

**Центр социально-трудовых прав**

**Эффективность защиты от дискриминации в трудовых  
отношениях по признаку пола в законодательстве и на практике  
в России**

**аналитический доклад**

**ГЕРАСИМОВА Е.С., САУРИН С.А., ЛЮТОВ Н.Л.**

**Москва, 2015**

## ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие .....	5
Введение .....	7
Проблемы, связанные с дискриминацией по признаку пола в трудовых отношениях.....	10
Экспертиза действующего законодательства в части эффективности защиты от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях .....	12
1. Дискриминация по признаку пола при приеме на работу.....	12
1.1. Дискриминационные требования в объявлениях о работе.....	12
1.2. Список запрещенных для женщин профессий. ....	15
1.3. Дискриминация беременных женщин при приеме на работу. ....	18
2. Притеснения женщин на работе в случае беременности. Притеснения работников, имеющих детей.....	22
3. Сложности при возвращении на работу после отпуска по уходу за ребенком.....	26
3.1. Предоставление работы по прежней должности.....	26
3.2. Гарантии, направленные на совмещение трудовой деятельности и семейных обязанностей.....	29
4. Проблемы с привлечением отцов к выполнению обязанностей по воспитанию детей. ....	32
5. Уклонение юридических лиц от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и работников с семейными обязанностями. ....	36
6. Недостаточность существующих механизмов защиты от дискриминации. ....	42
6.1. Антидискриминационное законодательство.....	42
6.2. Судебная защита от дискриминации.....	47
6.3. Иные средства защиты от дискриминации.....	50
7. Неравное положение женщин, обусловленное порядком расчета страховых пособий при временной нетрудоспособности и в связи с материнством.....	54
Экспертиза судебной практики в части эффективности применения законодательства о защите от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях.....	59
1. Дискриминация в отношении женщин при приеме на работу.....	59

1.1. Проблемы при трудоустройстве беременных женщин (женщин, имеющих маленьких детей, молодых женщин). .....	59
1.2. Позиция Фонда социального страхования по вопросу о зачете произведенных на выплату пособий расходов в счет будущих страховых платежей. ....	61
1.3. Возможности защиты в судебном порядке прав беременных женщин и женщин, имеющих детей, при отказе в приеме на работу. ....	66
<b>2. Притеснения женщин на работе в случае беременности.....</b>	<b>71</b>
2.1. Увольнение с работы беременной женщины по инициативе работодателя. ....	72
2.2. Незаконное увольнение беременной женщины по иным основаниям. ....	74
<b>3. Сложности при возвращении на работу после отпуска по уходу за ребенком.....</b>	<b>81</b>
3.1. Сохранение места работы в период отпуска по уходу за ребенком..	82
3.2. Право работать на условиях неполного рабочего времени или на дому в период отпуска по уходу за ребенком. ....	85
3.3. Сохранение права на получение пособия в случае работы в период отпуска по уходу за ребенком. ....	88
<b>4. Проблемы с привлечением отцов к выполнению обязанностей по воспитанию детей. ....</b>	<b>91</b>
<b>5. Уклонение юридических лиц от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и работников с семейными обязанностями. ....</b>	<b>94</b>
<b>6. Неэффективность существующих механизмов защиты от дискриминации.....</b>	<b>101</b>
6.1. Недостаточность правового регулирования.....	101
6.2. Обоснование ответчиком причин дискриминации. ....	107
6.3. Доказывание дискриминации. ....	108
6.4. Эффективные средства защиты от дискриминации. ....	110
<b>Рекомендации по совершенствованию механизмов защиты от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях .....</b>	<b>114</b>
<b>I. Дискриминация по признаку пола при приеме на работу.....</b>	<b>114</b>
<b>II. Притеснения женщин на работе в случае беременности.....</b>	<b>116</b>
<b>III. Сложности при возвращении на работу после отпуска по уходу за ребенком.....</b>	<b>118</b>
<b>IV. Проблемы с привлечением отцов к выполнению обязанностей по воспитанию детей. ....</b>	<b>118</b>

V. Уклонение юридических лиц от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и работников с семейными обязанностями. ....	119
VI. Недостаточность существующих механизмов защиты от дискриминации.....	121
VII. Неравное положение женщин, обусловленное порядком расчета страховых пособий в связи с материнством. ....	124

## Предисловие

Центр социально-трудовых прав (ЦСТП) на протяжении более 10 лет занимается исследованием дискриминации в трудовых отношениях и предотвращением дискриминационных практик в России. Сотрудники ЦСТП неоднократно вели резонансные судебные дела о защите от дискриминации, проводили сравнительный анализ российского и международного права на предмет наличия антидискриминационных норм, составляли методические рекомендации для пострадавших от дискриминационных действий и разрабатывали способы защиты.

С 2009 года одним из приоритетных направлений работы ЦСТП стала защита прав и законных интересов беременных женщин и работников с малолетними детьми. Представляется, что культивируемый в обществе «особый» подход к лицам с семейными обязанностями нередко становится предпосылкой для их дискриминации в трудовых правоотношениях, и защита прав женщин с детьми (а на практике именно женщины чаще всего занимаются воспитанием детей и пользуются предусмотренными законодательством гарантиями) становится малоэффективной при отсутствии работающих механизмов защиты от дискриминации.

Задача настоящего исследования состоит в том, чтобы проследить развитие антидискриминационного законодательства в России, оценить эффективность современных механизмов защиты от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях, обобщить накопленный опыт и судебную практику по этому вопросу и сформулировать предложения по преодолению существующих проблем.

В заключительной части исследования вниманию читателей предложены рекомендации, направленные на внесение изменений в действующее законодательство в части устранения предпосылок к дискриминационному поведению участников трудовых правоотношений и совершенствования механизмов защиты от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях.

Исследование подготовлено на основании Договора №02-04/С-13 от 01.04.2013 по заказу АНО «Совет по вопросам управления и развития».

**Авторы:**

*Герасимова Е.С.*, к.ю.н., доцент кафедры трудового права факультета права НИУ ВШЭ, директор Центра социально-трудовых прав, председатель Ассоциации «Юристы за трудовые права»;

*Саурин С.А.*, к.ю.н., руководитель юридического направления Центра социально-трудовых прав;

*Лютлов Н.Л.*, д.ю.н., заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор НИУ ВШЭ, заместитель председателя Ассоциации «Юристы за трудовые права».

## Введение

Запрет дискриминации в области труда и занятий – это один из четырех основополагающих принципов Международной организации труда, соблюдение которых, согласно Декларации МОТ 1998 г., обязательно для всех государств-членов Организации вне зависимости от факта ратификации конкретных конвенций по этому поводу. На международном уровне этому принципу посвящено огромное количество правовых актов, начиная со ст. 2 Всеобщей декларации прав человека 1948 года. Запрет дискриминации – один из важнейших институтов современного международного трудового права.

Проблема дискриминации в России приобрела свою остроту сравнительно недавно. В советский период право значительно лучше справлялось с проблемой защиты от дискриминации, нежели это делается в современном российском трудовом праве или в трудовом праве развитых стран. И связано это не с какими-то особыми талантами советского законодателя, а с тем обстоятельством, что в условиях максимального ограничения договорной свободы применительно к трудовым отношениям, у работодателя оставалось гораздо меньше возможностей для дискриминации работников. Также следует отметить, что мотивация работодателя дискриминировать работника в условиях, когда отсутствует частная собственность на средства производства, минимальна: ведь нуждающиеся в защите категории работников защищаются за счет государства, а не за счет конкретной организации.

В современном российском законодательстве проблеме дискриминации в целом и дискриминации в сфере труда в частности посвящено немало норм. Общий запрет дискриминации закреплен в ст.5.62 Кодекса об административных правонарушениях РФ (далее – КоАП РФ) и в ст.136 Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ). В Трудовом кодексе РФ (далее – ТК РФ) закреплен принцип запрета дискриминации (ст.ст. 2, 3), специальные нормы устанавливают запрет дискриминации при заключении трудового договора (ст. 64 ТК РФ) и при оплате труда (ст. 132 ТК РФ).

Согласно ст.1 Конвенции МОТ № 111 дискриминация - это всякое 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. Однако в законодательстве РФ используется другое определение дискриминации – она определяется как «нарушение прав, свобод и законных интересов», совершенное по одному из перечисленных оснований. Таким образом, из

буквального толкования российских правовых норм следует, что само по себе иное отношение к человеку при формальном соблюдении его прав нарушением не является, и дискриминацию можно установить только в случае прямого нарушения какой-либо иной правовой нормы. Вместе с тем на практике установить факт дискриминации и восстановить свои права дискриминированному работнику крайне сложно, поскольку в ситуации, когда иное (помимо дискриминации) нарушение не совершается, дискриминация не устанавливается в силу предписания закона, а когда совершается иное нарушение – наказание следует именно за него, а не за дискриминационные действия.

Таким образом, современная российская судебная практика по вопросам дискриминации находится на начальной стадии развития<sup>1</sup>. Отсутствие четкого законодательного определения понятия «дискриминация» и подробного регулирования процессуальной специфики рассмотрения дел по спорам о дискриминации создают дополнительные сложности как для возникновения сложившейся антидискриминационной судебной практики, так и для процесса формирования общественного понимания того, что же такое дискриминация. Судебные решения, проанализированные в рамках настоящего исследования, иллюстрируют проблемы, существующие как на законодательном, так и на правоприменительном уровне, и позволяет сформулировать предложения по возможным вариантам решения этих проблем.

Антидискриминационное законодательство в современном его понимании основано на том, что арифметическое равенство прав недостаточно для обеспечения равных возможностей для разных людей. Так, очевидно, что работники с семейными обязанностями в силу наличия у них малолетних детей объективно могут уделять работе меньше внимания и времени, чем работники, не имеющие малолетних детей. Для обеспечения равных возможностей на рынке труда для указанной категории работников необходимо, чтобы они обладали дополнительными правами по сравнению с обычными работниками. В такой ситуации равные возможности подразумевают неравные права. Меры, направленные на достижение реального равенства за счет предоставления преимуществ отдельным категориям граждан, в англоязычных странах принято называть позитивными или компенсирующими действиями (англ. — *positive / affirmative action*).

Так, статья 5 Конвенции МОТ № 111 содержит понятие особых мер, которые не являются дискриминацией, хотя и создают неравенство в обращении. Такие особые меры закрепляются в международных соглашениях,

---

<sup>1</sup> О российской судебной практике по делам о дискриминации см.: Гончарова Е.Ю. Соблюдение принципа равенства трудовых прав в практике Верховного Суда РФ и Конституционного Суда РФ. М., 2008.

а также во внутринациональном законодательстве и не являются дискриминационными при условии, что они направлены на удовлетворение особых нужд лиц, которые по соображениям пола, возраста, физической неполноценности, семейных обстоятельств или социального или культурного уровня обычно признаются нуждающимися в особой защите или помощи. В частности, не являются дискриминацией особые меры по защите беременных женщин и лиц с семейными обязательствами.

Вместе с тем дополнительные гарантии и иные компенсирующие действия, направленные на достижение равенства возможностей, не всегда служат поставленной цели - достижению действительного равенства. Поскольку поддержание особого правового статуса отдельных категорий граждан, для которых законом предусмотрены компенсирующие действия, в трудовых отношениях, как правило, связано с возложением на работодателей дополнительных обязанностей, особый статус может влечь для целевой категории работников ряд негативных последствий. Работодатели, в особенности в коммерческом секторе, стремятся к снижению собственных издержек, в том числе и в трудовых отношениях, и потому дополнительные гарантии, устанавливаемые для лиц с семейными обязанностями, снижают конкурентоспособность последних на рынке труда. Происходит своего рода стигматизация: при прочих равных работодатели не выбирают в качестве работников лиц с семейными обязанностями, чтобы не нести дополнительного обременения.

Представляется, что снижение остроты современных социальных проблем, связанных с дискриминацией, в том числе с дискриминацией по признаку пола в трудовых отношениях, посредством законодательного регулирования возможно путем нахождения приемлемого баланса норм, закрепляющих равенство прав, норм, направленных на обеспечение равенства возможностей, и норм, обеспечивающих эффективную защиту от дискриминации.

## **Проблемы, связанные с дискриминацией по признаку пола в трудовых отношениях.**

**1. Дискриминация по признаку пола при приеме на работу.** Работодатели нередко предъявляют требования к полу, семейному положению и наличию детей у лиц, ищущих работу. Приоритет отдается мужчинам, для женщин ставится условие – не рожать детей или откладывать рождение.

Это связано прежде всего с законодательным регулированием правового статуса лиц с семейными обязанностями и объективной спецификой их труда.

**2. Притеснения женщин на работе в случае беременности.** Большое количество предусмотренных законом гарантий, издержки по реализации которых возложены на работодателя, приводит к формированию у работодателей настороженного или негативного отношения к беременным женщинам в частности и к женщинам в детородном возрасте в целом как к работникам. Чтобы избежать предоставления беременной женщине перечисленных гарантий, работодатели стараются избавиться от нее (принуждают к оформлению увольнения по соглашению сторон или по собственному желанию, создают на рабочем месте невыносимые условия, уменьшают размер заработной платы или иным образом ухудшают условия трудового договора, ссылаясь на ст.74 ТК РФ). Некоторые законодательно закрепленные гарантии не выполняют своей функции предоставления равных возможностей и лишь ухудшают положение женщин в трудовых отношениях.

**3. Сложности при возвращении на работу после отпуска по уходу за ребенком.** Законодательная гарантия сохранения рабочего места за работником, находящимся в отпуске по уходу за ребенком, в сочетании с правом женщин использовать отпуск по беременности и родам по частям, в том числе в любой момент выйти из отпуска, на практике малоэффективна. За период длительного отпуска по уходу за ребенком, как правило, существенно меняется ситуация, и выход работника по окончании отпуска на прежнюю должность оказывается нецелесообразным. Вместе с тем проводить обучение или переобучение женщин работодатели не обязаны. В результате женщины часто объективно лишены возможности вернуться к прежнему работодателю после отпуска по уходу за ребенком и вынуждены самостоятельно искать новую работу.

**4. Проблемы с привлечением отцов к выполнению обязанностей по воспитанию детей.** Действующее законодательство по-разному регулирует права и обязанности мужчины-отца и женщины-матери. Мужчина, имеющий малолетнего ребенка, защищен на рабочем месте значительно слабее, чем женщина. Такой подход направлен на априорное разделение социальных ролей

по признаку пола: мать должна заниматься семьей, а отец – работой. При попытке воспользоваться своим правом на воспитание детей и предусмотренными трудовым законодательством гарантиями отцы сталкиваются с противодействием на работе. Работодатели негативно относятся к предоставлению им отпуска по уходу за ребенком, отказывают в переводе на неполное рабочее время.

**5. Уклонение работодателей от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и работников с семейными обязанностями.** В настоящее время распространенной, особенно в небольших организациях в форме обществ с ограниченной ответственностью, является практика фактического прекращения хозяйственной деятельности. Если в организации одна или несколько женщин уходят в отпуск по беременности и родам, ее учредители создают новую организацию, куда переводят всех работников, за исключением беременных женщин. Старая организация не ликвидируется, однако из нее выводится все имущество. Как правило, юридический адрес такой организации изменяется, фактически она нигде не располагается, а найти лицо, имеющее право действовать от имени организации без доверенности, не представляется возможным. В результате беременные женщины и работники, находящиеся в отпуске по уходу за ребенком, формально оставаясь работниками организации, не могут ни реализовать свое право на труд, ни получать пособия в связи с материнством. Затруднительно для них и расторгнуть трудовые отношения, поскольку связаться с работодателем и оформить увольнение оказывается для них невозможно.

**6. Недостаточность существующих механизмов защиты от дискриминации.** В настоящее время в обществе отсутствует понимание, что такое дискриминация и в чем заключается ее общественная опасность. Дискриминация запрещена на законодательном уровне, однако нарушители этого запрета на практике почти никогда не привлекаются к ответственности, а права лиц, подвергшихся дискриминации, не восстанавливаются.

**7. Неравное положение женщин, обусловленное порядком расчета страховых пособий при временной нетрудоспособности и в связи с материнством.** Двухлетний расчетный период, используемый при исчислении размеров страховых пособий по беременности и родам и по уходу за ребенком, означает, что для получения сопоставимых с заработной платой сумм женщине необходимо без перерывов проработать не менее двух лет. Женщины, родившие ребенка в молодом возрасте, находятся в заведомо худшей ситуации.

## **Экспертиза действующего законодательства в части эффективности защиты от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях**

### **1. Дискриминация по признаку пола при приеме на работу.**

#### ***1.1. Дискриминационные требования в объявлениях о работе***

В соответствии с положениями Рекомендации МОТ №111 равные возможности занятости должны быть гарантированы всем гражданам как до процесса найма, так и в течение него. Агентства по найму должны отклонять дискриминационные объявления - запросы работодателей, информировать их о законодательстве и национальной политике, провозглашающих равные возможности занятости.

До последнего времени агентства и службы занятости, а также СМИ, публикующие информацию о вакансиях, не соблюдали эти требования, в связи с чем число официально опубликованных объявлений о приеме на работу, содержащих дискриминационные требования, было крайне велико.

Центром социально-трудовых прав несколько раз были проведены анализы объявлений о вакансиях, размещаемых в средствах массовой информации, и используемых в государственных службах занятости населения, в том числе публикуемых ими вакансиях в СМИ, Интернете.

В 2007 году в рамках исследования объявлений о вакансиях в трех городах – Москве, Самаре, Кемерово - было изучено содержание 17 специализированных газет о вакансиях за июнь 2007 г. (для анализа отобрано 3513 объявлений). Исследование тогда показало, что наиболее

распространенными признаками дискриминации являются возраст, **пол** и место проживания. При этом в среднем 44% (59% в Москве, 25% в Кемерово) объявлений содержали требования к возрасту, из них в 56% случаев указывалось, что нужен мужчина, в 44% - что нужна женщина. Требования к полу указывались в среднем в 29% объявлений (36% в Москве, 33% в Самаре, 17% в Кемерово), при этом нижняя граница требований к возрасту установлена на уровне 23 лет, а верхняя – в среднем на уровне 41 года. Требования к месту проживания указывались еще в 8% объявлений (в Москве – в 20%, в Кемерово – в 1%).

В среднем 25% объявлений содержали один дискриминационный признак, 23% - два признака, 3% - три признака. Таким образом, общее число объявлений о вакансиях, содержащих от 1 до 3 дискриминационных признаков составляло в среднем 61% от общего числа объявлений (в Москве – 66%, в Самаре – 52%, в Кемерово – 31%). При этом существовала прямая зависимость между размером предлагаемой заработной платы и наличием дискриминационных требований: чем выше зарплата, тем более распространены дискриминационные требования.

Сходные результаты были получены при проведении ЦСТП повторного исследования в Москве летом 2009 года. Анализ показал, что число объявлений, содержащих дискриминационные требования к претендентам на вакансии, несколько сократилось, но все равно держалось на высокой отметке – на уровне 69% (в 2007 году – 73 % объявлений содержали дискриминационные требования). Требования к полу кандидата содержат 27 % объявлений (35% в 2007 году), требования к возрасту 47 % (59% в 2007 году). Наиболее актуальной оказалась проблема «возрастного ценза» для женщин старше 40 лет.

Одна из причин этого состоит в том, что в России долгое время не существовало ответственности за размещение в объявлениях о приеме на работу требований, носящих дискриминационный характер. Хотя формулировка ст.5.27 КоАП РФ (нарушение законодательства о труде и об охране труда) является достаточно широкой и позволяет отнести случаи размещения объявлений с дискриминационным содержанием к указанной норме, фактически никто к ответственности за такого рода нарушения не привлекался.

Эта проблема была наконец признана законодателем, в т.ч. благодаря вышеупомянутым исследованиям ЦСТП, на которые содержалась ссылка в

пояснительной записке к законопроекту, разработанному для борьбы с этой проблемой<sup>2</sup>.

Федеральным законом от 02 июня 2013 года №162-ФЗ введены нормы, направленные на повышение защиты от дискриминации. В частности, ст.25 Закона РФ «О занятости населения в Российской Федерации» дополнена ч.6, согласно которой: «Запрещается распространение информации о свободных рабочих местах или вакантных должностях, содержащей сведения о каком бы то ни было прямом или косвенном ограничении прав или об установлении прямых или косвенных преимуществ в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, семейного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам, а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников, за исключением случаев, в которых право или обязанность устанавливать такие ограничения или преимущества предусмотрены федеральными законами (информации о свободных рабочих местах или вакантных должностях, содержащей ограничения дискриминационного характера).

Лица, распространяющие информацию о свободных рабочих местах или вакантных должностях, содержащую ограничения дискриминационного характера, привлекаются к административной ответственности, установленной законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях».

В КоАП РФ включена новая статья 13.11.1 «Распространения информации о свободных рабочих местах или вакантных должностях, содержащие ограничения дискриминационного характера», которая предусматривает наложение административного штрафа до 15 000 рублей для юридических лиц, до 5000 рублей и до 1000 рублей для граждан. Следует отметить, что ст.13.11.1 КоАП РФ содержит формулировку «ограничения дискриминационного характера». Данная формулировка представляется некорректной, поскольку из содержания Федерального закона №162-ФЗ от 02 июня 2013 года, которым была введена эта статья, и пояснительной записки к нему следует, что речь идет не об ограничениях, а о требованиях, предъявляемых к соискателям (лицам, ищущим работу).

Исследование ЦСТП, проведенное в 2013 году<sup>3</sup>, через два месяца после вступления в силу Федерального закона №162-ФЗ, показало, что

---

2

[http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(ViewDoc\)?OpenAgent&work/dz.nsf/ByID&9C6000E5C364908643257B2C0031B67A](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(ViewDoc)?OpenAgent&work/dz.nsf/ByID&9C6000E5C364908643257B2C0031B67A)

<sup>3</sup><http://trudprava.ru/expert/research/discriminsurv/1178>

дискриминационные требования к работникам в печатных объявлениях остались достаточно широко распространенными. В первую очередь, это ограничения по полу и возрасту, а также месту жительства. Значительная часть объявлений содержала минимум одно ограничение. Достаточно распространенными оказались объявления, содержащие два ограничения. При этом в объявлениях, напечатанных в Москве, в целом значительно меньше дискриминационных ограничений, чем в Кемерово, особенно ограничений по полу. А вот ограничения по месту жительства (прописке) и национальности более распространены в газетных объявлениях в Москве. В Москве также очень распространены требования к гражданству работников: в большинстве случаев работодатели хотят видеть работников с российским, белорусским и, реже, казахстанским гражданством. Однако, в первую очередь, это связано с тем, что данной категории работников не нужны разрешения на работу.

Вместе с тем следует заметить, что в настоящее время нормы о запрете дискриминационных объявлений довольно эффективно работают. Так, крупнейшие информационные порталы о вакансиях (hh.ru, superjob.ru и др.) отказались от практики размещения объявлений о вакансиях, содержащих дискриминационные требования, организации, нарушающие запрет, привлекаются к административной ответственности, и доля подобных объявлений в средствах массовой информации существенно снизилась. Вместе с тем, несмотря на формальное соблюдение требования не размещать объявлений о вакансиях, содержащих дискриминационные требования, многие организации, в том числе государственные органы как на федеральном, так и на региональном уровне при проведении собеседований с соискателями по-прежнему предъявляют всё те же требования, основанные на дискриминационном подходе. Таким образом, можно заключить, что введение административной ответственности за размещение дискриминационных объявлений стало пусть и успешным, но очень небольшим шагом на пути борьбы с дискриминационными практиками в трудовых отношениях.

### ***1.2. Список запрещенных для женщин профессий.***

В соответствии со ст.253 ТК РФ ограничивается применение труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на подземных работах, за исключением нефизических работ или работ по санитарному и бытовому обслуживанию.

Перечни производств, работ и должностей с вредными и (или) опасными условиями труда, на которых ограничивается применение труда женщин, и предельно допустимые нормы нагрузок для женщин при подъеме и

перемещении тяжестей вручную утверждаются в порядке, установленном Правительством Российской Федерации с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений.

В настоящее время действует Перечень, тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утвержден Постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. №162. Данные правовые нормы принимались с целью защиты женского здоровья, однако многие женщины воспринимают эти нормы как дискриминационные, поскольку существенное количество профессий, которых касается Перечень №162, в равной степени вредны для мужского и женского здоровья, а право на труд ограничивается только в отношении женщин.

Комитет экспертов и Комитет Конференции МОТ неоднократно обращались к Правительству России с просьбой изменить ст. 253 ТК РФ, ограничивающую применение труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и опасными условиями труда, а также Перечень, тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утвержденный Постановлением Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. №162. Контрольные органы МОТ обращали внимание Правительства на то, что соответствующие нормы не должны выходить за рамки защиты репродуктивного здоровья женщин и основываться на стереотипных представлениях о роли женщин в обществе<sup>4</sup>. Аналогичные просьбы делались и со стороны Комитета по экономическим, социальным и культурным правам<sup>5</sup>, отвечающего за применение Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.

Отдельным аргументом в пользу необходимости пересмотра действующего законодательства в сфере ограничения применения труда женщин на тяжелых работах и работах с вредными и (или) опасными условиями труда является последовательное изменение подхода к определению вредности условий труда на рабочем месте для целей предоставления работникам дополнительных льгот и гарантий.

Принятие в 2008 году Постановления Правительства РФ от 20.11.2008 №870, в соответствии с которым предоставление компенсаций для работников за работу во вредных или опасных условиях были поставлены в зависимость от

---

<sup>4</sup> International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 464.

<sup>5</sup> United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Report on the forty-sixth and forty-seventh sessions (2–20 May 2011, 14 November–2 December 2011). Economic and Social Council Official Records, 2012. Supplement No. 2. UN Doc. No. E/2012/22, E/C.12/2011/3. New York and Geneva: United Nations, 2012. P. 37.

результатов аттестации рабочих мест, на практике повлекло возникновение правовой неопределенности в отношении действия Постановления Госкомтруда СССР, Президиума ВЦСПС от 25.10.1974 N 298/П-22 "Об утверждении Списка производств, цехов, профессий и должностей с вредными условиями труда, работа в которых дает право на дополнительный отпуск и сокращенный рабочий день", поскольку именно Список являлся основанием для предоставления соответствующих компенсаций до принятия Постановления №870, и он включает в себя должности, считающиеся вредными независимо от результатов аттестации рабочих мест.

Указанная правовая неопределенность была разрешена на уровне судебной практики. Верховный Суд РФ в решении по конкретному делу от 14.01.2013 N АКПИ12-1570 "Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующими пункта 1 постановления Госкомтруда СССР, Президиума ВЦСПС от 25.10.1974 N 298/П-22, пунктов 1 и 4 Инструкции о порядке применения Списка производств, цехов, профессий и должностей с вредными условиями труда, работа в которых дает право на дополнительный отпуск и сокращенный рабочий день, утв. постановлением Госкомтруда СССР, Президиума ВЦСПС от 21.11.1975 N 273/П-20" указал, что Список может являться основанием для предоставления работникам компенсаций только в случае установления по результатам аттестации рабочих мест по условиям труда для его рабочего места любой степени вредности в соответствии с Руководством по гигиенической оценке факторов рабочей среды и трудового процесса. Критерии и классификация условий труда, утвержденным Федеральной службой по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека 29 июля 2005 г.

С 1 января 2014 года процедура аттестации рабочих мест была на законодательном уровне заменена на процедуру специальной оценки рабочих мест, и Руководство по гигиенической оценке факторов рабочей среды и трудового процесса утратило силу. Однако нормы Руководства, регулирующие порядок определения классов вредности условий труда на конкретных рабочих местах, были с некоторыми изменениями воспроизведены в федеральном законодательстве, из чего следует, что подход к определению вредности условий труда на конкретных рабочих местах окончательно изменился от «списочного» к «оценочному».

Таким образом, системное исследование действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что возникновение у работников специального правового статуса в связи с вредностью условий труда на рабочих местах связывается не с презумпцией вредности отдельных категорий рабочих мест, а

с результатами оценки вредности рабочих мест по итогам специальной оценки условий труда.

