Концепция подчинения, таким образом, не теряет ни одного из своих основных моментов, даже в том случае, когда работники в географическом плане находятся далеко от работодателя. Следствием этого является необходимость распространения на таких работников всех защитных положений действующего трудового законодательства.

4. Еще одна особенность гибких правоотношений касается содержания обязательств работника. Характерной чертой трудового отношения является готовность работника выполнять работу в конкретный период времени. Юридическая связь с работодателем сохраняется, даже когда работник фактически не ра-

ботает (находится в отпуске или временно нетрудоспособен). В настоящее время, однако, появляются такие разновидности трудовых отношений, в соответствии с которыми работник принимает на себя обязательство выполнять работу в будущем, а именно тогда, когда работодатель решит привлечь его для выполнения этой работы. Такие отношения связаны с «работой по вызову». В данном случае мы также сталкиваемся с ситуацией, при которой подчинение — характерный признак трудовых отношений — носит скорее не технический или юридический, а социально — экономический характер. В соответствии с итальянской судебной практикой подобное положение работника именуется «квазиподчинением», поскольку работа организована таким образом, что работник находится в зависимом от работодателя положении, даже если и не подчиняется правилам внутреннего распорядка. Таким образом, происходит расширение сферы подчинения.

Заключая подобный договор, работник дает обещание, выражает свою готовность работать на фирму, даже если он не является нанятым этой фирмой. Это и составляет отличительную особенность данной формы занятости. Подобное явление достаточно распространено в сфере услуг (например, экспресс-почта), туризме, воздушном транспорте, однако во многих странах оно не урегулировано законодательством.

Основная проблема, которая связана с атипичной занятостью, — прямое или скрытое ухудшение условий труда, ослабление схем социальной защиты отдельных категорий работников. Временные работники, частично занятые, самозанятые, телеработники зачастую исключены из систем предоставления определенных льгот и преимуществ. Последние основываются на модели традиционной занятости и были изначально направлены на преодоление рисков, с нею связанных, а потому неприменимы к гибким трудовым правоотношениям. В некоторых странах такие льготы как медицинская страховка, предоставление и оплата отпуска по временной нетрудоспособности, оплата выходных и иные пособия являются исключительно предметом индивидуальных трудовых договоров. Однако концепция добровольной занятости и принцип свободы труда предоставляют работодателям возможность, в отсутствие профсоюза, фактически, в одностороннем порядке, диктовать свою волю и устанавливать выгодные для себя условия договора. Коллективные договоры также обеспечивают незначительную защиту, поскольку нетипичные работники крайне редко охватываются их действием. В США, например, работодатели, имеющие так называемый «социальный план (план социальной защиты)» обязаны осуществлять выплаты пенсий и пособий работникам. Но данная обязанность существует только в отношении тех, кто работает не менее 1000 часов в год. При этом работник, не отработавший более пяти лет на этого работодателя, таких выплат не получает.[15] Выплата надбавок за стаж по своей природе относится к долговременным, и как результат, многие работники — субъекты нетипичных трудовых отношений, чьи взносы на социальную защиту носят случайный, прерывистый, краткосрочный характер, обнаруживают, что несут определенные обязательства, но исключены из системы предоставления таких льгот.[16] Т.е. временные работники, так же как и работающие неполное рабочее время, могут вообще не получить право на льготы. Пожалуй, единствен-

15. См.: Contingent employment in the United States // Comparative labour law journal. 1997. № 4. P. 511.
16. См.: Cordova E. From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations? // International Labour Review, 1986, № 6. P. 655.

ное гарантированное пособие, на которое нетипичные работники имеют право без всяких условий — это компенсация в случае несчастного случая на производстве либо профессионального заболевания. Однако некоторые сложности могут возникнуть в связи с определением предприятия, ответственного за выплату пособия, особенно в случае тройственных трудовых отношений.

Нестабильность положения работников, вступивших в гибкие трудовые отношения, особенно проявляется при их прекращении. Германское законодательство о содействии занятости, например, не распространяет гарантии при увольнении на частично занятых работников, работающих менее 45 часов в месяц. В Великобритании и Ирландии частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты в случае увольнения, что и полностью занятые, однако только если работают не менее 16 часов и 18 часов в неделю соответственно. В Ирландии же предусмотрено дополнительное условие — обязанность отработать на данного работодателя не менее 1 года. В Нидерландах все частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты, что и обычные работники, но только в том случае, если договор носит бессрочный характер. При этом предложение вакантной должности в случае увольнения нетипичного работника по экономическим причинам обусловлено не столько стремлением избежать неблагоприятных правовых последствий, сколько не допустить возможного вреда имиджу предприятия.

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

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

Однако в некоторых странах на законодательном уровне предпринимаются попытки обеспечить равенство прав различных категорий работников в области заработной платы. В Италии, например, закреплена обязанность работодателя выплачивать атипичным работникам заработную плату в том же размере, что и штатным сотрудникам компаний. В Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе традиционных договоров. Германские трудовые суды пытались приравнять положение частично занятых работников к положению полностью занятых в том смысле, что заработная плата и дополнительные выплаты за час работы должны быть одинаковы.[17] Что касается рабо-

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

В заключение можно отметить следующее. На сегодняшний день в странах Запада традиционный трудовой договор не способен регулировать все существующие формы трудовых отношений. Это обусловлено тем, что трудовое право исторически возникло как комплекс правовых положений, изначально нацеленных на защиту находящихся в подчиненном положении работников, на регламентацию отношений, основанных на трудовом договоре, заключенном на неопределенный срок. Однако возникают новые типы работников, например, такие как «самозанятые» или «квазиподчиненные работники», иные формы труда, когда трудящимся предоставляют больше самостоятельности в обмен на более оперативное достижение целей, которые перед ними поставлены. Их труд также должен регулироваться нормами трудового права. Сегодня отношения по поводу занятости предполагают, с одной стороны, готовность трудящегося выполнять работу или добиваться заданной цели благодаря своим навыкам, но без учета стабильности в смысле ее продолжительности. С другой стороны, оплата труда и рабочее время определяются на основе проявленных навыков и результатов труда.[18]

Поскольку такие категории работников находятся, как правило, за пределами защитной функции трудового права, некоторые исследователи высказывают предложения о необходимости изменения его предмета, расширения сферы действия отраслевых норм и включении в нее всех видов общественно-полезной деятельности, в том числе зависимый и независимый труд.[19] Такие предложения являются следствием осознания того, что гибкие формы трудовых отношений — это глобальный феномен, вызванный, в том числе, нестабильностью экономики многих стран. Они отражают реально происходящие структурные перемены в обществе, а потому игнорировать их нельзя. Данная идея особенно поддерживается в Италии, где понятие «подчинение» трактуется достаточно широко, в том смысле, что оно не должно быть всегда непосредственным.[20]

Очевидно, что возможное признание официального статуса обеспечит минимальный уровень правовой защиты атипичных работников путем выведения их из сферы нелегальной занятости или самозанятости и перевода в сферу той категории работников, которые вступили в атипичных трудовые отношения. При этом для совмещения гибкости и защиты трудящихся предлагается, в первую очередь, заменить понятие «занятость» понятием «труд», а понятие «наемный работник» понятием «трудящийся», каков бы ни был характер отношений занятости.[21]

В любом случае должен существовать баланс между дерегулированием и гибкостью, с одной стороны, и надежностью, стабильностью положения работника, с другой. Использование атипичных форм занятости, в первую очередь, должно быть направлено на обеспечение каждому достойной работы. Политика государства должна быть нацелена на недопущение того, чтобы «временная работа или трудоустройство через агентство для некоторых людей привело их в тупик».[22]

17. См.: Daubler W. Trends in German Labour Law / Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 117.
18. См.: Болле П. Динамика перемен и защита трудящихся// Международный обзор труда. 2002. № 3-4. С. 153.
19. См.: Киселев И. Я. Трудового права России и зарубежных стран. М., 2005. С. 296.
20. См.: Лушников А.М., Фомина М.А. Особенности регулирования трудовых отношений при нестандартных формах занятости// Труд за рубежом. 2007. №2. С.88-109.
21. См.: Болле П.Указ. соч., С. 161.
22. Там же. С. 149.

Международно-правовая и сравнительно-правовая квалификация трудовых отношений и субъектов трудового отношения

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

Но в результате обсуждений была принята общая Резолюция о возможном принятии международных актов с целью защиты работников, находящихся в ситуациях, идентифицированных Комитетом по труду как ситуации на условиях подряда,[23] т.е. вопрос был оставлен открытым для будущих сессий МКТ.

Вопрос о сфере трудовых отношений был включен в повестку дня 91-й сессии Международной конференции труда (2003 г.), где обсуждался вопрос защиты зависимых трудящихся в сфере трудовых отношений. При этом в докладе не рассматривались вопросы защиты независимых работников, а также гражданские соглашения или коммерческие контракты. В приложении к Докладу МОТ предложила для обсуждения странам-членам перечень вопросов, в числе которых следует отметить следующий: в какой мере наемные работники не могут воспользоваться защитой, которая должна быть ему обеспечена в рамках трудовых отношений из-за одного или нескольких факторов:

- закон сформулирован нечетко, имеет слишком узкую сферу действия или не является адекватным по другим причинам;
- трудовые отношения имеют неопределенный характер;
- трудовые отношения имеют скрытый характер;
- трехсторонние трудовые отношения с участием агентств по временному трудоустройству фактически существуют, но нет ясности в отношении того, кто является работодателем, какими правами обладает работник и кто несет ответственность за их обеспечение.[24]

23. Принята на 86-й сессии МКТ (1998 г.)
24. Сфера трудовых отношений. Международная конференция труда. 91-я сессия. 2003 г. Доклад V. Женева: МБТ, 2003.

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

В рассматриваемом Заключении о трудовых отношениях также указывалось, что будущая Рекомендация МОТ должна служить руководством для государств-членов, не вводя универсальное определение существа трудовых отношений. Она должна быть достаточно гибкой, чтобы учитывать различные экономические, социальные и правовые традиции в области трудовых отношений. Такая Рекомендация не должна вмешиваться в подлинно коммерческие контракты и подлинно независимые подрядные отношения. Таким образом, рассматриваемый международно-правовой акт должен быть достаточно гибким, чтобы не препятствовать появлению новых форм занятости и содействовать такой нетипичной занятости, но и обеспечивать защиту прав трудящихся. Обсуждение этой проблемы было включено в повестку дня Международной конференции труда (95-я сессия 2006 г.).[25]

На указанной сессии была принята Рекомендация МОТ о трудовом правоотношении, которая ограничилась общими формулировками.

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

В первом случае при определении сферы трудовых отношений в трудовом законодательстве содержится определение трудовых отношений, круг лиц, на которых распространяется или не распространяется трудовое законодательство. Так, в ТК РФ (ст.15) включена дефиниция трудовых отноше-

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

ний. Между тем, эта дефиниция применима только к «классическим» трудовым отношениям, которые характеризуются личностным, организационным и имущественными признаками. «Нетипичные» виды трудовых договоров и форм занятости не укладываются в «прокрустово ложе» названных признаков. Соответственно суд, разрешая трудовой спор об изменении юридической квалификации гражданско-правового договора в трудовой договор, столкнется с проблемой отсутствия в заключенном договоре возникших на его основании отношений по труду одного из признаков трудового отношения. Чаще всего, это будет организационный признак, реже — личностный (заемный труд и др.). В этих ситуациях и необходимо обращение к презумпции трудовых отношений. Однако российский законодатель эту презумпцию признавать не спешит. В ТК РФ (ст.11) (в ред. Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ) включено положение о том, что трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, также применяются к другим отношениям, связанным с использованием личного труда, если *это предусмотрено настоящим Кодексом или иным федеральным законом* (выделено нами). При аутентичном (буквальном) толковании эта новелла означает, что не получившие специального правового регулирования трудовые отношения «компьютерных надомников», «заемных работников» и других лиц, занятых в «нетипичных» сферах труда, не включаются в сферу действия трудового законодательства.

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

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

Наряду с общими положениями о сфере трудовых отношений в законодательстве ряда стран имеются и положения, касающиеся конкретно некоторых категорий работников и некоторых видов занятости (работ) и направленные

на определение наличия трудовых отношений. Так, в упомянутом Законе Финляндии сказано, что его положения не перестают действовать оттого, что работа выполняется на дому наемного работника. Во Франции Трудовой кодекс предоставляет статус наемных отдельным категориям работников, таким как надомные работники, журналисты и артисты, которые из-за условий труда, в которых они работают, могут рассматриваться в качестве зависимых трудящихся. В Панаме наемными работниками признаются экономически зависимые издольщики и фермеры-арендаторы, агенты, торговцы и подобные категории работников, за исключением тех случаев, когда они лично не работают или работают время от времени. Но при этом из сферы трудового законодательства исключены надомные работники.

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

Некоторые страны практикуют комбинированный подход при определении характера трудовых отношений. Так, в Южной Африке в результате законодательных реформ был принят Закон №11 об изменении основных условий найма (2002 г.) и поправки к Закону №12 о трудовых отношениях (2002 г.). В этих законах объявлена широкая презумпция в пользу статуса наемного работника, т.е. лицо считается наемным работником, если оно удовлетворяет одному или нескольким из семи факторов (признаков), названных в Законе. К эти факторам относятся: а) методы работы этого лица подвергаются контролю со стороны другого лица или направляются им; б) рабочее время этого лица контролируется или регулируется другим лицом; в) лицо работает на организацию или является частью этой организации; г) это лицо, работало на другое лицо в среднем не менее 40 часов в месяц за последние три месяца; д) это лицо в экономическом плане зависит от другого лица, на которое оно работает или которому оно оказывает услуги; е) это лицо получает рабочие инструменты или производственное оборудование от этого другого лица, или ж) это лицо работает или оказывает услуги только одному лицу.

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

В трудоправовой практике Израиля судебными решениями в понятие работника включаются некоторые категории внештатных сотрудников, работников, выполняющих работу собственными средствами, а также в ряде случаев такую

специфическую категорию работников как проститутки, распространяя на эти лица охранительные нормы трудового законодательства.[26]

В правоприменительной практике другой страны англосаксонской системы — США — судами широко применяется тест признания лица наемным работником или независимым подрядчиком, выработанный Внутренней налоговой службой США. В частности, к критериям наемного работника отнесены: 1) обязанность выполнения работником указаний работодателя; 2) прохождение обучения наемным работником; 3) прохождение обучения за счет средств работодателя; 4) интеграция трудовой деятельности работника в общий технологический процесс организации; 5) личный характер оказания услуг; 6) продолжающиеся трудовые отношения; 7) определение режима рабочего времени работодателем; 8) отчетность наемного работника перед работодателем о проделанной работе; 9) выплата заработной платы; 10) право работника увольняться без дополнительных обязательств перед работодателем и другие.[27]

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

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

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

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

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

2) работа выполняется в соответствии с указаниями и под контролем другой стороны; предполагает интеграцию работника в организационную структуру предприятия; выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица; выполняется в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее; имеет определенную продолжительность и подразумевает определенную преемственность; предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу;

3) периодическая выплата вознаграждения работнику; тот факт, что данное вознаграждение является единственным или основным источником доходов работника; осуществление оплаты труда в натуральном выражении путем предоставления работнику, к примеру, пищевых продуктов, жилья или транспортных

26. См.: Черняева Д.В. Трудовое право Израиля // Труд за рубежом. 2004.№4. С.102.
27. См.: Лебедев В.М., Воронкова Е.Р., Мельникова В.Г. Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. первая. М., 2007. С.195.

средств; признание таких прав как еженедельные выходные дни и ежегодный оплачиваемый отпуск; оплата стороной, заказавшей проведение работ, поездок, предпринимаемых работником в целях выполнения работы или то, что работник не несет финансового риска.

Таким образом, в современных условиях очевидна необходимость в обновлении российского трудового законодательства и приспособлении его к процессу развития новых трудовых отношений и новых форм занятости. На основе рассмотренной выше Рекомендации МОТ это может решаться несколькими путями. Во-первых, можно расширить рамки действия законодательства путем закрепления общей презумпции трудовых отношений, а также путем включения в него категорий наемных работников или видов работ, которые явно или неявно исключены из сферы применения законодательства. Во-вторых, решение проблемы неопределенности трудовых отношений обусловлено необходимостью скорректировать в законодательстве признаки трудовых отношений, с тем, чтобы обеспечить их более четкую идентификацию, четче определить границы между зависимым и независимым трудом в современных условиях. В-третьих, важная роль должна отводиться социальному диалогу, коллективным переговорам по вопросам, касающимся квалификации трудовых отношений. Приведенные выше Рекомендация МОТ №198, зарубежный опыт могут служить основой для дальнейшего совершенствования в этой части ТК РФ: «нет смысла изобретать велосипед, когда на нем уже катается весь мир».

Такой подход позволяет извлечь уроки из зарубежного опыта с учетом его положительных и отрицательных результатов, а также учесть этот опыт при разработке и принятии отечественных нормативных актов о труде. Между тем, национальное законодательство — это продукт исторического развития конкретного государства и отражает особенности его политики, экономики, культурных и бытовых традиций, уровня социального партнерства в регулировании социально-трудовых отношений. Это обстоятельство является одним из определяющих при решении вопроса о «степени приживаемости» социально-трудовых норм, переносимых с одной национальной почвы на другую. Как справедливо отмечал С.А.Иванов, «использование зарубежного опыта требует знания не только юридических норм, моделей, но и условий правовых систем, в которых они существуют и реализуются… Требуется понимание того, насколько эти условия, правовые системы сравнимы с нашими и подходящи для применения заимствуемых образцов[28]».

28. Иванов С.А. Трудовое право переходного периода: проблемы использования зарубежного опыта// Государство и право. 1995. №3. С.32.

К вопросу о пределах ограничения трудовых прав и свобод

М.В. Лушникова —
доктор юридических наук,
профессор

Действующая Конституция РФ (ст.55) впервые закрепила нормы о том, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В тексте Конституции нашли отражении общепризнанные международные принципы и нормы. Так, во Всеобщей Декларации прав человека (ст.29) закреплено, что при осуществлении своих прав человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе. В иных международно-правовых актах (Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (ст.4, 8), Международный пакт о гражданских и политических правах (ст. 12, 18, 19, 21), Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ст.8-11)) содержатся положения, совпадающие по сути и общей направленности с положениями Всеобщей декларации прав человека.

В ТК РФ (ст.2, 3) эти положения также нашли свое отражение через принципы равенства, дифференциации и запрета дискриминации в трудовых отношениях. Перечисленные нормы закрепляют общие начала определения пределов ограничения прав граждан. Применение их на практике вызывает немало вопросов. В этой связи особую роль приобретают соответствующие правовые позиции Конституционного Суда РФ (КС РФ).

На сегодняшний день сложилась уже довольно обширная практика Конституционного Суда РФ, рассматривающего, в том числе, и заявления о признании неконституционными статей ТК РФ, отдельных законов, ограничивающих трудовые права и их гарантии. Анализ и обобщение постановлений и определений Конституционного Суда позволяет выявить следующие правовые позиции в отношении пределов ограничения трудовых прав и свобод:

1. Трудовые права и свободы могут быть ограничены только федеральным законом в строго определенных Конституцией РФ (ст.55) случаях, преследовать конституционно значимые цели. Ограничение прав человека детерминировано, продиктовано необходимостью защиты конституционно признаваемых ценностей, и обеспечивает необходимый баланс между интересами личности, государства и общества. Так, например, в Определении КС РФ от 2 марта 2006 г. № 60-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сазонова В.Г. на нарушение его конституционных прав положениями статей 124, 142 и 234 Трудового кодекса РФ», отмечается, что реализация прав и свобод человека и гражданина, включая предусмотренные ТК РФ право работника на самозащиту, права на своевременную и полную выплату заработной платы, не должна нарушать прав и свобод других лиц (ст. 17, ч. 3, Конституции РФ), а в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституцион-

ного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом, в том числе, в сфере трудовых отношений (статья 55, часть 3, Конституции РФ). Основываясь на приведенных конституционных положениях и позициях Конституционного Суда РФ, а также руководствуясь необходимостью защиты здоровья, прав и законных интересов населения, нормальная жизнедеятельность которого зависит от бесперебойного обеспечения отоплением, энерго-, тепло-, водо- и газоснабжением, связью, скорой и неотложной медицинской помощью, федеральный законодатель был вправе не допускать (запрещать) приостановку работы в порядке реализации работниками их права на самозащиту своевременности и полноты выплаты заработной платы в организациях, перечисленных в абзаце пятом части второй статьи 142 ТК РФ. Поэтому сама по себе содержащаяся в нем норма — в той мере, в какой она призвана обеспечивать нормальную жизнедеятельность населения, — не может рассматриваться как неправомерно ограничивающая конституционные права работников данных организаций и противоречащая положениям статьи 55 Конституции РФ.

В другом Определении от 8 февраля 2007 г. N 275-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Линева С.Ю. на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» отмечается, что возможность ограничения права на забастовку отдельных категорий работников с учетом характера их деятельности и последствий прекращения ими работы прямо вытекает из статьи 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации, предусматривающей, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, и статьи 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Следовательно, федеральный законодатель, вводя в специальном законе ограничение права работников железнодорожного транспорта на забастовку, связан положениями пункта «б» части первой статьи 413 Трудового кодекса Российской Федерации и вправе предусмотреть запрет на проведение забастовки лишь тогда, когда ее проведение создает угрозу обороне страны и безопасности государства, жизни и здоровью людей. Таким образом, пункт 2 статьи 26 Федерального закона «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» в системной связи со статьями 5, 252 и 413 Трудового кодекса Российской Федерации не предполагает необоснованное ограничение права на забастовку работников локомотивных бригад железнодорожного транспорта, деятельность которых связана с движением поездов и маневровой работой, и потому не может рассматриваться как противоречащий статьям 17 (часть 3), 37 (часть 4) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

Отметим, что дискриминация трудовых прав запрещена законом, в то время как снижение уровня трудовых прав, ограничение трудовых прав устанавливается исключительно ТК РФ или в случаях и порядке, им предусмотренных (ст.252). Например, согласно ТК РФ (ст.348.12) в трудовом договоре со спортсменом может быть предусмотрено условие об обязанности спортсмена произвести в пользу работодателя денежную выплату в случае расторжения трудового дого-

вора по инициативе спортсмена (по собственному желанию) без уважительных причин, а также в случаях расторжения трудового договора по инициативе работодателя по основаниям, которые относятся к дисциплинарным взысканиям. По сути, речь идет о штрафных санкциях. Если в отношении дисциплинарных увольнений названные меры повышенной материальной ответственности спортсменов с определенными «допусками» могут быть продиктованы характером и условиями труда спортсмена (точнее оплаты его труда), то применительно к увольнению по собственному желанию без уважительных причин названная «денежная неустойка» является необоснованным ограничением трудовых прав. Такое ограничение не имеет под собой объективных и субъективных оснований. Оно не относится к случаям повышенной ответственности работников и не призвано обеспечить повышенную правовую защиту работнику. Это ничто иное как дискриминация трудовых прав. Более того, это ведет к нарушению принципа свободы трудового договора и ограничивает существо, содержание права на труд. Для сравнения обратимся к иным предусмотренным ТК РФ случаям ограничения трудовых прав отдельных категорий работников. Так, повышенная дисциплинарная ответственность работников транспорта обусловлена характером труда и общественной опасностью нарушений трудовой дисциплины, которые могут повлечь неблагоприятные последствия для широкого круга лиц. Повышенная материальная ответственность руководителей организации также продиктованы характером трудовой функции как единоличного исполнительного органа юридического лица.