***Рекомендации:***

Представляется необходимым отменить постановление Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. №162, использовать для определения вредных и опасных условий труда единообразную методику, основанную на процедуре *специальной оценки условий труда на рабочем месте*. Устранить необоснованную дифференциацию правовых статусов мужчин и женщин в сфере труда:

- провести медицинское исследование влияния различных факторов вредности и их комбинаций на здоровье мужчин и на здоровье женщин;
- установить комбинации вредных факторов, выявленных по итогам *специальной оценки условий труда на рабочем месте*, являющиеся основанием для запрета привлечения мужчин к труду на таком рабочем месте;
- установить комбинации вредных факторов, выявленных по итогам *специальной оценки условий труда на рабочем месте*, являющиеся основанием для запрета привлечения женщин к труду на таком рабочем месте.

***1.3. Дискриминация беременных женщин при приеме на работу.***

В соответствии с действующим законодательством необоснованный отказ в приеме на работу беременной женщины является преступлением: согласно ст.145 УК РФ необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение женщины по мотивам ее беременности, а равно необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение с работы женщины, имеющей детей в возрасте до трех лет, по этим мотивам наказываются штрафом в размере до двухсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до восемнадцати месяцев либо обязательными работами на срок до трехсот шестидесяти часов.

Согласно ч.2 ст.64 ТК РФ запрещается отказывать в заключении трудового договора женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей.

Согласно ч. 5 ст. 64 ТК РФ по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа

в письменной форме. Отказ в заключении трудового договора может быть обжалован в суд (ч.6 ст.64 ТК РФ).

Несмотря на перечисленные нормы, на практике сложности при устройстве на работу возникают как у беременных женщин и женщин, имеющих детей, так и у молодых женщин детородного возраста. В ходе собеседования работодатели, как правило, задают женщинам вопросы о семейном положении и наличии детей и используют эту информацию при оценке соискателя. ТК РФ не обязывает работодателя по собственной инициативе объяснять причины отказа в приеме на работу в письменной форме, и на практике это делается крайне редко. Согласно ч.5 ст.64 ТК РФ по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме. Однако работодатель либо вовсе не отказывает соискателям до тех пор, пока вакансия не занята, либо мотивирует отказ тем, что работник не в полной мере соответствовал должности по своим деловым качествам.

Понять, что является истинной причиной отказа в приеме на работу, довольно сложно, и в законодательстве не предусмотрено механизмов, которые бы позволили выявлять такие причины.

В некоторых случаях работодатели, устно заявляющие о том, что не возьмут на работу женщину именно по мотивам, связанным с ее беременностью (в том числе, возможной в будущем) или с наличием у нее детей, в письменном отказе указывают иную, допустимую причину. Доказать, что отказ был связан с дискриминационной причиной, работник, как правило, не может. Специальных норм, предоставляющих работнику дополнительные возможности для доказывания незаконности отказа в приеме его на работу, действующим законодательством также не предусмотрено.

Очевидно, что беременная женщина или лицо с семейными обязанностями в силу объективных обстоятельств не всегда может уделять работе столько внимания, сколько лицо, не имеющее детей. К таким обстоятельствам относятся необходимость проходить обследования и наблюдаться у врача, необходимость кормить ребенка, необходимость ухаживать за ребенком, в том числе в случае его болезни и др.

Именно в связи с указанными обстоятельствами в российском законодательстве закреплено специальное регулирование труда лиц с семейными обязанностями, направленное на выравнивание их возможностей на рынке труда с возможностями лиц, не имеющих детей.

Трудовое законодательство предоставляет беременным женщинам широкий спектр гарантий:

- *Запрет установления испытательного срока - ст.70 ТК РФ;*
- *Снижение норм выработки или перевод на легкую работу с сохранением заработка (по мед. заключению) – ст.254 ТК РФ;*
- *Прохождение специального диспансерного обследования с сохранением заработка – ст.254 ТК РФ;*
- *Запрет направления в командировки, привлечения к работе за пределами рабочего времени, в ночное время, в выходные и праздники даже с согласия самой женщины – ст.259 ТК РФ;*
- *Неполное рабочее время по заявлению женщины – ст. 93 ТК РФ;*
- *Возможность присоединить ежегодный оплачиваемый отпуск к отпуску по беременности и родам – ст.260 ТК РФ;*
- *Запрет увольнения по инициативе работодателя – ст.261 ТК РФ;*
- *Право на отпуск по беременности и родам – ст.255 ТК РФ;*
- *Право на получение от работодателя пособия по беременности и родам – ст.255 ТК РФ, ФЗ №255.*

Для женщин, имеющих малолетних детей, установлены следующие гарантии:

- *Запрет установления испытательного срока до достижения ребенком возраста 1,5 лет - ст.70 ТК РФ;*
- *Перевод на другую работу с сохранением заработка при невозможности выполнения прежней работы до достижения ребенком возраста 1,5 лет – ст.254 ТК РФ;*
- *Перерывы для кормления – ст.258 ТК РФ;*
- *Направление в командировки, привлечение к работе за пределами рабочего времени, в ночное время, в выходные и праздники во всех случаях только с согласия женщины – ст.259 ТК РФ;*
- *Право работать на условиях неполного рабочего времени, в том числе в период отпуска по уходу за ребенком – ст.ст. 93, 256 ТК РФ;*
- *Запрет увольнения по инициативе работодателя по основаниям, не связанным с виновным поведением работника – ст.261 ТК РФ;*
- *Право на внеочередной ежегодный оплачиваемый отпуск – ст.260 ТК РФ;*
- *Право на получение листков нетрудоспособности по уходу за заболевшим ребенком – ч.5 ст.6 ФЗ №255;*

- *Право на отпуск по уходу за ребенком – ст.256 ТК РФ;*
- *Право на получение от работодателя пособия по уходу за ребенком – ст.256 ТК РФ, ФЗ №255;*

Большая часть гарантий действительно направлена на предоставление беременным женщинам и женщинам, имеющим детей, дополнительной защиты в рамках трудовых отношений, однако некоторые из них нуждаются в переработке, так как не выполняют заложенной в них функции.

Во многих случаях определить, насколько тот или иной человек подходит для выполнения определенной работы, можно определить, только допустив его к работе, и именно для таких случаев в ТК РФ предусмотрена возможность включать в трудовой договор условие об испытании (ст.70). Работник, выполняющий работу в период испытания, может быть уволен в упрощенном порядке в том случае, если работодатель может обосновать, почему работник не выдержал испытание. Такая возможность позволяет работодателю не бояться, что, приняв на работу не подходящего по деловым качествам сотрудника, он будет испытывать сложности с его увольнением.

Запрет устанавливать испытательный срок для беременной женщины, действующий в системе с другими гарантиями, ставит работодателя в очень жесткие рамки. Альтернатива такова: либо работодатель принимает беременную женщину на работу без испытательного срока и без дальнейшей возможности уволить ее по собственной инициативе (независимо от ее деловых качеств) и берет на себя обязанность по предоставлению ей всех предусмотренных законом гарантий, либо отказывает ей в приеме на работу. Аналогичным образом ситуация складывается и с женщинами, имеющими детей, - разница лишь в том, что женщин с малолетними детьми работодатель вправе уволить по основаниям, связанным с виновным поведением работника. Однако в период пребывания женщины в отпуске по уходу за ребенком она также не может быть уволена по инициативе работодателя.

Таким образом, поскольку работодатели обычно не готовы рисковать, гарантия, закрепленная в ст.70 ТК РФ, существенно снижает конкурентоспособность беременных женщин и женщин, имеющих малолетних детей, на рынке труда.

### ***Рекомендации:***

Исключить указание на беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет, из перечня исключений, содержащегося в ч.4 ст.70 ТК РФ.

## **2. Притеснения женщин на работе в случае беременности. Притеснения работников, имеющих детей.**

Повышенные гарантии для беременных женщин, закрепленные в законодательстве, создают для работодателя дополнительные обязательства. Это формирует у работодателей негативное отношение к беременным женщинам и работникам с семейными обязанностями и создает предпосылки для последующей дискриминации. Часто работодатели считают, что им не нужен работник, который в любой момент может уйти в отпуск по уходу за ребенком, перейти на неполное рабочее время или «взять больничный» из-за болезни ребенка. С такими работниками стараются побыстрее расстаться.

Вместе с тем очевидно, что в случае отказа от предоставления лицам с семейными обязанностями специальных гарантий остро встанет вопрос ущемления прав этой категории работников по сравнению с другими работниками. Российская Федерация ратифицировала ст.27 Европейской Социальной Хартии, в соответствии с которой государство обязуется поддерживать право работников с семейными обязанностями на равное обращение и, в частности, на получение и сохранение работы. Допускать ущемление прав этих работников Российская Федерация не вправе.

В соответствии со ст.261 ТК РФ расторжение трудового договора по инициативе работодателя с беременной женщиной не допускается, за исключением случаев ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем. Расторжение трудового договора с женщиной, имеющей ребенка в возрасте до трех лет, с одинокой матерью, воспитывающей ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет или малолетнего ребенка - ребенка в возрасте до четырнадцати лет, с другим лицом, воспитывающим указанных детей без матери, с родителем (иным законным представителем ребенка), являющимся единственным кормильцем ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет либо единственным кормильцем ребенка в возрасте до трех лет в семье, воспитывающей трех и более малолетних детей, если другой родитель (иной законный представитель ребенка) не состоит в трудовых отношениях, по инициативе работодателя не допускается, за исключением случаев ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем, а также оснований, связанных с виновным поведением работника.

Данные гарантии жестко ограничивают права работодателей и являются основой защищенного положения женщин на рабочем месте. Снижение или отмена такой защиты представляется недопустимой, поскольку может повлечь масштабные нарушения трудовых прав лиц с семейными обязанностями.

Вместе с тем следует отметить, что в силу наличия указанных гарантий довольно остро встает вопрос притеснений беременных женщин и женщин с детьми на рабочем месте. Не имея возможности уволить работника по своей инициативе без прямого нарушения закона, многие недобросовестные работодатели пытаются вынудить его уволиться по собственному желанию. На практике применяются различные способы воздействия на работника: создание неблагоприятной психологической обстановки на рабочем месте (моббинг); изменение рабочего места (например, работника перемещают на рабочее место на сквозняке или, наоборот, в непроветриваемом помещении); незаконное одностороннее изменение условий трудового договора со ссылкой на изменения организационных или технологических условий труда (ст.74 ТК РФ) и др.

Мотивация такого поведения также во многом связана, с одной стороны, с тем, что труд лиц с семейными обязанностями и их правовой статус имеют объективные особенности, и с другой стороны, с тем, что работникам с семейными обязанностями в перечисленных случаях крайне сложно защитить свои права.

Основными способами защиты от притеснений в настоящее время являются:

1) Отказ от выполнения работы в порядке самозащиты.

В соответствии со ст.379 ТК РФ в целях самозащиты трудовых прав работник, известив работодателя или своего непосредственного руководителя либо иного представителя работодателя в письменной форме, может отказаться от выполнения работы, не предусмотренной трудовым договором, а также отказаться от выполнения работы, которая непосредственно угрожает его жизни и здоровью, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами. На время отказа от указанной работы за работником сохраняются все права, предусмотренные трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права.

Отказ от работы является эффективным способом самозащиты трудовых прав, однако работники с семейными обязанностями могут использовать его лишь в отдельных случаях (как правило, действия работодателя напрямую не угрожают жизни и здоровью работника). Специальные нормы, позволяющие работникам пользоваться этим способом защиты в случае притеснений со стороны работодателя, в законодательстве отсутствуют.

2) Увольнение по собственному желанию с последующим обжалованием такого увольнения.

В действующем законодательстве отсутствует понятие «вынужденное увольнение», и на практике признать увольнение по собственному желанию

незаконным, поскольку оно состоялось под давлением со стороны работодателя, крайне сложно.

Подробная информация о судебной практике по данной проблеме приведена в главе 2 раздела «Экспертиза судебной практики в части эффективности применения законодательства о защите от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях».

Хотя притеснения женщин на работе в связи с беременностью или наличием детей и являются незаконными, защищать права в судебном порядке в таких случаях достаточно сложно. Судебная защита возможна фактически лишь когда нарушение носит очевидный характер и подобные действия прямо запрещены законом. В случаях, когда отношение работодателя приобретает характер моббинга, защитные механизмы на практике не применяются.

Проанализированная судебная практика свидетельствует, что в рамках данной проблемы существуют судебные дела, касающиеся лишь случаев незаконного увольнения беременных женщин. Иных судебных дел, в рамках которых защищались бы права интересы женщин, нарушенные в связи с созданием невыносимых или тяжелых условий труда, снижением заработной платы и пр., в судебной практике просто нет.

Представляется, что для решения проблемы притеснений работников с семейными обязанностями необходимо не только совершенствовать способы защиты их прав, но и оптимизировать предоставляемый им законодательством пакет гарантий (см. параграф 1.3).

Так, в соответствии со ст.259 ТК РФ запрещаются направление в служебные командировки, привлечение к сверхурочной работе, работе в ночное время, выходные и нерабочие праздничные дни беременных женщин. По смыслу данной нормы работодатель не вправе направлять беременную женщину в командировку или привлекать к работе в ночное время или в выходные и нерабочие праздничные дни даже с её согласия. Между тем на практике многие женщины в период беременности, особенно на ранних ее сроках, готовы ездить в командировки или работать в выходные дни. Указанная гарантия, в отличие от большинства других, не связана с волеизъявлением работника, и лишает женщин права самостоятельно определять, в какой мере им необходимы те или иные «компенсирующие действия». Более обоснованной и отвечающей интересам беременных женщин представляется гарантия в форме права на отказ от направления в командировку, привлечения к работе в ночное время или в выходные и нерабочие праздничные дни и закрепление обязанности работодателя

ознакомить беременную женщину с ее правом на такой отказ. При этом направление в командировку, привлечение к работе в ночное время, выходные и нерабочие праздничные дни беременных женщин должно допускаться только при условии, что это не запрещено им в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

Согласно ст.ст. 4.1, 4.3 Федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» №255-ФЗ застрахованные лица вправе получать по месту работы пособие по беременности и родам и ежемесячное пособие по уходу за ребенком. В соответствии со ст.3 ФЗ №255 финансовое обеспечение выплаты указанных пособий осуществляется Фондом социального страхования РФ, однако обязанность по выплате этих пособий по общему правилу лежит на работодателях. Суть действующей системы в том, что при наступлении страхового случая застрахованное лицо обращается за назначением и выплатой пособия к страхователю, страхователь выплачивает пособие из собственных средств, а затем выплаченная сумма зачитывается в счет уплаты страховых взносов.

Анализ практики функционирования этой системы позволяет сделать вывод, что застрахованные лица в настоящее время нередко сталкиваются с проблемами при получении пособий по временной нетрудоспособности и в связи с материнством. Как правило, эти проблемы вызваны либо объективными обстоятельствами (такими, как отсутствие у работодателя достаточного количества денежных средств на момент обращения застрахованного лица), либо недобросовестным поведением работодателей (подробнее об уклонении юридических лиц от исполнения обязанностей работодателей в сфере социального страхования см. главу 5).

Низкая эффективность такой системы связана, во-первых, с тем, что застрахованные лица поставлены в зависимое положение от состояния и поведения работодателей (хотя обеспечение по обязательному социальному страхованию гарантировано государством), и, во-вторых, с тем, что работодатели обременены обязанностью выплачивать пособия в связи с материнством за счет собственных средств. Последнее особенно важно, поскольку воспринимается работодателями как попытку государства переложить свои обязанности на их плечи и формирует отрицательное отношение работодателей к работникам, имеющим или способным получить право на получение страховых пособий.

### ***Рекомендации:***

1. Ввести повышенную ответственность работодателей перед работниками за притеснения работников по мотивам беременности и наличия детей.

2. Отменить запрет установления испытательного срока при приеме на работу беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет. Отменить запрет направления в командировки, привлечения к работе за пределами рабочего времени, в ночное время, в выходные и праздники даже с согласия самой женщины (ст.259 ТК РФ). Установить, что беременная женщина вправе отказаться от направления в командировки, привлечения к работе за пределами рабочего времени, в ночное время, в выходные и нерабочие праздничные дни, и должна быть письменно предупреждена о возможности отказаться.

3. Необходим переход на прямые выплаты пособий по обязательному социальному страхованию в связи с материнством территориальными органами Фонда социального страхования РФ.

### **3. Сложности при возвращении на работу после отпуска по уходу за ребенком.**

#### ***3.1. Предоставление работы по прежней должности.***

Действующее законодательство содержит запрет на увольнение работника по инициативе работодателя в период отпуска по уходу за ребенком (ст.81 ТК РФ) и обязанность работодателя сохранять за ним место работы (должность) на период отпуска по уходу за ребенком (ст.256 ТК РФ).

Рассматривая указанные нормы в совокупности со ст.261 ТК РФ, устанавливающей запрет увольнять работников, имеющих детей, в связи с сокращением численности или штата, можно сделать вывод о том, что при досрочном выходе из отпуска работодатель обязан предоставить работнику работу по его должности (т.е. сократить должность работника, находящегося в отпуске по уходу за ребенком, нельзя).

Вместе с тем в действующем законодательстве не предусмотрена обязанность работодателя сохранять эту должность после окончания отпуска - такая обязанность существенным образом нарушала бы права работодателя самостоятельно определять свои потребности и внутреннюю структуру. Тем не менее, отсутствие этой обязанности обесценивает гарантию, предоставленную работникам в ст.256 ТК РФ - если работодатель считает необходимым сохранить должность, он сохранит ее в любом случае, если же нет, вышедший

из отпуска работник так или иначе не сможет продолжить работу на прежней должности.

В соответствии со ст.256 ТК РФ работник имеет право использовать отпуск по уходу за ребенком полностью или в части. Отпуск предоставляется по заявлению работника и работник вправе прервать отпуск по уходу за ребенком до достижения ребенком возраста трех лет, либо работать на условиях неполного рабочего времени или на дому, не прерывая отпуск. В связи с этим неопределенным представляется вопрос, как следует поступать работодателю, если работник желает приступить к работе до достижения ребенком возраста трех лет, однако в силу экономических изменений, произошедших за время пребывания работника в отпуске, работодатель не имеет возможности предоставить работнику работу по его прежней должности или не видит в этом экономической целесообразности.

Согласно ст.22 ТК РФ предоставление работнику работы, обусловленной трудовым договором, является обязанностью работодателя. В соответствии со ст.72.2 ТК РФ в случаях простоя (временной приостановки работы по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера) допускается перевод работника без его согласия на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя. При этом перевод на работу, требующую более низкой квалификации, допускается только с письменного согласия работника.

В ст.157 ТК РФ закреплено, что время простоя, возникшего по вине работодателя, оплачивается в размере  $2/3$  среднего заработка, а время простоя, возникшего по причинам, не зависящим от работодателя и работника, оплачивается в размере  $2/3$  оклада (тарифной ставки). В ст.234 ТК РФ закреплена ответственность работодателя за незаконное лишение работника возможности трудиться в виде возмещения последнему не полученного им заработка за весь период лишения.

Таким образом, по смыслу перечисленных норм, если изменения в экономической ситуации, с которыми связана приостановка работы по прежней должности работника, вышедшего из отпуска по уходу за ребенком до достижения ребенком возраста трех лет, носят временный характер, работодатель вправе либо перевести работника без его согласия на другую работу на срок не более 1 месяца, либо объявить простой и оплачивать его в соответствии со ст.157 ТК РФ. Если же речь идет не о временной приостановке работы, а о невозможности предоставить такую работу и об отсутствии экономической целесообразности сохранять указанную должность, у работодателя в силу действующего законодательства возникает обязанность

выплачивать работнику средний заработок в качестве компенсации незаконного лишения возможности трудиться.

Целью приведенных выше норм является предоставление повышенной законодательно защиты работникам, использующим право на отпуск по уходу за ребенком. Вместе с тем, в условиях постоянно меняющейся экономической ситуации указанные нормы создают для работодателей (особенно для небольших организаций) чрезмерные ограничения. Законодательное закрепление невозможности перевода работника, вышедшего из отпуска по уходу за ребенком, без его согласия на иную должность, сходную с его прежней должностью по требованиям к квалификации и по условиям оплаты труда, ставит работодателей перед выбором – либо брать такого работника «на содержание» и выплачивать ему заработок за факт невозможности предоставления работы по прежней должности, либо вести переговоры с работником в заведомо слабой позиции. Такая ситуация создает у работодателей предвзятое отношение к работникам с семейными обязанностями и, прежде всего, к работникам-женщинам. Указанные категории работников испытывают затруднения при трудоустройстве (см. параграфы 1.1, 1.3) и давление со стороны работодателей при попытке воспользоваться предоставленными им законом гарантиями (см. главу 2).

Таким образом, поскольку гарантия в виде сохранения прежней должности в течение нескольких лет для малых и средних организаций является тяжелым бременем и, как следствие, влечет для работников ряд негативных последствий, представляется необходимым пересмотреть подход к предоставлению лицам с семейными обязанностями возможности возвращаться на работу после использования отпуска по уходу за ребенком. Более отвечающей интересам работников и работодателей является гарантия в виде обязанности работодателя предоставлять работникам после отпуска по уходу за ребенком работу, сходную с его прежней должностью по требованиям к квалификации и по условиям оплаты труда. Это, с одной стороны, позволит снизить напряженность в отношении работодателей к работникам с семейными обязанностями, а с другой - будет в большей степени отвечать экономической действительности.

### ***Рекомендации:***

Необходимо внести изменения в ст.256 ТК РФ, установив обязанность работодателя предоставлять работнику работу по прежней должности в случае, если она сохраняется, либо работу по иной должности, сходной по требованиям к квалификации и по условиям оплаты труда. В случае отсутствия прежней должности и должностей, сходных по требованиям к квалификации и по

условиям оплаты труда, должна применяться общая процедура увольнения в связи с сокращением численности или штата с установленными законодательством особенностями.

### ***3.2. Гарантии, направленные на совмещение трудовой деятельности и семейных обязанностей.***

Механизм, позволяющий работнику совмещать обязанности по воспитанию детей с трудовой деятельностью в период отпуска по уходу за ребенком и после его окончания несовершенно.

В ст. 256 ТК РФ установлено, что по заявлению работника во время нахождения в отпусках по уходу за ребенком он может работать на условиях неполного рабочего времени или на дому с сохранением права на получение пособия по государственному социальному страхованию. Тем не менее, корреспондирующей указанному праву обязанности работодателя предоставить работнику возможность работать на дому или на условиях неполного рабочего времени в законодательстве не закреплена. Это делает возможным для судов придерживаться позиции, что работодатель вправе по своему усмотрению решать вопрос о предоставлении работнику, обратившемуся с соответствующим заявлением, указанной гарантии, независимо от наличия фактических возможностей такую гарантию предоставить.

Норма ч.3 ст.256 ТК РФ также порождает сложную правовую конструкцию. Из буквального ее толкования следует, что работник, подавший соответствующее заявление и работающий на условиях неполного рабочего времени или на дому, одновременно имеет статус работающего и статус находящегося в отпуске. Соответственно, есть основания для применения к такому работнику двух типов правового регулирования.

В соответствии со ст.261 ТК РФ расторжение трудового договора с женщиной, имеющей ребенка в возрасте до трех лет, с одинокой матерью, воспитывающей ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет или малолетнего ребенка - ребенка в возрасте до четырнадцати лет, с другим лицом, воспитывающим указанных детей без матери, с родителем (иным законным представителем ребенка), являющимся единственным кормильцем ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет либо единственным кормильцем ребенка в возрасте до трех лет в семье, воспитывающей трех и более малолетних детей, если другой родитель (иной законный представитель ребенка) не состоит в трудовых отношениях, по инициативе работодателя не допускается (за исключением увольнения по основаниям, предусмотренным

пунктами 1, 5 - 8, 10 или 11 части первой статьи 81 или пунктом 2 статьи 336 настоящего Кодекса).

Данная норма направлена на защиту от увольнения работников с семейными обязанностями, не находящихся в отпуске. Таким работникам предоставлена защита от увольнения только по основаниям, не связанным с виновным поведением работников (за исключением увольнения в связи с ликвидацией организации или прекращением деятельности индивидуальным предпринимателем). В частности, таких работников нельзя увольнять в связи с сокращением численности или штата, в связи с несоответствием работника занимаемой должности и др.

Согласно ч.6 ст.81 ТК не допускается увольнение работника по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем) в период его временной нетрудоспособности и в период пребывания в отпуске. Эта статья действует в отношении работников, которые отсутствуют на работе по уважительной причине. Она предоставляется таким работникам защиту от увольнения по инициативе работодателя по всем основаниям, в том числе по основаниям, связанным с виновным поведением работника. Так, эти работники не могут быть уволены ни за прогул, ни за опоздания, ни за появление на работе в нетрезвом состоянии. Это связано прежде всего с тем, что работники, находящиеся в отпуске, отсутствуют на работе на законных основаниях и не могут совершить перечисленных нарушений, а по ранее совершенным нарушениям время нахождения в отпуске и время болезни работника в срок применения дисциплинарного взыскания не включается.

Таким образом, если работник формально одновременно является работающим и находящимся в отпуске по уходу за ребенком, в силу ст.81 работодатель не может его уволить даже по основаниям, связанным с виновными действиями работника, по которым увольнение допускается в соответствии со ст.256 ТК РФ. В судебной практике этот вопрос решается именно так. Между тем, такой работник продолжает работать и вполне может совершить те виновные действия, о которых говорилось выше.

Подробная информация о судебной практике по данной проблеме приведена в аналитическом отчете об экспертизе судебной практики.

Представляется, что этот подход необоснованно ограничивает права работодателей в сфере защиты от виновных действий работников.

Закрепленная в ст.256 ТК РФ возможность приобретения работников двойного правового статуса порождает и иные проблемы. Так, работая на условиях неполного рабочего времени или на дому, работник в соответствии с

ч.3 ст.93 и ст.ст. 121, 122 ТК РФ приобретает право на ежегодный оплачиваемый отпуск. Вместе с тем, формально этот работник находится в отпуске по уходу за ребенком. Действующее законодательство не предусматривает для работника возможности одновременно использовать ежегодный оплачиваемый отпуск и отпуск по уходу за ребенком, равно как не предусматривает и сохранение права на получение ежемесячного пособия по уходу за ребенком в период ежегодного оплачиваемого отпуска. Однако у работодателя согласно ст.122 ТК РФ возникает обязанность предоставить работнику, работающему в период отпуска по уходу за ребенком, ежегодный оплачиваемый отпуск. В случае если работник не желает прерывать отпуск по уходу за ребенком и желает продолжать получать пособие, возникает ситуация, когда работодатель не имеет возможности исполнить обязанность по предоставлению ежегодного оплачиваемого отпуска работнику, поскольку работодатель не вправе заставить работника прервать отпуск по уходу за ребенком.

Представляется, что подобное противоречивое регулирование гарантий, предоставляемых лицам с семейными обязанностями, негативно сказывается на отношении работодателей к системе гарантий и к данной категории работников в целом.

В соответствии со ст.93 работодатель обязан устанавливать неполный рабочий день (смену) или неполную рабочую неделю по просьбе беременной женщины, одного из родителей (опекуна, попечителя), имеющего ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет). Однако условия установления неполного рабочего времени для указанных категорий работников законом не урегулированы, и на практике конкретная продолжительность работы определяется по соглашению сторон. Такой порядок предоставления работы на условиях неполного рабочего времени серьезно ограничивает сферу применения гарантии: если работодатель не хочет выполнять предусмотренную статьей 93 ТК РФ обязанность, он может в течение длительного времени не согласовывать с обратившимся работником продолжительность и график его рабочего времени.

#### ***Рекомендации:***

1. Необходимо внести изменения в ст.256, предоставив работнику право работать на условиях неполного рабочего времени или на дому с сохранением права на получение пособия по обязательному социальному страхованию в

связи с материнством. Следует отказаться от двойного статуса работника (работающего и находящегося в отпуске).

2. Установить обязанность работодателей предоставлять работникам с семейными обязанностями работу на условиях неполного рабочего времени или на дому, за исключением случаев, когда работодатель может разумно обосновать невозможность предоставления работникам с семейными обязанностями работы на заявленных ими условиях.