2. Вводимые федеральным законом ограничения трудовых прав не должны затрагивать само существо того или иного права и приводить к утрате его реального содержания. Так, Конституционный Суд РФ в постановлении от 22 марта 2007 г. №4–П признал норму о максимальном размере пособия по беременности и родам, установленную частью первой статьи 15 Федерального закона «О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2002 год»[29]. не соответствующей Конституции Российской Федерации, ее статьям 19 (части 1 и 2), 38 (часть 1), 39 (часть 2), 41 (часть 1) и 55 (часть 3), в той мере, в какой данной нормой — в системе действующего правового регулирования — несоразмерно ограничивается размер пособия по беременности и родам для застрахованных женщин, чей средний заработок превышает предусмотренную в ней предельную сумму. При этом отмечалось, что федеральный законодатель при конкретизации гарантий прав, закрепленных статьями 37, 38, 39 и 41 Конституции РФ, располагает достаточно широкой свободой усмотрения в выборе мер социальной защиты, в том числе социального обеспечения в отношении беременных женщин, условий и порядка предоставления им соответствующих денежных выплат, их размера. Однако при этом, как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, для поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, в том числе при изменении действующего регулирования, он обязан соблюдать конституционные принципы справедливости, равенства, соразмерности, а также стабильности и гарантированности социальных прав и не может осуществлять такое регулирование, которое посягало бы на само существо этих прав и приводила бы к утрате их реального содержания; даже имея целью воспрепятствовать злоупотреблению правом путем введения определен-

29. СЗ РФ. 2007. №14. Ст.1742.

ных условий или ограничений, законодатель должен использовать не чрезмерные, а только необходимые и обусловленные конституционно признаваемыми целями таких ограничений, меры.

Отметим, что аналогичное положение содержится в Конституции ФРГ (1949 г.): «Существо содержания основного права ни в коем случае не может быть ограничено».

К сожалению, практика Конституционного Суда РФ содержит примеры иного рода, когда Суд «отступает» от ранее заявленных им позиций в отношении рассматриваемого предела ограничения трудовых прав. Классический случай — право уволить руководителя организации в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица, либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) решения о прекращение трудового договора (ст.278 ТК РФ). Формально никакого основания для такого решения не требуется, что является по своему характеру ограничением трудовых прав. Увольнение без оснований затрагивает само существо, содержание права на труд. Если бы законодатель предусмотрел необходимость обоснования такого увольнения (без ссылки на конкретную статью, а исходя из фактических обстоятельств), то в данном случае можно было бы говорить о дифференциации. Однако Конституционный Суд РФ в Постановлении от 15 марта 2005 г. №3-П «По делу о проверке конституционности положений п.2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса РФ…» необоснованно, на наш взгляд, поддержал позицию законодателя. В частности, Суд указал, что федеральный законодатель вправе, исходя из объективно существующих особенностей характера и содержания труда руководителя организации, выполняемой им трудовой функции, предусмотреть особые правила расторжения с ним трудового договора, что не может расценивается как нарушение права каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, либо как нарушение гарантированного Конституцией РФ равенства всех перед законом и судом и равенства прав и свобод человека и гражданина.[30] Очевидно, что Конституционный Суд РФ предпочел логике защиты интересов наемного работника-руководителя организации логику защиты интересов собственников, учредителей организации. В этом случае было, по сути, «перечеркнуто» назначение, «существо» права на труд рассматриваемой категории работников, отказано в защите права на обоснованное увольнение.

3. Ограничение трудовых прав не должно нарушать принципа равенства субъектов этих прав. Так, в Определении КС РФ от 4 ноября 2004 г. №343-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Красноярска о проверке конституционности части первой статьи 261 Трудового кодекса РФ» подчеркивается, что согласно Конституции РФ в Российской Федерации обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства (статья 7, часть 2); материнство и детство, семья находятся под защитой государства (статья 38, часть 1). Такого рода повышенная защита предоставляется законодателем беременным женщинам как нуждающимся в особой социальной защищенности в сфере труда, с тем чтобы предотвратить возможные дискриминационные действия недобросовестных работодателей, стремящихся избежать в дальнейшем необходимости предоставления им отпу-

30. Российская газета. 2005. 23 марта.

сков по беременности и родам, отпусков по уходу за ребенком, иных предусмотренных законодательством гарантий и льгот в связи с материнством. Таким образом, норма, содержащаяся в части первой статьи 261 Трудового кодекса Российской Федерации, не может рассматриваться как устанавливающая несоразмерное ограничение прав работодателей, гарантированных статьями 34 (часть 1) и 35 (части 1 и 2) Конституции РФ. В другом Определении Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 г. №167-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Чертовского Ф.Ф. на нарушение его конституционных прав положением части первой статьи 177 Трудового Кодекса РФ» отмечается, что из конституционного принципа равенства не вытекает требование предоставления одинаковых гарантий и компенсаций лицам, относящимся к разным категориям — получающим высшее образование впервые и уже имеющим образование такого уровня.

Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал в своих решениях, что конституционный принцип равенства не препятствует законодателю при осуществлении правового регулирования трудовых отношений устанавливать различия в правовом статусе лиц, принадлежащих к разным по условиям и роду деятельности категориям, в том числе, вводить особые правила, если эти различия являются объективно оправданными, обоснованными и соответствуют конституционно значимым целям и требованиям (постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 27 декабря 1999 года N 19-П по делу о проверке конституционности положений пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», от 24 января 2002 года N 3-П по делу о проверке конституционности положений части второй статьи 170 и части второй статьи 235 КЗоТ Российской Федерации и пункта 3 статьи 25 Федерального закона «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»; определения от 1 июля 1998 года N 84-О по запросу Верховного Суда Российской Федерации о проверке конституционности положений статьи 25 Федерального закона «Об основах государственной службы Российской Федерации», от 8 февраля 2001 года N 45-О по запросу Люберецкого городского суда Московской области о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 20.1 Федерального закона «Об основах муниципальной службы в Российской Федерации» и пункта 3 статьи 41 Закона Московской области «О муниципальных должностях и муниципальной службе в Московской области»).

Между тем, Конституционный Суд РФ не всегда последовательно проводит рассматриваемый принцип в отношении ограничения трудовых прав. Так, предусмотренная ТК РФ (ст.59) возможность заключения срочного трудового договора с пенсионерами по возрасту, пусть и по соглашению сторон, но лишь по причине пенсионного возраста безотносительно к условиям и характеру труда – неправомерно ограничивает трудовые права этой категории лиц, по сути ведет к их дискриминации. Однако Конституционный Суд РФ в своем определении от 15 мая 2007 г. №378-О-П «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Амурского городского суда Хабаровского края о проверке конституционности положения ст.59 ТК РФ» указал, что нормативное положение абзаца третьего части второй статьи 59 Трудового кодекса Российской Федерации, допускающее заключение с пенсионерами по возрасту срочного трудового договора при отсутствии объективных причин, требующих установления трудовых отноше-

ний на определенный срок, не ограничивает, вопреки утверждению заявителя, свободу труда, их право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, закрепленные статьей 37 (часть 1) Конституции Российской Федерации. Предусматривая, что срочный трудовой договор с пенсионерами по возрасту может заключаться по соглашению сторон, оно предоставляет сторонам трудового договора свободу выбора в определении его вида: по взаимной договоренности договор может быть заключен как на определенный, так и на неопределенный срок.

Далее Конституционный суд отмечает, что поскольку срочный трудовой договор заключается по соглашению сторон, т.е. на основе добровольного согласия работника и работодателя, в случае, когда согласие на заключение договора было дано работником вынужденно, он вправе оспорить правомерность заключения с ним срочного трудового договора в суд общей юрисдикции. Если судом на основе исследования и оценки всех фактических обстоятельств дела будет установлено, что согласие работника на заключение такого договора не является добровольным, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок.[31]

Между тем, очевидно, что в рассматриваемом случае речь должна идти не о нарушении принципа свободы труда, а о нарушении принципа равенства и запрета дискриминации в трудовых отношениях. Отметим, что именно в этом ключе ранее Конституционным Судом было вынесено решение от 4 февраля 1992 г. №2 П-3 «О проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному п.1.1 ст. 33 КЗоТ Российской Федерации»[32] Этим решением указанное основание увольнение работника в связи с достижением пенсионного возраста (при наличии права на полную пенсию) было признано дискриминационным. В частности, Суд отметил, что положение пункта 1.1 статьи 33 КЗоТ РСФСР противоречит обязательствам, принятым государствами, подписавшими и ратифицировавшими Конвенцию МОТ № 111 относительно дискриминации в области труда и занятий 1958 года. Исключение дискриминации по возрастному критерию является также целью ряда рекомендаций Международной организации труда, в частности рекомендации МОТ № 162 1980 года «О пожилых трудящихся», которая исходит из недопустимости дискриминации этих лиц в области труда и занятий (статья 3) и необходимости обеспечить пожилым трудящимся равенство возможностей и обращения наравне с другими относительно доступа к работе по их выбору (статья 5), а также рассматривает положения законодательства и практики, устанавливающие возрастной критерий для прекращения трудовых отношений, если это не связано с характером выполняемой работы, как дискриминацию в области труда и занятий (статья 22). Согласно статье 5 рекомендации МОТ № 166 1982 года «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» возраст также не может служить законным основанием для прекращения трудовых отношений. Таким образом, согласно международно-правовым документам возрастной критерий при прекращении трудовых отношений, не обусловленный родом и особенностями выполняемой работы, носит дискриминационный характер и признается недопустимым. В этом случае также нарушалось равенство возможностей в реализации гражданами права на труд.

31. Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. №6.
32. СЗ РФ. 1992. №13. Ст.669.

Например, вряд ли можно считать обоснованным изменение позиции законодателя по вопросу об основаниях заключения срочного трудового договора. В первоначальной редакции ТК РФ (ст.58 и 59) срочный трудовой договор мог заключаться только в случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок, с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. Такое решение соответствует рекомендации МОТ об обоснованности заключения срочного трудового договора. Как уже отмечалось, в новой редакции ТК РФ (в редакции ФЗ от 30 июня 2006 г. №90-ФЗ) из этого принципиального положения сделаны весьма сомнительные исключения в отношении поступающих на работу пенсионеров по возрасту и лиц, обучающихся по очной форме обучения, с которыми по соглашению сторон заключаются срочные трудовые договоры. Эти положения снижают уже достигнутый уровень гарантий трудовых прав.

Другим примером несоблюдения принципа равенства и запрета дискриминации в трудовых отношениях служит ст.177 ТК РФ, согласно которой гарантии и компенсации предоставляются работникам, получающим профессиональное образование соответствующего уровня впервые. Однако Конституционный Суд РФ в своем определении от 8 июля 2004 г. № 167- О «От отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ф.Ф.Чертовского на нарушение его конституционных прав положением части первой статьи 177 Трудового кодекса Российской Федерации» указал, что положение части первой статьи 177 Трудового кодекса Российской Федерации само по себе не может рассматриваться как ограничивающее конституционные права и свободы граждан, желающих получить второе высшее образование, и нарушающее положения статьи 55 (части 2 и 3) Конституции Российской Федерации. Не может оно расцениваться и как нарушающее равенство всех перед законом и судом и равенство прав и свобод человека и гражданина (статья 19, части 1 и 2, Конституции Российской Федерации), поскольку из конституционного принципа равенства не вытекает требование предоставления одинаковых гарантий и компенсаций лицам, относящимся к разным категориям — получающим высшее образование впервые и уже имеющим образование такого уровня.[33] Указанным лицам гарантии и компенсации могут устанавливаться в коллективно-договорном, локальном и индивидуально-договорном порядке. Но с этим никто и не спорит. Для нас очевидно, что названный порядок не может служить гарантией прав работников и «выравнивать» их положение по сравнению с работниками, получающими образование соответствующего уровня впервые. В этом случае нарушается не только принцип равенства, но и принцип гарантированности (обеспечения) трудовых прав и гарантий работников, о котором речь пойдет ниже. Юридическое (формальное) равенство должно по своему назначению обеспечить фактическое равенство прав отдельных категорий субъектов, путем выравнивания их возможностей. С позицией Конституционного Суда можно было бы согласиться, если бы в действующем законодательстве была предусмотрена норма, обязывающая работодателя предоставить работнику на период сдачи экзаменов, прохождения практики отпуска без сохранения заработной платы. Такое решение означало бы и соблюдение принципа равенства работников, получающих образование впервые, и иных работников, получающих второе образование соответствующего уровня, и принципа гарантированности трудовых прав работников, совмещающих работу с обучением.

33. Официальные документы в образовании. 2004. №31.

4. Ограничение трудовых прав должно быть соразмерным, обеспечивать баланс соответствующих конституционных прав и свобод сторон трудового отношения, оптимальное согласование интересов сторон трудового правоотношения. Как следует из правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, выраженной в Постановлении от 24 января 2002 года 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»[34], при регулировании трудовых отношений, в частности при установлении дополнительных гарантий (преимуществ) для одной из сторон в трудовом договоре, законодатель — в силу требований статей 1 (часть 1), 7 (часть 1), 8 (часть 1), 17 (часть 3), 19 (части 1 и 2), 34 (часть 1), 35 (часть 2) и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации — должен обеспечивать баланс соответствующих конституционных прав и свобод, являющийся необходимым условием гармонизации трудовых отношений в Российской Федерации как социальном правовом государстве, что составляет правовую основу справедливого согласования прав и интересов работников и работодателей как сторон в трудовом договоре. Эта правовая позиция вновь прозвучала и в Определении Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2004 г. №167-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Чертовского Ф.Ф. на нарушение его конституционных прав положением части первой статьи 177 Трудового Кодекса РФ».

В определении Конституционного Суда РФ от 21 февраля 2008 г. №73-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сочугова С.В. на нарушение его конституционных прав частью первой ст.392 ТК РФ» и в определении от 24 января 2008 г. № 7-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Акопяна В.Г. на нарушение его конституционных прав частью первой и частью третьей ст.392 ТК РФ…» отмечается, что предусмотренный в названной статье трехмесячный срок является более коротким по сравнению с общим сроком исковой давности, установленным гражданским законодательством Российской Федерации. Однако, по мнению Конституционного Суда, такой срок, выступая в качестве одного из необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, не может быть признан неразумным и несоразмерным, поскольку направлен на быстрое и эффективное восстановление нарушенных прав работника и является достаточным для обращения в суд. Своевременность обращения в суд зависит от волеизъявления работника. Пропущенный же по уважительным причинам срок может быть восстановлен судом, а отказ в восстановлении пропущенного срока — обжалован в вышестоящий суд. Указанная правовая позиция Конституционного Суда РФ применительно к толкованию сроков исковой давности по трудовым делам, по нашему мнению, весьма сомнительна. Эти сокращенные сроки защиты трудовых прав снижают уровень гарантий прав работников, обеспечивая необоснованные преференции другой стороне — работодателю. Отметим, что при обращении работодателя в суд с иском о взыскании материального ущерба, причиненного имуществу работодателя, составляет 1 год со дня обнаружения ущерба (ст.392 ТК РФ). Таким образом, ни о каком балансе, компромиссе интересов сторон трудового правоотношения речи не идет.

34. СЗ РФ. 2002. №7. Ст.745.

Особый случай ограничения (лишения) трудовых прав связан с пробелами и противоречивыми положениями трудового законодательства.

В Определении КС РФ №116 от 4 декабря 1995 г. отмечалось, что неясность формулировок, понятий, а также пробельность закона могут являться основанием проверки его конституционности по жалобе гражданина лишь при условии, что это приводит в процессе правоприменения к такому толкованию, которое нарушает или может нарушить конкретные конституционные права. На наш взгляд, «узкое», ограниченное определение «охраны труда» (ст.209 ТК РФ) и права на безопасные условия труда может вести к фактическому ограничению трудовых прав. Рассмотрим по порядку.

Право на справедливые и безопасные условия труда. В советский период это право традиционно связывалось преимущественно с технической стороной обеспечения безопасности труда и зачастую сводилось к соблюдению норм по технике безопасности и производственной санитарии. Вместе с тем еще в 70-е гг. XX в. А.И.Цепин писал о необходимости преодолеть узкий подход к определению условий труда, расширить права работника на безопасные и здоровые условия труда в направлении включения в нормы по охране труда создание благоприятных эстетических и психофизиологических условий на рабочих местах. В ТК РФ в перечне основных принципов трудового права (ст.2) названо право работников на защиту своего достоинства во время работы, но не раскрывается содержание этого принципа. Между тем, это право, закрепленное и в упомянутой выше Европейской социальной хартии, предполагает обязанность государства содействовать прекращению агрессивных, оскорбительных действий против работников на рабочих местах или в связи с работой и принятию необходимых мер для защиты работников от таких действий со стороны работодателя. Речь идет о запрете «моббинга», не получившего легального закрепления в действующем российском трудовом законодательстве. Впервые понятие «моббинг» было введено в научный оборот трудового права Х.Лейманом в его книге «Моббинг, преследование на работе» (Париж, 1996). И это неслучайно, так как именно во Франции борьбе с моббингом уделялось большое внимание. Так, 20 марта 1979 г. Правительство издало Декрет о службах трудовой медицины, в котором человек рассматривался во всей совокупности производственной жизни. При этом проблемы создания благоприятного психологического климата на производстве включаются в понятие производственной среды и охраны труда в широком смысле. Не только во Франции, но и в других странах Запада охрана труда в широком смысле стала включать: а) запрет нецивилизованного, хамского отношения вышестоящих на производственной лестнице к нижестоящим; б) запрет умышленных или невольных действий администрации, которые могут обидеть, унизить работника, оскорбить его чувства человеческого достоинства; в) применение специальных мер по гуманизации и облагораживанию производственной среды. Рано или поздно не только во Франции, но и в России встанет вопрос о признании морального преследования на работе в качестве профессионального риска на производстве, а его последствия станут возмещаться наряду с другими случаями трудовых увечий и профессиональных заболеваний. Таким образом, справедливость и безопасность условий труда в современном мире должны быть связаны не только с соблюдением технических и медицинских норм безопасности труда, но и с созданием комфортных (в широком смысле) условий труда с учетом технических, медицинских, этических,

психофизиологических и даже эстетических составляющих. Такое расширенное понимание в перспективе должно найти отражение и в российском трудовом законодательстве. В этой связи определение «условий труда» (охраны труда) в XXI в. понимается широко как качество трудовой жизни. Человек на производстве рассматривается всесторонне через совокупность его мотивов, потребностей, ценностных ориентаций. Как уже отмечалось, ТК РФ, с одной стороны, провозгласил в перечне основных принципов правового регулирования трудовых отношений обеспечение права работников на защиту своего достоинства в период трудовой деятельности, но с другой, сохранил позиции «узкого» понимания «охраны труда» и «условий труда», и определяет, в первую очередь, вредные и опасные производственные факторы. Между тем, легальное определение условий труда как совокупности факторов производственной среды и трудового процесса, оказывающих влияние на работоспособность и здоровье работника (ст.209 ТК), не исключает в будущем конкретизации этих условий труда в ключе концепции «качества трудовой жизни», создания благоприятных условий труда, не наносящих вред физическому и моральному состоянию работников.

Право работника на защиту своего достоинства в период трудовой деятельности. Согласно Конституции РФ (ст.1) ничто не может быть основанием для умаления достоинства личности. Это положение сопрягается с таким ключевым для концепции естественных прав понятием как достоинство человека.

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

В действующем законодательстве не содержится дефиниций перечисленных понятий. В правовой науке они определены как морально-правовые категории с присущими им специфическими свойствами. При анализе этих понятий различные авторы дают не тождественные, но близкие по содержанию определения. Достоинство — самооценка личности, осознание ею своих личных качеств, способностей, мировоззрения, выполненного долга и своего общественного значения. Честь — морально-правовая категория позитивно-объективного характера, определяющая общественную оценку личности. Если репутация — это сложившееся о лице мнение, основанное на оценке его общественно значимых качеств, то деловая репутация — оценка профессиональных качеств. На наш взгляд, достоинство человека как объект правовой защиты, в отличие от чести и деловой репутации, указывает на общепринятый равный стандарт нравственных качеств, присущих любому человеку в силу его природы. Достоинство требует уважения любого лица как человека, это несомненное свойство всякой личности, присущее ей от рождения. Речь идет о естественно-правовом начале уважения достоинства любого человека. Иными словами всякий человек имеет естественное право на достоинство, на уважение его со стороны других лиц. В позитивном праве должен закрепляться принцип признания равного достоинства всех членов общества. В юридическом процессе достоинство человека не нуждается в доказывании, это свойство, присущее любому человеку. Фундамен-

тальное значение категории «достоинство человека» как основы всей системы естественных прав закреплено в преамбуле Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), которая гласит «Признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира». Здесь отметим, что применительно к трудовым отношениям эта проблема приобретает особую значимость в связи с характером нарушений личного достоинства работника на рабочем месте. Достаточно напомнить о несамостоятельном, зависимом характере труда, нахождении работника в сфере хозяйской власти работодателя и пределах этой власти над работником. Еще в начале прошлого века Л.С.Таль писал о проблемах власти над человеком в отношениях личного найма.

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

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

Трудовое законодательство не предусматривает в этой части особых отраслевых способов защиты прав работников. Между тем, международная практика, зарубежный опыт свидетельствуют о необходимости легализации таких способов, т.к. гражданско-правовые способы защиты личных трудовых прав не обеспечивают их восстановления в полной мере. Достоинство работника в период трудовой деятельности является объектом международно-правовой защиты. Ранее мы уже упомянули Всеобщую декларацию прав человека. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, ратифицированная РФ гласит: «Никто не должен подвергаться пыткам и бесчеловечному или унижа-

ющему достоинство обращению или наказанию». В Европейской Социальной хартии особо предусматривается право работника на защиту своего достоинства по месту работы (ст.26). В Европейском Союзе действует Директива от 27 ноября 2000 г. 2000/78/ЕС, устанавливающая равенство обращения в сфере труда и занятости. В директиве поведение, имеющее целью создать враждебную, унижающую достоинство человека, или оскорбительную обстановку, определено как преследование работника и приравнивается к дискриминации трудовых прав. В Хартии ЕС об основных правах (ст.1) указано: «Человеческое достоинство неприкосновенно. Оно подлежит уважению и защите. Каждый человек имеет право на собственную физическую и психическую целостность».

В этой части особый интерес представляет трудовое законодательство Франции. В связи с принятием в 2002 г. специального закона о защите работников от морального преследования на рабочем месте в Трудовой кодекс были внесены соответствующие дополнения о способах защиты права на достоинство работника в период трудовой деятельности. При этом моральное преследование может носить как «вертикальный» характер — со стороны работодателя, так и «горизонтальный» — со стороны сослуживцев. Назовем основные способы защиты. Во-первых, работник наделяется правом приостановить работу в случае, если есть разумное основание полагать, что рабочая обстановка представляет собой для него неминуемую и серьезную опасность, а часы простоя подлежат оплате. Во-вторых, работник вправе предупредить, направить соответствующую жалобу о моральном преследовании в представительные органы на предприятии (Комитет по гигиене, безопасности и условиям труда, Комитет предприятия, делегаты персонала). В-третьих, он может направить жалобу инспектору труда, который обязан предпринять попытки по примирения сторон конфликта; обратиться в суд. При этом бремя доказывания фактов лежит на работодателе. Работодатель должен доказать, что его действия не имеют характер морального преследования. Суд может переквалифицировать увольнение работника по собственному желанию, подвергшегося моральному преследованию со стороны работодателя, на расторжение договора по вине работодателя со всеми предусмотренными в этом случае последствиями. В-четвертых, представители профсоюзных организаций вправе обращаться в суд с иском в защиту работников, подвергшихся моральному преследованию, при условии, что на это имеется его письменное согласие.

На наш взгляд, названный зарубежный опыт достоин заимствования российским законодателем. Он адекватно соответствует принципам российского трудового права.

Предмет доказывания в делах о дискриминации в сфере труда

И.Н. Лукьянова — кандидат юридических наук, научный сотрудник Института государства и права РАН

В российском гражданском процессуальном праве под предметом доказывания понимается круг юридических фактов основания иска и возражений пртив него, на которые указывает норма права, подлежащая применению.[35] Это означает, что доказыванию подлежат те обстоятельства, на которые ссылается истец, в обоснование своих требований, а ответчик — в обоснование своих возражений против иска.

Основание иска не может указываться истцом произвольно. В основании иска должны быть указаны фактические обстоятельства, которые являются юридическими фактами, то есть с которыми норма права, подлежащая применению в конкретном деле, связывает наступление искомых последствий, то есть право на удовлетворение заявленных истцом требований.

Таким образом, для того чтобы суд установил, имело ли место неравное отношение к истцу и являлось ли такое отношение проявлением дискриминации, истец должен заявить требование, которое в силу определенной нормы права (например, ст. 12 Конституции РФ или ст. 3 ТК) может быть удовлетворено на том основании, что имело место проявление дискриминации. Обстоятельства, которые составляют проявление дискриминации согласно этим нормам закона, являются частью основания иска.

Предмет доказывания в каждом деле определяется на основании нормы права, подлежащей применению. Таким образом, предмет доказывания будет различаться в делах о защите против дискриминации в зависимости от защищаемого трудового права, предъявляемых требований, а также норм права, гарантирующих соответствующие права и способы и защиты.

В делах искового производства работниками иногда предъявляются требования о взыскании материального вреда и (или) компенсации морального вреда в связи с нарушением работодателем права на равное отношение. Чаще предъявляются требования о восстановлении нарушенных трудовых прав или признании действий работодателя незаконными на том основании, что они нарушают право истца на равное отношение (например, иски о восстановлении на работе или иски о признании увольнения незаконным).

Основания исков обоих типов включают обстоятельство нарушения работодателем права на равное отношение к истцу, то есть проявление дискриминации. Установление этого обстоятельства перед судом требует доказывания юридического состава, включающего ряд юридических фактов, определяемый ч. 2 ст. 19 Конституции РФ и конкретизирующей ее применение в трудовых правоотношениях ст. 3 Трудового кодекса РФ и других норм ТК, запрещающих неравное отношение к работнику.

В соответствии с ч. 2 ст. 19 Конституции Российской Федерации государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина, независимо от

---

35. Клейнман А.Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. М., 1950. С. 33; Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. С. 39; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 19; Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 167–168.

пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

Согласно ст. 3 ТК РФ никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника.

Приведенные нормы требуют включить в предмет доказывания по делам о защите против дискриминации в сфере труда следующие факты.

Во-первых, истец должен обладать характеристикой, которая явилась основанием для дискриминации (например, истец является членом профсоюза). Ч. 2 ст. 19 Конституции РФ и ст. 3 ТК РФ содержат примерные перечни таких характеристик, причем перечень, установленный ТК, более широкий. Однако оба перечня являются открытыми и запрещают ограничивать гражданина в правах независимо от других обстоятельств, не названных в этих нормах. Таким образом, в качестве дискриминирующего признака в трудовой сфере, с точки зрения закона, может рассматриваться, например, курение сигарет, хотя это основание ни в одной из норм права не указано.

Во-вторых, в предмет доказывания в таких делах входит факт существования группы лиц, по сравнению с которой к истцу было проявлено неравное отношение.

При доказывании этого факта определенные трудности для истца может вызывать необходимость найти группу, по отношению которой суду будет продемонстрировано неравное отношение. Выбор группы, с которой сравнение не может быть проведено, может привести к тому, что суд посчитает недоказанным неравное отношение и, как следствие, не установит обстоятельство проявление дискриминации.

Так, Кассационная коллегия Верховного суда РФ в своем определении от 20 мая 2003 г. № КАС03-190 указала на то, что в деле о признании недействующими п. 1 Постановления Правительства Российской Федерации от 10 июля 1999 г. № 788 «О порядке исчисления и выплаты денежного содержания федеральных государственных служащих, замещающих государственные должности федеральной государственной службы в представительствах Российской Федерации и представительствах федеральных органов исполнительной власти за рубежом, в дипломатических представительствах и консульских учреждениях Российской Федерации», абз. 11 п. 3, подп. «в» п. 4, подп. «б» и «д» п. 5 «Правил предоставления гарантий и компенсаций работникам, направляемым на работу в представительства Российской Федерации за границей», утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 20 декабря 2002 г. № 911, ссылка истца на различия в оплате труда других работников, в частности работающих в районах Крайнего Севера, неправомерна. Условия выполняемой ими работы совершенно отличны от условий работы за границей, чем и обусловлено установление для них иных размеров оплаты труда, выплат компенсационного и стимулирующего характера.[36]

36. Текст определения официально опубликован не был. Извлечен из СПС «Гарант».

В юридический состав проявления дискриминации в трудовых делах включаются факт трудовых правоотношений, то есть заключение трудового договора, и факт действия или бездействия работодателя, повлекшего неравное отношение к истцу.

В делах о защите от дискриминации при приеме на работу истец может столкнуться с трудностью доказывания этих обстоятельств, если его обращение к ответчику о приеме на работу не было каким-либо образом оформлено. Кроме того, этот факт может вызвать сложности в тех случаях, когда работодатель не выдает работнику на руки оригинал трудового договора или иные документы, подтверждающие наличие трудовых отношений между истцом и ответчиком и проявления дискриминации.

Для того чтобы собрать доказательства, необходимые для подтверждения обстоятельств дискриминации, работник еще до предъявления иска в суд может обратиться с жалобой в прокуратуру или Гострудинспекцию, которые вправе истребовать у работодателя документы в связи с проведением проверки по жалобе. Работодатель обязан предоставить документы по требованию прокурора и Гострудинспекции. К тому же работодатели нередко документы по таким запросам предоставляют.

После предъявления иска в суд истец может обратиться к суду с ходатайством об истребовании материалов проверки из прокуратуры или Гострудинспекции. Если суд удовлетворит такое ходатайство в порядке ст. 57 ГПК и истребует эти материалы, документы работодателя окажутся в материалах судебного дела в качестве письменных доказательств.

В некоторых делах о дискриминации суд указывал на необходимость доказывания связи между особой характеристикой, которой обладает истец, и проявлением дискриминации.

Например, в одном из дел о признании дискриминации по национальному признаку и возмещении морального вреда истец ссылался на то, что работодатель подвергал его дискриминации только потому, что он кореец по национальности. Дискриминация выражались в том, что ответчик выплачивал ему заработанную плату в 2-3 раза меньше, чем другим ведущим специалистам. Незаконность действий ответчика подтверждается решениями суда, которыми были установлены нарушения его прав в части взыскания заработной платы. Мировой судья посчитал, что из данных решений не вытекает, что права истца были нарушены из-за того, что он является корейцем. Суд апелляционной инстанции указал, что доказательств нарушения прав истца по признаку неевропейской внешности и национальной принадлежности истец суду не представил, и апелляционную жалобу оставил без удовлетворения.[37]

В изложенных выше случаях суд посчитал недоказанной связь между установленным фактом неравного отношения к истцу и наличием у дискриминируемого лица особой характеристики, отличающей его, — принадлежности к корейской национальности.

Фактически, требуя представления доказательств того, что неравное отношение к работнику связано с наличием у него какого-либо отличительного признака, суд требует от работника представления доказательств вины работодате-

37. Определение Центрального районного суда Воронежа от 11 января 2005 г. (Архив Центрального районного суда Воронежа).

ля. Поскольку суд ставит вопрос о недоказанности того, что работодатель знал о том, что работник принадлежал к определенной национальности и именно поэтому проявлял к нему неравное отношение, речь идет о вине в форме умысла.

Институт вины известен как в публичном, так и в частном праве. Уголовная ответственность наступает, по общему правилу, при наличии прямого умысла, а в предусмотренных законом случаях — при наличии вины в форме неосторожности. Без вины правонарушитель не может быть привлечен к ответственности. Такой подход связан с тем, что основной целью уголовной ответственности является наказание правонарушителя.

В частном праве господствует иная концепция вины, специфика которой, как справедливо указывает проф. Суханов Е.А., связана с компенсаторно-восстановительной функцией гражданско-правовой ответственности. Для компенсации убытков, понесенных участниками имущественного оборота, субъективное отношение их причинителя к своему поведению, как правило, не имеет существенного значения. Кроме того, участниками гражданских правоотношений являются не только граждане, но и юридические лица, и публично-правовые образования. Говорить об их «субъективном, психическом отношении к своему поведению и его последствиям» можно лишь весьма условно. Гражданско-правовое значение в таких ситуациях приобретает сам факт правонарушения со стороны юридического лица, которого вполне можно было бы избежать при проявлении обычной заботливости или осмотрительности.[38]

В гражданском праве закреплена известная со времен Древнего Рима презумпция вины правонарушителя (причинителя вреда, лица, нарушившего договор). Тем самым после того, как истец доказал факт правонарушения, бремя доказывания переносится на правонарушителя: именно он должен доказать отсутствие своей вины в правонарушении (п. 2 ст. 401, п. 2 ст. 1064 ГК). Такая презумпция дает шанс истцу на получение реальной судебной защиты, так как доказать вину правонарушителя в гражданских правоотношениях весьма затруднительно.

Само понятие вины в гражданском праве не включает субъективное, психическое отношение лица к своему поведению. Согласно абз. 2 п. 1 ст. 401 ГК вина связывается с таким поведением правонарушителя, как непринятие им мер по устранению или недопущению отрицательных результатов своих действий, диктуемых обстоятельствами конкретной ситуации.[39]

Не касаясь дискуссии о самостоятельности отрасли трудового права, следует отметить, что трудовые правоотношения между работодателем и работником являются частными правоотношениями. Все доводы, на которых основана концепция вины в гражданском праве, справедливы для трудовых правоотношений.

Ответственность, которую несет работодатель перед работником, является материальной, а не уголовной или административной. Целью этой ответственности не является наказание работодателя. Основная задача в таких случаях — восстановить нарушенные прав работника или предоставить ему справедливую компенсацию. Работодатель чаще всего является юридическим лицом, чье психическое отношение к совершаемым действиям является весьма условным

38. Гражданское право. Учебник/ под ред.Суханова Е.А. Т.1. §2 главы 13 раздела III. Автор главы Суханов Е.А. Текст извлечен из СПС «Гарант».
39. Там же.

явлением. Возложение обязанности доказать вину работодателя было бы чрезмерным бременем для работника, фактически лишающим его возможности установить в суде факт дискриминации и получить реальную судебную защиту нарушенного права. Этот довод наглядно демонстрируется в приведенном выше примере судебной практики.

Немалый опыт в борьбе против дискриминации, в том числе в сфере труда, накоплен в Европейском Союзе. Вопросы доказывания рассматриваются в Директиве 2006/54/ЕС Европейского парламента и Совета Евросоюза от 5 июля 2006 г. о реализации принципа равных возможностей мужчин и женщин и равного к ним отношения в сфере труда и занятости (изменение) (далее — Директива об изменении), Директиве Совета Евросоюза 2000/43/ЕС от 29 июня 2000э г. о реализации принципа равного отношения к людям вне зависимости от расы или этнического происхождения (далее — Директива о расовом равенстве) и Директиве Совета Евросоюза 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г. об установлении основных правил о равенстве в сфере труда и занятости (далее — Директива о равенстве в сфере труда). Директива Совета Евросоюза 97/80/ЕС от 15 декабря 1997 г. о бремени доказывания в делах о дискриминации по признаку пола (далее — Директива о бремени доказывания) закрепила доктрину переноса бремени доказывания в делах о дискриминации, которая нашла отражение и развитие во всех вышеназванных директивах.

Ни в одном из названных актов не указывается на необходимость доказывания связи между дискриминацией и наличием особой характеристики у дискриминируемого лица. Законодательство Венгрии, требующее доказывания этого обстоятельства, подвергается критике как чрезмерно обременительное для дискриминируемого лица.[40]

Судебная практика Верховного суда РФ очевидно указывает на применение в трудовых делах концепции вины, действующей в гражданском праве.

В своем Постановлении от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» Пленум Верховного Суда РФ разъяснил применительно к целому ряду трудовых споров, что бремя доказывания обстоятельств, свидетельствующих о законности действий работодателя, лежит на самом работодателе: в делах о восстановлении на работе лица, трудовой договор с которым расторгнут по инициативе работодателя, обязанность доказать наличие законного основания увольнения и соблюдение установленного порядка увольнения возлагается на работодателя; в исках о признании незаконным временного перевода работника на другую работу согласно ч. 2 и 3 ст. 72.2 ТК РФ обязанность доказать наличие обстоятельств, с которыми закон связывает возможность такого перевода, возлагается на работодателя.

В делах по искам о восстановлении на работе лиц, трудовой договор с которыми был прекращен из-за отказа от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора (п. 7 ч. 1 ст. 77 ТК РФ), либо о признании незаконным изменения определенных сторонами условий трудового договора при продолжении работником работы без изменения трудовой функции (ст. 74 ТК РФ), если работодатель возражает против иска, именно он обязан представить доказательства того, что изменение определенных сто-

40. Executive summary/Developing anti-Discrimination Law in Europe/ The European network of legal experts in the non-discrimination field. November 2006. P.73.

ронами условий трудового договора явилось следствием изменений организационных или технологических условий труда, например изменений в технике и технологии производства, совершенствования рабочих мест на основе их аттестации, структурной реорганизации производства, и не ухудшало положения работника по сравнению с условиями коллективного договора, соглашения.

Если работник был уволен по п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, то работодатель обязан предоставить доказательства, свидетельствующие о том, что работник отказался от перевода на другую работу либо работодатель не имел возможности (например, в связи с отсутствием вакантных должностей или работ) перевести работника с его согласия на другую имеющуюся у него работу (ч. 3 ст. 81 ТК РФ).

Приведенные примеры разъяснений Пленума Верховного Суда РФ о переносе бремени доказывания на работодателя, свидетельствуют о применении во всех этих случаях презумпции вины правонарушителя, то есть работодателя, а значит и концепции вины, разработанной в цивилистике. Именно эта доктрина позволяет достигнуть цели привлечения работодателя к ответственности — восстановления нарушенного права работника.

Таким образом, работник во всех приведенных случаях освобождается от доказывания вины работодателя. Это означает, что если одним из последствий действий работодателя является дискриминация работника, в делах, которых касаются разъяснения Верховного Суда РФ, презюмируется также вина работодателя в совершении действий дискриминирующего характера. Следовательно, истец-работник не должен доказывать тот факт, что работодатель знал о наличии особых характеристик у истца или связывал свои действия с такими особыми характеристиками истца. Обязанность доказывания того, что ограничения трудовых прав соответствуют требованиям ст.3 ТК или другим нормам трудового законодательства, лежит на работодателе.

Это правило вытекает из применяемой в трудовых правоотношениях презумпции вины работодателя-правонарушителя и должно действовать независимо от категории трудового спора.

Форма вины работодателя может иметь значение для определения размера ответственности работодателя только в особых случаях, установленных законом. Так, например, размер компенсации морального вреда определяется судом исходя из конкретных обстоятельств каждого дела с учетом, в том числе, степени вины работодателя.[41]

41. Постановление Пленума Верховного суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации». П. 63 // Бюллетень Верховного суда Российской Федерации. 2004. № 6.

Дискриминация: понятие, виды, формы. Теоретический аспект[42]

А.В. Гвоздицких — юрист Центра социально-трудовых прав, член НП «Юристы за трудовые права»

1. ПОНЯТИЕ ДИСКРИМИНАЦИИ

- Выработка теоретического понятия дискриминации важна не сама по себе; оно нужно для практики, так как непосредственно определяет деятельность сторон по доказыванию, определяет предмет доказывания в спорах о дискриминации.
- Дискриминацию можно определить, прежде всего, как нарушение принципа равенства, как его противоположность. Сам же принцип равенства упрощенно можно представить следующим образом: равное должно регулироваться равным образом; это, однако, не исключает того, что различное регулируется различным образом.
- В ст. 3 Трудового кодекса РФ (далее — ТК РФ), по нашему мнению, установлен только общий запрет дискриминации, но законодатель не дает непосредственного определения дискриминации.
- Другой федеральный закон, в котором упоминается понятие «дискриминация», — это Уголовный кодекс РФ (далее — УК РФ), в ст. 136 которого, устанавливающей уголовную ответственность за нарушение равенства граждан, дискриминация, по сути, определяется через нарушение права.

Сказанное выше о том, что ст. 3 ТК РФ, по нашему мнению, не дает понятия дискриминации, не означает, что эта статья не дает нам ничего. Можно попытаться переложить негативную формулировку («никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах …») на позитивную и получить следующее понятие.

Согласно ст. 3 ТК РФ, дискриминация — это ограничение в трудовых правах и свободах или получение каких-либо преимуществ в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, семейного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника, если только эти ограничения или преимущества не обусловлены свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, или не обусловлены особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите.

Таким образом, выделим основные, главные аспекты, образующие понятие дискриминации, сформулированное нами выше.

Ст. 3 ТК РФ: дискриминация — это

- не связанное с деловыми качествами работников
- ограничение их в трудовых правах или получение ими преимуществ.

Исключения: свойственные данному виду труда требования, установленные федеральным законом; особая забота государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите.

---

42. По материалам презентации на Конференции

Таким образом, главную смысловую нагрузку несет термин «ограничение», «ограничение в трудовых правах». Само по себе это слово не вызывает возражений, так как действительно, дискриминация — это менее благоприятное отношение к человеку, работнику на основе того, что он обладает или не обладает теми или иными характеристиками.

Однако для практического применения термин «ограничение в трудовых правах» может оказаться мало полезным, не полностью понятным, особенно на первых порах.

В связи с этим предлагаю рассмотреть следующую дихотомию, предложенную профессором А.М.Лушниковым и М.В.Лушниковой в монографии «Гендерное равенство глазами юриста»: дискриминация — это запрещенная, необоснованная дифференциация.

Дискриминация — запрещенная дифференциация.

Действительно, дифференциация правового регулирования — это, в частности, нормы об особенностях регулирования труда, сосредоточенные в специальном разделе ТК РФ.

Согласно ст. 251 ТК РФ, особенности регулирования труда — нормы, частично ограничивающие применение общих правил по тем же вопросам либо предусматривающие для отдельных категорий работников дополнительные правила.

Доктрина предлагает следующие виды норм-особенностей:

Нормы-ограничения, или нормы-изъятия (ограничивают права для некоторых категорий работников по сравнению с общими нормами);

Нормы-льготы, или нормы-дополнения (устанавливают дополнительные гарантии работникам);

Нормы-приспособления (приспосабливают общие нормы к конкретным условиям труда).

Если мы сравним список признаков, указанных в части второй ст. 3 ТК РФ как запрещенных оснований дискриминации, и нормы, устанавливающие особенности регулирования труда отдельных категорий работников, то мы придем к любопытному выводу: одни и те же признаки сами по себе могут выступать либо основаниями для допустимой дифференциации, либо основаниями для незаконной дискриминации. Приведем несколько примеров.

Основания	**Статья 3 ТК РФ**	**Проводится ли дифференциация**
пол	указан	Например, нормы о труде женщин (ст. 253 ТК РФ, ч. 2 ст. 262 ТК РФ)
возраст	указан	Например, нормы о труде несовершеннолетних (ст.ст. 265 – 272 ТК РФ)
семейное положение	указано	В определенной степени ряд норм из главы 41 ТК РФ «Особенности регулирования труда женщин, лиц с семейными обязанностями» относятся к лицам, имеющим специфический семейный статус: одинокие матери; отцы, воспитывающие детей без матери.
место жительства	указано	При определенных условиях дифференциацией на основании места жительства можно признать возможность установления размера минимальной заработной платы в субъекте РФ для работников, работающих на территории соответствующего субъекта РФ, за исключением работников организаций, финансируемых из федерального бюджета (ч. 2 ст. 133_1 ТК РФ).

Таким образом, разграничение между дискриминацией и дифференциацией достаточно сложно. Более того, открытый перечень запрещенных оснований дискриминации, содержащийся в части второй ст. 3 ТК РФ, делает эту задачу даже еще более сложной. В ряде случаев этот открытый перечень на практике помогает, но в ряде случаев он только путает правоприменителей.

Чем в практическом плане важно противопоставление двух понятий: дискриминации и дифференциации? На все ли возникающие на практике вопросы такое упрощенное определение дискриминации дает ответы?

Дискриминация — это запрещенная дифференциация:

- это утверждение следует признать своеобразным первом шагом на пути понимания и наработки практических навыков работы с понятием «дискриминация». В частности, мы сравниваем это понятие, во многом новое для нас, не изученное в ВУЗе, в какой-то степени «иностранное», с весьма привычным для российских юристов понятием. С тем, с чем на практике мы каждый день работаем, может быть, даже не отдавая себе в этом отчета. Таким образом, это утверждение является очень полезным «мостиком» между российской правовой системой и международным правом.
- Это утверждение, на наш взгляд, верно в отношении нормативного регулирования общественных отношений и помогает находить дискриминационные нормы, содержащиеся либо в законодательстве, либо в локальных нормативных актах, либо в коллективных договорах и соглашениях.
- Однако в отношении индивидуального правового регулирования (приказы, распоряжения работодателя об увольнении, наложении дисциплинарного взыскания и др.) это утверждение, на наш взгляд, оказывается малополезным. Между тем, работодатель, как правило, дискриминирует своими правоприменительными действиями: увольняет профсоюзных активистов из-за активной профсоюзной деятельности, не принимает на работу беременную женщину в связи с ее беременностью и т.д.
- Следовательно, упрощенное понятие дискриминации не дает ответы на все возникающие вопросы, а поэтому следует обратиться к международному праву.

Международное право:

- Нет единого похода в различных источниках к понятию, формам и видам дискриминации.
- Между тем, понятие дискриминации в трудовых отношениях не уникально для международного права, а находится в общем русле запрета дискриминации всеми международно-правовыми актами. Следовательно, обращаясь к международному праву, даже к специфическим конвенциям Международной организации труда, мы должны понимать, что для более полного представления о праве на свободу от дискриминации, о понятии дискриминации, ее формах и видах, необходимо анализировать и работать со всеми основополагающими международными договорами в данной сфере, например, Конвенцией ООН о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Конвенцией ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Также полезно обратиться и к региональным источникам, например, праву Европейского Союза, Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Таким образом, после анализа всех международных договоров можно получить некое компилированное определение дискриминации в международном праве. Предлагаю вашему вниманию определение, предложенное А.Осиповым, экспертом проекта Центра социально-трудовых прав «Дискриминация в сфере труда: разработка механизмов защиты и практическая помощь пострадавшим» в 2007 – 2008 гг.

Дискриминация: четырехчленная структура

1. Проведение различий
2. По какому-либо квалифицирующему признаку
3. Приводящее к неблагоприятным последствиям для дискриминируемого
4. Носящее необоснованный/ произвольный характер

Рассмотрим каждый член этой структуры более подробно.