#### **4. Проблемы с привлечением отцов к выполнению обязанностей по воспитанию детей.**

Конституция РФ признает заботу о детях и их воспитание равным правом и обязанностью родителей (ч.2 ст.38). В соответствии с п.1 чт.3 Конвенции МОТ №156 «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями» одна из целей национальной политики России заключается в том, чтобы лица с семейными обязанностями, которые выполняют или желают выполнять оплачиваемую работу, могли осуществлять свое право на это, не подвергаясь дискриминации и, насколько это возможно, гармонично сочетая профессиональные и семейные обязанности. Согласно ст.27 Европейской социальной хартии Российская Федерация обязуется поддерживать право работников с семейными обязанностями на равное обращение и, в частности, на получение и сохранение работы.

Ратифицированные Российской Федерацией международные договоры не предусматривают разграничения статуса лиц с семейными обязанностями по признаку пола и закрепляют необходимость предоставления равных возможностей сочетать трудовую деятельность с воспитанием детей.

Тем не менее, действующее законодательство содержит ряд норм, на законодательном уровне закрепляющих дифференциацию правовых статусов мужчин и женщин с семейными обязанностями в сфере трудовых отношений.

В частности, согласно ст.70 ТК РФ испытание при приеме на работу не может быть установлено для женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет. Целью данной гарантии является предоставление женщинам, имеющим детей, повышенной защиты от увольнения (работодатель не вправе увольнять таких работников как не выдержавших испытание) и возможности совмещать трудовую деятельность с семейными обязанностями. Вместе с тем, мужчинам, имеющим детей того же возраста, указанная гарантия не предоставляется. Как уже указывалось выше (см. параграф 1.3), применение данной гарантии на

практике не соответствует ее цели, и представляется необходимым отменить запрет на установление испытания для беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет, и устранить необоснованную дифференциацию правовых статусов мужчин и женщин с семейными обязанностями.

Из текста ч.4 ст.261 ТК РФ следует, что полные (есть оба родителя) и неполные (есть только один родитель) семьи защищены по-разному: в неполных семьях защита от увольнения по основаниям, не связанным с виновным поведением работника (за исключением увольнения в связи с ликвидацией организации или прекращением деятельности индивидуальным предпринимателем) предоставляется как матери, так и отцу (до достижения ребенком возраста 14 лет или ребенком-инвалидом – возраста 18 лет), а в полных семьях от увольнения по инициативе работодателя по общему правилу защищена только мать (до достижения ребенком возраста 3 лет). Мужчина-отец в полной семье указанной нормой защищается только в случаях, когда он является единственным кормильцем ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет либо единственным кормильцем ребенка в возрасте до трех лет в семье, воспитывающей трех и более малолетних детей, если другой родитель (иной законный представитель ребенка) не состоит в трудовых отношениях.

Представляется, что подобная дифференциация правового статуса родителей в полных семьях необоснованна и приводит к ряду негативных последствий.

С одной стороны, отсутствие защиты от увольнения, предусмотренной на уровне закона, затрудняет реализацию мужчинами ряда прав, возникающих у них в связи с рождением ребенка. В частности, речь идет о таких правах, как право на работу в условиях неполного рабочего времени (ст.93 ТК РФ), право на отпуск по уходу за ребенком (ст.256 ТК РФ), право на получение по месту работы ежемесячного пособия по уходу за ребенком (ст.11.1 Федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» №255-ФЗ). В соответствии с действующим законодательством эти права в равной мере предоставлены как мужчинам, так и женщинам. Однако в случаях, когда мужчина пытается воспользоваться перечисленными правами, работодатель нередко начинает изыскивать способы уволить такого работника, и чем больше оснований для его увольнения допускает закон, тем меньше у работника возможностей реализовать свои права.

С другой стороны, предоставление женщинам повышенной (по сравнению с мужчинами в аналогичной ситуации) защиты от увольнения приводит к тому, что работодатели, нанимая работников определенной возрастной категории, как правило, отдают предпочтение мужчинам. Это происходит из-за того, что от мужчины, который попытается воспользоваться перечисленными выше правами, возникающими у него с рождением ребенка (а для работодателя реализация работником этих прав неизбежно влечет издержки), будет «избавиться» легче, чем в аналогичном случае - от женщины.

Таким образом, закрепление в ч.4 ст.261 ТК РФ дифференциации правового статуса женщин и мужчин, имеющих детей в полной семье, закладывает основу для дискриминации в трудовых отношениях по признаку пола, что противоречит Конституции Российской Федерации и нормам международных договоров, ратифицированных Россией.

Изменения, внесенные в ч.4 ст.261 ТК РФ Федеральным законом от 12.11.2012 N 188-ФЗ, предусматривающие запрет на увольнение по инициативе работодателя отцов, являющихся единственными кормильцами в многодетных семьях, воспитывающих малолетних детей, если другой родитель (законный представитель) не состоит в трудовых отношениях, указанную необоснованную дифференциацию правового статуса женщин, имеющих детей, и мужчин, имеющих детей, не устраняет.

Конституционный Суд РФ, рассмотрев жалобу А.Е. Остаева, многодетного отца, являющегося единственным кормильцем в семье, в Постановлении №28-П признал положение ч.4 ст.261 ТК РФ не соответствующим Конституции РФ в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования оно, запрещая увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей указанного возраста без матери, исключает возможность пользоваться этой гарантией отцу, являющемуся единственным кормильцем в многодетной семье, воспитывающей малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, где мать в трудовых отношениях не состоит и занимается уходом за детьми. При этом в п.1.2 Постановления №28-П Конституционный Суд РФ подчеркнул, что в соответствии с Федеральным конституционным законом «О Конституционном Суде Российской Федерации» он принимает постановление только по предмету, указанному в жалобе, не выходя за её пределы. Вместе с тем в п.5.1 Постановления №28-П Конституционный Суд РФ отметил, что предоставление гарантии, закрепленной в ч.4 ст.261 ТК РФ, не может ставиться в зависимость исключительно от того, кто - мать или отец - работает (состоит в трудовых

отношениях), а кто осуществляет уход за детьми, поскольку дифференциация, основанная лишь на указанном критерии и не учитывающая всех обстоятельств, значимых для выполнения родителями обязанности по содержанию и воспитанию детей надлежащим образом, снижает эффективность системы государственной поддержки института семьи и в условиях недостаточности мер социальной защиты работников с семейными обязанностями может приводить - в нарушение конституционных принципов равенства и справедливости - к не имеющим объективного и разумного оправдания различиям в положении семей, воспитывающих малолетних детей.

Представляется, что лицам, имеющим детей в возрасте до трех лет, как женщинам, так и мужчинам, должны предоставляться равные гарантии в случае расторжения трудового договора, и из ч.4 ст.261 ТК РФ должны быть исключены необоснованные различия в правовом статусе работников с семейными обязанностями.

В целях устранения законодательных предпосылок к нарушению конституционного принципа равенства мужчин и женщин в правах, свободах и возможностях для их реализации (ч.3 ст.19 Конституции РФ) гарантии при расторжении трудового договора должны предоставляться лицам, имеющим детей, на равных основаниях независимо от пола указанных лиц.

### ***Рекомендации:***

1. Внести изменения в действующее законодательство, направленные на устранение необоснованной дифференциации правовых статусов мужчин и женщин, имеющих малолетних детей:

- в ст.70 ТК РФ отменить запрет на установление испытания;
- в ст.261 ТК РФ установить равную защиту от увольнения для мужчин и женщин, имеющих малолетних детей.

2. Государственным органам проводить информационную кампанию, направленную на разъяснение возможностей и целесообразности ухода в родительские отпуска не только для женщин, но и для мужчин.

3. Внести изменения в Трудовой кодекс РФ, закрепить норму, прямо устанавливающую право отцов на использование законодательных гарантий в связи с уходом за детьми. Эта норма не добавит никаких дополнительных прав и обязанностей сторонам трудовых отношений, но будет носить информационный характер.

## **5. Уклонение юридических лиц от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и работников с семейными обязанностями.**

В настоящее время распространенной в коммерческих организациях, особенно в небольших организациях в форме обществ с ограниченной ответственностью, является практика фактического прекращения хозяйственной деятельности. Учредители создают новую организацию, старая организация не ликвидируется, однако из нее выводится все имущество. Как правило, юридический адрес старой организации изменяется, фактически она нигде не располагается, не ведет деятельности и не сдает отчетных документов, а найти лицо, имеющее право действовать от имени организации без доверенности, не представляется возможным. Во вновь созданную организацию, как правило, переводятся все работники, за исключением некоторых неугодных. Неугодными чаще всего становятся беременные женщины и работники с семейными обязанностями.

Фактическое прекращение деятельности обычно происходит в организациях в период нахождения работников в отпусках. Пособия по обязательному социальному страхованию прекративший деятельность работодатель выплачивать прекращает, а выйти из отпуска на работу в этом случае работники уже не могут. В результате беременные женщины и лица с семейными обязанностями, формально оставаясь работниками организации, не могут ни реализовать свое право на труд, ни получать пособия в связи с материнством. Затруднительно для них и расторгнуть трудовые отношения, поскольку связаться с работодателем и оформить увольнение невозможно, так как в таких случаях отсутствует лицо, имеющее право действовать от имени организации без доверенности.

Работодатель не принимает корреспонденцию (направленные ему по почте обращения возвращаются) и, соответственно, не осуществляет своих обязанностей. В ходе проведения государственной инспекцией труда и органами прокуратуры проверок, как правило, выясняется, что по зарегистрированному месту нахождения организация-работодатель не располагается и деятельности не ведет. Найти действительное место нахождения такой организации не представляется возможным, и единственным механизмом получения пособия от такой организации является взыскание их через суд. При этом решение суда о взыскании с работодателя сумм пособий невозможно исполнить, поскольку у работодателя на счете отсутствуют необходимые денежные средства. Учредители и участники по общему правилу не отвечают по долгам хозяйственных обществ (ст.ст. 87, 96 ГК РФ).

Формально организация не ликвидируется и в соответствии с законодательством является действующим страхователем, поэтому территориальные органы Фонда социального страхования Российской Федерации (далее – ФСС РФ), как правило, указывают, что они в такой ситуации не вправе выплачивать пособия напрямую.

В соответствии со ст.21.1 Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" №129-ФЗ юридическое лицо, которое в течение последних двенадцати месяцев, предшествующих моменту принятия регистрирующим органом соответствующего решения, не представляло документы отчетности, предусмотренные законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, и не осуществляло операций хотя бы по одному банковскому счету, признается фактически прекратившим свою деятельность (далее - недействующее юридическое лицо). Такое юридическое лицо может быть исключено из единого государственного реестра юридических лиц в установленном законом порядке.

Порядок организации работы налоговых органов по исключению юридического лица, прекратившего свою деятельность, из Единого государственного реестра юридических лиц (далее также – ЕГРЮЛ) по решению регистрирующего органа утвержден Приказом Федеральной налоговой службы от 16 ноября 2005 г. N САЭ-3-09/591@. Продолжительность такой работы в отношении недействующего юридического лица должна составлять около полугода, однако на практике работники в течение двух и более лет безуспешно пытаются защитить свои права, а организация в течение этого периода формально остается действующей. Представляется, что в настоящее время работа по выявлению и исключению из ЕГРЮЛ организаций, прекративших ведение хозяйственной деятельности, ведется недостаточно эффективно. В целях защиты прав работников организаций, уклоняющихся от соблюдения урегулированной ФЗ №129 процедуры ликвидации юридического лица, необходимо, во-первых, предоставить таким работникам право инициировать процедуру исключения работодателя из ЕГРЮЛ, а во-вторых, обеспечить альтернативные способы соблюдения прав указанных работников посредством законодательного регулирования.

Фактическое прекращение деятельности организацией без государственной регистрации ее ликвидации, как правило, влечет нарушение права работников:

*1. Получение заработной платы, пособия по временной нетрудоспособности в части, финансируемой за счет работодателя, и иных выплат, причитающихся работнику.*

В случае фактического прекращения организацией деятельности ее учредители (участники) не оставляют за такой организацией никакого имущества. Таким образом, работник, работодателем которого формально является юридическое лицо, прекратившее деятельность, не имеет возможности получить причитающиеся ему денежные выплаты, поскольку судебные решения, вынесенные в отношении юридического лица, прекратившего деятельность, невозможно исполнить в связи с отсутствием у организации имущества, на которое может быть обращено взыскание.

*2. Получение пособия по временной нетрудоспособности и пособий в связи с материнством.*

Формально организация не ликвидируется и в соответствии с законодательством является действующим страхователем, поэтому территориальные органы Фонда социального страхования РФ, как правило, указывают, что они в такой ситуации не вправе выплачивать пособия напрямую.

С 30 декабря 2012 года в ч.4 ст.13 ФЗ №255 появилось новое основание для прямых выплат – «в случае отсутствия возможности установления местонахождения страхователя и его имущества, на которое может быть обращено взыскание, при наличии вступившего в законную силу решения суда об установлении факта невыплаты таким страхователем пособий застрахованному лицу». Эта норма направлена на урегулирование ситуации с работодателями, фактически прекратившими хозяйственную деятельность, но не инициировавшими процедуру ликвидации юридического лица.

*3. Сложности при оформлении прекращения трудовых отношений.*

Статья 80 ТК РФ предусматривает право работника расторгнуть трудовой договор, предупредив об этом работодателя в письменной форме не позднее, чем за две недели до увольнения. Волеизъявления работодателя на расторжение трудового договора в этом случае не требуется. По истечении срока предупреждения об увольнении работник имеет право прекратить работу. В последний день работы работодатель обязан выдать работнику трудовую книжку и произвести с ним окончательный расчет. Согласно ст.84.1 ТК РФ и п.35 «Правил ведения и хранения трудовых книжек, изготовления бланков трудовой книжки и обеспечения ими работодателей» (далее – Правила) выдача трудовой книжки работнику осуществляется работодателем только при

увольнении. При выдаче трудовой книжки в нее вносится запись об увольнении, и все записи, внесенные за период работы у данного работодателя, заверяются печатью работодателя и подписью работодателя или лица, ответственного за ведение трудовых книжек.

Работодатель, фактически прекративший хозяйственную деятельность, не может выполнить указанные выше обязанности по оформлению увольнения и выдаче трудовой книжки в силу отсутствия лица, имеющего право действовать от имени работодателя без доверенности. На практике работникам приходится устанавливать факт прекращения трудовых отношений с таким работодателем в судебном порядке, а получить трудовую книжку, как правило, вовсе не удается. Это создает лицам с семейными обязанностями, попавшим в подобную ситуацию, дополнительные трудности при трудоустройстве.

В соответствии с п.31 Правил лицо, утратившее трудовую книжку, обязано немедленно заявить об этом работодателю по последнему месту работы. Работодатель выдает работнику дубликат трудовой книжки не позднее 15 дней со дня подачи работником заявления. Действующее законодательство не предусматривает возможности обращения за дубликатом трудовой книжки к новому работодателю: согласно ст.65 ТК РФ в случае отсутствия у лица, поступающего на работу, трудовой книжки в связи с ее утратой, повреждением или по иной причине работодатель обязан по письменному заявлению этого лица (с указанием причины отсутствия трудовой книжки) оформить новую трудовую книжку. В отличие от дубликата, новая трудовая книжка не содержит сведений о стаже работника за предшествующий период, что может стать причиной нарушения прав работника, в особенности если он работал до 2002 года.

### ***Рекомендации:***

1. Рассмотреть возможность внесения следующих изменений в Федеральный закон от 29 декабря 2006 года № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством», направленных на устранение пробелов в регулировании отношений по назначению и выплате застрахованным лицам страхового обеспечения на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством территориальными органами Фонда социального страхования Российской Федерации:

- Установить обязанность территориальных органов ФСС РФ запрашивать в кредитных организациях сведения о состоянии счетов страхователей в случае обращения к ним застрахованных лиц за назначением и

выплатой пособий либо страхователей за выделением денежных средств, необходимых для выплаты пособий (ч.2 ст.4.2 Федерального закона №255-ФЗ).

- Установить обязанность страхователей информировать застрахованных лиц об изменения своего места нахождения и ответственность учредителей (участников) организации-страхователя, принимающих решение о таком изменении, за неисполнение этой обязанности.

2. Рассмотреть вопрос установления ответственности органов Фонда социального страхования перед застрахованными лицами за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по назначению и выплате страхового обеспечения. Внести изменения в федеральное законодательство, установив ответственность органов Фонда социального страхования Российской Федерации перед застрахованными лицами в виде неустойки (пени) за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей по назначению и выплате страхового обеспечения.

3. Внести изменения в порядок выплаты пособий по обязательному социальному страхованию в связи с материнством (ст.13 Федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» №255-ФЗ). Необходим переход на прямые выплаты пособий по обязательному социальному страхованию в связи с материнством территориальными органами Фонда социального страхования РФ.

4. Необходимо установить обязанность налоговых органов проводить внеочередные проверки в отношении недействующих организаций для целей исключения их из ЕГРЮЛ на основании заявлений работников таких организаций. Следует организовать межведомственное взаимодействие органов прокуратуры с Федеральной налоговой службой РФ с целью совместного выявления юридических лиц, уклоняющихся от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и лиц с семейными обязанностями, и дальнейшего исключения указанных организаций из ЕГРЮЛ в соответствии с Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» №129-ФЗ.

5. А) Ввести механизм защиты работников при переходе право собственности на предприятие, аналогичный механизму, используемому в ЕС.<sup>6</sup> Под предприятием понимается не юридическое лицо, а имущественный комплекс (например, завод, цех, транспортное средство и т.д.), на котором работник осуществляет работу. Этот механизм носит общий характер и

---

<sup>6</sup> Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

позволит защищать не только женщин и работников с семейными обязанностями, но и любых работников.

Либо

Б) Предусмотреть субсидиарную ответственность учредителей (участников) хозяйственных обществ по долгам организации, возникшим у нее перед работниками в связи с фактическим прекращением деятельности организации без государственной регистрации ее ликвидации.

6. Для организаций, фактически прекративших деятельность без государственной регистрации в связи с ликвидацией, необходимо расширить круг лиц, которые вправе и обязаны вносить сведения в трудовую книжку и заверять их от имени работодателя. Такая функция может быть возложена на учредителей (участников) организаций.

7. В части признания установления правопреемства при смене собственника имущества работодателя может быть использован подход, применяемый в ЕС<sup>7</sup>. В качестве примера для заимствования в данном случае может быть использована Директива ЕС 2001 г. о сохранении прав работников при переходе предприятия 2001/23/ЕС, а также практика Европейского суда справедливости, устанавливающая, какие именно случаи следует признавать переходом предприятия<sup>8</sup>. Согласно этому подходу под предприятием понимается не юридическое лицо, а имущественный комплекс (например, завод, цех, транспортное средство и т.д.), на котором работник осуществляет работу. Этот механизм носит более общий характер и позволит защищать не только женщин и работников с семейными обязанностями, но и любых работников. В случае принятия этой концепции необходимо внести изменения в законодательство, в частности, в ст. 75 ТК РФ, предусматривающие переход обязанностей работодателя новому собственнику в случае приобретения им имущественного комплекса, на котором работают работники (предприятия – по смыслу п. 1 ст. 132 ГК РФ).

---

<sup>7</sup> Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

<sup>8</sup> См. об этом подробнее: Лютов Н.Л. Права работников при смене собственника имущества организации: проблемы российского законодательства и нормы Европейского союза // Российский ежегодник трудового права, №4, 2008, СПб, 2009. С. 467-474.

## **6. Недостаточность существующих механизмов защиты от дискриминации.**

### ***6.1. Антидискриминационное законодательство.***

В действующем российском законодательстве есть немало антидискриминационных норм: ст.5.62 КоАП РФ<sup>9</sup> и ст.136 УК РФ закрепляют общий запрет дискриминации; ст.ст. 2, 3 ТК РФ содержат принцип запрета дискриминации в трудовых отношениях; ст.64 ТК РФ устанавливает запрет дискриминации при заключении трудового договора, а в соответствии со ст.145 УК РФ отказ в приеме на работу женщины по мотивам ее беременности или наличия у нее детей в возрасте до трех лет является преступлением; ст. 132 ТК РФ содержит запрет дискриминации в сфере оплаты труда.

Однако существующее в России правовое регулирование вопросов дискриминации, как в части определения понятия и видов дискриминации, запрещения конкретных проявлений дискриминации, так и в части регулирования механизмов и средств защиты от дискриминации, представляется недостаточным.

Несмотря на большое количество отдельных норм, в российском законодательстве до настоящего времени не сформулировано четкого определения дискриминации. Так, в соответствии со ст. 3 ТК РФ, никто не может быть ограничен в своих правах и свободах и получать какие-либо преимущества по обстоятельствам, "не связанным с деловыми качествами работника". Определить, какие обстоятельства являются связанными с деловыми качествами, из буквального толкования законодательства невозможно.

В п. 10 Постановления Пленума ВС РФ о применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации от 17 марта 2004 г. №2 разъясняется, каким образом следует толковать термин «деловые качества». Помимо прочего, под деловыми качествами понимается совокупность «... личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли)». Далее в Постановлении говорится, что работодатель также вправе предъявить «...и иные требования... которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере)». Очевидно, что «деловые качества» - это объективно присущие тому или иному

---

<sup>9</sup> Административная ответственность за дискриминацию была установлена лишь в конце 2011 года.

работнику свойства. Когда речь идет о «требованиях, предъявляемых к работе», то так же очевидно, что их определяет сам работодатель.

К вопросу о дискриминации Пленум Верховного Суда РФ вернулся в Постановлении №1 «О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних» от 28.01.2014. В частности, в п.3 Постановление приведено определение дискриминации, основанное на ст.1 Конвенции Международной организации труда 1958 года №111 относительно дискриминации в области труда и занятий и ст.3 ТК РФ: «различие, исключение или предпочтение, имеющее своим результатом ликвидацию или нарушение равенства возможностей в осуществлении трудовых прав и свобод или получение каких-либо преимуществ в зависимости от любых обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника (в том числе не перечисленных в указанной статье Трудового кодекса Российской Федерации), помимо определяемых свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловленных особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите». Примечательно, что Пленум ВС РФ в новом Постановлении использует для определения дискриминации все то же понятие - «деловые качества».

Следует отметить, что закрепленное в действующем законодательстве определение дискриминации нуждается в доработке. Так, в ст.5.62 КоАП РФ и в ст.136 УК РФ дискриминация определяется как «нарушение прав, свобод и законных интересов» человека в зависимости от пола, расы и иных указанных в законе оснований. Между тем, в соответствии с пунктом а) ст.1 Конвенции МОТ О дискриминации в области труда и занятий №111 термин «дискриминация» включает «всякое различие, недопущение или предпочтение, ... приводящее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения». В Конвенциях ООН дискриминация определяется как «любое различие, исключение, ограничение или предпочтение ... которое умаляет или сводит на нет признание, пользование или осуществление на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области общественной жизни». Таким образом, положения международных норм связывают дискриминацию не с нарушением прав, свобод и законных интересов конкретного человека, а с нарушением равенства (оно может возникнуть без сопутствующих нарушений прав и само по себе является таким нарушением).

Таким образом, основное понятие дискриминации раскрывается только в ст.3 ТК РФ, а также отдельные небольшие нормы, запрещающие дискриминацию, включены в ряд других статей ТК РФ. Эти нормы касаются

прямой дискриминации. При этом в России не разработано понимание и отсутствует какое-либо правовое регулирование косвенной дискриминации.

Как указывается в заключении Европейского комитета по социальным правам, касающемся Австрии<sup>10</sup>, законодательство должно запрещать как прямую, так и косвенную дискриминацию. Причем под косвенной дискриминацией понимаются «меры или практика, идентично применяемые ко всем, однако без законной цели, непропорционально затрагивающие интересы лиц, имеющих определенные религиозные верования, определенный вид инвалидности, определенный возраст, определенную сексуальную ориентацию, определенные политические убеждения, определенное этническое происхождение и т.п.»<sup>11</sup>. Рекомендации разработать эти институты поступали в отношении России и со стороны Комитета Конференции и Комитета экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций<sup>12</sup>.

Во внутреннем российском законодательстве есть только упоминание о запрете на «...прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора» (ч.4 ст.64 ТК РФ). Данный запрет, во-первых, касается только момента заключения трудового договора и не распространяется на дальнейшую работу, и, во-вторых, в законе не разъясняется, что, собственно, следует понимать под прямыми или косвенными действиями работодателя. Случаи признания фактов косвенной дискриминации в сфере труда в российской судебной практике обнаружены не были.

В зарубежных странах принимаются антидискриминационные законы двух основных моделей – открытой и закрытой. Открытая модель предусматривает установление общего запрета дискриминации или неравенства в обращении, отступление от которого может быть оправдано только вескими и разумными основаниями. Закрытая модель предполагает закрепление перечня оснований дискриминации, сфер и лиц, на которых распространяется действие законодательства, запрещающего дискриминацию, прямо перечисляются запрещенные формы дискриминации и незаконные практики и возможные случаи отступления от принципа не дискриминации. Большинство антидискриминационных законов строится в соответствии с закрытой моделью регулирования. Для таких законов характерно также закрепление не только негативных обязательств (не осуществлять дискриминацию), но и позитивных обязательств (предпринимать определенные действия) с целью обеспечения равноправия и искоренения дискриминации.

---

<sup>10</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XVIII-I. P. 29.

<sup>11</sup> Council of Europe. Digest Of The Case Law Of The European Committee Of Social Rights, 2008. P. 21.

<sup>12</sup> International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 496.

Также характерно учреждение омбудсменов и/или комиссий – специальных органов, обеспечивающих реализацию принципа равных возможностей и защиту лиц, пострадавших от дискриминации. Они обычно осуществляют мониторинг соблюдения антидискриминационного законодательства, проводят собственные расследования в отношении предполагаемых нарушений принципа равноправия, а в случае необходимости могут обращаться с иском в суд по делам о дискриминации.

Антидискриминационные законы, как правило, предусматривают доступ лица, пострадавшего от дискриминации, к правосудию и специальные судебные процедуры рассмотрения дел о дискриминации. Значительную роль в борьбе с дискриминацией играет деятельность органов конституционного контроля, направленная на обеспечение соблюдения принципа равноправия в законотворчестве и правоприменительной практике.

В ряде стран жалобы, поданные на действия государственных органов, рассматриваются органами административной юстиции. В некоторых странах (например, в Финляндии) дискриминация в сфере труда признается уголовным правонарушением. Работодатели, нарушающие запрет дискриминации, обязаны также компенсировать пострадавшим причиненный ущерб на основании иска, поданного в течение года после нарушения запрета дискриминации. Сумма компенсации варьируется от 2820 до 9380 евро. В случае серьезных последствий ее максимальный размер может быть увеличен вдвое. При определении суммы компенсации учитываются природа, характер и продолжительность дискриминационных действий. С учетом финансового положения работодателя и его стремления предотвратить дискриминацию сумма может быть установлена ниже минимального предела<sup>13</sup>.

По мнению Европейского комитета по социальным правам, «средства защиты, предоставляемые жертвам дискриминации, должны быть адекватными, обеспечивающими защиту и носящими сдерживающий от дальнейших нарушений характер»<sup>14</sup>. Помимо прямой компенсации упущенного заработка за время вынужденного прогула, если речь идет об увольнении, лица, подвергшиеся дискриминации, могут рассчитывать на компенсацию морального вреда.

Вместе с тем, в России лицо, которое обращается в суд с иском о дискриминации, ограничено в возможностях защиты. Работник, столкнувшийся с дискриминацией, может заявить требования: о признании дискриминации; о

---

<sup>13</sup> См. подробнее, например: Защита личности от дискриминации. В 3 томах. Том 1 / [Дикман С.С. и др.]. – М.: Новая юстиция, 2009. 424 с. – (Юристы за конституционные права и свободы). С.156-175.

<sup>14</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2006. P. 29.

восстановлении нарушенного материального права; о компенсации утраченного заработка и о компенсации морального вреда. По существу, компенсацией за причиненные страдания и нарушение прав в данном случае является компенсация морального вреда. Однако по сложившейся в России практике суммы, взыскиваемые в качестве компенсации морального вреда, невелики, и обычно не превышают нескольких десятков тысяч рублей, а чаще даже находятся в пределах 1-5 тысяч рублей. Поэтому, фактически, они не являются ни серьезным предупреждением для виновного работодателя, и тем более для других работодателей, о том, что подобная практика является недопустимой и должна быть прекращена.

Иных негативных последствий установления в судебном заседании по гражданскому делу факта дискриминации для нарушителя в законодательстве не предусмотрено.

На уровне общественных организаций в России уже длительное время ведутся дискуссии<sup>15</sup> по поводу принятия комплексного антидискриминационного закона, выходящего за рамки отношений в сфере труда, где проблемы доказывания и косвенной дискриминации нашли бы свое отражение. Однако в настоящее время никаких практических шагов к этому на государственном уровне не предпринимается.

В части средств и форм защиты от дискриминации в сфере труда в России ч.4 ст.3 ТК РФ устанавливает, что «лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального вреда и компенсации морального вреда». Введение в действие этой нормы в 2006 году<sup>16</sup> привело к тому, что органы государственной инспекции труда перестали рассматривать жалобы, связанные с дискриминацией, указывая, что согласно ч.4 ст.3 ТК РФ рассмотрение этой категории дел отнесено исключительно к компетенции судов. По существу, судебная защита является на сегодняшний день единственным способом защиты от дискриминации<sup>17</sup>.

### ***Рекомендации:***

---

<sup>15</sup> Этот вопрос, например, был предметом детального обсуждения на Круглом столе на тему «Перспективы развития российского законодательства в свете борьбы с дискриминацией», организованном АНО «Юристы за конституционные права и свободы» 10 июня 2010 г., и в рамках ряда других мероприятий.

<sup>16</sup> Федеральный закон от 30.06.2006 г. №90-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // СЗ РФ, 03.07.2006 г., №27, ст. 2878.

<sup>17</sup> Кроме того, установлена уголовная и административная ответственность за дискриминацию. О возможностях ее применения см. ниже.

1. Разработать и закрепить в законодательстве определение дискриминации, урегулировать на основании норм международного права и с использованием опыта зарубежных стран более широкий круг вопросов, касающихся отдельных видов и проявлений дискриминации. Четко закрепить в Трудовом кодексе РФ понятия прямой и косвенной дискриминации. Под прямой дискриминацией следует понимать поведение работодателя, при котором он обращается с работником или кандидатом на трудоустройство менее, либо более благоприятно по причинам, не связанным с качеством и объемом выполняемых этим работником трудовых обязанностей, за исключением случаев, прямо предусмотренных в Трудовом кодексе РФ, иных нормативно-правовых актах Российской Федерации. Под косвенной дискриминацией следует понимать осуществление внешне нейтральных действий, которые по своим последствиям приводят к неблагоприятным последствиям для работников, в частности, определенного пола, если это прямо не связано с потребностями хозяйственной деятельности работодателя.

2. Внести в ТК РФ (в частности, в ст.64) норму, устанавливающую, что отказ в приеме на работу соискателю лицом, которому поручается ведение переговоров о приеме на работу, приравнивается к отказу работодателя, в т.ч. в тех случаях, когда такие лица не наделены правом заключения трудового договора.

### ***6.2. Судебная защита от дискриминации.***

Один из самых важных и противоречивых аспектов антидискриминационного законодательства – вопрос о доказывании дискриминации. В соответствии со ст. 56 ГПК РФ предусматривается обязанность каждой из сторон судебного разбирательства доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается<sup>18</sup>. Это означает, что лицо, считающее, что оно подверглось дискриминации в сфере труда, будет обязано доказывать этот факт в суде. На практике это сделать очень сложно, в связи с чем дела о дискриминации выигрываются российскими работниками в судах очень редко, в отличие от подавляющего большинства других трудовых споров. Даже в очевидных случаях дискриминации добиться справедливости работникам оказывается очень затруднительно<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Подробнее о доказывании факта дискриминации в сфере труда см.: Лукьянова И.Н. Доказывание в делах о дискриминации в сфере труда в Российской Федерации // Дискриминация в сфере труда: теория и практика. Научно-практический сборник. М., 2008. С. 192–267; Гвоздицких А.В. Рекомендации по процессуальной работе представителя в делах о дискриминации в трудовых отношениях. М., 2008. С. 35–42.

<sup>19</sup> В среде правозащитников большой резонанс имело так называемое «дело Ступко» (см. Апелляционное решение Ленинского районного суда г. Воронежа от 28 января 2008 г. Дело № 11-27/08), в котором работнику изначально отказали в иске, несмотря на наличие письменного отказа работодателя принять его на работу бухгалтером, как неподходящего «по возрастному признаку».

В решениях и заключениях Европейского комитета по социальным правам указывается<sup>20</sup>, что национальное законодательство стран – участниц ЕСХ должно предусматривать смягчение бремени доказывания для истца по делам о дискриминации. В других делах прямо указывается, что бремя доказывания должно быть для истца не просто «облегчено», а перенесено на ответчика<sup>21</sup>. Контрольные органы МОТ уже обращались с просьбой по облегчению доказывания фактов дискриминации в адрес Правительства России, но не получили ответа<sup>22</sup>.

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

В решениях и заключениях Европейского комитета по социальным правам указывается<sup>23</sup>, что национальное законодательство стран – участниц ЕСХ должно предусматривать смягчение бремени доказывания для истца по делам о дискриминации. В других делах прямо указывается, что бремя доказывания должно быть для истца не просто «облегчено», а перенесено на ответчика<sup>24</sup>. Контрольные органы МОТ уже обращались с просьбой по облегчению доказывания фактов дискриминации в адрес Правительства России, но не получили ответа<sup>25</sup>. В российской правовой науке высказывалось

---

<sup>20</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2002. P. 24; *Syndicat Sud Travail et Affaires Sociales v. France*, Complaint N 24/2004, Decision on the merits of 16 November 2005, § 33.

<sup>21</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2004. P. 495; Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIII-5. P. 272–276.

<sup>22</sup> International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 496.

<sup>23</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2002. P. 24; *Syndicat Sud Travail et Affaires Sociales v. France*, Complaint N 24/2004, Decision on the merits of 16 November 2005, § 33.

<sup>24</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2004. P. 495; Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIII-5. P. 272–276.

<sup>25</sup> International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 496.

мнение о необходимости частичного перенесения доказывания случаев дискриминации в сфере труда на ответчика (полное – при приеме на работу и распределение между сторонами – в других случаях)<sup>26</sup>.

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

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

Директивы 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС1 расценивают как незаконную и косвенную дискриминацию, при которой внешне нейтральная норма, критерий или практика ставят представителей какого-то меньшинства в особенно невыгодное положение по сравнению с другими лицами. Упомянутые директивы предусмотрели, что в гражданских делах в случае, если лицо, считающее себя жертвой дискриминационного обращения, сможет представить суду (или иному органу) факты, из которых можно предположить, что имела место дискриминация, бремя доказывания должно быть возложено на ответчика, который будет обязан доказать, что принцип равноправия не был нарушен. Перенос бремени доказывания используется не только при рассмотрении дел о дискриминации, но также и в работе иных, квазисудебных органов<sup>27</sup>.

В решениях и заключениях Европейского комитета по социальным правам также указывается<sup>28</sup>, что национальное законодательство стран - участниц Европейской социальной Хартии должно предусматривать смягчение бремени доказывания для истца по делам о дискриминации. В других делах прямо указывается, что бремя доказывания должно быть для истца не просто

---

<sup>26</sup> Митина Н.М. Запрещение дискриминации в сфере труда как один из основных принципов трудового права. Автореферат дисс. ... к.ю.н. М., 2006. С. 7.

<sup>27</sup> Подробнее о доказывании по делам о дискриминации см., в частности: Защита личности от дискриминации. В 3 томах. Том 1 / [Дикман С.С. и др.]. – М.: Новая юстиция, 2009. 424 с. – (Юристы за конституционные права и свободы). С.353-424.

<sup>28</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2002. P. 24; Syndicat Sud Travail et Affaires Sociales v. France, Complaint N 24/2004, Decision on the merits of 16 November 2005, § 33.

«облегчено», а перенесено на ответчика<sup>29</sup>. Контрольные органы МОТ уже обращались с просьбой по облегчению доказывания фактов дискриминации в адрес Правительства России, но не получили ответа<sup>30</sup>.

### ***Рекомендации:***

1. Разработать методические материалы для судей по вопросам рассмотрения дел о защите от дискриминации. В части регулирования вопроса о наличии дискриминационного мотива, отразить в разрабатываемых материалах, что наличие или отсутствие дискриминационного мотива может быть установлено только у конкретных физических лиц, действовавших в трудовых отношениях в качестве представителей работодателя юридического лица.

2. Создать возможность более широкого использования видео- и аудиозаписей в делах о дискриминации. Внести норму в ГПК РФ или ТК РФ, позволяющую по этой категории дел использовать в качестве доказательства аудио- и видеозапись, полученную без согласия и уведомления другой стороны, в качестве допустимого доказательства. Целесообразно рассмотреть вопрос о распространении подобной нормы на более широкий круг трудовых споров.

3. Ввести специальные нормы, регулирующие распределение обязанностей по доказыванию. Возможно законодательное закрепление либо перенесения бремени доказывания по делам, связанным с дискриминацией, либо облегчения доказывания по этой категории дел. Облегчение доказывания возможно через расширение возможности использования аудио- и видеозаписи, закрепление возможности использования в качестве доказательств статистических данных, сопоставлений с работниками других работодателей и др. Применительно к трудовым правоотношениям это возможно путем внесения соответствующих изменений в ТК РФ, в главу 60 «Рассмотрение и разрешение индивидуальных трудовых споров».

### ***6.3. Иные средства защиты от дискриминации.***

При разработке антидискриминационного законодательства в числе прочего обычно решается вопрос о создании органов, которые курируют вопросы обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией. Создание **универсального органа** считается предпочтительным, когда обеспечение

---

<sup>29</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2004. P. 495; Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, XIII-5. P. 272 - 276.

<sup>30</sup> International Labour Conference, 100th Session, 2011. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR). Report III (Part 1A). P. 496.

равноправия и недискриминации рассматривается как комплексная проблема, а борьба с конкретными разновидностями дискриминации трактуется как составная часть широкого движения против дискриминации. Создание единого органа позволяет также разрабатывать универсальные подходы к реализации антидискриминационного законодательства, применять общие стандарты, обеспечивать единообразную реализацию программ позитивных действий в публичном и частном секторе (например, Нидерландская Комиссия по равенству в обращении).

Создание **сети специализированных органов** явно предпочтительнее, если в стране действуют несколько законодательных актов, регламентирующих обеспечение равноправия по признаку пола, расы, возраста. Например, в Великобритании сформированы Комиссия по расовому равноправию; Комиссия по равным возможностям, содействующая упразднению дискриминации по признаку пола и семейного положения в сфере труда и занятости; Комиссия по правам лиц с физическими или умственными недостатками.

В ряде стран вводится и должность **омбудсмена** (уполномоченного) по вопросам равенства. Например, в Швеции такая должность существует с 1809 года. В настоящее время омбудсмен по вопросам равенства «уполномочен контролировать соблюдение Закона о борьбе с дискриминацией, противодействовать дискриминации и поощрять равные права и возможности для всех». Он рассматривает индивидуальные письменные жалобы на дискриминацию, может проводить расследования случаев дискриминации по собственной инициативе и на основе наблюдений, сделанных в ходе инспекций; давать критические замечания и рекомендации. Он имеет право обратиться к Совету против дискриминации для наложения штрафа (и/или выплаты компенсации пострадавшим) на работодателей, поставщиков образовательных услуг и др., которые допускают нарушения в области антидискриминационного законодательства. Омбудсмен организует представительство интересов пострадавшего от дискриминации при урегулировании спора и в суде. Кроме того, в его функции входит подготовка ежегодного отчета (доклада) о своей работе, содействие выполнению международных обязательств государством в области прав человека по вопросам равенства; правовое просвещение<sup>31</sup>.

Для антидискриминационного законодательства характерно предоставление **неправительственным организациям** права участвовать в рассмотрении жалоб специализированным органом или судом. Например, в

---

<sup>31</sup> Чуксина В.В. Новый омбудсмен по вопросам равенства (шведский опыт борьбы с дискриминацией) // Конституционное и муниципальное право. 2012. №3. С. 78 - 79.

Румынии неправительственные организации могут подавать жалобы в Национальный совет по предотвращению дискриминации, участвовать в рассмотрении дел в суде в качестве представителя определенных общностей или групп. По свидетельству Нидерландской комиссии по равному обращению, групповые действия достаточно эффективны в тех случаях, когда дискриминация является систематической или когда необходимо акцентировать внимание на структурных причинах неравенства в обращении.

В России подобных механизмов не существует. Более того, как мы отмечали выше, в 2006 году рассмотрение дел, связанных с дискриминацией, было отнесено к подведомственности судов, в связи с чем органы государственной инспекции труда перестали рассматривать жалобы на дискриминацию.

Вопросы по поводу обеспечения эффективных механизмов защиты от дискриминации задавались России в рамках контрольных механизмов МОТ. После внесения изменений в ст.3 ТК РФ в 2006 году Комитет экспертов МОТ задавал вопросы в адрес Правительства РФ<sup>32</sup>. Однако переговоры по данному поводу между Правительством РФ и Комитетом экспертов ведутся до сих пор. Так, в 2012 г. Комитет экспертов в своем замечании<sup>33</sup> просил Правительство предоставить информацию о количестве судебных дел в отношении дискриминации в сфере труда, результатах проверок, осуществляемых инспекциями труда, о том, насколько эффективна деятельность инспекций труда в этом отношении и о том, какие меры предполагается предпринять для усиления полномочий инспекций<sup>34</sup>. Представляется важным как минимум вернуть государственной инспекции труда право рассматривать жалобы на дискриминацию в трудовых отношениях, а как максимум – разработать концепцию создания специализированного органа, курирующего вопросы обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией.

Что касается привлечения к ответственности за нарушения, касающиеся запрета дискриминации, то в ст.136 УК РФ закреплена **уголовная ответственность** за нарушение равенства прав и свобод человека и

---

<sup>32</sup> Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), 2008. Individual Observation concerning Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) Russian Federation. ILO Normlex Database: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2281530](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2281530).

<sup>33</sup> Замечание – это форма публичной критики государства-члена МОТ со стороны Комитета экспертов, подлежащая публикации, в отличие от прямого запроса – более мягкой формы взаимодействия, подразумевающей двухстороннее кулуарное обсуждение проблемы.

<sup>34</sup> Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), 2008. Individual Observation concerning Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111) - adopted 2012, Published 102<sup>nd</sup> ILC session (2013). ILO Normlex Database: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:3084477](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3084477).

гражданина, предусматривающая, что дискриминация, то есть нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в зависимости от его пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам, совершенное лицом с использованием своего служебного положения, - наказывается штрафом в размере от ста тысяч до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет, либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет, либо обязательными работами на срок до четырехсот восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до двух лет, либо принудительными работами на срок до пяти лет, либо лишением свободы на тот же срок.

Однако, известная нам практика попыток привлечения к уголовной ответственности свидетельствует о том, что эта норма не работает. Официальной статистики, свидетельствующей о применении данной нормы, нам обнаружить не удалось. С другой стороны, известная нам практика обжалования отказов в возбуждении уголовного дела по ст.136 УК РФ свидетельствует, что возбудить уголовное дело невозможно даже в тех случаях, когда факты дискриминации признаны судебными решениями в рамках гражданского судопроизводства<sup>35</sup>.

Административная ответственность за дискриминацию была введена лишь в конце 2011 года<sup>36</sup>. Статья 5.62 КоАП РФ предусматривает, что дискриминация, то есть нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в зависимости от его пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, семейного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям или каким-либо социальным группам, - влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от одной тысячи до трех тысяч рублей; на юридических лиц - от пятидесяти тысяч до ста тысяч рублей.

Кроме того, как упоминалось выше, ст.13.11.1 КоАП установила ответственность за распространение информации о свободных рабочих местах или вакантных должностях, содержащей ограничения дискриминационного

---

<sup>35</sup> См., например, <http://trudprava.ru/expert/jurisprudence/discriminjuris/1036>

<sup>36</sup> Федеральный закон от 07.12.2011 г. №420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» //СЗ РФ, 12.12.2011 г., №50, ст. 7362.

характера. Официальной информации о применении данной нормы, количестве возбужденных дел и их результатах получить не удалось.

***Рекомендации:***

1. Предоставить государственной инспекции труда право рассматривать жалобы на дискриминацию в трудовых отношениях, хотя более желательным представляется разработать концепцию создания специализированного органа, курирующего вопросы обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией.

2. Учредить специальный государственный орган, отвечающий за борьбу с дискриминацией и координирующего свою работу, а также оказывающего разные виды поддержки неправительственным организациям соответствующего профиля. Помимо пропаганды борьбы с дискриминацией и контролем за соблюдением антидискриминационного законодательства, данное ведомство должно координировать свою деятельность с другими государственными учреждениями, прежде всего, с Министерством образования и науки РФ, отвечающими за систему дошкольного и школьного образования. Цель координации должна заключаться в том, чтобы содействовать созданию системы школьного и дошкольного обучения и досуга детей, позволяющего родителям больше времени уделять работе. В рамках этого же ведомства имеет смысл осуществлять государственное субсидирование работодателей, осуществляющих программы переобучения и повышения квалификации для работников, уходивших в отпуска по беременности и родам и по уходу за ребенком.

**7. Неравное положение женщин, обусловленное порядком расчета страховых пособий при временной нетрудоспособности и в связи с материнством.**

В соответствии с частями 1, 3 ст.14 ФЗ №255 пособие по временной нетрудоспособности исчисляется исходя из среднего заработка, рассчитанного за два календарных года, предшествующих году наступления страхового случая. Средний дневной заработок для исчисления пособия по временной нетрудоспособности определяется путем деления суммы начисленного за двухлетний период заработка на 730. Таким образом, при определении среднего заработка для исчисления размера пособия по временной нетрудоспособности из расчетного периода не исключаются периоды, когда застрахованное лицо по уважительным причинам не имело возможности работать и получать заработную плату. Прежде всего, речь идет о периодах временной нетрудоспособности, отпуска по беременности и родам и отпуска по

уходу за ребенком. Чем больше таких периодов в трудовой биографии человека, тем меньше полагающееся ему пособие по временной нетрудоспособности.

Следует отметить, что отпуск по беременности и родам в соответствии с действующим законодательством предоставляется только женщинам, а отпуск по уходу за ребенком в большинстве случаев также используют женщины. Периоды временной нетрудоспособности распределяются между мужчинами и женщинами также неравномерно: кроме того, что женщины часто тяжело переносят беременность и вынуждены находиться под наблюдением врачей задолго до наступления отпуска по беременности и родам, они еще и чаще пользуются правом на временную нетрудоспособность в связи с уходом за заболевшим ребенком.

Согласно ч.1 ст.14 ФЗ №255 в случае, если в двух календарных годах, непосредственно предшествующих году наступления страховых случаев (в том числе временной нетрудоспособности), либо в одном из указанных годов застрахованное лицо находилось в отпуске по беременности и родам и (или) в отпуске по уходу за ребенком, соответствующие календарные годы (календарный год) по заявлению застрахованного лица могут быть заменены в целях расчета среднего заработка предшествующими календарными годами (календарным годом) при условии, что это приведет к увеличению размера пособия. Данная возможность несколько снижает влияние периодов указанных отпусков на размер пособия по временной нетрудоспособности. Однако на основании действующего порядка расчета пособия каждый новый период временной нетрудоспособности оплачивается в меньшем размере, чем предыдущий, и чем больше периодов, тем меньше оплата.

В соответствии с частями 1, 3.1 ст.14 ФЗ №255 пособие по беременности и родам и ежемесячное пособие по уходу за ребенком исчисляются исходя из среднего заработка, рассчитанного за два календарных года, предшествующих году наступления страхового случая. Из расчетного периода исключаются:

- периоды временной нетрудоспособности, отпуска по беременности и родам, отпуска по уходу за ребенком;
- периоды освобождения работника от работы с полным или частичным сохранением заработной платы в соответствии с законодательством Российской Федерации, если на сохраняемую заработную плату за этот период страховые взносы в Фонд социального страхования Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом "О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации,

Федеральный фонд обязательного медицинского страхования" не начислялись.

Обращает на себя внимание тот факт, что периоды, когда застрахованное лицо не было трудоустроено, из расчетного периода не исключаются. Это означает, что для получения пособия в размере, максимально приближенном к размеру утраченного заработка, человеку необходимо непрерывно работать (являться застрахованным лицом) в течение двух лет полных календарных лет перед наступлением страхового случая, причем работа должна быть официальной и с заработной платы должны уплачиваться страховые взносы в Фонд социального страхования РФ.

Однако в условиях нестабильной экономической ситуации работники небольших организаций часто не имеют возможности длительное время работать у одного работодателя (проводятся сокращения, организации ликвидируются, фактически прекращают деятельность (см. параграф 5) и т.п.). Для перехода от одного работодателя к другому посредством увольнения и очередного трудоустройства требуется время, и для молодых женщин, испытывающих сложности с трудоустройством (см. параграфы 1.1 – 1.3), это время может быть продолжительным. Таким образом, лица, в силу существующих на практике препятствий не имеющие возможности непрерывно работать у одного работодателя и быстро найти новую работу, оказываются в заведомо худшей ситуации, чем лица, для которых указанные препятствия не существенны.

Также следует заметить, что у многих женщин первый ребенок рождается в период их обучения в образовательном учреждении высшего или среднего профессионального образования, либо вскоре после окончания учебы. Реализуя свое конституционное право на образование (ст.43 Конституции РФ), эти женщины по объективным причинам не имеют возможности непрерывно работать более двух лет перед наступлением страхового случая, потому находятся в заведомо худшей ситуации, чем женщины более старшего возраста (либо не воспользовавшиеся своим правом на получение образования по очной форме обучения), поскольку утраченный заработок им должным образом не компенсируется. Такое неравенство не позволяет женщинам, получившим образование, эффективно совмещать семейные обязанности и трудовую деятельность, поскольку они оказываются лишенными государственной поддержки.

В соответствии с п.1 ч.1 ст.1.2 ФЗ №255 обязательное социальное страхование на случай временной нетрудоспособности и в связи с

материнством - система создаваемых государством правовых, экономических и организационных мер, направленных на компенсацию гражданам утраченного заработка (выплат, вознаграждений) или дополнительных расходов в связи с наступлением страхового случая по обязательному социальному страхованию на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством. Очевидно, что утрата заработка происходит непосредственно с наступлением страхового случая, и справедливая компенсация должна быть максимально приближена к той сумме заработка, которая была утрачена застрахованным лицом.

Особенностью системы социального страхования является наличие зависимости размера компенсации утраченного заработка от размера взносов, уплачиваемых за застрахованное лицо до наступления страхового случая. Согласно ч.4 ст.15 Федерального закона «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования» №212-ФЗ страхователь в течение расчетного периода (календарного года) уплачивает страховые взносы в виде ежемесячных обязательных платежей.

В ситуации, когда страховой случай наступает в середине или в конце календарного года, действующее законодательство предписывает рассчитывать средний заработок за период, отстоящий от момента наступления страхового случая на несколько месяцев. В результате при определении размера пособия не принимается во внимание действительный заработок застрахованного лица на момент наступления страхового случая, а ведь именно утрату этого заработка призвано компенсировать соответствующее страховое пособие.

### ***Рекомендации:***

1. Установить единый порядок расчета среднего заработка для исчисления пособия по временной нетрудоспособности и пособий в связи с материнством (пособие по беременности и родам, ежемесячное пособие по уходу за ребенком). Предусмотреть исключение периодов временной нетрудоспособности, пребывания в отпуске по беременности и родам или в отпуске по уходу за ребенком, а также иных периодов полного или частичного сохранения заработка, за которые не уплачивались страховые взносы, из расчетного периода при определении среднего заработка для целей исчисления пособия по временной нетрудоспособности.

2. Исключить из расчетного периода для целей исчисления пособий время обучения застрахованных лиц в образовательных учреждениях среднего и высшего профессионального образования. (ст.14 ФЗ №255)

3. Время фактического перерыва в занятости в связи с поиском новой работы также должно исключаться из расчетного периода. В целях

предотвращения злоупотреблений (таких, как фиктивное трудоустройство на работу с высокой заработной платой непосредственно перед наступлением страхового случая) представляется допустимым установление максимальной продолжительности периода, исключаемого из расчетного периода в связи с поиском новой работы, при условии, если лицо устраивается на работу не впервые (ч.3.1 ст.14 Федерального закона №255-ФЗ). Разумным представляется определить указанную максимальную продолжительность исключаемого периода в 1 год (перерыв в трудовой деятельности, таким образом, будет влиять на размер пособия только в случае, когда застрахованное лицо в расчетном периоде больше не работало, чем работало).

4. Сохранив продолжительность расчетного периода, изменить подход к определению его рамок: установить, что средний заработок для целей исчисления страховых пособий рассчитывается за 24 календарных месяца, предшествующих месяцу наступления страхового случая. (ч.1 ст.14 ФЗ №255)

5. Рассмотреть вопрос о создании подсистемы социального страхования на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством для лиц, учащихся в высших учебных заведениях или учебных заведениях среднего профессионального образования.

# **Экспертиза судебной практики в части эффективности применения законодательства о защите от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях**

## **1. Дискриминация в отношении женщин при приеме на работу.**

Распространенными являются факты дискриминации при приеме на работу, причем молодые женщины, беременные женщины, женщины, имеющие маленьких детей, являются одними из наиболее уязвимых категорий.

Одной из причин дискриминации при приеме на работу является отсутствие достаточного регулирования вопросов, связанных с запретом дискриминации, а также неприменение мер ответственности в случаях фактически осуществленной дискриминации.

### ***1.1. Проблемы при трудоустройстве беременных женщин (женщин, имеющих маленьких детей, молодых женщин).***

Несмотря на то, что законодательство содержит прямой запрет отказывать в заключении трудового договора женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей, на практике беременные женщины и женщины, имеющие малолетних детей, испытывают огромные сложности при устройстве на работу.

Сложности при устройстве на работу возникают у молодых женщин, которые в будущем могут только собраться заводить детей. В анкетах, на собеседованиях часто одним из обязательных для женщин является вопрос о детях и их возрасте, в то время как мужчинам такой вопрос не задается. Молодым женщинам часто задаются вопросы о том, планируют ли они заводить семью детей в ближайшее время. Кроме того, иногда обязательство не заводить детей включается непосредственно в текст трудового договора и, хотя, с точки зрения трудового законодательства, и является очевидно незаконным<sup>37</sup>, его включение в трудовые договоры оказывает значительное психологическое воздействие на женщин.

На практике устроиться на новую работу беременной женщине крайне сложно. На работодателей негативно влияет ряд факторов, в частности:

- Необходимость подыскивать замену женщине на период отпуска по беременности и родам, по уходу за ребенком;

---

<sup>37</sup> Согласно ч.2 ст.9 ТК РФ коллективные договоры, соглашения, трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников по сравнению с установленными трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права. Если такие условия включены в коллективный договор, соглашение или трудовой договор, то они не подлежат

- Неоднозначное, иногда избыточное регулирование льгот и гарантий, предоставляемых беременным женщинам, матерям, лицам с семейными обязанностями;

- Необходимость выплачивать пособия в связи с материнством за счет собственных средств и сложности, возникающие при зачете этих средств в счет уплаты взносов в Фонд социального страхования РФ (помимо этого, некоторые работодатели не осведомлены о возможности возмещения потраченных на пособия денег через механизм зачета);

- Обязанность сохранять рабочее место за лицом, находящимся в отпуске по уходу за ребенком в течение до трех лет и др.