1. Различия/ неравное обхождение

- Устанавливается через сравнение. Анализируем разницу в обращении, неравное обхождение в отношении кого-либо. Например, устанавливаем, что, согласно национальному праву, усыновлять детей вправе только гетеросексуальные пары, а гомосексуальные пары такого права лишены, следовательно, есть разница в обращении в отношении гетеро- и гомосексуальных пар. Констатируем разницу в обращении со стороны права, разные правовые ситуации, в которых находятся гетеро- и гомосексуальные пары, желающие усыновить детей.
- Анализируем, сравниваем фактические ситуации, в которых находятся предполагаемая жертва дискриминации и недискриминируемые лица. В нашем примере гомосексуальная пара может утверждать, что она является такой же семьей, желающей усыновить ребенка, как и традиционная семья. Здесь важно отметить, что для сравнения необходима сопоставимость ситуаций (схожесть, аналогичность), в которых находятся дискриминируемое лицо и недискриминируемые лица

2. Основание, квалифицирующий признак для проведения различий

- Как правило, основанием для проведения различия является та или иная особенность личного статуса предполагаемой жертвы дискриминации (язык, цвет кожи, национальность, социальное происхождение и др.). В нашем примере разница в обращении основана на сексуальной ориентации.
- В национальном праве и международно-правовых источниках применяются разные подходы к формулированию списка оснований для запрещенной дискриминации (открытый или закрытый перечни), как и к самому перечню этих оснований. Например, в Европейских Директивах 2000 года прямо указывается такой признак как «сексуальная ориентация», в ст. 3 ТК РФ такого признака непосредственно не перечислено, но он возможен, так как перечень открытый.
- Применительно к данному вопросу об основаниях дискриминации может вставать вопрос о классификации оснований, установлении «более важных» или «более опасных» оснований дискриминации и «менее опасных» и другого рода классификации. Однако представляется, что это тема для отдельного разговора.
- Практическая работа показывает, что применительно к российскому трудо-

вому законодательству существует ситуация, когда основанием дискриминации может признаваться практически любое обстоятельство. Речь идет о нарушении принципа равной оплаты за равный труд или труд равной ценности (ст.ст. 22, 132 ТК РФ). Эти обстоятельства могут быть настолько любыми, что можно сказать, они перестают играть какую-либо важную роль, иметь значение для установления факта дискриминации в оплате труда. Важен сам факт проведения различий и необоснованность этих различий.

3. Неблагоприятные последствия для дискриминируемого

- Очевидно, что жертва дискриминации (или предполагаемая жертва дискриминации) ощущает не только несправедливость в отношении себя, но и испытывает определенные неблагоприятные последствия, например, в нашем примере, гомосексуальная пара не может реализовать свое желание усыновить ребенка.
- О каких неблагоприятных последствиях может идти речь? Ими будут признаваться не только нарушение каких-либо прав. Например, если обратиться к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, то Европейский Суд будет анализировать ст. 14 Конвенции (устанавливающую запрет дискриминации), если жалоба подпадает под сферу действия основных статей Конвенции и Протоколов к ней. Но для признания нарушения ст. 14 **НЕ обязательно** одновременное признание нарушения так называемой основной статьи, следовательно, достаточно, чтобы была затронута реализация права.
- В какой-то степени можно говорить о том, что существует конкуренция норм в Европейской Конвенции, а именно её ст. 14 и других так называемых «основных» статей Конвенции. Это подтверждает и практика Суда: как правило, если Суд находит нарушение государством-ответчиком какой-либо основной статьи, например, в нашем случае установил бы нарушение ст. 8 Конвенции (право на уважение частной жизни), то Суд не считает необходимым рассматривать жалобу дальше по ст. 14 Конвенции.
- Представляется, что такого же рода конкуренция возможна и по российскому Трудовому кодексу РФ. Например, ст. 3 явно конкурирует со ст. 81 ТК РФ. Можно сказать, что ст. 81 ТК РФ, устанавливая закрытый перечень оснований расторжения трудового договора по инициативе работодателя, защищает работника от необоснованного увольнения, в том числе от дискриминационного увольнения. Другой вопрос, что работодатели «маскируют» свои дискриминационные решения формально законными мерами.
- Применительно к вопросу о последствиях может возникать и такой вопрос: является ли дискриминация материальным или формальным составом? Это также тема для отдельного исследования.

4. Произвольный характер проводимого различия

- Проводимое различие носит необоснованный, произвольный характер, если оно не преследует законной, правомерной цели. В рассматриваемом нами примере государство преследует правомерную цель защиты интересов детей, традиционных устоев семьи.

Или

- Если же правомерная цель имеется, но примененные средства для ее достижения явно не соразмерны, непропорциональны ей.

Резюме решения Европейского Суда по правам человека, послужившее основой для рассмотренного выше примера с усыновлением

Фретте (Fretté) против Франции

Решение ЕСПЧ от 26 февраля 2002 г. № 00036515/97

Дискриминация может быть оправдана, если она преследует законную цель защиты интересов другого человека

Факты

Ф. решил усыновить ребёнка. Однако ему в этом было отказано, в том числе и потому, что ребёнок в его семье будет лишен матери, так как Ф. — гомосексуалист.

Жалоба

Ф. обратился в Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) с жалобой на дискриминацию, основанием которой является его сексуальная ориентация.

Решение

ЕСПЧ жалобу отклонил. Дискриминация допускается, если она преследует законную цель. В данном случае такой целью является наиболее полное соблюдение интересов ребёнка. Действует правило, согласно которому право на усыновление ограничивается правами ребёнка, подлежащего усыновлению. В странах, которые ратифицировали Европейскую Конвенцию, существуют различные подходы к возможности усыновления детей гомосексуалистами. Поэтому ЕСПЧ оставляет решение этого вопроса в ведении самого государства. Суд постановил, что в данном деле отказ французских властей в выдаче разрешения Ф. правомерен, если, по их мнению, воспитание ребёнка гомосексуалистом может нанести вред интересам ребенка и, прежде всего, его психическому здоровью.[43]

Рассмотрим приведенную четырехчленную структуру понятия дискриминации применительно к кейсам из российской практики.

Кейс 1. Якутск. Коллективный договор

Наше авиапредприятие находится в Республике Саха (Якутия). Для выполнения рейсов из г. Москвы в наше авиапредприятие принят на работу летный состав, проживающий в г. Москве (московское звено). Согласно коллективному договору часовая полетная ставка для сдельной оплаты летного состава, проживающего и работающего в г. Москве (московского звена), составляет 400 руб., а часовая полетная ставка для сдельной оплаты базового летного состава составляет 100 руб. Базовый летный состав и летный состав, работающий в г. Москве, работают на одном типе воздушного судна, имеют одинаковые должности и квалификацию, выполняют работу равного количества и качества.

Вопрос: является ли разница в часовых полетных ставках нарушением работодателем трудового законодательства, ст. 132 и ст. 3 ТК РФ, а также ст.37 (п.3) Конституции РФ? Имеет ли место дискриминация базовых работников по месту жительства?

- Есть разница в обращении при равном труде, равных ситуациях.
- Основание: место жительства.
- Последствия: получение зарплаты в меньшем размере, нравственные страдания.
- Произвольный характер.

43. По материалам сайта «Информационная система по документам Европейского Суда по правам человека и тематическим публикациям», адрес в Интернете: http://www.echr-base.ru/Publications/Magazines/vestnik.konstituzia/art323.jsp

Кейс 2

Совет профсоюзов летного состава авиакомпании «Сахалинские авиатрассы» обратился с иском к ОАО «Авиакомпания «Сахалинские Авиатрассы» о признании факта нарушения статьи 22 Трудового кодекса РФ в области равной оплаты за труд равной ценности летного состава самолетов Ан-24 и Ил-62 в сравнении с работниками летного состава самолетов DHC (ДЭШ-8) и признании за работниками летных составов самолетов Ан-24 и Ил-62 (членами профсоюза летного состава) права на возмещение материального ущерба в связи с дискриминацией в сфере труда. В обоснование своих требований истцы указывали, что ответчик с 2003 года повысил заработную плату экипажам самолетов ДЭШ-8, оставив экипажам самолетов Ан-24 и Ил-62 прежний уровень заработной платы. Авиакомпания утверждала, что не допускала никаких нарушений в области трудовых прав своих работников при установлении и изменении размеров заработной платы. Работодатель пытался обосновать разницу в оплате труда объективными критериями. Так, он указал, что к летному составу ДЭШ-8 предъявляются дополнительные требования в области деловых качеств, у состава экипажей самолетов АН-24 и Ил-62 и состава экипажа ДЭШ-8 разная квалификация и разный труд.

Решением Южно-Сахалинского городского суда от 31 октября 2006 года в удовлетворении требования о возмещении материального ущерба отказано, но был признан факт нарушения работодателем ст. 22 ТК РФ. Работодатель обжаловал данное решение в областном суде, но оно было оставлено в силе по следующим мотивам.

Суд второй инстанции, сославшись на ст. 37 Конституции РФ, ст. 3, 22, 132 ТК РФ, установил, что объективных причин для разной оплаты труда не имеется. Заработная плата работников летного состава самолетов ДЭШ-8 значительно выше заработной платы других летчиков. Разница в оплате труда была обусловлена требованиями соглашений ответчика с иностранными компаниями, полеты по заявкам которых выполняются только на самолетах ДЭШ-8. Суд в решении указал, что «данное обстоятельство не свидетельствует о более высокой квалификации и сложности выполняемой работы работниками летного состава самолетов ДЭШ-8».

- Есть разница в обращении.
- Ситуации равны.
- Последствия: получение меньшей зарплаты, нравственные страдания.
- Произвольный характер: требования соглашений ответчика с иностранными компаниями, полеты по заявкам которых выполняются только на самолетах ДЭШ-8, недостаточны для обоснования разницы в оплате труда.

Практика показывает, что, к сожалению, возникает гораздо больше вопросов, чем ответов на них. Рассмотренные понятия дискриминации мы можем описать кратко: это дискриминация в сравнении. Однако возникает вопрос: всегда ли, когда речь идет о предполагаемой дискриминации, есть возможность сравнения и установление факта дискриминации через это сравнение? Или можно поставить вопрос иным образом: если нет возможности сравнения, значит, и нет оснований говорить о дискриминации, и можно рассматривать ситуацию исключительно в традиционном ключе: есть или нет нарушение «основного» материального права?

Эти вопросы небеспочвенны. Например, возможно увольнение профсоюзного активиста по причине его активной профсоюзной деятельности. При этом в ТК РФ установлены процедуры и основания, которые должны защищать работника, в том числе и от дискриминации при увольнении. При этом очевидно, что суд будет анализировать законность или незаконность увольнения по инициативе работодателя, например, за дисциплинарный проступок, был или не был прогул. Если будет установлена уважительная причина отсутствия на работе, или факт отсутствия на работе вообще не подтвердится в суде, то вряд ли суд будет разбирать ситуацию глубже и анализировать, а был ли здесь мотив увольнения — активная профсоюзная деятельность? Означает ли это, что необходимо объявить все подобные ситуации (применительно к российскому трудовому праву, в котором установлена масса процедур и оснований для тех или иных действий работодателя, по сути — большинство индивидуальных трудовых споров) индивидуальными трудовыми спорами о «простом» нарушении прав, а не о дискриминации? Либо следует пытаться искать другие способы, вырабатывать другие средства доказывания, изучая и опираясь на опыт зарубежных стран? Пока четкого ответа на этот вопрос не могут дать ни теория, ни практика.

2. ВИДЫ И ФОРМЫ ДИСКРИМИНАЦИИ

Не претендуя на полноту и научность классификации форм и видов дискриминации, а также определения того, что является видом, а что формой, отметим важный, на наш взгляд, момент: дискриминация может иметь место на любой стадии развития трудовых правоотношений, в частности:

- при приеме на работу,
- при установлении условий трудового договора, в частности, оплаты труда,
- при выплате премий, бонусов, предоставлении «социального» пакета,
- при привлечении к дисциплинарной и материальной ответственности,
- при переводах и отстранении от работы работника,
- при продвижении по службе,
- при увольнении и в других случаях.

- Трудовой кодекс содержит общий запрет дискриминации, но отдельно, тем не менее, выделяет две ситуации: прием на работу (ст. 64) и установление или изменение зарплаты (ст. 132). Полагаем, что это не случайно, именно по этим двум ситуациям в обществе существует, видимо, более или менее четкое понимание недопустимости дискриминационных практик. Также, видимо, эти дополнительные нормы действуют обратным образом, способствуют тому, что внимание обращается именно на эти две группы отношений: по приему на работу и по установлению заработной платы. Остальные группы отношений остаются «в тени».
- Такой общий запрет в какой-то мере способствует злоупотреблениям со стороны работодателей: маскировать свое решение, носящее дискриминационный характер, под формально законное.

Прямая и косвенная дискриминация

При рассмотрении проблем дискриминации нередко встает вопрос о прямой и косвенной дискриминации, их различиях. Рассмотрим очень кратко, тезисно этот вопрос.

Формулировка, основанная на «неравном обхождении, различии», рассмотренная выше, по сути, относится к прямой дискриминации.

Универсальные международные инструменты, принятые в середине XX века, не предусматривают такого понятия как косвенная дискриминации, хотя контрольные органы по их применению приближаются к признанию этой концепции.

В литературе нередко встречается позиция, согласно которой и Конвенция МОТ №111 о дискриминации в области труда и занятий, и другие универсальные международные договоры, устанавливают запрет и косвенной дискриминации. По мнению эксперта вышеназванного проекта ЦСТП А.Осипова, это утверждение спорно и является, скорее, толкованием ученых, т.е. толкуя текст универсальных международных источников, юристы «находят» в их текстах и концепцию косвенной дискриминации.

Далее А.Осипов отмечает, что само понятие косвенной дискриминации появилось в США, являясь, однако, скорее социологическим понятием, нежели правовым. Затем через английское законодательство о трудовых отношениях оно попало и в право европейских государств, стало развиваться там, принимать новые черты. Таким образом, данное

понятие вошло в обиход отчасти через национальные законодательства, отчасти чрез решения Европейского Суда справедливости, директивы ЕС и академическую литературу.

Если взять за основу рассмотренную выше четырехчленную структуру понятия дискриминации, то мы можем получить следующее понятие косвенной дискриминации.

Понятие косвенной дискриминации:

- Различия не проводятся, а существуют формально нейтральные нормы или практика. Т.е. нет прямого различия между двумя группами работников по признаку А (может проводиться различие по признаку Б или не проводиться никакое).
- Различия на практике оказывают на лиц, выделяемых по признаку А, несоразмерно большие неблагоприятные последствия. Негативные последствия наступают преимущественно для них.
- Указанные нормы или практика носят произвольный/ необоснованный характер.

Кейс 3. Косвенная Дискриминация. Положение о премировании

Условие премирования: отсутствие периодов временной нетрудоспособности у работника. Не проводится никаких различий по запрещенным признакам, в частности, по полу. Ведь прямо не говорится, что женщины должны получать премию реже, чем мужчины.

Однако фактически листок по временной нетрудоспособности может выдаваться не только в случае заболевания или травмы самого работника, но и по уходу за ребенком, другим членом семьи. Как правило, больничный по уходу за ребенком берут женщины. В итоге премий по названному основанию могут быть лишены в основном женщины, а не мужчины, что, конечно же, должно подтверждаться соответствующими доказательствами статистического характера.

Таким образом, с формальной точки зрения, такое положение о премировании можно признать законным, но на деле оно может оказать несоразмерно более нега-

тивный эффект на женщин-работниц, чем на мужчин. Оправдать такую практику не представляется возможным.

Подкреплять этот вывод нужно статистикой, информацией обо всех работниках, сравнением.

При рассмотрении проблем, связанных с косвенной дискриминацией, нередко возникает разного рода путаница. Так, не следует путать косвенную дискриминацию с так называемой латентной или скрытой дискриминацией. Нет здесь и зависимости от вида используемых доказательств — прямых или косвенных.

Следует признать, что российской практике понятие косвенной дискриминации в целом не знакомо. Исключение: КС РФ отметил, что правовые нормы, предоставляющие правоприменителям необоснованно широкие пределы усмотрения, вступают в противоречие с ч. 1 ст. 19 Конституции РФ, так как создают возможности для произвольного применения, и тем самым нарушают принцип равенства. Это есть в некотором роде шаг к восприятию такой концепции.

Как эта концепция будет осваиваться в дальнейшем — открытый вопрос.

Проблема дискриминации в трудовых отношениях в США: способы разрешения

Е.А. Исаева — ассистент кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова

При рассмотрении проблемы дискриминации в трудовых отношениях важно определиться с самим понятием дискриминации. Характерно, что определение данного понятия не содержит ни один нормативный акт в США, оно определяется лишь в словарях и трудах ученых, занимающихся данной тематикой.

Юридический словарь Блэка[44] говорит о дискриминации как о явлении предоставления определенных привилегий группе, необоснованно выбранной из общей массы людей, обладающей таким же правом на данные привилегии. Неспособность равного обращения в ситуации, когда нет обоснованного разграничения для привилегированных и непривилегированных. Юридический словарь С. Гифиса тоже определяет дискриминацию как неравное обращение с субъектами, находящимися в равном правовом положении.[45]

Если говорить о дискриминации применительно именно к трудовым отношениям, то, например, словарь Канадского права определяет акт дискриминации как действие работодателя, неблагоприятно влияющее на трудовые отношения работника в таких сферах как продвижение по службе, уход в отпуск, увольнение, забастовка, перевод на нижеоплачиваемую должность, перевод рабочего места на другую территорию, понижение оплаты, изменение рабочего времени, объявление выговора.[46] Словарь терминов, связанных с трудоустройством, говорит, что работодатель может делать различия между работниками на основании производительности труда, способностей к труду, но не на основании критериев, запрещенных законами о труде.[47]

Теперь обратимся к трудам американских авторов. Самое распространенное понятие дискриминации — это неравное обращение с равными, основанное на каком-либо признаке, например, расе. Данное определение, по мнению таких авторов, как М. Фикс и Р. Струик, занимающихся вопросом аудита случаев дискриминации, является неточным.[48] Оно не дает в полной мере понять, как какой-либо признак позволяет по-разному относиться к равным людям. Авторы разбивают данное определение на составные части, пытаясь объяснить, что же включает в себя термин «дискриминация». Они выделяют четыре возможные трактовки.

1. Тенденция к дискриминации. Когда оцениваются одинаково квалифицированные заявители, агентства систематически отдают предпочтение работникам, например, определенной расы, хотя всем официально даны равные возможности получить данную работу.

---

44. Black H.C.Black`s law dictionary Special Deluxe Fifth Edition. M.A. St. Paul Minn.1979.P. 1511.
45. Gifis S.H.. Law dictionary. Fifth edition. 2003. p 450.
46. Nuse B., Dukelow D.A. The dictionary of Canadian law. 1991. P.237.
47. Anglim C.T. Labor, Employment, and the Law. A dictionary. ABC-CLIO. Santa Barbara, California. 1997. P.146.
48. Fix M. Struyk R.J. Clear and Convincing Evidence Measures of Discrimination in America. 1992. P.26.

2. Явное отрицательное обращение. Когда при противостоянии равных по квалификации заявителей агентства принимают работников, исходя из случайных или систематических причин.

3. Систематическое отрицательное обращение. В данном случае равные по квалификации работники не принимаются на работу систематически по какой-то конкретной причине, например, по причине расы.

4. Сетевой эффект. Предпочтение, отдаваемое определенной группе при приеме на работу, не важно по какой причине, создает большинство и меньшинство, которому не важно, по какой причине им отказывают в предоставлении работы.

Титул VII Акта о гражданских правах 1964 года (США) выделяет формы дискриминации:

1. Различное обращение («disparate treatment»). Если цитировать слова Верховного суда США, то различное обращение имеет место в ситуации, когда «работодатель обращается с определенными людьми хуже, чем с другими по причине их расы, цвета кожа, религии, пола или национального происхождения[49]». Ярким примером в данном случае является умышленный отказ в приеме на работу по причине расы или пола. Например, если профсоюз отказывает в принятии в свои члены женщине по причине того, что в его составе уже достаточно женщин, — это различное обращение по причине пола. Также если работодатель отказывает в приеме на управляющую должность афро-американцу, квалифицированному работнику, по причине его расы, — это тоже различное обращение. Ключ к пониманию различного обращение — это его цель. Запрещено закрывать доступ к работе человеку по признаку расы или пола. Во многих случаях цель явно видна. Мы не сомневаемся в наличии намерения, цели работодателя отказать в приеме на управленческую работу афро-американцу или цели профсоюза не принять в свои члены женщину. Но чаще вопрос обнаружения такого мотива не столь очевиден. Например, работодатель говорит, что у него нет предубеждения против афро-американцев, но он не уверен, что работники будут исполнять указания такого управляющего в силу его цвета кожи. Было ли в таком случае у работодателя намерение отказать в приеме на работу по признаку расы? Отвечаем утвердительно. Причина отказа была связана именно с расой, мотив отказа был не связан с деловыми качествами. Иногда мы сталкиваемся со смешанными мотивами. Например, работодатель говорит, что уволил работницу по той причине, что она часто отсутствовала на рабочем месте, а также в связи с тем, что она афро-американка. Первая часть мотива является законной, вторая — нет. Будет ли данный случай рассматриваться как дискриминация работницы по причине ее расы? И в данном случае ответ будет — «да». Если хотя бы одна из причин является противоправной, то мы имеем нарушение закона[50]. Данный вид дискриминации предусмотрен Конституцией США и основными законами.

2. Различный эффект («disparate impact»). Этот термин очень схож с предыдущим, но нельзя их путать. Различное обращение фокусируется на цели, которой можно объяснить поведение работодателя, различный эффект — на результате, которого достигает работодатель своим поведением. Главная идея различного эффекта состоит в том, что все классы должны находится в равном правовом положении в трудовых отношениях. Если идет перекос, то он должен оправды-

49. Larson L.K. Labor and employment law. Employment discrimination. 2003. P. 1-15.
50. Gold M.E. An introduction to the law of employment discrimination. Second edition. 2001. P. 17.

ваться только законными причинами. Примером в данном случае может быть следующая ситуация: работодатель при приеме на работу дает кандидатам письменный тест и принимает на работу тех, кто набрал высший балл. Если в результате набрано на работу мужчин и женщин в приблизительно равном количестве, то все нормально. Но предположим, мужчин нанято в два раза больше, чем женщин. В этой ситуации работодателю нужно доказать, что тест имеет решающее значение для отбора сотрудников. Если тест в действительности показывает способность кандидата к работе, то он приемлем, как и его результаты. Если женщины не показали необходимого для данной работы результата, то они не получат должность. Если же тест не связан с проверкой способностей к данной работе, например, вопросы теста были связаны со знанием игры в футбол, когда к работе это не имело никакого отношения, тогда женщины не могут исключаться по его результатам. Данный вид дискриминации охватывается принятыми в последнее время законами, но не охватывается Конституцией США.

Лекс Ларсон предлагает выделить и третью форму дискриминации — «отказ в согласовании» (refusal to accommodate). Эта форма не предусмотрена американским законодательством. Законодательство говорит о равных возможностях, но не о равном статусе. Данный вид дискриминации ярко проявляется в тех случаях, когда, например, работодатель при выборе работника отдает предпочтение афроамериканцу перед представительницей женского пола. Обе категории предусмотрены американским законодательством как защищенные. Но на практике возникают дела, связанные именно с этим аспектом понятия дискриминации. Получается, что работодатель свободно может выбирать работника, главное, чтобы он входил в одну из защищенных категорий, тогда нарушения закона не будет.[51]

Работодатели в США несут ответственность как за преднамеренную, так и за непреднамеренную дискриминацию. Преднамеренная дискриминация («disparate treatment») предполагает, что работодатель умышленно относится к кому-то из работников хуже по причине его расы, цвета кожи, религии, национальности, возраста и т.п. Непреднамеренная дискриминация «disparate impact» предполагает, что даже при формально нейтральных действиях работодателя он наносит негативный эффект определенной группе, защищенной законом.[52]

Нам видится положительным опыт США в трактовке понятия дискриминации. Перечень дискриминационных оснований на Федеральном уровне и уровне отдельных штатов США является закрытым, что придает определению понятия дискриминации четкость. Это способствует наработке судебной практики, т.к. работник точно может определить сам, был в отношении него совершен акт дискриминации или нет.

В США можно говорить о видах дискриминации, запрещенных федеральным законодательством и законодательством штатов. Титул VII Акта о гражданских правах 1964 года запрещает в США дискриминацию на основании расы, пола, религии, цвета кожи, национальности. Законодательство штатов содержит более широкий перечень дискриминационных оснований. Но во всех случаях дискриминация запрещена только тогда, когда основание дискриминации указано в перечне запрещенных. Если афроамериканец был уволен за курение на рабочем месте при условии, что это запрещено локальными актами предприятия, то

51. Lex K. Larson. Labor and employment law. Employment discrimination. LexisNexis. 2003. P. 1-16.
52. Sedmak J. N., Levin-Epstein D. M. Primer on equal employment opportunity. Washington D.C. 1991. P.113.

это увольнение законно. Если он уволен, потому что он афроамериканец, то налицо акт дискриминации, т.к. увольнение было обоснованной причиной, прямо запрещенной федеральным законодательством. При этом важно помнить, что Акт о гражданских правах 1964 года охватывает не всех работодателей, а лишь тех, которые используют труд 15 и более работников. Некоторые законы штатов распространяют действие актов о запрете дискриминации на рабочем месте на работодателей, использующих труд одного и более работников.[53]

Работнику, подвергшемуся дискриминации, важно иметь возможность защитить свои права. Основная сложность при доказывании фактов дискриминации заключается в разграничении дискриминирующих и недискриминирующих факторов, влияющих на зарплату, наем работников и т.п. С этими проблемами сталкивается правительство любой страны при проведении анитидискриминационной политики. В США в ее основу положено соблюдение работодателями двух правил: о запрете дискриминации и участии в так называемых позитивных действиях, заключающихся в активном поиске и привлечении представителей меньшинств и женщин для заполнения вакансий. В 1963 г. в США был принят закон о равной оплате, и суды стали использовать два критерия при определении дискриминации: неодинаковое обращение с разными группами работников и неодинаковое влияние тех или иных факторов, характеризующих работника, на решение нанимателя. Второй критерий позволяет выявить более скрытые и не столь очевидные факты дискриминации.[54]

В США при обращении в суд с жалобой на дискриминацию истец должен доказывать, что:

- он принадлежит к дискриминируемой категории;
- его предложение трудовых услуг произвольно отвергнуто;
- он достаточно квалифицирован, чтобы выполнять данную работу;
- работодатель, отвергнув предложение истца, продолжает искать кандидатов на данную должность.

Если истец все это доказал, бремя доказывания перемещается на работодателя, который должен предоставить доказательства наличия законных оснований отказа в принятии на работу. На истце лежит бремя доказывания, что все эти основания — лишь предлог для осуществления дискриминации.

Вместо того чтобы доказывать недискриминационный характер своих действий, работодатели могут использовать положение о «добросовестном соответствии квалификации занимаемой должности» (bona fide occupational qualification (BFOQ)). Данное положение обычно толкуется в узком смысле. Во-первых, представители конституционно защищенной категорий граждан могут быть исключены из списка претендентов на получение работы, если соответствующая характеристика тесно связана с содержанием бизнеса работодателя. Так, суд отверг требование авиакомпании, которая настаивала на том, что весь обслуживающий персонал на авиалинии должен состоять из женщин, на том основании, что такое требование не соответствует положению о BFOQ.

Авиакомпания аргументировала свое требование тем, что женский персонал успокаивающе действует на пассажиров. Суд указал, что содержание деятельности авиакомпании состоит в безопасной перевозке пассажиров, а это не

53. Gerard P. Panaro. Employment law manual. Recruitment. Selection. Termination. Boston-New York. 1989.P.9.
54. Мазин А. Трудовая дискриминация: болезнь, которую нужно лечить// Человек и труд. №4.2003. С.30.

связано с наличием только женского персонала. Во-вторых, BFOQ применимо только в том случае, если работодатель может аргументировано утверждать, что все или практически все претенденты из конституционно защищенной категории граждан не имеют необходимой квалификации, и практически невозможно определить, подходит или нет конкретный претендент для выполнения данной работы. Узкое толкование BFOQ привело к тому, что женщины получили работу, традиционно выполняемую мужчинами, поскольку физические требования к претенденту сами по себе исключали женщин из числа кандидатов на занятие должности. К таким видам работ относятся служба сотрудников полиции, пожарных и строительных рабочих. Недавно принятым решением Верховный суд США отменил запрет на работу беременных женщин со свинцом на заводе по производству аккумуляторных батарей. Суд указал, что нет доказательств того, что беременные женщины менее способны выполнять эту работу, чем другие лица. При этом Суд признал несущественной озабоченность работодателя возможным наступлением деликтной ответственности в случае нанесения ущерба плоду, находящемуся в утробе женщины. С другой стороны, суд поддержал вытекающий из BFOQ запрет на работу женщин в качестве охранников в мужской тюрьме строгого режима, где содержались лица, осужденные за половые преступления. Суд отметил, что нападения на женщин — охранников могли бы создать угрозу общественному порядку в тюрьме.[55]

С 1991 г. в США бремя доказывания того, что квалификационные требования при приеме на работу не носят дискриминационного характера, возложено на предпринимателей.

В делах о дискриминации в трудовых отношениях в США статистическим показателям тоже отводится довольно значительная роль, особенно при рассмотрении дел о расовой дискриминации. В данных делах суды стоят на позиции, что статистика может многое показать.[56]

Например, в деле Griggs v. Duke Power Company, 401 U.S. 424 (1971) чернокожие претенденты на трудоустройство с помощью статистических данных смогли доказать, что компания нарушает Акт о гражданских правах тем, что при приеме на работу в престижные отделы требует от кандидатов обязательного наличия диплома о высшем образовании и сдачи тестов на уровне выпускников высших учебных заведений. Претенденты, не имеющие указанных выше показателей, могли быть приняты на работу только в менее престижные отделы. Статистические данные показали, что среди лиц, получивших высшее образование в Северной Каролине, было только 12% чернокожих мужчин, 34% белых мужчин. Установленные компанией требования автоматически не давали возможности проявить себя претендентам, не отвечающим указанным критериям. В итоге на основании этого и ряда других статистических фактов, Верховный суд признал политику компании дискриминационной по отношению к чернокожим и нарушающей Акт о гражданских правах.[57]

Другой пример — дело Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976), в котором два чернокожих претендента не получили должность в полицейском департаменте, т.к. не набрали нужного количества баллов в тесте, который должны были пройти все желающие получить должность. В суд они представили доказательства, что

55. Бернам У. Правовая система США. М., РИО Новая юстиция» 2006 . С.958.
56. Kaye D.// Journal of American Statistical Association. December 1982. Vol.77. Number 380. P.773.
57. Kaye D.// Journal of American Statistical Association. December 1982. Vol.77. Number 380. P.781.

с 1968 по 1971 год 57% чернокожих претендентов провалили тестирование, но из всех остальных претендентов только 13 процентов не смогли набрать необходимое количество баллов. Они также показали, что содержание вопросов теста не имеет никакого отношения к работе, но суд не признал их доводы убедительными.

Разница между данными делами состоит в том, что в США существует два вида стандартов для признания дискриминации. Первый — для дел, вытекающих из нарушения Акта о гражданских правах, второй — из непосредственного нарушения Конституции. Конституция США применяется только к государственным действиям. Частная дискриминация запрещается несколькими федеральными законами, первым из которых является Закон о гражданских правах 1964 года. Титул VII этого закона запрещает дискриминацию при трудоустройстве. Во втором случае истец должен доказать, что у работодателя был умысел на дискриминацию, чего не смогли доказать истцы в деле Washington v. Davis, 426 U.S. 229(1976). В первом случае истцам достаточно было продемонстрировать дискриминационный эффект действий работодателя, независимо от его умысла, что было сделано в деле Griggs v. Duke Power Company, 401 U.S. 424 (1971), где истцы, доказав дискриминационный эффект от предлагаемых компанией тестов, переложили бремя доказывания недискриминационности данных тестов на работодателя. Но при этом в обоих случаях истцы выстраивали обоснование своей позиции именно на основании статистических данных.

К сожалению, ГПК РФ не называет данные статистики в качестве средств доказывания, что, на наш взгляд, сужает возможность доказать факт дискриминации для работника.

В случае обратной дискриминации или дискриминации наоборот в США была разработана особая система доказывания факта дискриминации. Но она не является для судов обязательно приемлемой. Некоторые судебные округа не восприняли данную систему и требуют от истца предоставлять доказательства по приведенной выше схеме, разработанной в 1973 году в деле McDonnell Douglas Corp v. Green.[58] Старая схема в случаях дискриминации представителей большинства, например, белого работника, довольно сложна в применении.[59] Новая схема (Parker test), известная также как тест на «исходные мотивы», была разработана Апелляционным судом Округа Колумбия в 1981 году.[60] Она заключается в том, что первый пункт в традиционной схеме доказывания, т.е. принадлежность истца к дискриминируемой категории, нужно модифицировать, дополнив его исследованием исходных мотивов лица, обвиняемого в дискриминации. Данные мотивы должны показать суду, что ответчик относиться к непривычной категории работодателей, которые дискриминируют представителей большинства. Фактами, позволяющими сделать данный вывод, могут быть:

- очевидные обстоятельства, которые говорят о том, что у работодателя были определенные причины или склонности к дискриминации представителей большинства;
- очевидные обстоятельства, дающие повод подозревать существование определенных фактов, которые лежат в основе проявления дискриминации.

Суды добавили к данной схеме определенные обстоятельства, дабы упростить доказывание «исходных мотивов»:

58. McDonnell Douglas Corp v. Green, 411 U.S. 792, 5 FEP 965 (1973).
59. C.Geoffrey Weirich. Employment discrimination law. BNA Books. Washington D.C. 2002.P.798.
60. Parker v. Baltimore and Ohio R.R. Co., 652 F. 2d 1012, 1017, 25 FEP 889 (D.C. Cir. 1981).

- индивид, принятый в конечном итоге на данную работу, был, несомненно, менее квалифицированным, чем истец. А схема найма демонстрировала интерес в найме именно представителя меньшинства. В прошлом данная компания чаще отдавала при найме предпочтение представителям меньшинства;
- истец являлся единственным белым работником в отделе и практически все должности с решающими полномочиями были заняты представителями меньшинства.[61]

На наш взгляд, именно в США наиболее тщательно разработана система доказывания факта дискриминации в трудовых отношениях, впрочем, как и система возмещения вреда, нанесенного данным актом работнику. Этому способствует созданная система органов, борющихся с дискриминацией в трудовых отношениях. Остановимся на исследовании данной системы более подробно.

Если работник пострадал от дискриминации на рабочем месте, то он попадает в члены так называемой «Защищенной категории» и приобретает право искать правосудия, которое может выражаться в возвращении работы, получении повышения по службе, получении компенсационной, штрафной или иной выплаты, удовлетворяющей его нарушенный интерес.

Определение американского гражданина как «Защищенного» выводится из содержания Титула VII Акта о гражданских правах 1964 года, который запрещает дискриминацию в трудовых отношениях, основанную на расе, цвете кожи, религии, национальности, принадлежности к полу, а также ряда других федеральных законов.

Но попадание в «Защищенную категорию» не означает наличия у истца достаточно серьезных доказательств, чтобы безоговорочно выиграть дело. Чтобы выиграть дело, опираясь на Титул VII и упомянутые выше акты, работнику в США нужно первоначально положительно ответить на следующие четыре вопроса:

- «Является ли он членом «защищенного класса», т.е. является ли он представителем меньшинства, или человеком старше 40 лет, либо инвалидом, или его пол, религия, национальность были основной причиной произошедшего.
- Подходил ли он для этой работы по квалификации, т.е. достоин ли он был быть нанятыми на данную работу, не было ли повода для его увольнения?
- Пострадал ли он от отрицательного решения, такого, как отказ в приеме на работу или увольнение.
- Были ли обстоятельства, которые могли быть истолкованы как дискриминационные? Например, была ли у компании «причина» поступить таким образом, как она поступила, т.е. была ли отдана данная должность кому-то, кто был существенно моложе, или другого пола, расы, религии, не был инвалидом?[62]

Если работник не смог утвердительно ответить на все четыре вопроса, то он вне игры относительно иска о дискриминации. Но нельзя не заметить, что ответы на эти вопросы не могут быть либо «белыми», либо «черными». Ответы на первый и третий вопросы достаточно ясны и не требуют спора. Но, с другой стороны, ответы на второй и четвертый вопросы включают мотив, цель, суждение, находятся в «серой» зоне и тем самым являются хорошей почвой для иска о дискриминации.

Первый шаг, который работнику необходимо сделать для защиты своих прав, — заполнить жалобу в пределах отведенного на это срока (иногда это

61. C.Geoffrey Weirich. Employment discrimination law. BNA Books. Washington D.C. 2002.P.799.
62. Jeffrey M. Bernbach, Esq. Job Discrimination II. How to fight…How to win! 1998. P.14.

180 дней, иногда 300 дней после факта дискриминации). Это относится к тому случаю, когда пострадавший от дискриминации будет работать с федеральным агентством («ЕЕОС» — Комиссия по равным возможностям в сфере трудоустройства). Срок может быть иным, если лицо, считающее себя дискриминированным, будет действовать через местное правозащитное агентство или агентство штата, защищающее права работников. (Большинство штатов имеют схожие агентства. Их координаты обычно помещены в телефонном справочнике в правительственном секторе следом за Департаментом труда или Департаментом по правам человека). У работника есть выбор: либо обратиться в агентство штата, чтобы оно помогло ему разрешить дело, либо подать иск в федеральный суд или суд штата.

Комиссия по равным возможностям в сфере трудоустройства, так же как и правозащитные организации на местном уровне или уровне штатов, была создана, чтобы в нее адресовались запросы, связанные с дискриминацией. Ожидалось, что Комиссия будет способствовать разрешению этих проблем, препятствуя засорению федеральных судов и судов штатов делами, связанными с дискриминацией, но ожидания не оправдались. Ситуация складывается таким образом, что местные правозащитные организации и организации штатов, а также Комиссия по равным возможностям в сфере трудоустройства настолько перегружены, что некоторые дела дожидаются своего рассмотрения по 2, 3 и более лет… и срок ожидания все возрастает по мере того, как возрастает правовая грамотность населения США.

В тех штатах, где местное агентство или агентство штата имеют право реагировать на заявления о дискриминации, истец должен заполнить жалобу о дискриминации с помощью агентства. Затем он ждет 60 дней или период, необходимый для прекращения процедуры в агентстве штата, за ней следует процедура написания жалобы в Комиссию. Комиссия проводит расследование, выявляющее факты, подтверждающие основание для предъявления жалобы. Если такое основание найдено, Комиссия пытается восстановить справедливость путем примирения сторон.

Комиссия по равным возможностям в сфере трудоустройства использует посреднические, следственные и примирительные возможности для разрешения дела.

Процесс осуществляется по следующей схеме. Перед исследованием фактов жалобы в Комиссии агентство предлагает сторонам альтернативный вариант разрешения дела (посредничество). Участие в посреднической процедуре исключительно добровольное. Посредниками выступают незаинтересованные сторонние профессионалы. В их компетенцию не входит решать, кто из сторон прав, а кто виноват, они не могут склонять стороны к мировому соглашению. Посредник помогает сторонам достичь решения по поводу необходимости подачи жалобы о дискриминации. Если данная процедура прошла успешно, жалоба о дискриминации отзывается истцом. Если посредническая процедура не удалась, то жалоба переходит в следующую стадию — стадию расследования.

Комиссия классифицирует поступающие жалобы по приоритетности. Она выделяет:

- жалобы группы «А», которые требуют немедленного разрешения. Это дела, по которым может быть вынесен судебный запрет; дела, в которых потерпевшая сторона находится в очень тяжелом положении; дела, по которым необходимо производство; дела, которые носят статус групповых исков или представляют собой новый прецедент; дела, в которых имеются очевидные доказательства.

- жалобы группы «Б», по которым будет проводиться расследование;
- жалобы группы «В», которые имеют очень мало шансов разрешиться в пользу истца. Это дела, в которых жалоба заполнена с пропуском 300 дневного срока; в которых жалоба написана на действия работодателя, у которого работает меньшее количество работников, чем предусмотрено Титулом Акта о гражданских правах, чтобы он распространял свое действие на него; дела, в которых ответчик вообще не является работодателем.

После того, как жалоба написана, работодатель уведомлен о ней и ее содержании, проводится встреча сторон. На ней обе стороны высказывают свое мнение по делу. Данная встреча проходит в присутствии специалиста Комиссии, который пытается выработать решение, удовлетворяющее интересам обеих сторон.

Если данный специалист выявит, что дискриминация действительно имела место, но не сможет довести стороны до мирового соглашения, Комиссия возьмется за подачу иска от имени истца в суд. В случае, когда Комиссия приходит к выводу, что факта дискриминации не было, истцу выдается документ «Право на иск», и истец будет подавать иск самостоятельно. Данная ситуация не имеет в качестве логического завершения обязательный проигрыш дела в суде. У Комиссии недостаточно средств, чтобы брать на себя все спорные дела. В случае выигрыша, истец взыщет средства, потраченные им на адвоката, с ответчика.[63]

Если жалоба о дискриминации удовлетворяет четырем признакам, о которых упомянуто выше, работодатель в качестве защиты должен предложить справедливую недискриминационную причину, объясняющую его действия. Бремя доказывания лежит на истце, нужно доказать свою теорию преобладанием очевидных фактов, т.е. показать, что жалоба против бывшего или будущего работодателя имеет основания. Истец должен представить судье и присяжным историю более убедительную, нежели та, которая будет представлена работодателем.

Истец должен подкрепить свою жалобу доказательствами, убедить агентство, или, если он перенес дело в суд, судей и присяжных, что он был дискриминирован на рабочем месте. Он должен предоставить документы, даты, свидетелей, которые подтвердят его историю. Истец, независимо от того, выберет ли он, чтобы его дело было представлено через местное агентство или агентство штата, или через Комиссию по равным возможностям в сфере трудоустройства, или с помощью адвоката, или через Федеральную судебную систему или судебную систему штата, должен доказать очевидность наступления вредных последствий от действий работодателя.[64]

В случае выигрыша дела о дискриминации истец может рассчитывать на следующие способы возмещения причиненного ему вреда:

- Выплата денег, удержанных ранее. Заработная плата и выгоды, которые работник получил бы с момента, когда ему было отказано в работе или повышении, или с момента увольнения до момента судебного разбирательства. Закон предусматривает уменьшение (ограничение) размера выплаты за счет поиска другой работы. Если истец преуспел в поиске новой работы, сумма, которую он теперь возможно получит в качестве заработной платы, вычитается из того, что ему должны были уплатить задним числом. В случаях дискриминации по возрасту неполученная сумма обычно удваивается, если можно усмотреть, что работо-

63. Twomey David P. Employment discrimination law a managers guide. 2001. P. 5.
64. Jeffrey M. Bernbach, Esq. Job Discrimination II. How to fight…How to win! 1998. P.16.

датель действовал умышленно (был заинтересован в акте дискриминации, зная, что это незаконно, или безразлично относился к беззаконию). Данное удвоение называется «заранее оцененные убытки».

- Будущие выплаты. После судебного разбирательства работник будет получать данные выплаты, оставаясь на работе определенное количество времени (например, 10 лет или до момента увольнения). Решение выносится судьей или присяжными.
- Восстановление. Восстановление на работе (или продвижение по службе), в котором было отказано, также может быть в решении суда.
- Карательные штрафы. Это денежная выплата (разрешена Титулом VII и Актом о дискриминации по возрасту), присуждаемая работодателю или бывшему работодателю в качестве наказания. Она служит средством устрашения для совершения схожего поступка в будущем. Адвокаты работников пытаются доказать, что карательные штрафы для исполнения стоящей перед ними цели должны зависеть от имущественного положения работодателя: чем богаче работодатель, тем большей суммы штраф должен быть взыскан.
- Компенсационные выплаты (моральный вред). Выплачиваются, если действиями работодателя было оказано неблагоприятное воздействие на здоровье или эмоциональное состояние работника, если работник впал в депрессию, если он испытывал боль и страдание, т.к. не мог заботиться о своей семье. Денежная выплата за возмещение того, что ему пришлось пройти через такую «эмоциональную встряску», определяется термином «компенсационные выплаты». Размер выплат обычно устанавливается присяжными при рассмотрении дела в судебном заседании. Если истец выбрал процесс без участия присяжных (что необычно, но иногда случается), или дело проходит через антидискриминационное агентство (которое не содержит в штате присяжных), компенсационные выплаты будут определены судьей.
- Законные выплаты. В случае проигрыша дела работодатель может быть присужден к компенсации расходов, которые понес истец в связи с рассмотрением дела. Когда дело разрешается не в суде, компенсации обычно подлежат расходы на адвоката, если данные выплаты не являются частью соглашения.[65]

Существует 4 инстанции в США, в которых может быть рассмотрено дело о дискриминации в сфере труда.

- Комиссия по равным возможностям в сфере трудоустройства.

Для жалоб, подпадающих под действие Титула VII Акта о гражданских правах 1964 г или Акта о дискриминации на основании возраста 1975 г., обращение в Комиссию по равным возможностям в сфере трудоустройства является обязательным. Комиссия должна рассмотреть дело и принять по нему решение, которое может быть как в пользу истца, т.е. Комиссия решит, что дискриминация действительно имела место, так и не в пользу, т.е. Комиссия не сможет обнаружить обстоятельств, подтверждающих факт дискриминации.[66] Если дело закрыто, то Комиссия передаст обвиняющей стороне «Уведомление о праве на иск», т.е. письмо, уведомляющее, что рассмотрение жалобы Комиссией по равным возможностям в сфере трудоустройства считается оконченным, и у истца

65. Jeffrey M. Bernbach, Esq. Job Discrimination II. How to fight…How to win! 1998. P.18.
66. http:// www.eeoc.gov

появляется девяностодневный срок для подачи иска в Федеральный суд. Если дискриминация выявлена, Комиссия будет искать средство судебной защиты для обвиняющей стороны путем примирения. Если оно не достигнуто, Комиссия может подать в суд на работодателя от имени истца. Срок на рассмотрение жалобы Комиссией составляет 6 месяцев.

В Комиссии по равным возможностям в сфере трудоустройства решение по делу, так называемая, примирительная процедура, как называет ее Комиссия, является конечной целью. Неудача в попытке примирить стороны — очень частое явление. Именно на нем и заканчивается участие Комиссии в деле о дискриминации. Исключение составляют только очень редкие инстанции, которые будут подавать иск в суд от имени истца. В связи с ограниченностью количества сотрудников, Комиссия по равным возможностям в сфере трудоустройства обычно берет на себя только самые яркие дела или дела, связанные с групповыми исками, которые либо очень серьезны, либо вовлекают большое число работников.