Одной из причин является также отсутствие в законодательстве запрета задавать при приеме на работу вопросы, помимо имеющих непосредственное отношение к профессиональным и деловым качествам соискателей, в том числе вопросы, относящиеся к семейному статусу. В качестве примера зарубежного правового регулирования данного вопроса можно привести США. Общий запрет дискриминации в сфере труда на федеральном уровне закреплен в этой стране в соответствии с VII Разделом Закона о гражданских правах 1964 г.,<sup>38</sup> а дискриминация в отношении женщин и лиц с семейными обязанностями запрещена на основании Закона о дискриминации в связи с беременностью<sup>39</sup>, а также Закона об отпусках по семейным и медицинским обстоятельствам<sup>40</sup>. Кроме того, нормы о запрете дискриминации содержатся в законодательстве отдельных штатов и конкретизируются в судебной практике. В США кандидатам на трудоустройство запрещено задавать вопросы о наличии детей и информации о них, о семейном положении, о том, каким образом кандидат осуществляет уход за детьми, о планах в отношении обзаведения детьми, о средствах, применяемых кандидатом для планирования семьи, о наличии у супруга работы или доходов и др. Тем не менее, вполне законными признаются такие вопросы как наличие ограничений в отношении служебных командировок, обязанностей, которые могут помешать работать в соответствии с рабочим графиком и т.п., в том случае, если такие вопросы задаются всем кандидатам на работу вне зависимости от половой принадлежности.

Фактическую возможность защитить свои права при приеме на работу ограничивает то, что работодатели, отказывая беременным женщинам (как, впрочем, и другим работникам), не сообщают причину отказа в приеме на работу. ТК РФ не обязывает работодателя во всех случаях объяснять причины отказа в приеме на работу в письменной форме, и на практике это делается

---

<sup>38</sup> Title VII of the Civil Rights Act, 1964: <http://finduslaw.com/civil-rights-act-1964-cra-title-vii-equal-employment-opportunities-42-us-code-chapter-21#3>.

<sup>39</sup> Pregnancy Discrimination Act: <http://www.eeoc.gov/laws/statutes/pregnancy.cfm>.

<sup>40</sup> Family and Medical Leave Act: <http://www.dol.gov/whd/fmla/>.

крайне редко. Согласно ч. 5 ст.64 ТК РФ по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме. Отказ в заключении трудового договора может быть обжалован в суд (ч.6 ст.64 ТК РФ).

Однако даже в тех случаях, когда отказ в письменной форме выдается (например, когда работник трудоустраивается по направлению службы занятости), большинство работодателей в качестве основания отказа в приеме на работу указывает, что работник не соответствует предлагаемой должности по своим деловым качествам, что является законным, даже если работник полностью соответствует требованиям вакантной должности. Более того, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 №2 «О применении судами РФ Трудового кодекса РФ» подчеркивается, что работодатель не обязан заполнять вакантные должности или работы немедленно по мере их возникновения (п.10 Постановления).

Понять, что является истинной причиной отказа в приеме на работу, довольно сложно, и не существует механизмов, которые бы позволили выявлять такие причины.

В некоторых случаях работодатели, устно даже заявляющие о том, что не возьмут на работу женщину, беременную женщину, молодую женщину, женщину с ребенком и т.п., в письменном отказе указывают допустимую причину отказа. Доказать, что отказ был связан с дискриминационной причиной, работник обычно не может.

Перспективы судебного обжалования отказа в приеме на работу разнятся в зависимости от того, был ли получен письменный отказ с указанием дискриминационного основания отказа в приеме на работу (в этом случае есть шансы признания незаконным отказа, однако есть свои сложности, о которых пойдет речь ниже), либо же такого письменного отказа нет (и в этом случае шансы доказать незаконность отказа в приеме на работу практически отсутствуют).

### ***1.2. Позиция Фонда социального страхования по вопросу о зачете произведенных на выплату пособий расходов в счет будущих страховых платежей.***

Необходимо отметить значение позиции Фонда социального страхования, которая является серьезным аргументом для оправдания отказа беременным женщинам в приеме на работу. Фонд социального страхования является специализированным финансово-кредитным учреждением при Правительстве Российской Федерации, которое управляет средствами государственного социального страхования Российской Федерации.

Законодательство закрепляет право работающих беременных женщин, подлежащих обязательному социальному страхованию, на получение пособия по беременности и родам, единовременного пособия при рождении ребенка, а также пособия по уходу за ребенком до достижения ребенком возраста полутора лет, которые выплачиваются за счет средств Фонда социального страхования.

Механизм выплаты этих пособий работающим женщинам предполагает, что работодатель производит выплату за счет собственных средств, а впоследствии обращается в Фонд социального страхования с заявлением о зачете произведенных на выплату пособий расходов в счет будущих страховых платежей. Этот механизм применяется во всех регионах РФ за исключением восьми субъектов РФ, в которых проводится пилотный проект по выплате перечисленных пособий напрямую ФСС, минуя работодателей. Предполагается, что с 2014 года на такую схему должны будут перейти все субъекты РФ. Такая схема решит множество проблем, к которым относится, среди прочих, проблема отказа органов ФСС принимать к зачету расходы по выплате пособий, выплаченных работодателями женщинам, которые были приняты на работу, будучи беременными.

На практике возникают случаи, когда органы ФСС полагают, что, принимая на работу уже беременную женщину, «работодатели создают искусственную ситуацию для получения пособий в завышенных размерах». В результате работодатели не могут компенсировать свои расходы на выплату пособий беременным женщинам и женщинам, имеющим детей, и соответственно вынуждены производить эти выплаты за свой счет, а не за счет средств фонда социального страхования, либо вынуждены судиться с органами Фонда.

Отказы ФСС работодатели вынуждены обжаловать в судебном порядке. При этом судебная практика по таким делам противоречивая. В ряде случаев по итогам обжалования решений ФСС в судебном порядке действительно устанавливается, что работодатели допускают злоупотребления. Между тем, решения по таким делам не всегда представляются однозначными.

Так, например, Третий арбитражный апелляционный суд, оставляя в силе решение Арбитражного суда Красноярского края от 15.04.2009 года, которым отказ ФСС принять к зачету расходы на выплату пособия работнице, трудоустроенной в период беременности, был признан законным, указал, что «неустановление испытательного срока при заключении трудового договора, невысокая квалификация, отсутствие опыта работы бухгалтера в совокупности с трудоустройством беременной женщины на высокооплачиваемую должность бухгалтера перед наступлением страхового случая, свидетельствует о создании

*искусственной, экономически необоснованной ситуации с целью получения неправомерного возмещения* из средств Фонда социального страхования РФ»<sup>41</sup>.

Аналогичные решения вынесены и по ряду других дел<sup>42</sup>.

Однако в судебной практике очень велико число **обратных случаев**, когда арбитражные суды признают выплаты пособий работодателями правомерными, а претензии органов Фонда находят предвзятыми и необоснованными. Это означает, что работодатель, принявший на работу беременную женщину в период беременности, рискует тем, что впоследствии ему придется выплачивать этой женщине пособие по беременности и родам за счет собственных средств или получать средства ФСС через суд. Такая ситуация демотивирует работодателей и осложняет поступление на работу беременных женщин.

Приведем несколько примеров такого рода судебных постановлений, более подробно рассмотрев аргументацию позиций сторон. Так, Определением ВАС РФ<sup>43</sup> отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного постановления. ВАС указал, что Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 12.04.2013 установлено и подтверждено материалами дела, что Мазина Д.В. на основании трудового договора и приказа от 25.07.2011 была принята на работу в качестве менеджера ООО «Новокузнецкие ресурсы» с окладом 25 000 рублей в месяц. В связи с наступлением страхового случая (беременность и роды) Общество выплатило Мазиной Д.В. пособие по беременности и родам в общей сумме 113 947,41 руб. Фондом социального страхования после проведения камеральной проверки было отказано в выделении средств на возмещение расходов, т.к. Фондом социального страхования был сделан вывод о создании ООО «Новокузнецкие ресурсы» *искусственной ситуации, направленной на возмещение пособия за счет средств Фонда социального страхования.*

ВАС указал, что в рассматриваемом случае судами установлено, что трудовые отношения между работодателем (ООО «Новокузнецкие ресурсы») и Мазиной Д.В. оформлены трудовым договором, реально существовали, факт наступления страхового случая и факт выплаты Обществом пособия застрахованному лицу подтвержден материалами дела и Фондом социального страхования не оспаривается, поэтому вывод судов об отсутствии у Фонда социального страхования правовых оснований для отказа в возмещении

<sup>41</sup> Приложение № 1. Постановление третьего арбитражного апелляционного суда от 03.07.2009 г.

<sup>42</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 11.02.2010 г. №Ф03-237/2010; Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 09.06.2010 г. №А35-10729/2009; Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 05.08.2010 г. №А33-16819/2009; Определение ВАС РФ от 29.04.2011 г. №ВАС-282/11 по делу №А27-2743/2010 и другие.

<sup>43</sup> Определение ВАС РФ от 17.06.2013 г. №ВАС-6920/13 // СПС «КонсультантПлюс».

Обществу расходов, понесенных в связи с выплатой застрахованному лицу пособия по беременности и родам, является правильным.

Ссылка Фонда социального страхования на размер заработной платы Мaziной Д.В. (превышающий оклад директора) была предметом рассмотрения арбитражного суда апелляционной инстанции, который, отклоняя ее, правомерно исходил из того, что в силу ст.ст.132, 135 ТК РФ установление работнику работодателем размера заработной платы при приеме на работу относится к исключительным полномочиям работодателя. При этом суд отметил, что доказательств несоразмерности установленного размера заработной платы Мaziной Д.В. среднему размеру зарплаты по должности менеджера в г. Новокузнецк Кемеровской области Фондом социального страхования в нарушение требований ч.1 ст.65, ч.5 ст.200 АПК РФ не представлено.

Установив на основании имеющихся в материалах дела документов, что со дня принятия на работу до ухода в отпуск по беременности и родам Мазина Д.В. отработала более пяти месяцев, судами обоснованно отклонен довод Фонда социального страхования о том, что оформление Мaziной Д.В. на должность менеджера произведено непосредственно перед наступлением страхового случая. Доводы Фонда социального страхования о создании искусственной ситуации, направленной на неправомерное получение средств за счет Фонда социального страхования, документально не подтверждены».

Аналогично предыдущему делу, Определением ВАС РФ<sup>44</sup> в передаче дела в Президиум ВАС РФ отказано, поскольку суды сделали правильный вывод о соблюдении заявителем требований, необходимых для получения средств на возмещение расходов по социальному страхованию, отсутствии доказательств создания искусственной ситуации, позволяющей неправомерно возместить за счет средств ФСС РФ расходы по выплате пособий по временной нетрудоспособности. На основе оценки доказательств суды сделали вывод об *... отсутствии безусловных доказательств создания искусственной ситуации, позволяющей неправомерно возместить за счет средств фонда расходы по выплате пособий по временной нетрудоспособности, по беременности и родам посредством фиктивного трудоустройства*, в связи с чем у фонда отсутствовали основания для отказа страхователю в возмещении понесенных расходов по выплате названного пособия».

В рамках данного дела ... установлено, что ООО «Взрыв» 01.07.2009 г. заключен трудовой договор с Милютиной Е.В. о приеме на должность экономиста с окладом 25 000 руб., издан приказ, принятое лицо 04.06.2007 г.

---

<sup>44</sup> Определение ВАС РФ от 18.03.2013 г. №ВАС-2883/13 по делу №А76-1098/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

получило диплом о высшем образовании по специальности «экономист», имеет опыт работы, ранее проходила на предприятии производственную практику. После отпуска по уходу за ребенком она возвратилась на рабочее место с условием неполного рабочего дня, а также работала неполное рабочее время в период отпуска.

По мнению фонда, плательщик проявил недобросовестность, *при отсутствии экономической необходимости приняв на работу лицо.*

«В процессе рассмотрения дела судом довод... об отсутствии квалификации работника и фактическом неисполнении трудовых обязанностей подтверждения не нашел... Не подтвержден довод о завышении оплаты труда, решение вопроса о необходимости приема на работу экономиста не находится в компетенции фонда... При таких обстоятельствах вывод фонда о преднамеренном создании условий для получения средств за счет социального страхования не нашел подтверждения»...

Аналогичная судебная практика сохранялась и в 2014 году<sup>45</sup>, однако следует отметить существенное снижение количества подобных дел. Важным представляется то, что среди решений по подобным спорам в первой половине 2015 года не зафиксировано ни одного случая признания отказа Фонда социального страхования РФ принять суммы, потраченные на выплату пособий, к зачету законным.

Полагаем, что стремление Фонда отказать работодателю в принятии к зачету выплаченных застрахованным женщинам сумм существенно демотивирует работодателей и осложняет поступление на работу беременных женщин. Работодатели попросту боятся принимать их на работу, не желая принимать на себя риск отказа в возмещении пособия. Усилия, которые необходимо потратить для того, чтобы в судебном порядке оспорить отказы Фонда, иногда пройдя почти все судебные инстанции, несоизмеримы суммам выплачиваемых пособий. Представляется также, что время и денежные средства, потраченные государством на рассмотрение этих ситуаций (работа представителей Фонда, судов) никак не компенсируются размерами сумм пособий даже в случаях, когда может быть обнаружено злоупотребление. Помимо этого, в саму систему расчета и выплаты пособий в настоящее время уже заложены механизмы, гарантирующие защиту от возможности злоупотребления со стороны работодателей использованием средств ФСС. В частности, максимальный размер пособия ограничен в результате применения предельной величины базы для начисления страховых взносов в ФСС; расчетный период увеличен - средний заработок для расчета пособия

---

<sup>45</sup> См., например, Определение ВАС РФ от 30.05.2014 №ВАС-6874/14 по делу №А72-4823/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

учитывается за два календарных года, предшествующих году наступления страхового случая. При этом периоды, когда работник не был трудоустроен и не за него не уплачивались страховые взносы, не исключаются из расчетного периода (мы полагаем такой подход не вполне обоснованным - см. об этом в аналитическом отчете об экспертизе действующего законодательства). Учитывая все изложенные обстоятельства, описанная «охранительная» по отношению к средствам ФСС позиция Фонда представляется неоправданной.

### ***1.3. Возможности защиты в судебном порядке прав беременных женщин и женщин, имеющих детей, при отказе в приеме на работу.***

На практике существует общее мнение, что устроиться на работу беременной женщине практически невозможно, хотя в законодательстве и предусмотрены перечисленные выше гарантии. Многие женщины не пытаются искать работу в состоянии беременности; другие, столкнувшись с отказом в приеме на работу, отказываются от защиты своих прав в судебном порядке по ряду причин. Назовем некоторые из них<sup>46</sup>, которые были выявлены в результате работы по оказанию консультационной помощи женщинам, столкнувшимся с нарушениями их трудовых прав<sup>47</sup>.

1. Судебная защита является достаточно сложной, требует от лица, ее использующего, больших физических, временных и моральных затрат, которые не всегда посильны человеку здоровому, и крайне затруднительны для женщин в состоянии беременности, после рождения ребенка, в период осуществления ухода за ребенком. Беременные женщины, как правило, предпочитают сохранить здоровье свое и ребенка, не растрачивая физические и моральные силы на взаимодействие с несостоявшимся работодателем и судом, что легко предположить заранее, и что в еще большей мере «развязывает руки» работодателю. По окончании беременности женщина, как правило, не может заниматься защитой своего нарушенного права, поскольку обременена заботой о новорожденном ребенке, а кроме того, существуют и юридические препятствия.

2. Трудовое законодательство предусматривает короткие сроки обращения в суд за защитой нарушенных прав (ст.392 ТК РФ устанавливает срок для обращения в суд по всем делам, вытекающим из трудовых правоотношений, кроме споров об увольнении с работы). Беременная женщина, особенно находящаяся не на ранних сроках беременности, с большой

---

<sup>46</sup> Эти причины объясняют также и низкую эффективность судебной защиты иных прав женщин в трудовых отношениях, столкнувшихся не только с отказом в приеме на работу, но и с иными нарушениями их трудовых прав.

<sup>47</sup> См. об этом: Бизюков П.В. Индивидуальные трудовые конфликты: Могут ли работники защитить свои права в одиночку. М.: Центр социально трудовых прав, 2011. 124 с. <http://trudprava.ru/download/bizyukovpdf>.

вероятностью пропустит установленный срок. После рождения ребенка ей сложно сразу обращаться в суд в связи с необходимостью ухода за ребенком, что еще сильнее увеличит пропуск срока. В дальнейшем при наличии желания обратиться в суд, она должна будет доказывать наличие уважительных причин пропуска срока на обращение в суд. Между тем, судебная практика свидетельствует, что суды довольно жестко оценивают аргументы, выдвигаемые истцами в качестве причин пропуска сроков.

3. Отсутствует система оказания бесплатной юридической помощи беременным женщинам, а также женщинам, имеющим маленьких детей (как, впрочем, вообще родителям, имеющим маленьких детей, которые находятся в период после рождения ребенка в особенно сложной финансовой ситуации<sup>48</sup>, а также серьезно ограничены во времени). Аналогичную проблему следует отметить в отношении многодетных семей, семей, в которых ребенка (детей) воспитывает один родитель (иное лицо).

4. Доказывание по делам об отказе в приеме на работу, а также по делам, связанным с установлением дискриминации, является крайне сложным (см. об этом подробнее в п. 7 настоящего анализа) по любым основаниям, не только в случаях, касающихся отказа в приеме на работу беременных женщин. Это делает практически нереальной возможность выиграть подобное судебное дело.

5. В случае, если дело о признании незаконным отказа в приеме на работу будет выиграно, компенсация, на которую может рассчитывать женщина, является очень незначительной. В соответствии с действующими в России правовыми нормами истец может претендовать в подобном случае на взыскание утраченного заработка, а также на компенсацию морального вреда. Взыскиваемые суммы компенсации морального вреда в России очень низки, поэтому с финансовой точки зрения обращение в суд может иметь смысл только для тех женщин, которые претендуют на получение высокого утраченного заработка. Это означает, что наиболее нуждающиеся и уязвимые женщины, имеющие относительно низкий уровень дохода, не имеют значительной мотивации на обращение в суд, поскольку понесенные моральные, временные, финансовые, физические затраты едва ли смогут окупиться суммой заработка, которую гипотетически взыщет суд в случае выигрыша дела. Отметим также, что в соответствии со сложившейся судебной практикой утраченный заработок при признании незаконным отказа в приеме на работу не взыскивается.

---

<sup>48</sup> Существует множество исследований, показывающих, что после рождения ребенка семьи оказываются в течение ряда лет в сложной финансовой ситуации. Наиболее бедными в России являются семьи с детьми, особенно многодетные семьи, неполные семьи.

Понимая все эти обстоятельства, а также то, что финансовые риски работодателя очень низки даже в случае проигрыша дела, можно с уверенностью утверждать, что не существует значимых факторов, которые заставляли бы работодателя серьезнее относиться к нарушению запрета об отказе в приеме на работу беременных женщин.

В связи с этим имеет смысл применительно к делам этой категории и иным подобным делам задуматься о введении системы, которая представляла бы для работодателя определённую финансовую угрозу. Возможные варианты варьируются между введением высоких штрафов в качестве меры административной или уголовной ответственности, взысканием значительных сумм компенсации морального вреда и взысканием «штрафных убытков»<sup>49</sup>.

Указанные причины приводят к тому, что на практике число судебных дел о признании незаконным приема на работу беременных женщин и женщин, имеющих маленьких детей, крайне невелико. По существу, можно сказать, что судебная защита не используется как эффективный и приемлемый механизм защиты прав в случаях отказа в приеме на работу.

Большинство причин, названных здесь, касаются и перспектив использования судебной защиты в случаях любых дискриминационных оснований отказа в приеме на работу или случаев дискриминации вообще.

При этом, хотя из фабул тех немногих дел, которые все-таки состоялись, достаточно очевидно выявляется картина незаконного отказа в приеме на работу, по ним выносятся отказные судебные решения. Приведем два примера.

Истица обратилась в суд с иском о признании незаконным отказа в приеме на работу, понуждении к заключению трудового договора, взыскании денежной компенсации морального вреда, ссылаясь на то, что отказ в приеме на работу был вызван беременностью. Она пояснила, что направила свое резюме на завод на соискание должности бухгалтера, и её пригласили на собеседование, затем выдали направление для прохождения медицинского осмотра и инструктажа по технике безопасности. Она прошла медосмотр и выяснилось, что она здорова и может работать бухгалтером, но при этом была выявлена беременность. Сотрудник отдела кадров первоначально сообщила, что ее кандидатура согласована с главным бухгалтером, заявление подписано и она может приступить к работе. Однако когда она пришла на работу, ей сообщили, что ее заявление не подписано и ей отказано в приеме на работу. В ходе разговора главный бухгалтер *З. выразила свое недовольство состоянием беременности и предложила прийти на работу года через два.*

---

<sup>49</sup> Более подробно этот вопрос рассматривается в п.7 настоящего анализа. Там же сформулированы предложения по этим вопросам.

Ответчик требования не признал, пояснил, что была выбрана другая соискательница на должность бухгалтера, а направление для прохождения медицинской комиссии истице выдали ошибочно.

Суд пришел к выводу, что исковые требования удовлетворению не подлежат. Суд посчитал утверждение истицы об отказе в приеме на работу из-за беременности не состоятельным, поскольку истица не доказала, что ответчику о ее беременности по итогам медицинского осмотра было известно, т.к. отметка о беременности была сделана только в медицинской карте, хранившейся в медицинском учреждении и не подлежащем предъявлению работодателю<sup>50</sup>.

На практике нередки ситуации, когда организация формально ликвидируется, однако собственником создается новая организация, не являющаяся формально правопреемником ранее созданной организации. Распространены случаи, когда всем работникам, работавшим в ликвидируемой организации, предлагается перейти на работу во вновь создаваемую организацию, а женщины, которые находятся в отпусках по уходу за ребенком, в отпусках по беременности и родам, такого предложения не получают. Устройство на работу при подобных обстоятельствах рассматривается как прием на работу «с нуля», и, как показывает практика, доказать, что женщина должна была бы быть принята на работу наравне с другими работниками, крайне сложно.

Так, решение Жердевского районного суда Тамбовской области<sup>51</sup> подтверждает, что подобные случаи не признаются нарушением прав женщин находящихся в отпусках по уходу за ребёнком. В данном деле истица была уволена с работы в связи с ликвидацией филиала. Представителем работодателя было проведено собрание, на котором он предложил работниками написать заявления в новую организацию о приеме на работу, кроме беременных и пенсионеров. Истица, которая была беременна, тем не менее написала заявление о приеме на работу, однако ей отказали в приеме на работу. Ответчик сослался на то, что отказ был обусловлен отсутствием вакансий. Суд в удовлетворении требований отказал, указав, что «доводы истца о том, что ей отказано в приеме на работу по мотиву беременности, суд считает надуманными, поскольку в заявлении от 2.07.2008 г., заявитель об этом не указывал, и должностное лицо, наделенное правом приема на работу об этом не знало». Относительно заявления на собрании, сделанного представителем работодателя, суд принял объяснения ответчика о том, что это лицо

---

<sup>50</sup> Решение Юргинского городского суда Кемеровской области от 23.06.2011 г. П.1.1. в таблице приложений.

<sup>51</sup> Решение Жердевского районного суда Тамбовской области от 15.04.2010 г. П.1.1 в таблице приложений.

полномочиями по отбору и приему работников из бывшей организации в новую не наделялось.

Аналогичным является дело, рассмотренное в Санкт-Петербурге<sup>52</sup>, с той лишь разницей, что женщина находилась в отпуске по уходу за ребенком. Находясь в отпуске, она узнала, что все работники ООО «Фэшн парк», с которым она состояла в трудовых отношениях, (702 человека) за исключением женщин, находившихся в отпусках по беременности и родам, а также по уходу за ребенком, были уволены в один день и в тот же день все эти лица были приняты в другое юридическое лицо. Женщины, находившиеся в отпуске по уходу за ребенком, остались в штате старой организации. Вскоре было опубликовано объявление о наборе персонала; узнав об этом, истица обратилась с заявлением о приеме на работу. Сотрудники подтвердили ей наличие вакансии, однако отказали ей в приеме на работу, указав устно, что причина – наличие малолетнего ребенка. Женщина обратилась в суд, но ей было отказано в иске. Суд сослался на отсутствие правопреемства между двумя юридическими лицами; отсутствие полномочий осуществлять прием на работу у лица, отказавшего ей приеме на работу; отсутствие вакансий.

### ***Рекомендации:***

1. Пересмотреть подходы ФСС в области отказа в возмещении работодателям сумм пособий по беременности и родам, выплачиваемых работодателями женщинам, которые были приняты на работу, уже будучи беременными. В случае сохранения существующей системы исчисления периода для расчета среднего заработка, а также ограничения предельной величины базы для начисления страховых взносов в Фонд социального страхования установить безусловную обязанность возмещения пособий за счет средств ФСС, исключив возможность ФСС отказывать в возмещении указанных сумм при наличии всех необходимых документов.

2. Если такое решение не будет принято, усилить ответственность ФСС за необоснованный отказ в возмещении выплаченных сумм пособий:

- предусмотреть штрафную компенсацию в случае принятия судом решения о необоснованности отказа в возмещении выплаченных работнику сумм пособий (либо выплате пособия работнику), в сумме двукратной взыскиваемой в пользу истца суммы;
- предусмотреть персональную ответственность сотрудников ФСС, принимающих необоснованные решения об отказе в возмещении сумм пособий (выплате пособий).

---

<sup>52</sup> Решение Фрунзенского районного суда г. Санкт-Петербурга от 18.05.2009 г.

3. В случае изменения системы выплаты пособий согласно рекомендациям, сформулированным в главе 7 раздела «Экспертиза действующего законодательства в части эффективности защиты от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях», рекомендовать Фонду социального страхования разработать перечень критериев, используемых для принятия решения об отказе в возмещении (выплате) пособия в связи со злоупотреблением со стороны работодателя / беременной женщины. К таким критериям могут быть отнесены: очевидная несоразмерность установленной беременной женщине заработной платы – заработной плате, выплачиваемой работникам, выполняющим работу по сходной должности в сходных условиях; очевидное несоответствие уровня образования и квалификации принятой на работу беременной женщины уровню образования и квалификации, требуемым для выполнения указанной работы; фактическое неисполнение беременной женщиной работы по должности, на которую она была принята в период беременности, кроме случаев невозможности работы по медицинским показаниям.

4. Установить прямой запрет в законодательстве задавать вопросы, связанные с личной жизнью, семейным положением, беременностью, наличием детей при проведении собеседования о приеме на работу. Такой запрет может быть внесен непосредственно в ст.64 ТК РФ. Кроме того, следует закрепить право работника сообщать недостоверную информацию в ответ на вопросы, носящие дискриминационный характер, и защиту от преследования со стороны работодателя в таких ситуациях. Такие нормы также существуют в зарубежном законодательстве.

5. Дополнить ч.5 ст.64 ТК РФ, согласно которой по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме, нормой следующего содержания: «Уклонение работодателя от сообщения причины отказа в письменной форме квалифицируется как дискриминация».

## **2. Притеснения женщин на работе в случае беременности.**

У многих работодателей сложилось и воспроизводится негативное отношение к беременным женщинам в частности и к женщинам в детородном возрасте в общем как к работникам. Работодатели, стараясь избежать предоставления беременной женщине предусмотренных законом гарантий, принуждают к оформлению увольнения по соглашению сторон или по собственному желанию, создают на рабочем месте невыносимые условия, уменьшают размер заработной платы или иным образом ухудшают условия трудового договора, ссылаясь на ст.74 ТК РФ.

Между тем, хотя такие действия являются незаконными, защищать права в судебном порядке в таких случаях достаточно сложно. Судебная защита возможна фактически лишь в тех случаях, когда нарушение носит очевидный характер и подобные действия прямо запрещены законом. В случаях, когда отношение работодателя приобретает характер моббинга, защитные механизмы на практике не применяются.

Проанализированная судебная практика свидетельствует, что в рамках данной проблемы существуют судебные дела, касающиеся лишь случаев незаконного увольнения беременных женщин. Иных судебных дел, в рамках которых защищались бы права интересы женщин, нарушенные в связи с созданием невыносимых или тяжелых условий труда, снижением заработной платы и пр., в судебной практике просто нет.

### ***2.1. Увольнение с работы беременной женщины по инициативе работодателя.***

Данное нарушение является редким примером нарушения, в отношении которого судебная защита является применяемым и эффективным средством защиты.