Особенность работы Комиссии заключается в том, что у нее нет судебных полномочий. Другими словами, в большинстве дел Комиссия не может принять обязательное для исполнения решение по делу, она может только исследовать материалы дела и прилагать усилия к достижению мирового соглашения между сторонами.

- Одно из сорока шести агентств уровня штата, одно из тридцати шести местных агентств.

Истец может заполнить жалобу о дискриминации через Агентство штата. После 60 дней потерпевший должен обратиться в Агентство с просьбой о выдаче ему отказа по жалобе, если хочет, чтобы его дело рассматривалось в Федеральном суде. После получения отрицательного заключения можно обращаться в Федеральный суд. Но здесь кроется определенная опасность. Если агентство отказало в жалобе, то причины этого очень важны. Жалобщик должен убедиться, что причины, которые легли в основу отказа, не связаны с оценкой законодательного обоснования жалобы, или юрисдикционными причинами, если Агентство имело полномочия по их оценке. Жалобщик должен четко заявить, что его жалоба была отклонена по единственной причине, чтобы дать ему возможность рассмотреть его дело в суде. В некоторых штатах это называется отказ по причинам «административного удобства». При этом нужно учитывать, что нет возможности переноса дела из суда обратно в Агентство. Обычно такое желание у истца возникает из-за длительных сроков ожидания рассмотрения дела или по другим причинам. Истец в любой момент может перенести дело из Агентства на рассмотрение его в суд, но лишь до момента вынесения Агентством решения по делу.

После того как работник заполнил жалобу о дискриминации, и ее копия была послана бывшему работодателю, работодатель должен дать письменный ответ на эту жалобу. Некоторые агентства присылают специальный список вопросов, на которые работодатель должен ответить, а другие агентства оставляют форму ответа полностью на усмотрение работодателя.

После того, как каждая из сторон выразила свое мнение по делу, представитель агентства, который занимается данным делом, проведет несколько встреч как с лицом, подвергшимся дискриминации, так и с работодателем для выяснения полной картины дела и нахождения возможности принятия определенного решения по делу.

Если же истец избрал вместо Комиссии Агентство штата по правам человека, у которого действительно есть полномочия по разрешению жалобы о дискрими-

нации, и не получил нужного решения, это не означает, что его попытки в поисках правды автоматически закончились. Процедуры рознятся от штата к штату. Например, Отдел по правам человека в Нью-Йорке выносит предварительное решение, основанное на очевидных доказательствах и проведенных собеседованиях, устанавливающее, что работодатель нарушил закон. Если это так, то Отдел выносит «Приблизительное решение по делу», что позволяет поставить дело в очередь для административного слушания, которое представляет из себя что-то наподобие судебного разбирательства, но без участия присяжных.

На слушаниях, которые проходят перед судьей, нанятым Агентством, истец и ответчик в лице работодателя могут доказывать свою позицию, предоставляя доказательства и вызывая свидетелей. Каждая из сторон имеет право на адвоката, которого агентство может предоставить бесплатно. После того как данная процедура закончилась, судья выносит решение, которое по юридической силе равно судебному решению или вердикту присяжных. Если одна из сторон не согласна, она может подать апелляцию. Например, в Нью-Йорке апелляция подается в отдел апелляционного производства Верховного Суда.

- Суды штатов или Федеральный окружной суд США.

Суды штатов рассматривают иски о дискриминации на рабочем месте, истец может обратиться в суд штата напрямую, минуя Комиссию по равным возможностям в сфере трудоустройства. Обращению в Федеральный суд обязательно должно предшествовать обращение в Комиссию или агентство штата или местное агентство.

Длительность процесса рассмотрения дела о дискриминации в сфере труда зависит от выбранной для обращения с жалобой или иском инстанции.

Самый быстрый путь разобрать дело — это федеральный окружной суд. Скорость рассмотрения зависит тут главным образом от загруженности суда, а также от географического положения и количества судей, назначенных на работу в данный судебный округ. Обычное время рассмотрения занимает 12-24 месяца. Если заключается мировое соглашение, это экономит время, если подается апелляция — продлевает.

Районный суд рассмотрит дело в период от 18 до 30 месяцев.

Агентства штатов, которые предоставляют бесплатных юристов или действуют без юристов, завалены делами на долгое время. Дело будет рассмотрено в сроки, намного превышающие сроки рассмотрения в суде по причине гигантских объемов работы и малого числа штатных сотрудников в Агентствах. Проблему с огромным количеством дел пытаются решиться путем заключения мировых соглашений, к которым Агентство склоняет стороны.

При рассмотрении дела Комиссией, если Комиссия не может привести стороны к соглашению и не желает подавать иск, то она может в конечном итоге только направить истца в суд. Поэтому если Комиссия примиряет стороны, то обращение к ней за помощью может быть самым коротким по времени путем разрешения дела. Но, если соглашение не достигается, то время, потраченное истцом на эту процедуру, ни на секунду не приблизит его к разрешению дела, что сделает выбранный им путь самым длительным по времени из всех возможных.[67]

67. Jeffrey M. Bernbach, Esq. Job Discrimination II. How to fight…How to win! 1998. P.141.

Дискриминация по признаку членства в профсоюзе[68]

Н.М. Сенников — к.ю.н., доцент, директор Юридического исследовательского центра профсоюзного права, начальник юридической службы Межрегионального профсоюза работников судостроения, член НП «Юристы за трудовые права»

Основные нормативные акты о дискриминации:

- Конвенция и Рекомендация ООН о борьбе с дискриминацией в области образования;
- Международная конвенция ООН о ликвидации всех форм расовой дискриминации;
- Конвенция ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин;
- Декларация ООН о ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии или убеждений;
- Конвенция и Рекомендация МОТ о дискриминации в области труда и занятий 1958 года № 111;
- Конвенция об основных целях и нормах социальной политики 1962 года № 117;
- Конвенция о социальной политике на территориях вне метрополии 1947 года № 82;
- Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод и Протокол № 12 к ней.

Понятие дискриминации

Дискриминация физических лиц (от лат. discriminatio — различение) — это преднамеренное ущемление по различным основаниям их прав и законных интересов по сравнению с другими физическими лицами.

Понятие дискриминации в Конвенции МОТ № 111

Дискриминация — это различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, иностранного происхождения или социального происхождения, приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий.

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод о дискриминации

Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой-либо дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или любым иным обстоятельствам.

Европейский Суд по правам человека о дискриминации

Различия носят дискриминационный характер, если отсутствует цель и разумное оправдание их существования, т. е. если такие различия не объясняются

68. По материалам презентации, сделанной на Конференции

правомерными целями или если отсутствует разумная соразмерность между используемыми средствами и целью, которую необходимо достичь (п. 33 Решения от 13 июня 1979 г. по делу Маркс (Marckx) против Бельгии).

Суд отметил, что он «не может взять на себя роль компетентных государственных органов», которые «могут по своему усмотрению выбирать меры, которые они считают уместными в тех областях, которые регулируются Конвенцией»; «контроль со стороны Суда касается лишь соответствия этих мер требованиям Конвенции». (Решение ЕСПЧ по делу Национального профсоюза Бельгии против Бельгии).

Международная организация труда о дискриминации

В 2003 г. Комитет экспертов МОТ опубликовал Замечания по выполнению Конвенции МОТ № 111 о дискриминации в области труда и занятий 1958 г. Российской Федерацией.

По мнению Комитета, в Конвенции результат (последствия), к которому приводит установление различий, исключений или предпочтений, применяется в качестве критерия объективных последствий данных действий и распространяется, таким образом, как на прямую, так и на *косвенную дискриминацию*.

Косвенная дискриминация имеет место тогда, когда кажущиеся, на первый взгляд, нейтральными условия, правила, или практика, которые одинаково применяются ко всем работникам, *на самом деле, приводят к значительно более тяжелым последствиям* для определенной группы лиц, обладающим признаками, указанными в Конвенции.

Постановление Конституционного Суда РФ от 24.01.2002 № 3-П

Центральный районный суд города Кемерово, придя к выводу о том, что подлежащие применению при разрешении данного дела … пункт 3 статьи 25 ФЗ о профсоюзах, в силу которого увольнение по инициативе работодателя работников, входящих в состав профсоюзных органов и не освобожденных от основной работы, без предварительного согласия соответствующих профсоюзных органов не допускается, противоречат статье 19 (части 1 и 2) Конституции РФ, гарантирующей равенство всех перед законом и судом и равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от принадлежности к общественным объединениям, а также нарушают ее статью 55, поскольку неправомерно ограничивают права работодателя, приостановил производство по делу и обратился в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке их конституционности

Конституционный Суд РФ о дискриминации

Поскольку свободное осуществление гражданами трудовой деятельности **может быть затруднено** в силу необходимости сочетания работы с выполнением этих значимых для государства и общества функций, законодатель вправе предусмотреть меры социальной защиты работников, входящих в состав профсоюзных органов и не освобожденных от основной работы. Установление для таких работников дополнительных гарантий, включая механизм эффективного контроля за правомерностью действий работодателя при их увольнении, *имеет существенное значение для реализации права на создание профсоюзов как самостоятельных и независимых объединений трудящихся — одного из основных прав в демократическом правовом государстве*.

Определение Конституционного Суда РФ от 04.12.2003 N 421-О

Часть 1 ст. 374 ТК РФ, закрепляющая в качестве такой гарантии обязательность получения работодателем предварительного согласия вышестоящего выборного профсоюзного органа на увольнение работников, входящих в состав профсоюзных органов (включая их руководителей) и не освобожденных от основной работы, по своему содержанию направлена на государственную защиту от вмешательства работодателя в осуществление профсоюзной деятельности, в том числе посредством прекращения трудовых правоотношений

Решение Верховного Суда РФ от 23.06.1997 № ГКПИ97-290:

ФЗ о профсоюзах предусмотрел, что все профсоюзы пользуются равными правами (п. 1 ст. 2). Однако под этим *не следует понимать предоставление всем профсоюзам равных льгот*, которые могут быть предусмотрены определенными нормативными актами. Министерство путей сообщения РФ в Правилах, в отличие от Постановления Правительства РФ от 24 июня 1996 г., предоставило право бесплатного проезда по служебным надобностям только штатным работникам ЦК Роспрофжел.

Такое положение не противоречит ФЗ о профсоюзах, поскольку Министерство путей сообщения имело право предоставить такие льготы работникам определенного профсоюза.

РПЛ БЖ также является отраслевым профсоюзом, т.е. профсоюзом, действующим в одной отрасли деятельности и объединяющим работников по профессиональным интересам, в связи с чем штатные работники данного профсоюза должны пользоваться правом на бесплатный проезд по бытовым и личным надобностям.

Трудовой кодекс РФ о дискриминации:

ТК РФ в дополнение к основаниям дискриминации, указанным в Конвенции № 111, закрепляет такие основания, в частности, как *принадлежность или непринадлежность к общественным объединениям*. Формулировка ч. 2 с. 3 ТК РФ достаточно широка. Так, дискриминацией будет считаться не только ограничение в трудовых правах и свободах по основаниям, указанным в настоящей статье, но и получение *каких-либо преимуществ в зависимости, в том числе, и от членства в профсоюзе*.

По сути, весь Федеральный закон о профсоюзах закрепляет такой правовой режим, при котором профсоюзы в соответствии с законом создают преимущества своим членам, т.е., если буквально понимать ч. 2 ст. 3 ТК РФ, занимаются «дискриминацией» нечленов профсоюза.

Льготный режим для профсоюзов по ТК РФ

Ст. 82 ТК РФ предусматривает обязанность работодателя при увольнении членов профсоюза учитывать мнение выборного профсоюзного органа организации.

Ст. 374 ТК РФ закрепляет обязанность работодателя получать согласие вышестоящего выборного профсоюзного органа на увольнение руководителя профсоюзной организации (его заместителей) по ряду оснований.

Ст. 377 ТК РФ устанавливая обязанности работодателя по созданию условий для осуществления деятельности выборного профсоюзного органа (вплоть до предоставления безвозмездно помещений, оргтехники и т.д.).

«Сбалансированное экономическое и социальное развитие требует наличия сильных и независимых (профсоюзных) организаций, которые могут участвовать в процессе развития». Сборник решений Комитета по свободе объединения МОТ.

Триада профсоюзных прав:
1. Право на объединение в профсоюзы.
2. Право на коллективные переговоры и заключение коллективного договора.
3. Право на забастовку.

Н.М. Сенников
Дискриминация по признаку членства в профсоюзе

Право на необъединение означает право человека только по своему личному усмотрению решать целесообразность своего пребывания в каком-либо объединении. *Право на необъединение не содержит в себе право на контр-объединие.* По своей сути, то, что физическое лицо отказывается вступать в какое-то конкретное общественное объединение, но при этом по факту объединяется с иными физическими лицами, означает, что данный человек реализует не негативноре право на объединение, а лишь свободу объединения.

Н.Лютов считает, что работники, не являющиеся членами профсоюза должны иметь право организовывать свои собрания отдельно от членов профсоюза, и также назначать представителей в единый орган для ведения коллективных переговоров.

Ст. 31 ТК РФ способствует реализации профсоюзных прав вне профсоюзной системы поскольку, согласно общепринятому определению, объединение физических лиц по производственному признаку с целью представительства и защиты своих интересов и является профсоюзом.

PR-сопровождение судебных процессов[69]

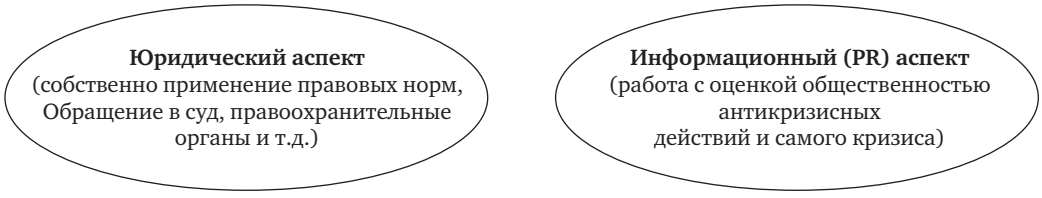
«Добрым словом и пистолетом можно добиться большего, чем только добрым словом,.. или только пистолетом»
Аль Капоне

Дмитрий Жданухин — Генеральный директор Центра развития коллекторства и гуманитарно-правовых технологий, к.ю.н.

Основа для эффективного сопровождения судебных процессов:
Гуманитарно-правовые технологии (PRаво), т.е. синтез юридических и информационных (PR) методов.

Цели судебного PR:
• правомерное воздействие на лиц, участвующих в судебном процессе и общественность для достижения благоприятных для юридической деятельности условий, достижения конечных результатов;
• привлечение внимания к судебному процессу и формирование имиджа успешного юриста.

Аспекты применения правовых норм



• Информационный (PR) аспект в некоторых случаях важнее юридического, т.к. можно выиграть битву, но проиграть войну, т.е. решение суда будет в Вашу пользу, но оно не будет выполнено и/или конечные цели не будут достигнуты.
• Защита трудовых прав — это область, в которой PR-сопровождение является, кроме прочего, проявлением социальной ответственности. Информационно-правовые прецеденты позволяют улучшать ситуацию с соблюдением трудового законодательства в целом.

Варианты взаимодействия права и PR:
Функциональные:
1) PR-освещение юридических процессов (одностороннее информирование или коммуникация с обратной связью). PR-деятельность не влияет на юридическую деятельность.
2) PR-освещение юридических процессов для достижения благоприятных для развития юридической деятельности условий. Право влияет на PR-деятельность, формируя ее цели.

69. По материалам презентации на Конференции

3) Стратегия, в рамках которой используются правовые и PR способы воздействия. Юридическая деятельность может быть подчинена PR-стратегии (т.е. возможна инициация обращений в суд заведомо проигрышных, с юридической точки зрения, но успешных с точки зрения PR).

Организационные:
1) Совмещение функций юриста и ответственного за PR;
2) PR-специалист или отдел в юридической фирм;
3) PR-аутсорсинг;
4) Совмещение указанных вариантов.

Алгоритм планирования PR-сопровождения правоприменительной деятельности:
1) Расширение представления о ситуации, связанной с судебным процессом, т.е. поиск организаций и лиц, интересы которых ситуация затрагивает, выявление систем.
2) Моделирование возможного поведения оппонентов и связанных с ними лиц.

На базе моделирования строится обратная логика — подбор причин-сообщений для оппонентов, других участников судебного процесса и связанных с ними лиц. Желаемое действие представляется как последствие, и к нему создается причина в виде соответствующего юридического и информационного (PR) воздействия.

Схема PR-сопровождения судебного процесса:

Пример информационно-юридического воздействия
(Уведомление о начале PR-сопровождения взыскания)

Центр развития
коллекторства
Генеральный директор
Дмитрий Жданухин, к.ю.н.
Моб. тел. + 7 926 10 10 316
http://corpcollection.ru
corpcollection@gmail.com

Учредителю
ООО «БалтПищеПром»
Кузнецову С.В.

Уважаемый Сергей Владимирович,

Уведомляем Вас что ООО «А.С.Строй» заключило с нашей организацией, помимо договора на оказание коллекторских услуг, соглашение об информационном (PR) сопровождении взыскания задолженности по Договору № 1/01 от 15.09.2004г.

В рамках реализации этого соглашения нами будет произведено распространение информации о сложившейся ситуации в СМИ, а также будут проинформированы различные заинтересованные лица (Ваши партнеры, контрагенты, кредиторы, в том числе филиал Промсвязьбанка и др.) и государственные органы (включая отвечающие за формирование и реализацию Федеральной целевой программы развития Калининградской области на период до 2010 года).

Для того, чтобы избежать необъективности, просим Вас назначить ответственное лицо для комментирования развития событий от имени Вашей организации. О принятом решении в течение трех дней прошу сообщить мне лично по адресу электронной почты corpcollection@gmail.com или телефону для оперативной связи в Москве +7 926 10 10 316

С уважением и надеждой на разрешение конфликтной ситуации с минимальным ущербом для репутации Вашей организации,

Дмитрий Жданухин

Генеральный директор
Центра развития коллекторства,
Кандидат юридических наук

Алгоритм PR-сопровождения юридической деятельности:

1) **Запуск** и юридическое обеспечение **правоприменительного процесса.**
2) **Информационное освещение** юридического процесса: новости в СМИ о совершенных действиях и реакции правоохранительных органов, заинтересованных лиц и т.д. Информационное освещение может иметь как массовый, так и точечный характер, при этом оно помогает привлечь внимание и служит своего рода угрозой для правоприменителей, которые хотели бы «замять» дело.
3) **Научно-консультационное сопровождение** правоприменительной деятельности: заключения ученых по отдельным делам, комментарии специалистов, обучение и т.д. (по сути, это помощь сотрудникам правоохранительных органов, которые действительно могут не знать, как правильно применять ту или иную редкую статью).
4) **Общественная поддержка** через информирование соответствующих общественных организаций о совершенных действиях с предложением присоединиться к информационной кампании при совпадении интересов. Создание виртуальных организаций по данной ситуации.
5) **Сбор и обработка обратной связи:** реакции оппонентов, общественности, правоохранительных органов. Информирование об этой реакции общественности, а также изменение юридической деятельности, если оно оказывается необходимым.

Примечание: П. 3-5 служат основой для информационного освещения юридической деятельности.

Создание системы сообщений вокруг процесса:

- Подготовка пресс-релиза и связанных с ним текстов (сопроводительных писем и т.д.);
- Организация обсуждения в форумах и блогах;
- Тематическая статья (публицистическая или научная);
- Проведение опросов (экспертов, общественных деятелей, запуск слухообразующих опросов) и пресс-конференций;
- Запуск поддерживающих механизмов (специального сайта и т.д.

PR-сопровождение юридической деятельности включает:

- **фон** (постоянные, предупредительные меры);
- **спецпроекты.**

Пример проекта взаимодействия с государственными органами «Долги в строительстве»

Центр развития коллекторства и МОО «Справедливость» начинают подготовку пресс-конференции «Долги в строительстве», с которой стартует реализация проекта, направленного на улучшение ситуации с взысканием задолженности в отдельно взятой отрасли.

Проект включает в себя: выявление и оценку проблемной задолженности в строительном бизнесе, создание соответствующего реестра, на основе которого будет проводиться исследовательская и консультационная работа, организацию публичных мероприятий (пресс-конференций, практических семинаров и т.д.), способствующих защите прав кредиторов.

Цели пресс-конференции:

1. Привлечение внимания к системным последствиям недобросовестности в строительном бизнесе: цепочке неплатежей, проблемам с дольщиками, рейдерским захватам и т.д. Мониторинг тенденций в этой сфере

2. Демонстрация возможностей для повышения эффективности взыскания задолженности: использование законных репутационных угроз, создание реестра недобросовестных контрагентов, совершенствование правоприменительной практики и т.д.

3. Организация эффективного взаимодействия бизнеса, власти и общественности для решения проблемы недобросовестности в строительном бизнесе.

Дмитрий Жданухин
PR-сопровождение судебных процессов

Настоящий проект появился как реакция на большое количество обращений граждан и организаций, свидетельствующее о том, что надо искать новые эффективные способы решения проблемы задолженности. С другой стороны, имеются случаи злоупотребления наличием задолженности, например, в рамках рейдерских захватов, что обуславливает жесткую юридическую и фактическую экспертиза долгов, включаемых в реестр. Поэтому в рамках проекта в настоящее время создан экспертный пул юридических компаний и адвокатов, способных оценить обоснованность тех или иных долговых требований.

Основные моменты для эффективного гуманитарно-правового разрешения кризиса:

- Предварительное составление программ PR-сопровождения судебных процессов. Разработка сценариев, подготовка шаблонов юридических и PR документов.
- Поиск союзников. Выстраивание партнерских отношений с различными государственными органами, общественными организациями, бизнес-объединениями (в том числе зарубежными, ЕСПЧ и т.д.). Запуск долгосрочных экспертных программ.

«Умелым в нападении мы назовем того, чей противник не знает, что ему защищать, а умелым в защите — того, чей противник не знает, на что ему нападать».

Сунь Цзы «Искусство войны»

Переговоры в интересах работника: практический опыт

Однажды вести переговоры приходится любому юристу. Ведь инициатива разрешить спора в досудебном порядке может исходить от другой стороны или от суда.

Отказываться от предлагаемых в ходе судебного разбирательства переговоров нецелесообразно: имидж стороны, нежелающей договариваться, в глазах суда портиться. Если Вам предлагают участвовать в переговорах, то в любом случае стоит выслушать предложения другой стороны и в случае несогласия с ними отклонить с обоснованием причин.

Галина Енютина — юрист Центра социально-трудовых прав, член НП «Юристы за трудовые права»

В деловой среде все больше проявляется спрос на альтернативные судебным способы разрешения конфликтов. Это касается дел, вытекающих из трудовых отношений, причем как индивидуальных, так и коллективных трудовых споров.

Поэтому навык участия в переговорах становится все более необходимой компетенцией юриста.

Мы в Центре социально-трудовых прав стали заниматься переговорами относительно недавно, с 2006 года.

У меня и у моих коллег и ранее был опыт участия в переговорах, однако ранее мы больше участвовали в переговорах, инициированных другими участниками конфликтов. А теперь мы видим медиацию в трудовых спорах отдельным направлением своей деятельности.

Что нас побудило осознанно развивать переговорные практики?