Согласно ч.1 ст.261 ТК расторжение трудового договора по инициативе работодателя с беременной женщиной не допускается, за исключением случаев ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем.

В связи с этим суды выносят решения о признании увольнений незаконными женщин по любым основаниям по инициативе работодателя, в т.ч. за совершение виновных действий, даже в тех случаях, когда работодателю не было известно о беременности женщины.

Например, Верховным Судом Республики Татарстан вынесено определение<sup>53</sup>, в рамках которого рассматривался вопрос о восстановлении на работе истицы, которая была уволена за прогулы, будучи беременной. Ответчик ссылаясь на то, что истица законно уволена за прогулы, совершенные с 13 по 15 июня 2012 года, которые не оспаривались. От дачи объяснений о причинах отсутствия на работе истица отказалась, о чем составлен акт. В момент увольнения работодатель не знал о беременности Г.Л., на учете в лечебном учреждении как беременная она не состояла. Поскольку из буквального толкования положений ст. 261 ТК РФ запрет на увольнение беременных женщин в зависимость от осведомленности работодателя не ставится, в данной связи то обстоятельство, что истица не поставила

---

<sup>53</sup> Определение Верховного Суда Республики Татарстан от 20 сентября 2012 г. по делу №33-9387/2012. П. 2.2 в таблице приложений

работодателя в известность о своей беременности, а также то, было либо не было работодателю известно о состоянии беременности увольняемого работника, правового значения не имеет и не может влиять на соблюдение гарантий, предусмотренных законом для беременных женщин при увольнении. Суд удовлетворил требования истицы. Аналогичные постановления вынесены по большому числу других дел<sup>54</sup>. Вместе с тем, следует обратить внимание, что в отношении сходной ситуации, но касающейся временной нетрудоспособности, Пленум Верховного Суда РФ указал, что «при рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что при реализации гарантий, предоставляемых ТК РФ работникам в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, в том числе и со стороны работников. В частности, недопустимо сокрытие работником временной нетрудоспособности на время его увольнения с работы... При установлении судом факта злоупотребления работником правом суд может отказать в удовлетворении его иска о восстановлении на работе (изменив при этом по просьбе работника, уволенного в период временной нетрудоспособности, дату увольнения), поскольку в указанном случае работодатель не должен отвечать за неблагоприятные последствия, наступившие вследствие недобросовестных действий со стороны работника»<sup>55</sup>.

Следует признать, что в силу сложившейся практики понимания ст.261, норма части 1 без проблем применяется на практике.

Аналогичным образом судами рассматриваются дела, в которых рассматривается вопрос о возможности увольнения беременной женщины в связи с не прохождением испытания при приеме на работу. В связи с тем, что увольнение по этому основанию относится к числу оснований увольнения по инициативе работодателя, а также поскольку установление испытания при приеме на работу в отношении беременных женщин не допускается, по искам о восстановлении на работе беременных женщин, уволенных в связи с неудовлетворительным результатом испытания, выносятся положительные решения<sup>56</sup>.

На практике, с другой стороны, нередки ситуации, когда женщины,

---

<sup>54</sup> Определение Московского областного суда от 6 ноября 2012 г. по делу №33-22100/2012; Определение Московского городского суда от 8 ноября 2012 г. по делу №11-26297 // СПС «КонсультантПлюс»; Решение Снежинского городского суда Челябинской области // [http://snez.chel.sudrf.ru/modules.php?name=docum\\_sud&id=890](http://snez.chel.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=890); Решение Московского районного суда г. Санкт-Петербурга от 19.05.2011 г., Решение Гагаринского районного суда г. Москвы от 13.05.2013 г., Определение Санкт-Петербургского городского суда от 11.08.2009 // <http://lpa.ru>. П.2.2, 2.4 в таблице приложений.

<sup>55</sup> П.27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 №2.

<sup>56</sup> Определение Ростовского областного суда от 16 апреля 2012 г. по делу №33-4110 // СПС «КонсультантПлюс». П. 2.6 в таблице приложений.

будучи беременными, пытаются уведомить работодателя об этом, однако представители работодателя отказываются получать документы, подтверждающие беременность, а в дальнейшем производят увольнение, ссылаясь на то, что им не было известно о беременности.

Результатом этого является необходимость обращаться в суд с иском о восстановлении на работе. Суды удовлетворяют подобные иски<sup>57</sup>, однако сама необходимость обращаться в суд является обременительной и сложной для женщин по причинам, описанным выше.

Кроме того, отдельно следует обратить внимание на случаи отказа в приеме документов работодателем (его представителем), которые являются распространённой проблемой и в других случаях, в отношении самых разных категорий работников. В связи с этим представляется целесообразным закрепить соответствующую обязанность работодателя в нормах ТК РФ.

## ***2.2. Незаконное увольнение беременной женщины по иным основаниям.***

Поскольку увольнение по инициативе работодателя беременных женщин запрещено, за исключением случаев ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем, в случаях, когда работодатель, тем не менее, хочет прекратить трудовые отношения, некоторые работодатели пытаются оказывать давление на женщин, с целью добиться от них увольнения по собственному желанию или по соглашению сторон, либо оформляют увольнение по иным основаниям.

Российское законодательство не знает понятия «вынужденное увольнение по собственному желанию». Наличие письменного заявления от работника с просьбой прекратить трудовой договор по собственному желанию во всех случаях признается достаточным доказательством законности увольнения. Наиболее уязвимыми для таких практик становятся беременные женщины. Можно утверждать, что значительное число беременных женщин сталкиваются с попытками работодателя избавиться от них в период беременности. Для воздействия на женщин используются запугивания, оскорбления, создается тяжелая психологическая обстановка или плохие условия труда. Женщина, находящаяся в состоянии беременности и попавшая в такую ситуацию, зачастую находится перед выбором: сохранить собственное здоровье и здоровье своего будущего ребенка и уволиться «по собственному желанию» или же держаться за свое рабочее место.

---

<sup>57</sup> Например, Определение Московского городского суда от 22 июня 2012 г. по делу №11-2799; Определение Московского городского суда от 16 ноября 2012 г. по делу №11-23310 // СПС «КонсультантПлюс».

Законодательство не ограничивает обжалование такого увольнения в судебном порядке, однако на работнице обязанность доказать факты «принуждения к увольнению». На практике перспективы у такого обжалования крайне негативные. Во-первых, законодательство, как уже говорилось выше, не содержит понятия «вынужденное увольнение», соответственно не регулируется вопрос о том, какие действия работодателя могут рассматриваться как неправомерное давление на работницу с целью увольнения, этот вопрос оставляется на усмотрение суда. Суды же не рискуют выносить положительные решения в отсутствие законодательного регулирования этого вопроса. Второй сложностью, с которой сталкиваются жертвы таких увольнений, является обязанность предоставлять доказательства давления со стороны работодателя. Поскольку все случаи давления происходят, как правило, на рабочих местах и в рабочее время, часто единственным доступным доказательством являются свидетельские показания коллег, которые, однако, во избежание конфликтов с работодателем не поддерживают пострадавших.

Таким образом, принуждение к увольнению по собственному желанию беременных женщин является распространенной проблемой, которая не имеет решения с помощью имеющихся сегодня в законодательстве норм и правовых инструментов.

Случаев обжалования подобных увольнений крайне немного, хотя на практике жалобы на подобные ситуации встречаются достаточно регулярно. Незначительное количество случаев обращения в суд можно объяснить, скорее всего, «нежеланием связываться» и пониманием сложности, затратности судебной защиты (см. выше).

Существующая судебная практика очень неоднородна. В некоторых случаях женщинам удастся защитить свои права<sup>58</sup>. Так, в одном из случаев истица обратилась в суд с иском о восстановлении на работе, взыскании заработной платы за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда. Она начала работать по трудовому договору 04.05.2012 г., 21.06.2012 г. ушла на больничный по причине плохого самочувствия. В ходе нахождения на стационарном лечении, ей стало известно о том, что она беременна. Приказом с 22.06.2012 года она была уволена *по собственному желанию*, на основании отсканированной копии заявления, написанного от руки, при этом, в материалах данного дела отсутствует подлинник заявления об увольнении. Истица утверждала, что заявление об увольнении она не писала, а представить оригинал заявления работодатель не мог. Суд, исходя из того, что копия заявления не позволяет определить подлинность подписи работника, признал

---

<sup>58</sup> Определение Краснодарского Краевого суда от 15 января 2013 г. по делу №33-493/13 // СПС «КонсультантПлюс».

увольнение незаконным, восстановил ее на работе, взыскав заработную плату за время вынужденного прогула и компенсацию морального вреда. Суд указал на то, что в соответствии с правоприменительной практикой предупреждение работодателя об увольнении электронным письмом допустимо только при условии подтверждения подлинности подписи работника. Доказательств, свидетельствующих об этом, ответчиком не представлено, истица же отрицает наличие подлинного волеизъявления на увольнение по собственному желанию.

Конкретными видами незаконных увольнений беременных женщин по другим основаниям являются:

- **Увольнение по основанию ликвидации организации** или прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем (п.1 ч.1 ст.81 ТК РФ), поскольку это основание является единственным, допускающим увольнение по инициативе работодателя беременной женщины. В существующих случаях обращения в суд за защитой устанавливалось, что ликвидации организации не производилось, выносились решения о восстановлении на работе<sup>59</sup>.

Аналогичная судебная практика существует в отношении увольнения женщины (служащей органов внутренних дел), находящихся в отпуске по уходу за ребенком<sup>60</sup>.

- **Увольнение работника в связи с отказом от перевода на другую работу**, необходимого ему в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, либо отсутствие у работодателя соответствующей работы (п.8 ч.1 ст.77 ТК РФ). Истица была уволена, будучи беременной, по п. 8 ч. 1 ст. 77 ТК РФ в связи с тем, что отказалась от предложенной работодателем работы уборщицей. Она работала в должности администратора, ее работа была сопряжена с ночными дежурствами. Истица поставила руководство ООО «Имидж» в известность о своей беременности и представила справку о том, что нуждается в освобождении от ночных работ и в переводе на легкий труд, однако работодатель в связи с тем, что С. отказалась от

---

<sup>59</sup> Определение Верховного Суда РФ от 18 февраля 2010 г. №47-Г10-6 // СПС «КонсультантПлюс». Также: Решение Нефтегорского районного суда Самарской области от 13.05.2010 г. // [http://neftegorsky.sam.sudrf.ru/modules.php?name=docum\\_sud&id=274](http://neftegorsky.sam.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=274).

П.2.5.1 в таблице приложений. Также: Решение Кировского районного суда г. Самары от 25.04.2003 г. // <http://lpa.ru/>. П. 2.5.2 в таблице приложений.

<sup>60</sup> Определение Верховного Суда РФ от 17 ноября 2006 года // СПС «КонсультантПлюс». Также: Определение Московского областного суда от 25 сентября 2012 г. по делу №33-18646/2012 // СПС «Консультант Плюс». П.2.3.1 в таблице приложений.

работы по должности уборщицы, уволил ее по п. 8 ч. 1 ст. 77 ТК. Ответчик сообщил, что никакой иной работы в организации не имелось. Решением суда она была восстановлена на работе, т.к. вопросы перевода на другую работу в соответствии с медицинским заключением беременных женщин регулируются ст. 254 ТК РФ, которая в данном случае имеет приоритет в применении в сравнении со ст. 73 ТК РФ. В соответствии со ст. 254 ТК РФ беременным женщинам в соответствии с медицинским заключением и по их заявлению снижаются нормы выработки, нормы обслуживания либо эти женщины переводятся на другую работу, исключающую воздействие неблагоприятных производственных факторов, с сохранением заработка по прежней работе. До предоставления беременной женщине другой работы, исключающей воздействие неблагоприятных производственных факторов, она подлежит освобождению от работы с сохранением среднего заработка за все пропущенные вследствие этого рабочие дни за счет средств работодателя.

Из указанной нормы закона следует, что законодатель не предусматривает возможности увольнения беременной женщины по мотивам ее отказа от предложенной работы и в связи с отсутствием у работодателя другой работы, на которую беременная женщина может быть переведена<sup>61</sup>.

- Отдельным видом незаконных увольнений беременных женщин является их **увольнение в связи с истечением срока трудового договора**. Согласно ч.2 ст.261 ТК РФ в случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины работодатель обязан по ее письменному заявлению и при предоставлении медицинской справки, подтверждающей состояние беременности, продлить срок действия трудового договора до окончания беременности. Женщина, срок действия трудового договора с которой был продлен до окончания беременности, обязана по запросу работодателя, но не чаще чем один раз в три месяца, предоставлять медицинскую справку, подтверждающую состояние беременности. Если при этом женщина фактически продолжает работать после окончания беременности, то работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор с ней в связи с истечением срока его действия в течение недели со дня, когда работодатель узнал или должен был узнать о факте окончания беременности.

---

<sup>61</sup> Определение Верховного Суда Республики Бурятия от 1 октября 2012 г. по делу №33-2334 // СПС «КонсультантПлюс». П.2.1 в таблице приложений

Истица обратилась в суд с иском к администрации ЗАТО «Озерный» Тверской области о продлении срочного трудового договора, взыскании заработной платы за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда. Она пояснила, что с ней был заключен срочный трудовой договор на срок до 31 мая 2010 г. для выполнения общественных работ. Двадцать седьмого мая 2010 г. на основании положений статьи 261 ТК РФ она обратилась к ответчику с заявлением о продлении срочного трудового договора на срок ее беременности, однако указанное заявление было оставлено без удовлетворения.

Суд требования удовлетворил, указав, что согласно пункту 4 статьи 24 Закона Российской Федерации от 19 апреля 1991 г. №1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» на граждан, занятых на общественных работах, распространяется законодательство Российской Федерации о труде и социальном страховании. Учитывая то, что срочный трудовой договор заключен с И.В. на участие в общественных работах, а также то, что она обращалась к работодателю с заявлением о продлении срока действия договора, предоставила справку, подтверждающую ее беременность, действия работодателя, выразившиеся в отказе продления срочного трудового договора, являются неправомерными<sup>62</sup>.

28 января 2014 года было принято постановление Пленума Верховного Суда РФ №1 «О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних», в п.27 которого разъясняется: «В случае рождения ребенка увольнение женщины в связи с окончанием срочного трудового договора производится в день окончания отпуска по беременности и родам. В иных случаях женщина может быть уволена в течение недели со дня, когда работодатель узнал или должен был узнать о факте окончания беременности». Данное разъяснение, хотя оно уже не раз применялось судами общей юрисдикции<sup>63</sup> и направлено на защиту прав беременных женщин, вступало в прямое противоречие с действующей нормой Трудового кодекса.

29.06.2015 был принят и 11.07.2015 вступил в силу Федеральный закон №201-ФЗ «О внесении изменений в статьи 84-1 и 261 Трудовой кодекс Российской Федерации», которым предусмотрено продление срока

---

<sup>62</sup> Определение Верховного Суда РФ от 1 июля 2011 г. №35-В11-5 // СПС «КонсультантПлюс». Также Определение Ленинградского областного суда от 31 октября 2012 г. №33-4884/2012// СПС «КонсультантПлюс». П. 2.7.2 в таблице приложений

<sup>63</sup> См. Апелляционное определение Суда Еврейской автономной области от 28.02.2014 по делу №33-98/2014; Решение Холмского городского суда Сахалинской области от 21.05.2014 по делу №2-441/2014-М-316/2014; Решение Промышленного районного суда города Курска от 22.04.2014 по делу №2-650/14-14г. и др.

срочного трудового договора, истекающего в период беременности женщины, до даты окончания отпуска по беременности и родам. Вступление данного закона в силу привело норму ст.261 ТК РФ в соответствие с вновь складывающейся судебной практикой.

- Особо следует отметить, что беременные женщины, как и иные работники, серьезно страдают в тех случаях, когда *при приеме на работу не был заключен трудовой договор в письменной форме*, прием на работу не был оформлен в соответствии с законодательством. Это позволяет работодателю произвольно прекратить трудовые отношения, не заботясь о причине увольнения.

Так, истица Б. обратилась в суд с иском о признании факта наличия трудовых отношений, об обязанности заключить трудовой договор, о взыскании заработной платы, о взыскании утраченного заработка, о взыскании единовременного пособия и пособия по беременности и родам, о компенсации морального вреда и о взыскании судебных расходов. Она указала, что трудовой договор с ней заключен не был, но она ежедневно приходила на работу к 9.00 часам и работала до 18 часов. Она сообщила работодателю о своей беременности сроком 6 месяцев; в дальнейшем ответчик не допустил ее до работы, сообщив об увольнении. Суд установил, что Б. была фактически допущена к работе представителем работодателя. Судом признано, что Б. подверглась дискриминации по мотиву беременности, поскольку истец выполнял трудовые обязанности только до того момента, как ответчику стало известно о ее беременности и предстоящих отпусках по беременности и родам, и по уходу за ребенком, поэтому в целях уклонения от необходимых выплат в связи с указанными обстоятельствами ответчик не оформил с Б. трудовые отношения, не выплатил ей заработную плату за отработанный период.

Суд решил признать факт наличия трудовых отношений между сторонами, обязать работодателя заключить с истицей трудовой договор на неопределенный срок, взыскать задолженность по заработной плате, утраченный, единовременное пособие и пособие по беременности и родам, компенсацию морального вреда, компенсацию за фактическую потерю времени, почтовые расходы<sup>64</sup>.

В данном деле права женщины были восстановлены, однако проблема нарушения прав в связи с незаключением трудовых договоров является широкой и касается не только беременных женщин и женщин, имеющих

---

<sup>64</sup> Определение Самарского областного суда от 20 февраля 2012 г. по делу №33-1882/2012 // СПС «КонсультантПлюс». П.2.9 в таблице приложений.

маленьких детей. Следует лишь признать, что беременные женщины в подобных обстоятельствах являются еще более уязвимыми, чем другие работники. В отношении этого комплекса проблем можно дать целый ряд рекомендаций, направленных на облегчение доказывания наличия трудовых отношений при рассмотрении данной категории дел в судебном порядке и мер, направленных на сокращение практик не оформления трудовых отношений, базирующихся на положениях Рекомендации МОТ №198 о трудовом правоотношении.

***Рекомендации:***

1. Дополнить ТК РФ положением, обязывающим работодателя регистрировать письменные обращения и заявления от работников, а также принимать от работника документы, которые тот считает необходимым предоставить работодателю. Такое положение может быть внесено в ст.22 ТК РФ в часть 2, содержащую перечень обязанностей работодателя.

2. В связи с тем, что, как показывает анализ судебной практики, судебная защита используется в случаях нарушения трудовых прав беременных женщин только при незаконных увольнениях, важнейшими средствами защиты их прав остается обращение в прокуратуру и в государственную инспекцию труда. В связи с этим, как представляется, следует рекомендовать органам прокуратуры и государственной инспекции труда вести отдельный учет и анализ обращений по этим основаниям, делать его публичным и разрабатывать рекомендации в отношении женщин-работников и работодателей относительно наилучших способов поведения и защиты прав.

3. По аналогии с введением нормы, предусматривающей отдельный вид ответственности за размещение объявлений, содержащих дискриминационные требования, ввести административную ответственность за незаконный отказ в приеме на работу беременной женщины. Одновременно с этой мерой может быть рассмотрен вопрос об исключении уголовной ответственности за необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей ребенка в возрасте до трех лет (ст.145 УК РФ).

4. В целях защиты беременных женщин, женщин, имеющих маленьких детей, а также в целом работников, от действий работодателя по неформальной трудовых отношений, реализовать положения Рекомендации МОТ №198 о трудовом правоотношении.

5. Изменить норму ст.261 ТК РФ, согласно которой в случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины работодатель обязан по ее письменному заявлению и при предоставлении медицинской

справки, подтверждающей состояние беременности, продлить срок действия трудового договора до окончания беременности. Предполагается, что следует предусмотреть, что женщина, срочный трудовой договор которой истекает в период беременности, имеет право по ее заявлению на продление срочного трудового договора до момента окончания отпуска по беременности и родам или отпуска по уходу за ребенком, в период которых ей выплачивается пособие по беременности и родам и пособие по уходу за ребенком до достижения им возраста полутора лет. По окончании отпуска по уходу за ребенком либо соответственно отпуска по беременности и родам срочный трудовой договор подлежит прекращению в связи с истечением срока его действия.

### **3. Сложности при возвращении на работу после отпуска по уходу за ребенком.**

Законодательная гарантия сохранения рабочего места за работником, находящимся в отпуске по уходу за ребенком, в сочетании с правом женщин использовать отпуск по беременности и родам по частям, в том числе в любой момент выйти из отпуска, на практике неэффективна. За период длительного отпуска, как правило, существенно меняется ситуация, и выход работника по окончании отпуска на прежнюю должность оказывается нецелесообразным. Вместе с тем проводить обучение или переобучение женщин работодатели не обязаны. В результате женщины часто объективно лишены возможности вернуться к прежнему работодателю после отпуска по уходу за ребенком и вынуждены самостоятельно искать новую работу.

В соответствии со ст.256 ТК РФ по заявлению женщины ей предоставляется отпуск по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет. Порядок и сроки выплаты пособия по государственному социальному страхованию в период указанного отпуска определяются федеральными законами.

Отпуска по уходу за ребенком могут быть использованы полностью или по частям также отцом ребенка, бабушкой, дедом, другим родственником или опекуном, фактически осуществляющим уход за ребенком.

По заявлению женщины или лиц, указанных в ч.2 ст.256 ТК РФ, во время нахождения в отпусках по уходу за ребенком они могут работать на условиях неполного рабочего времени или на дому с сохранением права на получение пособия по государственному социальному страхованию.

На период отпуска по уходу за ребенком за работником сохраняется место работы (должность).

По данным Федеральной службы государственной статистики<sup>65</sup> среди женщин старше 15 лет на прежнее место работы после отпуска по уходу за ребенком вернулись 77,3% женщин; не вернулись – 22,3%. Среди тех, которые не вернулись, 4,6 % не вернулись по инициативе работодателя, за ними не сохранилось прежнее место работы.

При этом средняя продолжительность нахождения в отпуске по уходу за ребенком (для женщин, вышедших из отпуска в 2011 году) составила 18,4 месяца.

Среди женщин в возрасте 15-29 лет на прежнее место работы не вернулись 26,9%, среди них по инициативе работодателя – 6,4%.

Характерно, что данные статистики учитывают возвращение на рабочие места только женщин, что свидетельствует о том, что отцы (или дедушки) не пользуются или почти не пользуются правом на отпуск по уходу за ребенком.

### ***3.1. Сохранение места работы в период отпуска по уходу за ребенком.***

Согласно ч.4 ст.256 ТК РФ за работником сохраняется место работы (должность).

В судебной практике довольно много случаев, когда работники выходят из отпуска по уходу за ребенком, однако не могут выполнять работу по прежней должности, потому что на нее принят другой работник, и в этом случае работодатель предлагает выполнять работу по другой должности. В отношении такого типа дел судебная практика является вполне четкой и единообразной: суды признают подобные действия работодателя незаконными и выносят решения, позволяющие таким работникам вернуться к выполнению своей прежней работы.

Также однозначны суды в отношении вопроса о том, что при увольнении нескольких сотрудников, занимающих аналогичные должности (сокращение численного состава работников), работники, находящиеся в отпуске по уходу за ребёнком, не могут быть включены в список лиц на сокращение; что занимаемая таким работником должность не является вакантной и не может предлагаться другим работникам и т.д.

Однако существует неоднозначное понимание, в том числе в судебной практике, относительно того, имеет ли право работодатель сократить должность, которую занимает находящийся в отпуске по уходу за ребенком работник, в период этого отпуска.

---

<sup>65</sup> Комплексное наблюдение условий жизни населения. Раздел 2. Условия труда и социальное обеспечение. Таблица 2.10. Продолжительность нахождения в отпуске по уходу за ребенком и возможность возвращения на прежнее место работы // Сайт Федеральной службы государственной статистики: [http://www.gks.ru/free\\_doc/new\\_site/KOUZ/survey0/index.html](http://www.gks.ru/free_doc/new_site/KOUZ/survey0/index.html).

В Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 29 сентября 2011 г. №1164-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки А. на нарушение ее конституционных прав пунктами 2 и 3 части первой статьи 81 Трудового кодекса Российской Федерации» и других решениях Конституционного Суда РФ указывалось, что, реализуя закрепленные Конституцией Российской Федерации (ст.34, ч.1; ст.35 ч.2) права, работодатель в целях осуществления эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом вправе самостоятельно, под свою ответственность принимать необходимые кадровые решения, обеспечивая при этом в соответствии с требованиями статьи 37 Конституции Российской Федерации, закрепленные трудовым законодательством гарантии трудовых прав работников.

Принятие решения об изменении структуры, штатного расписания, численного состава работников организации, относится к исключительной компетенции работодателя, который вправе расторгнуть трудовой договор с работником, в связи с сокращением численности или штата работников организации (п.2 ч.1 ст.81 Трудового кодекса Российской Федерации) при условии соблюдения закрепленного Трудовым кодексом Российской Федерации порядка увольнения и гарантий, направленных против произвольного увольнения, закрепленных в ч.3 ст.81, ч.1 ст.179, ч.1 и 2 ст.180 Трудового кодекса Российской Федерации.

Судебной практики по этому вопросу, позволяющей сделать вывод о позиции судов, мало. В одном из дел, где встал подобный вопрос, указывается: «Отказывая в части исковых требований о незаконности действий работодателя, районный суд исходил из того, что ОАО "РЖД" действовало в пределах своих полномочий, поскольку сокращение численности штата произошло в соответствии с распоряжением об исключении спорной должности из состава Забайкальской дирекции пассажирских обустройств, в день выхода из отпуска работник был уведомлен о предстоящем увольнении по п.2 ст.81 ТК РФ.

С выводом суда о законности оспариваемых действий работодателя судебная коллегия согласиться не может по следующим основаниям. Исходя из статей 22, 74 ТК РФ работодатель вправе в любое время по своему усмотрению изменять структуру организации и штатную численность. Вместе с тем, судом не учтены положения ч.4 ст.256 ТК РФ, согласно которой на период отпуска по уходу за ребенком за работником сохраняется место работы (должность). По смыслу приведенной нормы права по окончании отпуска работнику гарантируется право вернуться на свое прежнее или эквивалентное место работы с оплатой труда по прежним ставкам.

Судом установлено, что работодатель не представил вышедшему из отпуска по уходу за ребенком работнику К.Н.Б. место работы (должность), которая была предусмотрена его трудовым договором.

Следовательно, такие действия работодателя по отношению к работнику являются неправомерными, поэтому решение суда в части отказа в иске о признании действий ОАО "РЖД" незаконными подлежит отмене в связи с неправильным применением норм материального закона (п.4 ч.1 ст.330 ГПК РФ)»<sup>66</sup>.

Однако возникает ряд вопросов, на которые нет внятных ответов ни в законодательстве, ни в судебной практике РФ:

- что делать, если прежняя должность сокращена, а эквивалентное место работы с оплатой труда по прежним ставкам отсутствует?

- лежит ли на работодателе обязанность не вносить изменения в штатное расписание и не сокращать единственную должность, которая более не нужна, в случае, если занимающий ее работник находится в отпуске по уходу за ребенком?

- как долго работодатель связан обязательствами по обеспечению работника, вышедшего из отпуска по уходу за ребенком, работой по прежней должности?

В Великобритании после отпуска по беременности и родам работница имеет право вернуться на ту же должность, которую она занимала до ухода в отпуск или эквивалентную ей должность. Под эквивалентностью в данном случае понимается, что условия труда и оплаты по данной работе не могут быть хуже тех, что были на старой должности до ухода в материнский отпуск. Родители детей в возрасте до 17 лет и детей-инвалидов до 18 лет имеют право требовать установления гибкого графика работы, учитывая их уход за ребенком. Работодатель обязан рассмотреть соответствующий запрос и дать письменный ответ<sup>67</sup>. Сходные правила существуют, например, и в Канаде. Кроме того, в этой стране действует правило о сохранении трудового стажа работника у данного работодателя и связанных с этим «прав старшинства» (seniority rights) в период ухода работников (матерей и отцов) в родительские отпуска<sup>68</sup>.