Во-первых, высокие издержки судебных разбирательств. Для того чтобы решиться на судебную защиту, нужны большие ресурсы: временные (назначив суд, судья может его отложить, а в этот день мы уже не можем планировать другие дела) и финансовые (вести даже интересные дела всех желающих мы не можем, а себестоимость участия юриста в суде и соответственно цена услуги высоки, особенно для граждан, которые уволены). Получается, что быстро рассматриваются только арбитражные споры, и платить за них могут только успешные профсоюзы.

Во-вторых, среди наших клиентов стали появляться люди, которые не хотят судиться.

В-третьих, субъективные причины. Мы — небольшая организация, а московские суды по-прежнему волокитные и необязательные. Состязательность в них по-прежнему отсутствует. Кроме того, по трудовым делам, где большая часть доказательств находится у ответчика, труднее оценить перспективы судебного разбирательства. И это обстоятельство, кстати, очень хорошо влияет на готовность некоторых работодателей договариваться. И мы, и корпоративные юристы в этом вопросе часто сходятся во мнении о том, что трудовой спор трудно предсказуем.

Обдумывая все эти моменты, мы решили пробовать по каждому спору сначала провести переговоры.

Мы оценивали ситуации, с которыми к нам приходили клиенты и, если полагали, что работник прав, писали руководству организации письмо с предложением встретиться на переговорах и обсудить конфликт. Иногда в письме мы просто просили устранить нарушения, если речь шла об очевидных вопросах применения Трудового Кодекса РФ.

Хочу обратить внимание на один нюанс, который здесь очень важен и принципиален. Мы писали не гневные и злобные письма, а письма, объясняющие, почему ситуация выглядит с точки зрения закона нехорошо, и просили о переговорах.

Мне думается, что если бы мы писали письма о вопиющих нарушениях прав и свобод человека и настойчиво требовали работодателю немедленно устранить нарушения, то нам бы вряд ли ответили.

Напротив, мы писали, что верим, что работодатель не намеренно нарушает закон, и что мы сможем найти варианты решения спорной ситуации.

Это важно, потому что если на Ваше письмо откликнулись, то считайте, что 50% дела сделано. Это значит, что с Вами готовы обсуждать проблему и готовы на определенные компромиссы — большие или маленькие.

Были у нас и клиенты-работники, которые стремились уклониться от переговоров, а просили скорее «засудить» работодателя. Мы не «велись» на их настойчивые требования, поскольку после первых успехов на переговорах мы поняли, насколько это более легкое и эффективное средство по сравнению с судами. И мы не хотели быть орудием в руках таких клиентов. Нам уже больше хотелось выработать механизмы, которые наши коллеги, а также адвокаты и другие заинтересованные люди могли бы использовать в трудовых спорах.

По итогам года мы поняли: более чем в 50% конфликтных ситуаций, по которым мы пробовали вести переговоры, нам удалось договориться.

Бывали случаи, когда дело даже не доходило до переговоров, а работодатель после получения письма не хотел развивать конфликт и находил какое-либо решение.

Например, к нам обратились два молодых человека, проходившие альтернативную гражданскую службу в цирке. Их заставляли работать сверхурочно, не соблюдали правила техники безопасности и подвергали моббингу. Причем моббинг был скорее не умышленный, а вызванный определенной субкультурой цирковой среды, отталкивающей иной образ работы, нежели принят у цирковых артистов. Например, на вопросы ребят относительно графика в отделе кадров отвечали: «В цирке живут».

Мы написали два письма с предложением о переговорах. В результате в цирке решили, что нет смысла продолжать конфликт, и перевели ребят на службу в другое учреждение в другую область — туда, куда они и хотели.

Чаще всего работодатели, готовые договариваться, делают это до суда. Однако недавно мы завершили суд переговорами, думая уже, что переговоры не удались и что нам вряд ли удастся вернуться к этой стадии.

Теперь о главных впечатлениях от переговоров и о моментах, которые, на мой взгляд, важны.

Мы никогда не прибегаем к шантажу, т.е. не говорим: «Выкладывайте столько-то тысяч или сотен тысяч и мы готовы отказаться от своих требований». Нам кажется, что такие действия некорректны. Мы стараемся всегда обосновывать свои требования, в том числе с помощью расчетов, которые показываем другой стороне. Например, если речь идет о компенсации за увольнение, а накануне лето, мы говорим работодателю, допустим, следующее: сейчас июнь, и если наш доверитель уволится по соглашению сторон, то летом он вряд ли сможет найти работу, т.к. на рынке труда «мертвый» сезон, люди, принимающие решения, в отпусках, поэтому мы просим компенсацию, на которую человек мог бы жить, подыскивая себе работу.

Если Вы ведете переговоры о компенсациях, то работодатель должен всегда понимать, за что он платит. Наш опыт показывает, что просто так никто не готов

платить деньги. Необходим товар, который у Вас покупают.

Приведу пример. У нас на сайте www.trudprava.ru есть интернет-консультация, где мы отвечаем на вопросы. Нам пишет одна женщина: «Работаю PR-менеджером в рекламном агентстве. Руководство хочет меня уволить. Я тоже хочу уволиться, но только с компенсацией. Пришла и сказала об этом начальству, и мне отказались платить компенсацию. Посоветуйте что делать!» Я не люблю такой совет типа «надо было раньше обратиться к специалисту», но это один из немногих случаев, когда трудно сказать что-то иное.

Мой прогноз: эта женщина вряд ли уволится с компенсацией, поскольку работодателю у нее нечего покупать. Ее намерение и намерение работодателя совпадают. За что платить? Поэтому важно, общаясь с клиентом, понять, что он уже успел «сделать» до того как обратился к Вам. Например, если бы сотрудница рекламного агентства не хотела увольняться, искренне любила свою работу и не готова была бы с ней просто так расстаться, у нее можно было бы купить готовность уволиться и за это заплатить ей компенсацию, т.е. компенсировать то, что она пойдет навстречу работодателю, примет это решение против своей воли.

Ну и напоследок про открытие. Расскажу о своем главном открытии, которое я осознала лишь после того, как мы стали регулярно заниматься переговорами.

Раньше я думала, что для работодателей главный вопрос — деньги. Я думала, что для работодателя лучше как можно меньше заплатить работнику компенсаций, как можно меньше понести материальных затрат. Однако очень скоро поняла, что ошибаюсь. Для работодателей самое главное — время. Время избавления от конфликтного и нелояльного работника! А таковыми они считают тех, кто пытается высказать свое недовольство. Я не говорю поголовно обо всех работодателях, но тенденция мне стала очевидной. Если работник говорит: «Не надо компенсаций, я хочу два месяца работать», то труднее договориться о работе, чем о деньгах. Это не значит, что не надо пробовать договариваться о работе, но убедить заплатить деньги гораздо легче, чем убедить дать работнику возможность не увольняться быстро. Корпоративная среда очень не толерантна, и заражение коллег вирусом нелояльности — главное опасение работодателя.

Поэтому те переговоры, на которых удалось договориться о том, что сотрудник будет продолжать работать, — очень ценные переговоры в профессиональном смысле, они запоминаются.

Мне представляется, что тема переговоров очень многогранна; есть любопытные вопросы стратегии переговоров, отношений с доверителями и т.п. Они, скорее всего, будут часто возникать, поскольку спрос на медиацию в трудовых конфликтах растет.

Практика ЕСПЧ о нарушении права на справедливое судебное разбирательство в 2007 году

И.В. Сиволдаев — юрист Общественной приемной при Уполномоченном по правам человека в РФ в Воронежской области, член НП «Юристы за трудовые права»

В 2007 году против России было принято 192 постановления (всего ЕСПЧ принял 1503 постановления, в том числе против Турции 331, Польши 111, Украины 109)[69]. В 129 постановлениях против России установлено нарушение права на справедливое судебное разбирательство, гарантированного статьей 6 Европейской конвенции о защите прав человек и основных свобод, в 10 случаях с жертвами нарушения статьи 6 заключены мировые соглашения с выплатой компенсации в размере от 1500 до 3000 евро. Выявленные нарушения можно классифицировать следующим образом.

Неразумные сроки исполнения решения суда

В 64 случаях (каждое третье постановление) Европейский Суд устанавливал нарушение п. 1 ст. 6 Европейской конвенции из-за неразумных сроков исполнения судебных решений государственными органами — должниками. Максимальный размер компенсации морального вреда составил 4900 евро по делу Беляев против России (постановление от 25.01.2007 г. по жалобе № 24620/02). Ему, инвалиду ЧАЭС из г. Тамбова, еще присуждено 16.879,91 руб. за материальный ущерб, 6.412,20 руб. за судебные издержки. Суд установил нарушение ст. 6 п. 1, ст. 13 Конвенции и ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции за длительное (около 7 лет 8 месяцев) неисполнение решения суда, вынесенного в пользу заявителя (по выплате возмещения вреда здоровью и предоставлению автомобиля «Ока»). По делам о неисполнении решений судов о выплате индексации несвоевременно выплаченных пенсии максимальный размер компенсации морального вреда составил 3.900 евро. Так, по делу Араповы против России (жалоба № 16115/06 постановление от 29.11.2007 г.) первому заявителю присуждено 7.800 евро, из которых лично ему причитается 3.900 евро и 3.900 евро — второму заявителю. Однако поскольку второй заявитель (супруга) умер, причитающаяся умершей жене сумма (3900 евро) была присуждена ее вдовцу, тоже заявителю по этому делу. Длительность неисполнения решения Советского районного суда Воронежа о взыскании 977,50 руб. одному заявителю и 1117,61 второму заявителю с Собеса составила более 5 лет.

Особенно интересно постановление по делу ООО ПКГ «Сиб-ЮКАСС» против России (жалоба № 34283/05, постановление от 08.11.2007 г.). Этой промышленно-коммерческой группе, зарегистрированной в Иркутске, присуждено за материальный ущерб 253.560 евро, 10.000 евро за длительное неисполнение решения суда (5 лет 11 мес.), вынесенное в пользу другой компании, долг которой купила компания-заявитель.

Отмена решений суда, нарушающая принцип правовой определенности

Суд признал нарушение п. 1 ст.6 Конвенции и ст. 1 протокола № 1 в случае

69. Мы впереди планеты всей. http://www.hro1.org/node/954

отмены в порядке надзора вступивших в законную силу судебных решений: по старому ГПК РСФСР — в десяти случаях, по новому ГПК РФ — в шестнадцати случаях, по вновь открывшимся обстоятельствам — в трех случаях. Также в одном случае было признано нарушение при отмене оправдательного приговора и направлении дела на доследование — в деле Радчиков против России (жалоба № 65582/01, постановление от 24.05.2007 г.). В этом деле гражданин из Москвы, инвалид Афганистана 1-й группы без обеих ног, отставной полковник ВДВ, умер после подачи жалобы в ЕСПЧ, но его дело продолжила дочь. Решением ЕСПЧ ей было присуждено 2.000 евро компенсации за моральный вред и 300 евро за судебные издержки.

Наибольшую компенсацию морального вреда в размере 4.300 евро за нарушение ст. 6 п. 1 Конвенции и ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции за длительное неисполнение решение суда в пользу заявителя (1 год и 4 мес.) и за последующую его отмену Президиумом Ростовского облсуда в порядке надзора (отменена присужденная задолженность по пенсии в связи с 25% повышением окладов по приказу Министра обороны действующим военным) на основании норм нового ГПК РФ, получил военный пенсионер из г. Новочеркасска Ростовской области Звездин (жалоба № 25448/06, постановление от 14.06.2007 г.). Кроме того, ему присуждено 238.472,47 руб. за материальный ущерб.

Пенсионерка Булгакова из г. Новосибирск (жалоба № 69524/01, постановление от 18.01.2007 г.) признана жертвой нарушения ст.6 и ст.1 Протокола № 1 ввиду того, что вступившее в силу решение суда о выплате пенсии с ИКП 0,7 было пересмотрено (отменено) по так называемым «вновь открывшимся обстоятельствам».

Неразумный срок судебного разбирательства

Рассмотрено и вынесены решения по 11 случаям, из них шесть по уголовным делам и пять по гражданским.

Так, пенсионеру Шейдерман из деревни Кресты Тульской области (жалоба № 36045/02, постановление от 11.01.2007 г.) присуждено 6.200 евро за моральный вред, т.к. суд установил нарушение ст. 6 п. 1 и ст. 13 Конвенции за неразумный срок судебного разбирательства по пенсионному делу (7 лет и 9 мес., срок считался после вступления в силу для России Европейской конвенции).

Трудинспектору Зементовой из х. Лопатинский Московской области (жалоба № 942/02, постановление от 27.09.2007 г.) присуждено за моральный вред 3.000 евро, так как следствие и судебное разбирательство о привлечении ее к уголовной ответственности шло 6 лет, 2 месяца и 11 дней.

ЕСПЧ установил в отношении жителя Московской области Говорушко (жалоба № 42940/06), и петербуржца Коршунова (жалоба № 38971/06, постановления от 25.10.2007 г.) нарушения не только ст. 6 п. 1, но и ст. 5 п. 3 и 4 Конвенции за длительность содержания их под стражей до суда, отсутствие реального права на компенсацию за нарушение права на судебное разбирательство в разумный срок или освобождение из под стражи в период судебного разбирательства, длительность уголовного следствия по их делам.

Заявитель Владимир Соловьев из Екатеринбурга (жалоба № 2708/02, постановление от 24.05.2007 г.) признан жертвой нарушения ст. 5 п. 1 (с), п. 3, 4 и ст. 6 п. 1 Конвенции за незаконное содержание под стражей, чрезмерную длительность содержания под стражей, отказ властей провести эффективное расследование незаконного содержания под стражей и неразумный срок судебного разби-

рательства по уголовному делу. Ему присуждено 15.000 евро за моральный вред, 780 евро за судебные издержки.

Гражданину из г. Новосибирск Городничеву (жалоба № 52058/99, постановление от 24.05.2007 г.) присуждено 10.000 евро за моральный вред за нарушение ст. 3 и ст. 6 п. 1 Конвенции (нечеловеческие условия содержания под стражей и неразумный срок судебного разбирательства).

Гражданин Сидоренко из г. Ростов-на-Дону (жалоба № 4459/03, постановление от 08.03.2007 г.) признан жертвой нарушения ст. 6 п. 1 и ст. 13 Конвенции ввиду длительного судебного разбирательства и процедуры расследования по уголовному делу, возбужденному в отношении заявителя, и ввиду отсутствия у него эффективных средств правовой защиты против этой длительности.

Неизвещение о судебном разбирательстве

В трех случаях установлено нарушение п. 1 ст. 6 Конвенции из-за невозможности участвовать в судебном разбирательстве из-за отсутствия надлежащего извещения.

Так, гражданин Стадухин со Ставропольского края (жалоба № 6857/02, постановление от 18.10.2007 г.) по вине судебных властей был лишен возможности участвовать в кассационном слушании дела, ему присуждено за моральный вред 1.000 евро, за судебные издержки 19 евро.

Москвич Загородников, обманутый вкладчик (жалоба № 66941/01, постановление от 07.06.2007 г.) был лишен возможности участвовать в публичном судебном заседании в арбитражном суде. Ему присуждено 1.000 евро за моральный вред, 500 евро за судебные издержки. Гражданка Прокопенко из г. Электросталь (жалоба № 8630/03, постановление от 03.05.2007 г.) была ненадлежаще извещена Московским областным судом о кассационном слушании ее дела, ей присуждено 1.000 евро за моральный вред, 2.481 руб. за судебные издержки.

Нарушение права на подачу жалобы в Европейский Суд

В двух случаях установлено нарушение ст. 34 Конвенции.

В деле Князева из г. Крымск Краснодарского края (жалоба № 25948/05, постановление от 08.11.2007 г.) ничего не присуждено ввиду того, что, по мнению Европейского Суда, установление факта нарушения Конвенции (т.е. того, что тюремные власти, где он отбывал срок, насильно заставили его написать заявление о том, что он якобы отзывает свою жалобу из Европейского Суда), само по себе составит для этого заявителя достаточно справедливую компенсацию.

В деле Лебедева, бывшего топ-менеджера «ЮКОСа» отбывающего наказание в Ямало-Ненецком округе (жалоба № 4493/04, постановление от 25.10.2007 г.) присуждено 3.000 евро компенсации за моральный вред, 7.000 евро за судебные издержки за нарушение п. 1, 3, 4 ст. 5 и ст. 34 Конвенции за незаконное содержание под стражей и нарушение права на подачу жалобы в Европейский Суд в связи с невозможностью из-за действий тюремных властей на протяжении трех недель встретиться со своим адвокатом.

Иные нарушения

Гражданину Дунаеву из Тульской области (жалоба № 70142/01, постановление от 24.05.2007 г.) присуждено 2.000 евро за моральный вред, 1.570,54 руб. за нарушение ст. 6 п. 1 Конвенции за то, что после того как он сдал предвари-

тельную кассационную жалобу у него отказались принять кассационную жалобу в окончательной форме.

Гражданину Ковалеву из г. Аксай Ростовской области (жалоба № 78145/01, постановление от 10.05.2007 г.) присуждено 2.000 евро за моральный вред за нарушение ст. 6 п. 1 Конвенции за невозможность присутствия заявителя в суде первой и кассационной инстанции по гражданскому делу, в то время как сам он был в заключении.

Гражданину Хамидову из деревни Братское, Надтеречного района Чечни (жалоба № 72118/01, постановление от 15.11.2007 г.) присуждено за моральный вред 15.000 евро, за материальный ущерб 157.000 евро, за судебные издержки 3.385 евро за нарушение ст. 6, 8 Конвенции и ст. 1 Протокола № 1 за оккупацию и последующее уничтожение его дома федеральными силами, невозможность доступа к суду, и длительное неисполнение решения суда.

Журналисту Красуля из г. Ставрополь (жалоба № 12365/03, постановление от 22.02.2007 г.) присуждено 4.000 евро за моральный вред за нарушение ст. 6 п. 1 и ст. 10 Конвенции за то, что, будучи редактором газеты, покритиковал губернатора края Черногорова, а за это, по наущению губернатора, против него возбудили уголовное дело, и он был условно осужден на 1 год.

Гражданке Татишвили (жалоба № 1509/02, постановление от 22.02.2007 г.) из г. Москва присуждено 3.000 евро за моральный вред, 15 евро за материальный ущерб, 2.500 евро за судебные издержки за нарушение ст. 6 п. 1 Конвенции и ст. 2 Протокола № 4 за то, что власти РФ произвольно отказали ей в регистрации по выбранному ею месту жительства, а районный суд вынес необоснованное решение об отказе, и кассационная инстанция Мосгорсуда утвердила это решение также без всяких мотиваций и не дав никакой оценки доводам кассационной жалобы заявителя.

Гражданину Горбачеву из г. Алексин Тульской области (жалоба № 3354/02, постановление от 15.02.2007 г.) присуждено 2.000 евро за моральный вред и 20 евро за судебные издержки за нарушение ст. 6 п. 1 Конвенции, выразившиеся в том, что определение суда о прекращении производства по делу по его иску было не обоснованным и не было ему выслано надлежащим образом, а также в связи с тем, что его иск о клевете не был рассмотрен властями по существу.

Свидетели Иеговы Кузнецов и другие (всего 103 заявителя) из г. Челябинска (жалоба № 184/02, постановление от 11.01.2007 г.) признаны жертвами нарушения ст. 9 и ст. 6 Конвенции за притеснения по религиозным убеждениям и за несправедливое судебное разбирательство (предвзятый судья, процессуальное неравенство сторон по делу и отказ суда оценивать доказательства заявителей), им присуждено 30.200 евро за моральный вред, 60.544 евро за судебные издержки.

Гражданину Таджикистана Насруллоеву (жалоба № 656/06, постановление от 11.10.2007 г.) присуждено за моральный вред 40.000 евро, за судебные издержки 1.400 евро за нарушение п. 1 (f) и п. 4 ст. 5 Конвенции за незаконное содержание под стражей при процедуре экстрадиции и отсутствие возможности судебного обжалования этого содержания под стражей.

Москвич Игнатов (жалоба № 27193/02, постановление от 24.05.2007 г.) признан жертвой нарушения п. 1, 3, 4 ст. 5 Конвенции за незаконное содержание под стражей, чрезмерную длительность содержания под стражей, и чрезмерную длительность рассмотрения его жалоб о незаконности содержания под стражей.

Очень важное постановление ЕСПЧ принял 27.01.2008 г. по жалобе Рякиба

Бирюкова из Тольятти о нарушении принципа гласности судебного разбирательства, необходимости публичного оглашения и доступности судебных постановлений общественности.

ПРАКТИКА ЕСПЧ ПО ЖАЛОБАМ ИЗ ВОРОНЕЖСКОЙ ОБЛАСТИ

Воронежская область занимает первое место среди других регионов России по количеству дел, выигранных в Европейском Суде по правам человека.

Так, на 24 апреля 2008 года из 453 постановлений против России 60 постановлений было вынесено по воронежским жалобам (среди них есть постановление от 28.06.2007 г. Сиволдаева против России — по жалобе жены автора настоящей статьи). Из 55 постановлений ЕСПЧ, принятых в этом году, восемь вынесены по воронежским жалобам. Соответственно 14 постановлений принято в 2005 году, 18 — в 2006 году, 20 — в 2007 году. Таким образом, практически каждая седьмая или восьмая выигранная в Европейской Суде по правам человека жалоба была направлена из Воронежской области.

Среди воронежских рекордов стоит отметить, что самым старшим из россиян, выигравших дело в Европейском Суде по правам человека является 98-летняя Матрена Федоровна Полупанова из Нововоронежа, 1908 года рождения, которой 13.07.2006 г. по жалобе № 21447/04 ЕСПЧ присудил 2.400 евро за моральный вред и 7.346,54 руб. материальный ущерб за то, что вынесенное в ее пользу судебное решение о взыскании невыплаченной пенсии не исполнялось 4 года и 3 месяца.

Буквально на днях ЕСПЧ коммуницировал аналогичную жалобу Фиры Борисовны Ракитиной 1912 года рождения, а 21.09.2006 г. ЕСПЧ принял решение о прекращении рассмотрения жалобы Сухоруких Пелагеи Андреевны, 1913 года рождения, в связи с достижением мирового соглашения, по которому местные органы соцзащиты заплатили ей 20651 руб. 22 коп. в качестве компенсации причиненного вреда.

Первое место среди дел по жалобам из Воронежской области занимают дела, связанные с нарушением права на справедливое судебное разбирательство, гарантированного ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Это следующие категории дел.

- Жалобы из-за неразумных сроков исполнения судебных решений (88% от всех постановлений). По таким делам ЕСПЧ признает также нарушение ст. 1 протокола № 1 к Конвенции «защита собственности».
- Жалобы из-за неразумных сроков судебного разбирательства (жалоба Фалимонова, постановление от 25.03.2008 г.; жалоба Савенко, постановление от 14.06.2007 г.; жалоба Ольшанникова, постановление от 29.06.2006 г. В двух последних случаях установлено нарушение также статьи 13 «Право на эффективное средство правовой защиты».
- Жалобы из-за отмены судебных решений в порядке надзора с нарушением принципа правовой определенности (дела по жалобам Стеценко и Стеценко, постановление от 05.10.2006 г.; жалоба Чеботарева, постановление от 22.06.2006 г. Однако есть и дела, связанные с нарушением других статей Конвенции.
- Статья 2 («право на жизнь»). По жалобе Трубникова (постановление от 05.07.2005 г.) присуждено 8000 евро компенсации морального вреда, 2315 евро в качестве компенсации судебных издержек. Еще 685 евро ЕСПЧ выплатил юристу заявителя в порядке юридической помощи согласно главы X Регламента ЕСПЧ в связи с тем, что сын заявителя был обнаружен мертвым в штрафном изоляторе колонии, в которой он отбывал свое наказание.

• Статья 5, часть 4 («право на свободу и личную неприкосновенность»). По жалобе Беднова (постановление от 01.06.2006 г.) присуждено 2000 евро компенсации морального вреда за длительное нерассмотрение судами жалобы заявителя на законность его содержания под стражей.

• Сстатья 4 протокола № 7 («право не быть судимым или наказанным дважды»). По жалобе Сергея Золотухина присуждено 1500 евро за моральный вред и 1000 евро за судебные издержки за то, что он сначала был наказан за мелкое хулиганство, а потом его за это же судили в порядке уголовного судопроизводства. Данное постановление не вступило в силу, так как по просьбе российских властей дело передано в Большую палату ЕСПЧ. 26.03.2008 г. состоялось слушание дела, видеозапись которого можно посмотреть на сайте ЕСПЧ.

Особенностью жалоб из Воронежской области является то, что жалобы, как правило, подаются сразу несколькими заявителями. По делу Алехина и другие фигурируют 58 заявителей; по делу Агибалова и другие — 46 заявителей (см. постановления от 13.04.2006 г.); по делу Шестопалова и другие — 38 заявителей; по делу Корчагина и другие — 6 заявителей; по делу Михайлова и другие — 4 заявителя; по делу Корчагина и другие — 3 заявителя (см. постановления от 17.11.2005 г.); по делу Макарова и другие — 3 заявителя; по делу Плотниковы — 2 заявителя (см. постановления от 24.02.2005 г.); по делу Чернышов и другие — 12 заявителей (см. постановление от 28.09.2006 г.); по делу Васильев и другие — 7 заявителей (см. постановление от 29.06.2006 г.); по делу Зверев и другие — 3 заявителя (см. постановление от 19.07.2007 г.); по делу Агапонова и другие — 3 заявителя (см. постановление от 07.02.2008 г.); по делам Глебов и Глебова, Араповы (постановления от 29.11.2007 г.), по делу Козьякова и Гуреев (постановление от 26.04.2007 г.); по делу Стеценко и Стеценко — по 2 заявителя. Таким образом, общее количество воронежцев, в отношении которых вынесены положительные постановления ЕСПЧ, составляет 237 человек, и это не считая тех, с кем заключены мировые соглашения. Например, с инвалидом — ликвидатором аварии на ЧАЭС Раисой Николаевной Варфаломеевой 14.01.2008 заключено мировое соглашение (см. решение ЕСПЧ от 29.04.2008 г.) на условии выплаты ей 5000 евро за неразумные сроки исполнения судебных решений по компенсациям возмещения вреда здоровья.

Еще одной особенностью рассматриваемых жалоб воронежцев является то, что в 12 постановлениях ЕСПЧ констатировал факт неисполнения судебного решения даже на момент вынесения постановления ЕСПЧ. В связи с этим ЕСПЧ в резолютивной части постановления указывал на обязанность России исполнить неисполненные решения суда в трехмесячный срок (см. постановления по жалобе Агибаловой и других, Алехиной и других от 13.04.2006 г., Казминой от 15.06.2006 г., Чернышова и 11 других от 28.09.2006 г., Кривонос от 06.12.2007 г., Александра Жукова от 20.12.2007 г., Смородиновой от 17.01.2008 г., Лесновой от 24.01.2008 г., Агопоновой и других, Черкашина от 07.02.2008, Денисова и Курьянова от 06.03.2008 г.).

Самым быстро рассмотренным делом является дело по жалобе Козьяковой и Гуреева. Дело рассмотрено за 1 год и 1 месяц. Жалоба направлена в ЕСПЧ 10.03.2006 г., 22.06.2006 г. коммуницирована, 29.03.2007 г. состоялось судебное заседание, а 26.04.2007 г. обнародовано постановление. Особенностью этого дела было то, что Гуреев умер 01.01.2007 г.; его дочь сразу же известила об этом факте ЕСПЧ и попросила признать ее процессуальным правопреемником.

Без лишних формальностей (без ожидания шестимесячного срока на вступление в наследство) ЕСПЧ установил нарушение прав Гуреева и присудил выплатить компенсацию причиненного вреда его дочери.

Что касается размера компенсаций причиненного вреда, то сначала размер компенсаций составлял 1200, 1500 евро за неразумные сроки исполнения судебных решений о выплате индексации несвоевременно выплаченной пенсии. Потом ЕСЧП стал увеличивать размеры компенсаций до 2000, 2400, 2700, 3000 евро и, наконец, установил компенсацию в размере 3900 евро (см. постановление от 02.11.2006 г. по жалобе Казарцева, постановление от 29.11.2007 по жалобе Березкиной, Араповых, постановление от 20.12.2007 г. по жалобе Александра Жукова). Что касается дел, связанных с неисполнением решений по выплатам ежемесячных детских пособий с индексацией, то сначала складывалась практика вынесения постановлений, в которых сам факт установления нарушения прав рассматривался как достаточная компенсация причиненного вреда (см. постановления от 24.02.2005 г., 17.11.2005 г.). Но в постановлениях, опубликованных 01.02.2007 г., ЕСПЧ изменил свою точку зрения, так как заявителям удалось доказать, что для малообеспеченных семей детские пособия были существенной частью семейного бюджета, и ЕСПЧ стал присуждать компенсацию морального вреда в размере 3.000 евро. Самый большой размер компенсации морального вреда — 4500 евро — получил инвалид-чернобылец Чебатарев за длительное неисполнение ряда решений судов, а также за отмену в надзорном порядке вступившего в силу решения суда, вынесенного в пользу заявителя.

РЕКОМЕНДАЦИИ
ВТОРОЙ КОНФЕРЕНЦИИ АССОЦИАЦИИ
«ЮРИСТЫ ЗА ТРУДОВЫЕ ПРАВА»

Санкт-Петербург, 25-26 апреля 2008 года

Относительно необходимости изменения законодательства о запрещении дискриминации в сфере труда

Мы, участники Второй конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права», подробно обсудили проблему распространенности дискриминации в сфере трудовых отношений и возможностей правовой защиты людей, столкнувшихся с дискриминацией.

Мы пришли к выводу, что существующее в настоящее время законодательство в области запрета дискриминации в трудовых отношениях и защиты от дискриминации является недостаточным для того, чтобы обеспечить реальную и эффективную защиту работников, сталкивающихся с дискриминацией, и не содержит действенных и эффективных механизмов защиты прав и интересов дискриминируемых работников.

Мы обсудили и поддержали следующие рекомендации по совершенствованию действующего законодательства с целью более последовательной реализации установленного в Конституции РФ и Трудовом кодексе РФ запрета дискриминации в трудовых отношениях:

1. Внести в законодательство (Трудовой кодекс РФ, и /или Кодекс РФ об административных правонарушениях, и /или Закон РФ «О занятости населения в Российской Федерации») запрет публикации объявлений о вакансиях, содержащих дискриминационные требования. В настоящее время привлечение к ответственности должно осуществляться за нарушение законодательства о труде и об охране труда по ст.5.27 Кодекса РФ об административных правонарушениях. Вместе с тем более эффективно могла бы действовать специальная норма, предусматривающая административную ответственность в отношении как подателей, так и распространителей объявлений о вакансиях с указанием дискриминационные требования.

Необходимо вернуть функцию привлечения к административной ответственности органам Государственной инспекции труда, которые Федеральным законом от 30 июня 2006 года №90-ФЗ были лишены полномочий в области контроля за соблюдением запрета дискриминации и привлечения к ответственности за соответствующие нарушения.

2. Установить в Трудовом кодексе Российской Федерации специальные способы защиты прав лиц, считающих, что они подверглись дискриминации, обращающихся с иском в суд, аналогично тому, как это сделано в отношении отдельных видов индивидуальных трудовых споров.

Такое регулирование возможно путем внесения изменений в ст. 3 и/ или ст. 394 ТК РФ, либо путем введения в Трудовой кодекс Российской Федерации отдельной

статьи, посвященной способам защиты от дискриминации. Это вызвано тем, что в настоящее время является неочевидным вопрос о том, какие именно требования может предъявлять работник, подвергшийся дискриминации, например, при обжаловании отказа в приеме на работу.

3. Разработать и внести для принятия Государственной Думой Российской Федерации проект закона «О запрещении дискриминации в сфере труда» (рабочее название, которое может быть скорректировано в процессе разработки), который бы подробным образом регулировал понятие дискриминации применительно к сфере трудовых отношений, описывал бы конкретные формы дискриминации, запрещенные законодательством, устанавливал бы простые и эффективные механизмы внесудебной защиты от дискриминации. Регулирование этих вопросов специальным законом будет способствовать также формированию более глубокого понимания и осознания проблем в области дискриминации, которые в настоящее время не рассматриваются как проблемы в силу недостаточного уровня осведомленности общества о содержании, формах, распространенности дискриминации в сфере труда.

Рекомендации
Относительно необходимости изменения законодательства о запрещении дискриминации в сфере труда

4. Исключить из Трудового кодекса Российской Федерации норму о возможности заключения срочных трудовых договоров по соглашению сторон с пенсионерами по возрасту, как создающую базу для дискриминации по возрастному признаку.

5. Закрепить в ТК правило о том, что работник вправе требовать устранения дискриминационных проявлений вне зависимости от того, осознавал ли работодатель дискриминационные последствия своих действий или бездействия.

6. Внести в ГПК норму о неподсудности мировым судьям трудовых споров, связанных с дискриминацией работника.

От имени и по поручению участников Второй конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права», члены Совета НП «Юристы за трудовые права»:

Герасимова Е.С., к.ю.н., председатель Совета Ассоциации, директор Центра социально-трудовых прав (Москва)
Бабич О., юрисконсульт ФПАД России, заместитель председателя Федерации профсоюзов России (Москва)
Гончарова Е.Ю., директор Центра профсоюзного обучения (Екатеринбург)
Капорин А., ведущий юрисконсульт СПб ОО «Эгида» (Санкт-Петербург)
Крылова О.С., юрист Центра социально-трудовых прав (Москва)
Сенников Н.М., к.ю.н., начальник юридической службы МПРС (Санкт-Петербург)
Сиволдаев И., юрист Общественной приемной при Уполномоченном по правам человека в РФ в Воронежской области
Тихомирова Т., юрист Профсоюза летного состава АК «Сибирь» (Новосибирск)
Хорошун Е., директор Юридического центра «Антей» (Владивосток)
Шарифуллина Р.С, президент СПб ОО «Петербургская Эгида» (Санкт-Петербург)

РЕКОМЕНДАЦИИ
ВТОРОЙ КОНФЕРЕНЦИИ АССОЦИАЦИИ
«ЮРИСТЫ ЗА ТРУДОВЫЕ ПРАВА»
Санкт-Петербург, 25-26 апреля 2008 года

Относительно необходимости либерализации законодательства о забастовках

Мы, участники Второй конференции юристов Ассоциации «Юристы за трудовые права», обсудили проблемы, возникающие при разрешении коллективных трудовых споров и организации и проведении забастовок.

Для нас как для юристов, представляющих интересы профсоюзов и работников, в том числе в процессе подготовки к коллективным трудовым спорам, в ходе их разрешения, а также по делам о признании забастовок незаконными, очевидно, что действующее законодательство является чрезвычайно ограничительным, делает очень сложным, а во многих случаях — абсолютно невозможным выдвижение работниками и профсоюзами требований по коллективным трудовым спорам, их рассмотрение, а также объявление и проведение забастовок. Мы отмечаем также, что во многих случаях представители правоохранительных и государственных органов выступают в таких конфликтах на стороне работодателей, а суды, рассматривающие дела о признании забастовок незаконными, идут навстречу требованиям работодателей, откладывая или приостанавливая забастовки, вынося решения об их незаконности, руководствуясь часто формальными процедурными нарушениями. В отношении работников, участвующих в забастовках или иных акциях протеста, применяются самые разные механизмы давления и наказания.

Все это приводит к тому, что работники все в большей степени теряют возможность участвовать в нормальном диалоге с работодателем, заявлять о своих проблемах, добиваться их рассмотрения и решения.

Следствием этого является появление форм протеста, которые наносят ущерб экономике и обществу в целом. Работники вынуждены для защиты своих прав прибегать либо к скрытым способам сопротивления, снижающим производительность труда, либо к крайним мерам, таким как голодовки, массовые увольнения в знак протеста, перекрытия дорог, отказы подняться из шахты и т.п. Дальнейшее движение по пути «незаконных» забастовок и запретительно-ограничительного законодательства приведет либо к радикализации граждан, либо к их превращению в полностью безынициативных и подавленных.

Мы с большим удовлетворением узнали о том, что в марте 2008 года был создан Экспертный Совет при Роструде, который разрабатывает и обсуждает совместно с представителями Роструда поправки в действующее законодательство, направленные на либерализацию законодательства о забастовках

Мы ознакомились с содержанием предлагаемых Экспертным советом поправок и находим их обоснованными, своевременными и крайне необходимыми. Мы поддерживаем идею того, что скрытые и вредные формы протеста наемных работников должны приобрести открытый, организованный и регулируемый характер, чтобы забастовка стала доступным, достойным и эффективным способом регулирования трудовых отношений, как в любом рыночном и демократическом обществе. Мы также считаем, что предлагаемые поправки пойдут на пользу обществу и государству в целом, поскольку будут способствовать установлению реального социального партнерства на равных условиях для работодателей и наемных работников, а также повысят возможности для государства отслеживать конфликтные точки в сфере трудовых отношений и вовремя играть в случае необходимости роль независимого арбитра.

Рекомендации
Относительно необходимости либерализации законодательства о забастовках

Мы обращаемся к Роструду, Министерству здравоохранения и социального развития РФ, депутатам Государственной Думы РФ с просьбой поддержать разработанные поправки и предпринять все зависящие от вас меры для того, чтобы поправки были приняты и стали действующей частью Трудового кодекса Российской Федерации.

От имени и по поручению участников Второй конференции Ассоциации «Юристы за трудовые права», члены Совета НП «Юристы за трудовые права»:

Герасимова Е.С., к.ю.н., председатель Совета Ассоциации, директор Центра социально-трудовых прав (Москва)
Бабич О., юрисконсульт ФПАД России, заместитель председателя Федерации профсоюзов России (Москва)
Гончарова Е.Ю., директор Центра профсоюзного обучения (Екатеринбург)
Капорин А., ведущий юрисконсульт СПб ОО «Эгида» (Санкт-Петербург)
Крылова О.С., юрист Центра социально-трудовых прав (Москва)
Сенников Н.М., к.ю.н., начальник юридической службы МПРС (Санкт-Петербург)
Сиволдаев И., юрист Общественной приемной при Уполномоченном по правам человека в РФ в Воронежской области
Тихомирова Т., юрист Профсоюза летного состава АК «Сибирь» (Новосибирск)
Хорошун Е., директор Юридического центра «Антей» (Владивосток)
Шарифуллина Р.С., президент СПб ОО «Петербургская Эгида» (Санкт-Петербург)

Программа Второй конференции юристов Ассоциации «Юристы за трудовые права»

Пятница, 25 апреля

г. Санкт-Петербург
гостиница «Русь»
25-26 апреля 2008 г.

9.30 – 10.30	РЕГИСТРАЦИЯ УЧАСТНИКОВ
10.30 – 11.00	ОТКРЫТИЕ КОНФЕРЕНЦИИ. ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ АССОЦИАЦИИ ЮРИСТОВ «ЮРИСТЫ ЗА ТРУДОВЫЕ ПРАВА»: УСПЕХИ И ПЛАНЫ. Шарифуллина Римма Садитовна — президент СПб ОО «Петербургская Эгида» Смирнова Валерия Александровна — к.ю.н., юрист Центра социально-трудовых прав
11.00 – 12.00	НЕТИПИЧНЫЕ ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ И ЗАЩИТА ТРУДОВЫХ ПРАВ РАБОТНИКОВ д.ю.н., д.и.н., профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права юридического факультета Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова Лушников Андрей Михайлович
12.00 – 12.20	КОФЕ-БРЕЙК
12.20 – 13.20	ОГРАНИЧЕНИЕ И ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ ТРУДОВЫХ ПРАВ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ д.ю.н., профессор кафедрой трудового и финансового права, заместитель декана по научной работе юридического факультета Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова Лушникова Марина Владимировна
13.20 – 14.20	ОБЕД
14.20 – 15.20	ПОНЯТИЕ, ФОРМЫ И ВИДЫ ДИСКРИМИНАЦИИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ юрист Центра социально-трудовых прав Гвоздицких Анна Валерьевна
15.20 – 16.20	ПРОБЛЕМА ДОКАЗЫВАНИЯ ФАКТОВ ДИСКРИМИНАЦИИ к.ю.н., научный сотрудник сектора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса Лукьянова Ирина Николаевна ФАКТЫ ДИСКРИМИНАЦИИ: ОПЫТ США Ассистент кафедры трудового и финансового права юридического факультета Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова Исаева Елена Александровна

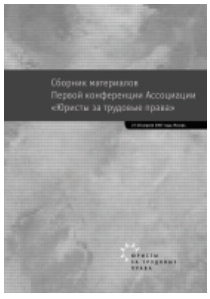
Пятница, 25 апреля

16.20 – 16.40	КОФЕ-БРЕЙК
16.40 – 17.40	СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПО РАССМОТРЕНИЮ ИСКОВ О ПРИЗНАНИИ ЗАБАСТОВОК НЕЗАКОННЫМИ. юрист Капорин Андрей Владимирович — ведущий юрисконсульт СПб ОО «Эгида»
17.40 – 19.00	1. Рабочая группа: ПРОБЛЕМЫ ДИСКРИМИНАЦИИ РАБОТНИКОВ ПРИ ПРИЕМЕ НА РАБОТУ И В ПЕРИОД РАБОТЫ 2. Рабочая группа: НОВЫЕ ТЕХНОЛОГИИ ПРОВЕДЕНИЯ ЗАБАСТОВОК
19.00	УЖИН

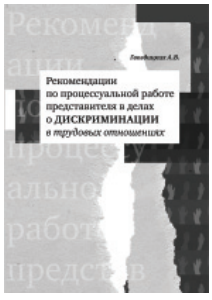
Суббота, 26 апреля

10.00 – 11.30	Пленарное заседание: ДИСКРИМИНАЦИОННЫЕ НОРМЫ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО ОТНОШЕНИЮ К ПРОФСОЮЗАМ
11.30 – 12.00	КОФЕ-БРЕЙК
12.00 – 13.00	Пленарное заседание: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АУТОСОРСИНГА И АУТСТАФИНГА
13.00 – 14.00	ОБЕД
14.00 – 15.30	Пленарное заседание: PR-СОПРОВОЖДЕНИЕ СУДЕБНЫХ ПРОЦЕССОВ
15.30 – 16.00	КОФЕ-БРЕЙК
16.00 – 17.30	1. Рабочая группа: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АУТОСОРСИНГА И АУТСТАФИНГА 2. Рабочая группа: PR-СОПРОВОЖДЕНИЕ СУДЕБНЫХ ПРОЦЕССОВ
17.30 – 18.30	ПЕРЕГОВОРЫ КАК СРЕДСТВО РАЗРЕШЕНИЕ ТРУДОВЫХ СПОРОВ юрист Центра социально-трудовых прав Енютина Галина Евгеньевна
	ПОДВЕДЕНИЕ ИТОГОВ КОНФЕРЕНЦИИ. ЗАКРЫТИЕ КОНФЕРЕНЦИИ

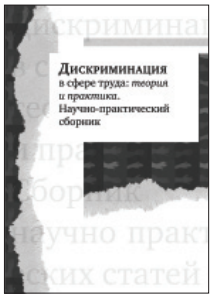
Публикации для членов Ассоциации «Юристы за трудовые права» и юристов, работающих в сфере защиты социально-трудовых прав



СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ ПЕРВОЙ КОНФЕРЕНЦИИ АССОЦИАЦИИ «ЮРИСТЫ ЗА ТРУДОВЫЕ ПРАВА».
М.: Юристы за трудовые права, 2008. 118 с.
В Сборник включены тексты выступлений экспертов на Первой конференции НП «Юристы за трудовые права», расшифровки дискуссий в рабочих группах, а также наиболее интересные и ценные материалы, которые выступавшие эксперты подготовили для участников конференции.



ДИСКРИМИНАЦИЯ В ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ:
Рекомендации по процессуальной работе представителя. Гвоздицких А.В. М.: ЦСТП, 2008. 104 с.
В книге содержатся рекомендации юристам, защищающим пострадавших от дискриминации в трудовых отношениях. Понятие дискриминации раскрывается через общепризнанные нормы и принципы международного права и международные договоры Российской Федерации. Анализ антидискриминационных положений Трудового кодекса РФ, их соответствия международному праву позволил сделать практические выводы о том, какие трудности предостерегают работников и их представителей при рассмотрении дел о дискриминации.



ДИСКРИМИНАЦИЯ В СФЕРЕ ТРУДА: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА. Научно-практический сборник. М.: ЦСТП, 2008. 272 с.
В сборнике представлены четыре статьи, в которых проводится исследование теоеретических и практических проблем, существующих в области правового регулирования запрещения дискриминации в сфере труда, а также в области применения правовых механизмов защиты от дискриминации. Авторы — практикующие юристы, имеющие опыт работы в сфере защиты трудовых прав и ведущие научную работу. Статьи освещают проблемные вопросы и содержат рекомендации, основанные на нормах международного права и российского законодательства.
Сборник ориентирован на практикующих юристов, адво-

катов, судей, прокуроров, специалистов профсоюзов, преподавателей юридических вузов, студентов и всех тех, кто интересуется вопросами защиты интересов пострадавших от дискриминационных практик в сфере труда.

ИСКОВЫЕ ЗАЯВЛЕНИЯ ПО ТРУДОВЫМ СПОРАМ

Приведены примеры наиболее распространенных исков: о восстановлении на работе работников; о снятии дисциплинарных взысканий, взыскании заработной платы, премий, компенсаций за неиспользованный отпуск; предоставлении дополнительного отпуска; о компенсации морального вреда; иски о защите прав профсоюзных организаций и многие другие. Сборник составлен на основании реальных исковых заявлений, принятых и рассмотренных судами. 2007.

СБОРНИК РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ ПО СОЦИАЛЬНО-ТРУДОВЫМ ПРАВАМ

В первом разделе приводится краткая характеристика юридических последствий решений Конституционного Суда РФ как в случае признания нормы неконституционной, так и в случае выявления ее конституционно-правового смысла. Второй раздел разбит на главы, в которых описаны и проанализированы определенные категории прав (трудовые, пенсионные, социальные права). Охватывает решения КС РФ с 1 января 1995 года по 30 июня 2006 года. 2007.

ИНТЕРНЕТ ДЛЯ ЮРИСТОВ… И НЕ ТОЛЬКО ДЛЯ НИХ

Какие полезные программные продукты и правовые ресурсы существуют в российском Интернете? Часть пособия описывает универсальные ресурсы (электронная почта, icq, skype, хранение файлов, перевод текстов), часть посвящена описанию юридических ресурсов (Интернет-сообщества юристов, сайты, где можно ознакомиться с решениями ЕСПЧ и МОТ и другая информация). 2007. Эту брошюру можно скачать на сайте Центра социально-трудовых прав в разделе «Изба-читальня».

Заказать издания можно по адресу: **np@llpa.ru**
и по тел.: **(495) 721-95-58, (495) 729-39-06**