В США в соответствии с Законом об отпусках по семейным и медицинским обстоятельствам работники, уходящие в соответствующие отпуска, также имеют право на восстановление на эквивалентную работу. Причем под эквивалентностью подразумевается не только оплата труда, но и

---

<sup>66</sup> Апелляционное определение Забайкальского краевого суда от 18.06.2013 г. по делу №33-2118-2013 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>67</sup> <http://www.nidirect.gov.uk/statutory-maternity-leave-returning-to-work>.

<sup>68</sup> <http://www.labour.gov.on.ca/english/es/pubs/guide/pregnancy.php>.

такие факторы как требующийся от работника уровень квалификации, перспективы карьерного роста и др. Так, например, проектный менеджер банка «Дж.П. Морган-Чейз» П. Кроуфорд после выхода из отпуска, связанного с депрессией и тревожностью (медицинские показания)<sup>69</sup>, получила новую должность «Аналитик качества второй категории», предусматривающую тот же уровень оплаты, но больший объем конторской работы и меньшую востребованность юридической квалификации, которая требовалась от нее на ее старой должности. Она успешно обжаловала это назначение в суде, указывая на то, что данная работа не была «эквивалентной» по смыслу закона<sup>70</sup>.

Представляется, что ответы на эти вопросы были бы крайне востребованы и в России.

### ***3.2. Право работать на условиях неполного рабочего времени или на дому в период отпуска по уходу за ребенком.***

Согласно ч.2 ст.256 ТК РФ лица, находящиеся в отпуске по уходу за ребенком, **могут также работать на условиях неполного рабочего времени и на дому**. Необходимо признать, что эта норма сформулирована неоднозначно, что создает неопределённость и для работников, и для работодателей: не очевидно, насколько обязательным для работодателя является удовлетворение просьбы работника о работе на дому (равно как и то, насколько обязательным является удовлетворение заявления о работе на условиях неполного рабочего времени). Нет ясности в вопросе о том, обязан ли работодатель во всех случаях предоставить работу на дому, если есть соответствующее заявление работника; каким образом сторонам следует договариваться о конкретной продолжительности неполного рабочего времени, и в каком порядке могут быть урегулированы разногласия относительно условий неполного рабочего времени.

Такая неопределённость негативно сказывается в трудовых отношениях, является источником напряжения для обеих сторон. Непредсказуемость возможного судебного решения в случае возникновения спора не способствует стабильности трудовых отношений и согласованию интересов сторон. Для работодателя неочевидно, насколько далеко он должен поступаться интересами эффективной организации работы для того, чтобы не допустить нарушения трудового законодательства. Для работника непонятно, какими могут быть его ожидания и требования. Обе стороны не могут четко планировать дальнейшие

---

<sup>69</sup> На материнские отпуска распространяется такой же режим.

<sup>70</sup> Crawford v. JP Morgan Chase. US Court of Appeals, No. 12-3698.  
<http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/13a0720n-06.pdf>.

трудовые отношения, работу организации и условия совмещения рабочих и семейных обязанностей.

В связи с этим представляется важным конкретизировать положения указанных норм ТК РФ.

Судебные споры по этому вопросу возникают не часто, однако практика демонстрирует существование обозначенной проблемы. Так, например, А. обратилась в суд с иском, просила обязать работодателя предоставить ей работу на дому и заявила ряд других требований. Она находилась в отпуске по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет и решила приступить к выполнению своих обязанностей (грант-менеджера) на условиях работы на дому, подала соответствующее заявление, однако ей было отказано со ссылкой на невозможность предоставления условий работы на дому. Представитель ответчика сослался на то, что законодательство не содержит положений, обязывающих работодателя предоставлять работнику работу исключительно на дому, т.к. выполнение такой обязанности бывает просто невозможно в силу характера работы или экономической нецелесообразности. Именно характер выполняемых истицей обязанностей и послужил одной из причин отказа в предоставлении возможности выполнять свои обязанности на дому. Суд посчитал, что из должностных обязанностей грант-менеджера следует, что работник в указанной должности может выполнять свои должностные обязанности исключительно в офисе, и согласился с ответчиком, отказав в удовлетворении иска<sup>71</sup>.

В другом деле истцу было отказано в удовлетворении требований об обязанности предоставить работу на дому; указано, что «ни нормы главы 41 ТК РФ, ни Постановление Госкомтруда СССР, Секретариата ВЦСПС от 29.09.1981 г. №275/17-99 «Об утверждении Положения об условиях труда надомников» не содержат указаний на обязанность работодателя в обязательном порядке предоставить работнику, осуществляющему уход за ребенком, по его заявлению надомную работу. Надомная форма труда может быть установлена исключительно по соглашению сторон трудового договора, и обязанность по ее представлению работнику в случае нахождения такого работника в отпуске по уходу за ребенком работодателю действующим законодательством РФ не вменяется<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Решение Тушинского районного суда (данные о дате и номере дела исключены из текста решения) // [http://tushinsky.msk.sudrf.ru/modules.php?name=docum\\_sud&id=130](http://tushinsky.msk.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=130). П.3.4 в таблице приложений.

<sup>72</sup> Апелляционное определение Иркутского областного суда от 12 апреля 2012 г. по делу №33-3237/12 // СПС «КонсультантПлюс». Аналогичная позиция: Кассационное определение Тюменского областного суда от 18.01.2012 г. по делу №33-61/2012; Кассационное определение Мурманского областного суда от 25.05.2011 г. по делу №33-1459-2011 // СПС «КонсультантПлюс».

В другом случае в удовлетворении требований об обязанности предоставить работу на дому в соответствии с занимаемой должностью, взыскании компенсации морального вреда было отказано, поскольку ответчик не выразил своего согласия на предоставление истице работы на дому в соответствии с занимаемой ей должностью, а «истица не представила суду доказательств того, что ответчик обязан предоставить ей возможность выполнять работу на дому в соответствии с занимаемой должностью».

В других странах, где родителям маленьких детей предоставляется право работать на более льготных условиях, порядок решения вопроса о предоставлении неполного рабочего времени является более четким и конкретным. Так, например, в Нидерландах работодатель обязан предоставить одному из родителей ребенка в возрасте до 8 лет возможность работать на условиях неполного рабочего времени. При этом рабочее время сокращается следующим образом: родитель имеет право не работать из расчета на одного ребенка 26 раз  $\times$  на количество рабочих часов в неделю данного работника. Т.е., например, при обычной 40-часовой рабочей неделе родитель имеет право не работать  $26 \times 40 = 1040$  часов. Т.е. в данном случае родитель имеет право воспользоваться в течение периода до достижения ребенком возраста 8 лет 130 днями отдыха из расчета 8-часового рабочего дня.

Оплачивать эти часы работодатель не обязан, но коллективным соглашением или трудовым договором может быть предусмотрено иное. Право работать на условиях неполного рабочего времени имеет родитель, проработавший не менее 1 года у одного работодателя. При этом рабочее время сокращается таким способом для каждого ребенка в возрасте до 8 лет. Т.е., например, на двух детей количество часов, которые могут быть сокращены, удваивается. По общему правилу, родитель может использовать еженедельно не более 50% от своего обычного рабочего времени для ухода за ребенком (т.е. при 40-часовой неделе работник должен работать не менее 20 часов). Конкретная продолжительность неполного рабочего времени для конкретного работника определяется соглашением, заключаемым между работником и работодателем<sup>73</sup>.

В Великобритании работающий родитель ребенка до 17 лет, либо ребенка-инвалида до 18 лет, либо лицо, осуществляющее уход за нетрудоспособным, имеет право обратиться к работодателю с просьбой об установлении гибкого графика, работы в течение времени нахождения ребенка в школе, неполного рабочего времени, разделения работы с другими работниками или об установлении иных гибких форм организации труда.

---

<sup>73</sup> Закон Нидерландов «О труде и уходе». Wet arbeid en zorg: <http://wetten.overheid.nl/BWBR0013008/geldigheidsdatum>

Работодатель не обязан удовлетворять соответствующую просьбу работника, но он обязан серьезно ее рассмотреть и обсудить эту просьбу с работником персонально. Отказ работодателя может быть обжалован в орган по разрешению трудовых споров – Консультативную службу по примирению и арбитражу (Advisory Arbitration and Conciliation Service, ACAS)<sup>74</sup>.

### ***3.3. Сохранение права на получение пособия в случае работы в период отпуска по уходу за ребенком.***

Согласно ч.3 ст. 256 ТК РФ по заявлению женщины или лиц, указанных в ч.2 данной статьи, во время нахождения в отпусках по уходу за ребенком они могут работать на условиях неполного рабочего времени или на дому с сохранением права на получение пособия по государственному социальному страхованию. Таким образом, согласно данной норме получается, что работник одновременно находится в отпуске и в то же время работает у работодателя, что является нелогичным с юридической точки зрения.

В отношении работника в таком случае действуют две различные гарантии от увольнения. Согласно ст. 261 ТК РФ расторжение трудового договора по инициативе работодателя с беременной женщиной не допускается, за исключением случаев ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем.

Расторжение трудового договора с женщиной, имеющей ребенка в возрасте до трех лет, с одинокой матерью, воспитывающей ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет или малолетнего ребенка – ребенка в возрасте до четырнадцати лет, с другим лицом, воспитывающим указанных детей без матери, с родителем (иным законным представителем ребенка), являющимся единственным кормильцем ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет либо единственным кормильцем ребенка в возрасте до трех лет в семье, воспитывающей трех и более малолетних детей, если другой родитель (иной законный представитель ребенка) не состоит в трудовых отношениях, по инициативе работодателя не допускается (за исключением увольнения по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 5 - 8, 10 или 11 части первой статьи 81 или пунктом 2 статьи 336 Кодекса).

Согласно ч.6 ст.81 ТК РФ не допускается увольнение работника по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем) в период его временной нетрудоспособности и в период пребывания в отпуске.

---

<sup>74</sup> Citizens Advice Bureau Adviceguide:

[http://www.adviceguide.org.uk/wales/work\\_w/work\\_rights\\_at\\_work\\_e/parental\\_rights\\_at\\_work.htm#Therighttoaskforflex](http://www.adviceguide.org.uk/wales/work_w/work_rights_at_work_e/parental_rights_at_work.htm#Therighttoaskforflex).

Таким образом, если работник находится в отпуске по уходу за ребенком до достижения им возраста 3 лет, и в то же время работает, то в силу ст.81 ТК РФ работодатель не может его уволить даже по тем основаниям, по которым это допускает ст.256 ТК РФ. Судебная практика это подтверждает.

Это означает, что работники, которые работают полное время и не получают пособие и те, которые работают неполное время и получают пособие, оказываются в неравном положении: в отношении первых круг правовых гарантий шире, чем в отношении вторых, хотя фактически их положение является даже более сложным (они больше работают и при этом не получают пособие по уходу за ребенком). Особенно заметно, если неполное рабочее время достигает, например, 90% рабочего времени.

Представляется, что этот подход необоснованно ограничивает права работодателей в случае виновных действий работников. Такая (и иные подобные) необоснованные гарантии негативно сказывается на отношении работодателей к предоставленным гарантиям в целом. Необоснованные гарантии могут из-за своей чрезмерности мотивировать работодателя избегать трудоустройства женщин.

В связи с этим представляется возможным поставить на обсуждение вопрос об отмене гарантии в этом случае как чрезмерной и не обоснованной.

Возможны, как представляется несколько вариантов регулирования этого вопроса. Во-первых, возможно внести изменения в ст.81 ТК РФ, указав, что не допускается увольнение по инициативе работодателя работника в период его пребывания в отпуске, кроме случаев нахождения в отпуске по уходу за ребенком, когда работник продолжает работать на условиях неполного рабочего времени<sup>75</sup>.

Другим (даже более, как представляется, предпочтительным вариантом) является внесение изменений в ст.256 ТК РФ. Представляется, что следует исключить норму о том, что работник имеет право работать в период отпуска по уходу за ребенком на условиях неполного рабочего времени. Этот период не должен рассматриваться в качестве отпуска, однако следует предусмотреть, что работник имеет право работать на условиях неполного рабочего времени в период до достижения работником возраста полутора лет, и в течение этого времени за ним сохраняется право на получение пособия по уходу за ребенком до достижения им возраста полутора лет.

---

<sup>75</sup> Следует отметить, что вопрос об обоснованности распространения этой гарантии возникает в отношении и других видов отпусков, в частности, отпуска без сохранения заработной платы. Представляется, что должно быть сделано исключение для случаев увольнения по сокращению численности, штата, а также в отношении в отношении организаций небольшого размера (однако под ними следует понимать не субъекты малого предпринимательства, а любые организации с небольшой численностью работников).

Однако далее возникает вопрос о том, что работники, имеющие детей в возрасте до полутора лет, работающие полное и неполное рабочее время, находятся в явно неравном положении: работник, работающий полное время, утрачивает право на пособие, и его материально положение ухудшается. В связи с этим целесообразно рассмотреть вопрос о необходимости выплаты пособий по уходу за ребенком до достижения ребенком возраста полутора лет всем лицам.

***Рекомендации:***

1. Внести изменения в ст.256 – предоставить работнику право работать на условиях неполного рабочего времени или на дому с сохранением права на получение пособия по обязательному социальному страхованию в связи с материнством. Отказаться от двойного статуса (работающего и находящегося в отпуске).

2. Рассмотреть вопрос о необходимости выплаты пособий по уходу за ребенком до достижения ребенком возраста полутора лет всем лицам, независимо от того, на каких условиях они работают в течение этого времени.

3. Более четко урегулировать право по заявлению женщины или иных лиц, указанных в ч.2 ст.256 ТК РФ, во время нахождения в отпусках по уходу за ребенком работать на условиях неполного рабочего времени или на дому с сохранением права на получение пособия по государственному социальному страхованию. Следует прояснить, является ли удовлетворение такого заявления правом или обязанностью работодателя, и установить, в каком порядке разрешаются возникающие в таких случаях споры. Представляется, что следует установить обязанность работодателей предоставлять работникам с семейными обязанностями работу на условиях неполного рабочего времени или на дому, за исключением случаев, когда работодатель может разумно обосновать невозможность предоставления работникам с семейными обязанностями работы на заявленных ими условиях. Также следует предусмотреть гарантировано предоставляемую работнику продолжительность неполного рабочего времени. Полагаем, что во всяком случае работник имеет право работать в подобной ситуации не более 80% нормальной продолжительности рабочего времени.

4. Урегулировать неопределенность, имеющуюся в ч.4 ст.256 ТК РФ относительно того, что на период отпуска по уходу за ребенком за работником сохраняется место работы (должность). Следует уточнить, что работа по прежней должности предоставляется в случае, если должность сохранена на момент выхода работника из отпуска по уходу за ребенком. В случае ее исключения из штатного расписания, работодатель обязан предоставить работу

по эквивалентной должности, соответствующей квалификации и уровню оплаты труда работника. В случае отсутствия подобной работы работник может быть уволен по п.2 ч.1 ст.81 ТК РФ в связи с сокращением численности или штата работников организации или индивидуального предпринимателя, с учетом стандартной процедуры, предусмотренной в ТК РФ.

#### **4. Проблемы с привлечением отцов к выполнению обязанностей по воспитанию детей.**

При попытке воспользоваться предусмотренными трудовым законодательством гарантиями для родителей с семейными обязанностями отцы сталкиваются с противодействием на работе. Работодатели не предоставляют им отпуска по уходу за ребенком, отказывают в переводе на неполное рабочее время.

В судебной практике есть примеры, когда отцам приходилось доказывать право на получение отпуска по уходу за ребенком, хотя это право однозначно предусмотрено в законодательстве.

Так, например, в одном из случаев работодатель отказал в предоставлении отпуска по уходу за ребенком отцу, поскольку тот не доказал, что его жена – мать ребенка – не может осуществлять уход за ребенком. С работодателем согласился суд первой инстанции, отказавший истцу (отцу ребенка) в удовлетворении требования об обязанности предоставить отпуск по уходу за ребенком. Дело было пересмотрено уже в кассационной инстанции, когда суд указал, что «...Трудовым кодексом Российской Федерации, на лицо изъявившее желание осуществлять уход за ребенком, не возложена обязанность, предоставлять работодателю доказательства, подтверждающие фактическое осуществление такого ухода. Кроме того, предоставление гарантии, закрепленной в ч.2 ст.256 Трудового кодекса Российской Федерации, не может ставиться в зависимость исключительно от того, кто - мать или отец - работает (состоит в трудовых отношениях), а кто осуществляет уход за детьми»<sup>76</sup>.

В целом решение этой проблемы может лежать не столько в плоскости изменения законодательного регулирования, сколько должно иметь комплексное решение, включающее целый спектр возможностей (предоставление обязательного отцовского отпуска; создание условий для упрощения возвращения женщин к работе после рождения детей; создание условий для улучшения баланса семьи и работы и пр.).

---

<sup>76</sup> Кассационное определение Верховного суда Карачаево-Черкесской Республики от 01.02.2012 г. по делу №33-39/12 // СПС «КонсультантПлюс».

Анализ судебной практики показывает, что заметной проблемой остается отсутствие права на получение отпуска по уходу за ребенком у отцов, служащих в органах внутренних дел. Число судебных дел, в которых заявляются требования об обязанности предоставить отпуск служащим ОВД, велико, однако по всем из них выносятся отрицательные судебные решения.

*Законодательное регулирование права на отпуск по уходу за ребенком сотрудников органов внутренних дел.*

Статьей 21 Федерального закона от 21.07.1998 г. №117-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в законодательные акты Российской Федерации в связи с реформированием уголовно-исполнительной системы» на сотрудников учреждений и органов уголовно-исполнительной системы распространено действие Положения о службе в органах внутренних Российской Федерации, утвержденное Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 23 декабря 1992 г. №4202-1.

Согласно абзацу 8 статьи 45 данного Положения сотрудникам органов внутренних дел в соответствии с действующим законодательством предоставляются отпуска в связи с рождением ребенка, по уходу за детьми, творческие и в связи с обучением, а также иные установленные действующим законодательством,

Абзацем 7 статьи 54 Положения установлено, что беременные женщины и матери из числа сотрудников органов внутренних дел, а также отцы – сотрудники органов внутренних дел, воспитывающие детей без матери (в случае ее смерти, лишения родительских прав, длительного пребывания в лечебном учреждении и в других случаях отсутствия материнского попечения), пользуются правовыми и социальными гарантиями, установленными законодательством Российской Федерации для этой категории населения Российской Федерации.

Приказом Минюста РФ от 06.06.2005 г. №76 утверждена Инструкция о порядке применения Положения о службе в органах внутренних дел Российской Федерации в учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы.

В силу пункта 16.6 данной инструкции беременные женщины и матери из числа сотрудников, а также отцы – сотрудники, воспитывающие детей без матери (в случае ее смерти, лишения родительских прав, длительного пребывания в лечебном учреждении и в других случаях отсутствия материнского попечения), пользуются всеми правами и льготами, установленными действующим законодательством.

В связи с тем, что в 2010 году было вынесено решение Палаты

Европейского суда по правам человека по жалобе Константина Маркина<sup>77</sup>, которое было затем рассмотрено Большой Палатой, согласившейся с решением Палаты<sup>78</sup>, многие заявители – сотрудники органов внутренних дел ссылались на решения ЕСПЧ по данному делу, однако суды отказались применять его<sup>79</sup>: «...При этом обоснованно не принял ссылку истца на Постановление Европейского Суда по правам человека от 07.10.2010 по делу "К.М. v. Russia", поскольку наличие Постановления не может являться самостоятельным основанием для удовлетворения заявленных требований, без учета нормативного регулирования в соответствующей сфере и конкретных обстоятельств дела»<sup>80</sup>.

Аналогичные позиции о том, что абз.7 ст.54 Положения о службе в органах внутренних Российской Федерации не позволяет предоставить отпуск по уходу за ребенком отцу - служащему органов внутренних дел, если только он не воспитывает детей без матери, выражены и в ряде других судебных постановлений и обзоров практики<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Application no. 30078/06, Konstantin Markin v. Russia, Judgment of 7 October 2010.

<sup>78</sup> Application no. 30078/06, Konstantin Markin v. Russia [GC], Judgment of 22 March 2012.

<sup>79</sup> В январе 2009 г. Конституционный Суд РФ принял отказное Определение в отношении жалобы военнослужащего К.А. Маркина – одинокого отца, воспитывавшего троих детей, который не смог получить отпуск по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет, полагающийся в таких ситуациях женщинам. Маркин просил КС признать не соответствующими Конституции нормы Федерального закона «О статусе военнослужащих» и Федерального закона «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», не предоставляющие ему возможности наравне с женщинами воспользоваться правом на отпуск по уходу за ребенком. Отказывая заявителю, КС прямо сослался на п. 2 ст. 1 Конвенции МОТ №111, предусматривающий, что «не считаются дискриминацией различия, исключения или предпочтения в области труда и занятий, основанные на специфических (квалификационных) требованиях, связанных с определенной работой». КС указал, что «Поскольку военная служба в силу предъявляемых к ней специфических требований исключает возможность массового неисполнения военнослужащими своих служебных обязанностей без ущерба для охраняемых законом публичных интересов, отсутствие у военнослужащих мужского пола, проходящих службу по контракту, права на отпуск по уходу за ребенком не может рассматриваться как нарушение их конституционных прав и свобод, в том числе гарантированного статьей 38 (часть 2) Конституции ... Кроме того, данное ограничение согласуется с добровольным характером заключения контракта о прохождении военной службы».

После этого Определения заявитель обратился за защитой своих прав в ЕСПЧ. В марте 2012 г. Большая палата ЕСПЧ приняла решение в пользу Маркина. Правительство РФ, возражая против требований Маркина в ЕСПЧ, дополнило аргументацию КС ссылками на то, что при предоставлении права на отпуск в таких ситуациях только женщинам, имеет место «позитивная дискриминация», обусловленная особой защитой государства в отношении данной категории лиц. В ответ на это ЕСПЧ выразил согласие с заявителем, «...что такое различие имеет следствием сохранение гендерных стереотипов и не предоставляет никаких преимуществ ни для карьеры женщин, ни для семейной жизни мужчин». ЕСПЧ также указал, что «...существуют иные средства достижения правомерной цели защиты национальной безопасности кроме предоставления права на отпуск по уходу за ребенком военнослужащим-женщинам и лишения этого права всех военнослужащих-мужчин»<sup>79</sup>. Рассматривая ссылку КС на Конвенцию МОТ №111, ЕСПЧ отметил, что должность истца на время отпуска могла быть замещена другим военнослужащим – мужчиной или женщиной. При этом, «важно, что аналогичные должности в части, в которой служил заявитель, часто занимали женщины, и что его самого часто замещали военнослужащие – женщины»<sup>79</sup>. Как видно из этого примера, ЕСПЧ толкует нормы о защите от дискриминации существенно шире, чем российские суды.

<sup>80</sup> Определение Мурманского областного суда от 23 мая 2012 г. по делу №33-1225-2012 // СПС «КонсультантПлюс». П.4.3. в таблице приложений.

<sup>81</sup> Определение Суда Чукотского автономного округа от 30.09.2010 г. №33-198/10 по делу №2-31/2010 // СПС «КонсультантПлюс»; Справка Пермского краевого суда от 18.09.2009 г. «Актуальные вопросы применения трудового законодательства федеральными судами Пермского края» (утв. президиумом Пермского краевого суда 18.09.2009 г.); Ответы на вопросы" (вопрос 5) в Обзоре законодательства и

Этот подход противоречит позиции, выраженной Европейским Судом.

***Рекомендации:***

1. Внести изменения в абзац 8 статьи 45 Положения о службе в органах внутренних Российской Федерации, утвержденного Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 23 декабря 1992 г. №4202-1, согласно которому, беременные женщины и матери из числа сотрудников органов внутренних дел, а также отцы – сотрудники органов внутренних дел, воспитывающие детей без матери (в случае ее смерти, лишения родительских прав, длительного пребывания в лечебном учреждении и в других случаях отсутствия материнского попечения), пользуются правовыми и социальными гарантиями, установленными законодательством Российской Федерации для этой категории населения Российской Федерации. Распространить указанные правовые гарантии, включая право на предоставление отпуска по уходу за ребенком, на отцов – служащих органов внутренних дел.

2. Разрабатывать и реализовывать меры, направленные на расширение участия мужчин-отцов в уходе и воспитании детей, несении семейных обязанностей, в т.ч. создавая условия для упрощения возвращения женщин к работе после рождения детей, улучшения баланса семьи и работы и т.д. К таким мерам могут, в частности, относиться:

- a. Введение обязательного отцовского отпуска;
- b. Расширение сети учреждений и форм присмотра за детьми до достижения ими трехлетнего возраста, которые позволяли бы родителям эффективнее совмещать семью и работу.

**5. Уклонение юридических лиц от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и работников с семейными обязанностями.**

В последние годы, особенно в кризисный период, распространенной в небольших организациях, преимущественно в обществах с ограниченной ответственностью, является практика фактического прекращения хозяйственной деятельности. Если в организации одна или несколько женщин уходят в отпуск по беременности и родам, ее учредители создают новую организацию, куда переводят всех работников, за исключением беременных женщин. Старая организация не ликвидируется, однако из нее выводится все имущество. Как правило, юридический адрес такой организации изменяется, фактически она нигде не располагается, а найти лицо, имеющее право

действовать от имени организации без доверенности, не представляется возможным. В результате беременные женщины, формально оставаясь работниками организации, не могут ни реализовать свое право на труд, ни получать пособия в связи с материнством. Затруднительно для них и расторгнуть трудовые отношения, поскольку связаться с работодателем и оформить увольнение невозможно.

В случае фактического прекращения деятельности работодатель отказывается принимать обращение застрахованного лица за назначением и выплатой пособий, не принимает корреспонденцию (направленные ему по почте обращения возвращаются) и, соответственно, не осуществляет выплат. В ходе проведения государственной инспекцией труда и органами прокуратуры проверок выясняется, что по зарегистрированному месту нахождения организация-работодатель не располагается и деятельности не ведет. Формально организация не ликвидируется и в соответствии с законодательством является действующим страхователем, поэтому у работников нет оснований обращаться в территориальные органы Фонда социального страхования РФ для получения пособий напрямую.

Единственным механизмом получения пособия при фактическом прекращении организацией деятельности является взыскание его через суд. При этом решение суда о взыскании с «исчезнувшего» работодателя сумм пособий сложно получить и подчас невозможно исполнить, поскольку невозможно надлежащим образом уведомить работодателя о проведении судебного заседания, обеспечить получение работодателем текста заочного решения, и у работодателя на счете, как правило, отсутствуют необходимые денежные средства.

С 30 декабря 2012 года в ч.4 ст.13 ФЗ №255 появилось новое основание для прямых выплат – «в случае отсутствия возможности установления местонахождения страхователя и его имущества, на которое может быть обращено взыскание, при наличии вступившего в законную силу решения суда об установлении факта невыплаты таким страхователем пособий застрахованному лицу». Эта норма предоставляет застрахованным лицам возможность получать пособия в органах Фонда социального страхования РФ в случае фактического прекращения работодателем деятельности, однако для этого им необходимо получить решение суда. Подробнее о проблемах, связанных с указанной нормой, см. аналитический отчет об экспертизе действующего законодательства РФ.

В практике ЦСТП есть значительное число обращений за консультациями и кейсов, а также судебных дел, в рамках которых эти проблемы ярко проявились.

Так, в ноябре 2009 года Е. обратилась к работодателю за предоставлением отпуска по уходу за ребенком, а также за назначением и выплатой ежемесячного пособия по уходу за ребенком. Работодатель выплачивал пособие до апреля 2010 года, после чего выплаты были прекращены. Урегулировать вопрос в переговорах не получилось, и в мае 2010 года Е. обратилась в органы прокуратуры города Москвы. В ходе проведенных проверок фактическое место нахождения работодателя не удалось.

В территориальном органе Фонда социального страхования РФ Е. отказали в выплате пособия, так как работодатель формально являлся действующим страхователем, а в поданных Е. документах не было справок из банка о состоянии счета работодателя, подтверждающих наличие у него задолженности. Поскольку физические лица не могут самостоятельно получать сведения о состоянии счетов организаций, а связать с работодателем так и не удалось, Е. подала в филиал Фонда социального страхования РФ заявление с просьбой запросить в банке сведения о состоянии счета работодателя. Направить такой запрос филиал Фонда отказался. 26 октября 2011 года Тверской районный суд города Москвы вынес заочное решение, которым удовлетворил требования Е. о взыскании с работодателя задолженности по пособию. Решение было направлено работодателю, однако до адресата не дошло. Поскольку действующее законодательство связывает вступление заочного решения в силу с моментом получения его копии ответчиком, не присутствовавшим в судебном заседании, Е. не могла получить исполнительный лист и начать исполнительное производство по этому решению до весны 2012 года.

Весной 2012 года, несмотря на то, что работодатель так и не получил копию решения, суд выдал Е. исполнительный лист. Исполнительное производство продолжалось до конца года, однако найти место нахождения работодателя или его на имущества, на которое может быть обращено взыскание, не удалось. Получить пособие из Фонда социального страхования Е. удалось только весной 2013 года.

Аналогичная ситуация сложилась у О. и Л., коллег по работе, которые в течение нескольких лет работали в ООО «Квадро-Телеком». Право на пособие возникло у них в 2010 году, а получить они его смогли

лишь в 2013 году. Они также неоднократно пытались выйти на связь с работодателем, направляли ему письменные заявления, в том числе заявления об увольнении по собственному желанию, однако работодатель корреспонденцию не получал. Кроме обращений в правоприменительные органы за защитой права на получение пособий, О. и Л. обращались в суд по месту жительства с заявлением об установлении факта прекращения трудовых отношений. 02 марта 2011 года Люблинский районный суд города Москвы оставил заявление О. и Л. Без рассмотрения, указав, имеет место спор о праве и трудовые отношения следует признавать прекратившимися в исковом порядке. Признать трудовой договор с фактически недействующей организацией расторгнутым женщинам удалось лишь в октябре 2011 года (см. заочное решение Замоскворецкого районного суда г. Москвы от 19.11.2011).

Таким образом, чтобы получить гарантированное государством пособие или оформить свое увольнение из прекратившей работу организации женщинам приходится в течение многих месяцев взаимодействовать с правоохранительными органами, собирать доказательства участвовать в судебных заседаниях. Усилия, которые требуется приложить для защиты прав на получение пособий и формального прекращения трудовых отношений (без которого затруднительно устроиться на новую работу), в подобных случаях несоразмерно велики, и не под силу большинству женщин в период беременности или после рождения ребенка. Обращение в суд и получение положительного судебного решения не гарантируют получение пособий. Без пособий и государственной поддержки оказываются женщины, которые особенно в них нуждаются.

Проблемы невыплаты пособий в связи с материнством, с которыми сталкиваются застрахованные лица в случае фактического прекращения работодателем деятельности, связаны с тем, что, с одной стороны, обязанности по назначению и выплате пособий возложены на работодателей, а с другой – ответственность, предусмотренная для работодателей за неисполнение этих обязанностей, незначительна или вовсе отсутствует. В подавляющем большинстве случаев проблемы возникают у женщин, работающих в ООО - обществах с ограниченной ответственностью, которые отвечают по неисполненным обязательствам, в том числе по невыплаченным пособиям, в пределах своего имущества и взносов в уставной капитал.

Низкий уровень ответственности работодателей порождает и проблему с расторжением трудовых договоров. Оформлять увольнение работников обязан либо ответственное лицо, назначенное руководителем организации, либо сам

руководитель. Обязать работодателя оформить увольнение в случае фактического отсутствия руководителя в настоящее время невозможно. Вместе с тем следует заметить, что руководитель назначается учредителями (участниками) организации-работодателя, и за нарушение прав граждан, связанные с фактическим отсутствием руководителя, нести ответственность должны именно они.

21 февраля 2012 года в Общественной палате РФ были организованы Общественные слушания по инициативе Комиссии Общественной палаты по социальной политике, трудовым отношениям и качеству жизни граждан, АНО «Центр социально-трудовых прав» при участии представителей ряда федеральных органов власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, представителей некоммерческих организаций и экспертов, посвященные проблемам назначения и выплаты застрахованным лицам страхового обеспечения в связи с материнством и вариантам решения этих проблем.

Экспертами ЦСТП были предложены варианты решения этих проблем, которые были утверждены в качестве рекомендаций общественных слушаний. Ряд предложений за прошедшие годы были реализованы. Однако многие проблемы до настоящего времени не решены и остаются актуальными. Представляется, что некоторые из них могут быть решены только в том случае, если будет осуществлен полный переход на систему выплат пособий в связи с материнством напрямую территориальными органами страховщика (Фонда социального страхования РФ). Для решения остальных необходимы иные изменения действующего законодательства.

### ***Рекомендации:***

1. Рассмотреть возможность внесения следующих изменений в Федеральный закон от 29 декабря 2006 года № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством», направленных на устранение пробелов в регулировании отношений по назначению и выплате застрахованным лицам страхового обеспечения на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством территориальными органами Фонда социального страхования Российской Федерации:

- Установить обязанность территориальных органов ФСС РФ запрашивать в кредитных организациях сведения о состоянии счетов страхователей в случае обращения к ним застрахованных лиц за назначением и выплатой пособий либо страхователей за выделением денежных средств, необходимых для выплаты пособий (ч.2 ст.4.2 Федерального закона №255-ФЗ).

- Установить обязанность страхователей информировать застрахованных лиц об изменениях своего места нахождения и ответственность учредителей (участников) организации-страхователя, принимающих решение о таком изменении, за неисполнение этой обязанности.

2. Рассмотреть вопрос установления ответственности органов Фонда социального страхования перед застрахованными лицами за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по назначению и выплате страхового обеспечения. Внести изменения в федеральное законодательство, установить ответственность органов Фонда социального страхования Российской Федерации перед застрахованными лицами в виде неустойки (пени) за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей по назначению и выплате страхового обеспечения.

3. Внести изменения в порядок выплаты пособий по обязательному социальному страхованию в связи с материнством (ст.13 Федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» №255-ФЗ) – необходим переход на прямые выплаты пособий по обязательному социальному страхованию в связи с материнством территориальными органами Фонда социального страхования РФ.

4. Урегулировать обязанности и ответственность учредителей (участников) организаций, фактически прекративших деятельность.

- Расширить круг лиц, которые вправе и обязаны вносить сведения в трудовую книжку и заверять их от имени работодателя – возложить подобную функцию на учредителей (участников) организаций.

- Предусмотреть субсидиарную ответственность учредителей (участников) хозяйственных обществ за незаконное лишение работников возможности трудиться в связи с фактическим прекращением деятельности организации без государственной регистрации ее ликвидации.

6. Совершенствовать меры, направленные на выявление организаций, фактически прекративших деятельность без государственной регистрации в связи с ликвидацией.

- Необходимо закрепить обязанность налоговых органов проводить внеочередные проверки в отношении недействующих организаций для целей исключения их из ЕГРЮЛ на основании заявлений работников таких организаций.

- Организовать межведомственное взаимодействие с органами прокуратуры и Федеральной налоговой службой РФ с целью совместного выявления юридических лиц, уклоняющихся от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и лиц с семейными обязанностями, и дальнейшего исключения указанных организаций из ЕГРЮЛ в соответствии с Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» №129-ФЗ.

7. В части признания установления правопреемства при смене собственника имущества работодателя может быть использован подход, применяемый в ЕС<sup>82</sup>. В качестве примера для заимствования в данном случае может быть использована Директива ЕС 2001 г. о сохранении прав работников при переходе предприятия 2001/23/ЕС, а также практика Европейского суда справедливости, устанавливающая, какие именно случаи следует признавать переходом предприятия<sup>83</sup>. Согласно этому подходу под предприятием понимается не юридическое лицо, а имущественный комплекс (например, завод, цех, транспортное средство и т.д.), на котором работник осуществляет работу. Этот механизм носит более общий характер и позволит защищать не только женщин и работников с семейными обязанностями, но и любых работников. В случае принятия этой концепции необходимо внести изменения в законодательство, в частности, в ст. 75 ТК РФ, предусматривающие переход обязанностей работодателя новому собственнику в случае приобретения им имущественного комплекса, на котором работают работники (предприятия – по смыслу п. 1 ст. 132 ГК РФ).

8. Внести изменения в нормы ГПК РФ, регулирующие порядок вступления в силу заочного решения. Согласно ст.244 ГПК РФ заочное решение суда вступает в законную силу по истечении сроков его обжалования, а заявление об отмене заочного решения суда может быть подано ответчиком в суд, принявший решение, в течение семи дней со дня вручения ему копии этого решения (ст.237 ГПК РФ). Следует установить, что в случае невозможности вручения копии заочного решения ответчику в связи с его отсутствием по возможным местам его нахождения, решение вступает в законную силу по истечении определенного периода с момента его вынесения<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

<sup>83</sup> См. об этом подробнее: Лютов Н.Л. Права работников при смене собственника имущества организации: проблемы российского законодательства и нормы Европейского союза // Российский ежегодник трудового права, №4, 2008, СПб, 2009. С. 467-474.

<sup>84</sup> Определить такой конкретный период следует после дополнительных консультаций со специалистами в области гражданского процессуального права.

## **6. Неэффективность существующих механизмов защиты от дискриминации.**

В настоящее время в обществе отсутствует понимание, что такое дискриминация, и в чем заключается ее общественная опасность. Дискриминация запрещена на законодательном уровне, однако нарушители этого запрета на практике не привлекаются к ответственности, а права лиц, подвергшихся дискриминации, не восстанавливаются.

Анализ судебной практики по делам, связанным с защитой от дискриминации, объем которой очень невелик, показывает, что существуют, по крайней мере, следующие причины этого.

### ***6.1. Недостаточность правового регулирования.***

В странах Запада под дискриминацией понимают различие в обращении с лицами, находящимися в одинаковой ситуации, на основании признаков их личного статуса. При этом разграничивают две основные формы дискриминации – прямую и косвенную.

Юридической гарантией обеспечения равенства возможностей и защиты от дискриминации является антидискриминационное законодательство. Антидискриминационное законодательство получило широкое развитие в странах общего права (США, Великобритании, Австралии и др.). Благодаря усилиям МОТ и ЕС приняты акты, направленные на защиту от дискриминации, и в других странах.

В современном российском законодательстве проблеме дискриминации в целом и дискриминации в сфере труда в частности посвящено немало норм. Общий запрет дискриминации закреплен в КоАП РФ (ст.5.62) и в УК РФ (ст.136), в ТК РФ закреплен принцип запрета дискриминации (ст.ст. 2, 3), специальные нормы устанавливают запрет дискриминации при заключении трудового договора (ст. 64 ТК РФ) и при оплате труда (ст. 132 ТК РФ). Тем не менее, существующее в России правовое регулирование вопросов дискриминации, как в части определения понятия и видов дискриминации, запрещения конкретных проявлений дискриминации, так и в части регулирования механизмов и средств защиты от дискриминации, не учитывает целый ряд проблем (указанные проблемы подробно описаны в аналитическом отчете об экспертизе российского законодательства).

Проблема неразвитости механизмов защиты от дискриминации в России уже была предметом жалоб в международные органы в связи с вопросами о неэффективности защиты от профсоюзной дискриминации<sup>85</sup>.

Так, Конфедерация труда России (КТР) обратилась в декабре 2001 года с жалобой в Комитет по свободе объединения МОТ, заявив о фактах антипрофсоюзной дискриминации со стороны администрации Морского торгового порта Калининграда (Дело 2199). Комитет по свободе объединения в докладе №331 (п.706) признал, что была допущена дискриминация по профсоюзному признаку, и обратился к Правительству РФ с просьбой «предпринять необходимые меры, в том числе путем принятия законодательных поправок, для обеспечения того, чтобы жалобы на антипрофсоюзную дискриминацию рассматривались в рамках четких и быстрых национальных процедур»<sup>86</sup>.

Однако мер, направленных на принятие законодательства о защите от антипрофсоюзной дискриминации в трудовых отношениях, с тех пор не предпринималось. Отсутствие специальных процедур защиты прав профсоюзов и неэффективность существующих в настоящее время процедур стали причиной подачи жалобы российскими профсоюзами в Комитет по свободе объединения МОТ в январе 2010 года.

Помимо этого, в 2001 году 32 калининградских докера обратились в Европейский суд по правам человека с жалобой на решение суда, связанное с отказом в защите от дискриминации<sup>87</sup>. Заявители ссылались на нарушение статей 6, 11 и 14 Конвенции, указывали на нарушение их права на свободу объединения, т.к. государство не предприняло действий по пресечению дискриминации со стороны их работодателя и отказало им в рассмотрении

---

<sup>85</sup> В 1995 году в Морском торговом порту Калининград была создана Первичная профсоюзная организация Российского профсоюза докеров (РПД). После проведения профсоюзом в 1997 году двухнедельной забастовки началась дискриминация членов профсоюза. Одним из методов давления на докеров, участвовавших в забастовке, было переведение их в бригады, сформированные из членов РПД, которым перестали предоставлять работу, в результате чего они почти полностью лишились заработной платы. Работа на общих условиях предоставлялась тем, кто выходили из РПД. По всем этим фактам профсоюз неоднократно обращался за защитой своих прав в органы прокуратуры, Федеральной инспекции труда, в суд, однако не добился защиты от дискриминации. Более того, 14 августа 2000 года Калининградский областной суд прекратил производство по делу о признании незаконным перевода членов РПД в отдельные бригады по профсоюзному признаку, признав, что разрешение споров о нарушении трудовых прав работников по профсоюзному признаку (дискриминация) не подведомственно суду при рассмотрении гражданских дел, поскольку не влечет правовых последствий, а защита от дискриминации возможна только путем привлечения к уголовной ответственности.

<sup>86</sup> В заключении Комитета, в частности, отмечено: «703. Что касается действий, имеющих характер антипрофсоюзной дискриминации, Комитет напоминает, что наличие законодательных норм, запрещающих данные действия, является недостаточным, если они не сопровождаются действенными процедурами, обеспечивающими их применение на практике... Комитет считает, что законодательство в области защиты от действий, носящих характер антипрофсоюзной дискриминации (в России), не является достаточно четким и ясным. В этой связи он обращается к Правительству с просьбой предпринять необходимые меры, в том числе путем принятия соответствующих поправок к законам, для того, чтобы жалобы на действия антипрофсоюзной дискриминации могли бы рассматриваться в рамках национальных процедур, носящих ясный, четкий и быстрый характер». Комитет обратился к Правительству с просьбой информировать его по данному вопросу.

<sup>87</sup> Дело «Даниленков и другие против России» (Danilenkov and Others v. Russia), №. 67336/01

жалобы по фактам дискриминации в рамках гражданского судопроизводства. 19 октября 2004 года суд признал жалобу приемлемой и принял решение о том, что дело должно рассматриваться также по статье 13 Конвенции, которая говорит об отсутствии эффективных средств правовой защиты в стране.

30 июля 2009 года Европейский суд по правам человека опубликовал постановление по этому делу. ЕСПЧ единогласно признал нарушение прав заявителей. Суд единогласно постановил, что имело место нарушение статьи 14 (запрещение дискриминации) в совокупности с положениями статьи 11 (свобода собраний и объединений) Европейской конвенции по правам человека, учитывая неспособность властей обеспечить эффективную и четкую судебную защиту от дискриминации по признаку членства в профсоюзе. В соответствии со статьей 41 (справедливая компенсация) Конвенции, Суд присудил каждому заявителю компенсацию в размере 2 500 евро за нематериальный ущерб.

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

Никаких шагов, направленных на реализацию всех этих рекомендаций, за истекший период предпринято не было<sup>88</sup>. Опыт обращения в суды и анализ существующей судебной практики за последние годы по-прежнему показывают, что судебная защита не является эффективным способом защиты от дискриминации.

- **Отсутствие понимания, что такое дискриминация.**

---

<sup>88</sup> Исключение составляет введение административной ответственности за дискриминацию в конце 2011 года (см. об этом ниже) и запрет публикации объявлений, содержащих дискриминационные требования (п.1 анализа).

В силу недостаточности существующего правового регулирования, отсутствия определений различных видов дискриминации, отсутствия норм, запрещающих конкретные проявления дискриминации, понимание содержания этого явления отсутствует как у работников и работодателей, так и у судей<sup>89</sup>.

Работники нередко склонны расширительно толковать понятие «дискриминация», называя дискриминацией нарушение каких-либо их прав, либо негативное отношение, преследования со стороны работодателя, моббинг, даже если в таком поведении работодателя отсутствуют элементы дискриминации.

Однако и у судей отсутствует понимание того, какие действия являются дискриминацией и каким образом рассматривать подобные требования, что должно входить в предмет доказывания по делу, каким образом следует распределить обязанности по доказыванию между сторонами и т.д. В России никогда не было сложившейся судебной практики по делам этой категории, руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ, любых обзоров практики, подготовленных судами и прочих материалов, доступных судьям, на которые они могли бы опираться при рассмотрении дел о дискриминации. Не существует и каких бы то ни было методических материалов, учебников для судей по этим вопросам.

Вследствие этого судьи не понимают, как работать с подобными требованиями. Во многих случаях, когда истец заявляет о допущенной в отношении него дискриминации, требует признать факты дискриминации, судьи стараются уйти от рассмотрения этих заявлений. Нередко они не рассматривают эти аргументы и требования, просто обходя их молчанием в решении, не давая оценки этим заявлениям и не вынося решения по ним. Нередки случаи, когда судьи предлагают истцам снять требования о дискриминации для облегчения рассмотрения дела, а настаивание на рассмотрении вызывает у судей негативное отношение, в первую очередь, к истцу<sup>90</sup>.

Кроме того, российские судьи действуют в логике наличия или отсутствия нарушения конкретных трудовых прав работников, норм

---

<sup>89</sup> Здесь мы не рассматриваем вопросы, связанные с отсутствием понимания недопустимости дискриминации в обществе в целом, хотя эта проблема представляется крайне важной и заслуживающей принятия специальных мер для изменения отношения в обществе. Мы также не ставим перед собой цель провести здесь анализ существующего определения, его недостатков и пр.

<sup>90</sup> В 2007-2008 годах Центр социально-трудовых прав совместно с партнерскими организациями в регионах осуществлял проект «Дискриминация в трудовых отношениях: разработка механизмов защиты и практическая помощь пострадавшим». В ходе проекта на основании разработанных экспертами методических рекомендаций юристы в нескольких регионах целенаправленно занимались ведением дел, связанных с защитой от дискриминации в трудовых отношениях. Данные выводы основаны на результатах этой работы, а также на опыте ведения дел по защите от дискриминации в последующем вне связи с какими-то специальными проектами в области защиты от дискриминации.

материального права, а использование таких категорий как «нарушение равенства возможностей или обращения» и иных, применяемых в Конвенциях МОТ, не встречается в решениях.

В связи с этим число судебных решений, в которых даются оценки заявлениям о дискриминации, крайне невелико<sup>91</sup>. Это порождает то, что высшие судебные инстанции не видят необходимости в обобщении судебной практики по делам этой категории в силу малочисленности таких дел, что, в свою очередь, приводит к тому, что судебная практика не развивается и не совершенствуется. В результате у всех акторов формируется впечатление отсутствия проблемы дискриминации в трудовых отношениях и отсутствия необходимости серьезно заниматься ее решением.

• **Непонимание необходимости наличия основания дискриминации.**

Одним из неотъемлемых элементов, без которых невозможно квалифицировать различие в обращении как дискриминационное, является наличие дискриминационного мотива, т.е. субъективной причины, по которой производилось различие в обращении в отношении конкретного работника или лица, претендующего на заключение трудового договора. Между тем, из судебной практики становится очевидным, что понимание этого отсутствует и у судей, и у сторон спора.

Так, например, в одном из рассмотренных дел, в котором судебным решением была признана допущенная в отношении работника дискриминация, истцом под дискриминацией понималось неприязненное отношение, игнорирование работника, поведение по отношению к работнику «как будто его вообще не существует», отказ предоставлять работнику работу, отвечать на его вопросы, предоставлять информацию и документацию по работе. Суд согласился с этой оценкой и признал эти действия дискриминацией по отношению к истцу: «... категоричное нежелание ... наделять истицу объемом работы, объективно подтверждает дискриминационное отношение к истице, которое заключается в создании руководством условий для невозможности осуществления возложенной на нее трудовым договором трудовой функции. В связи с изложенным, по мнению суда, налицо любое другое различие, проводимое по признакам, не связанным с производительностью, отнесенное МОТ к разновидности дискриминации в сфере труда... Следовательно, факты

---

<sup>91</sup> Обратим внимание, что уровень и перечень проблем, которые могут быть выявлены на основании анализа судебной практики, очевидно уже тех, которые можно определить путем проведения сравнительно-правовых исследований.

дискриминации и после принятия судом ... решения о восстановлении истицы на работе нашли свое подтверждение в судебном заседании»<sup>92</sup>.

В другом деле суд признал дискриминацией установление различных условий труда, при этом не исследовал вопрос о наличии основания дискриминации вовсе: «Таким образом, суд приходит к выводу, что неустановление истцу такой же системы оплаты труда (должностного оклада), как и другим мастерам, имеющим одинаковые должностные обязанности, закреплённые в одной и той же должностной инструкции, только потому, что он не выполнял в течение установленной продолжительности рабочей смены наряду с работой, определенной трудовым договором, дополнительной работы по другой профессии без дополнительной оплаты, является одним из видов дискриминации в оплате за равный труд и нарушает конституционные права истца»<sup>93</sup>.

### ***Рекомендации:***

1. Разработать и закрепить в законодательстве определение дискриминации, урегулировать на основании норм международного права и с использованием опыта зарубежных стран более широкий круг вопросов, касающихся отдельных видов и проявлений дискриминации. Четко закрепить в Трудовом кодексе РФ понятия прямой и косвенной дискриминации. Под *прямой дискриминацией* следует понимать поведение работодателя, при котором он обращается с работником или кандидатом на трудоустройство менее, либо более благоприятно по причинам, не связанным с качеством и объемом выполняемых этим работником трудовых обязанностей, за исключением случаев, прямо предусмотренных в Трудовом кодексе РФ, иных нормативно-правовых актах Российской Федерации. Под *косвенной дискриминацией* следует понимать осуществление внешне нейтральных действий, которые по своим последствиям приводят к неблагоприятным последствиям для работников, в частности, определенного пола, если это прямо не связано с потребностями хозяйственной деятельности работодателя.

2. Предусмотреть в законе конкретные примеры действий, которые считаются дискриминационными. В качестве образца могут быть использованы конкретные примеры дискриминационных действий, закреплённые в ст.9 Директивы 2006/54/ЕС. Этот перечень должен быть дополнен и доработан с учетом российской практики.

---

<sup>92</sup> Решение Надымского городского суда ЯНАО от 15.03.2011 г. // <http://www.gcourts.ru/case/3297923> П.7.10 в таблице приложений.

<sup>93</sup> Решение Кинешемского городского суда Ивановской области 07.07.2010 г. // <http://actoscope.com/cfo/ivanovobl/kineshemsky-iwn/gr/1/reshenie-o-prekraschenii-diskrimin19072010-249351/>. П.7.9 в таблице приложений

3. Разработать методические материалы для судей по вопросам рассмотрения дел о защите от дискриминации;

4. Отобразить в разрабатываемых материалах, что наличие или отсутствие дискриминационного мотива может быть установлено только у конкретных физических лиц, действовавших в трудовых отношениях в качестве представителей работодателя юридического лица.

### ***6.2. Обоснование ответчиком причин дискриминации.***

Существует немало дел о признании незаконным отказа в приеме на работу по дискриминационным причинам, в которых у работников на руках имелись отказы в приеме на работу в письменной форме, где были указаны дискриминационные причины отказа. По таким делам распространены ссылки работодателей в обоснование своих возражений на то, что лица, которые отказывали в приеме на работу соискателям, не были уполномочены решать вопросы приема и увольнения работников.

Суды используют эти объяснения для обоснования принимаемых решений об отказе в удовлетворении исков и на основании этого отказывают в удовлетворении заявленных исков, причем эта практика сохраняется с течением времени. Так, например, в одном из решений было указано: «Начальник отдела кадров в рекомендательном письме записала, что кандидатура В.Л. для работы в текстиле не подходит, так как ткачи требуются только женщины... Начальник отдела кадров ОАО «...» не является работодателем, т. е. лицом, которое на указанном предприятии обладает правом приема и увольнения работников, поэтому её запись в рекомендательном письме не является официальным отказом в приеме на работу»<sup>94</sup>. Аналогичные позиции положены в основание решений об отказе и в других делах<sup>95</sup>, и в целом крайне широко используются ответчиками.

При этом необходимо понимать, что поскольку работодатель самостоятельно определяет объем полномочий работников, разрабатывает и принимает локальные нормативные акты, ничто не мешает ему поменять эти документы уже в случае возникновения спора в суде<sup>96</sup>. У работника же при приеме на работу отсутствует возможность проверить, является ли сотрудник работодателя, который проводит с ним встречи, собеседования и пр. при приеме на работу, уполномоченным представителем работодателя.

---

<sup>94</sup> Решение мирового судьи судебного участка №4 города Кинешмы Ивановской области 04.12.2004 г. // [http://www.trudovoikodeks.ru/praktika/praktika\\_otkaz\\_v\\_prieme\\_na\\_rabotu\\_resh4.shtml](http://www.trudovoikodeks.ru/praktika/praktika_otkaz_v_prieme_na_rabotu_resh4.shtml). П.7.2 в таблице приложений.

<sup>95</sup> Кассационное определение Забайкальского краевого суда от 21 декабря 2011 г. по делу №33-4511-2011//«КонсультантПлюс». П.7.4 в таблице приложений.

<sup>96</sup> Что и происходит на практике очень часто.

Это создает широкие возможности для злоупотребления со стороны работодателя.

Другим распространённым аргументом, с помощью которого работодатели обосновывают в суде обоснованность отказа в приеме на работу, в случаях, когда дискриминационные причины отказа в приеме на работу указаны письменно, является ссылка на отсутствие вакансий на момент обращения соискателя<sup>97</sup>.

Единственный вид доказательств, который мог бы быть представлен суду работником в таких случаях помимо самих объяснений истца – аудиозапись или (что менее вероятно) видеозапись. Однако суды отказываются принимать в качестве доказательства аудио- и видеозаписи, полученную без уведомления другой стороны о том, что подобная запись производится. Таким образом, работник лишается возможности доказать обстоятельства и причины отказа в приеме на работу (и иных нарушений, связанных с дискриминацией).

### ***Рекомендации:***

1. Внести в ТК РФ (в частности, в ст.64) норму, устанавливающую, что отказ в приеме на работу соискателю лицом, которому поручается ведение переговоров о приеме на работу, приравнивается к отказу работодателя, в т.ч. в тех случаях, когда такие лица не наделены правом заключения трудового договора.

2. Создать возможность более широкого использования видео- и аудиозаписей в делах о дискриминации. Внести норму в ГПК РФ или ТК РФ, позволяющую по этой категории дел использовать в качестве доказательства аудио- и видеозапись, полученную без согласия и уведомления другой стороны, в качестве допустимого доказательства. Целесообразно рассмотреть вопрос о распространении подобной нормы на более широкий круг трудовых споров.

### ***6.3. Доказывание дискриминации.***

В силу общих правил, установленных в Гражданском процессуальном кодексе РФ, каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом (ч.1 ст.56 ГПК РФ). В нормах российского законодательства (гражданского процессуального и трудового) отсутствуют специальные нормы, регулирующие процесс доказывания по делам, связанным с дискриминацией. Таким образом, на работника (соискателя

---

<sup>97</sup> Решение мирового судьи судебного участка №4 города Кинешмы Ивановской области 04.12.2004 г. П.7.2 в таблице приложений.

работы) возлагается обязанность доказать, что в отношении него была допущена дискриминация.

Анализ судебной практики<sup>98</sup> свидетельствует, что во многих случаях в удовлетворении исков о признании дискриминации суды отказывают именно по причинам недоказанности: «Суд указал, что доказательств в подтверждение своих доводов истцом не представлено»<sup>99</sup>; «Не представлено суду истцом и каких-либо доказательств, свидетельствующих о наличии факта дискриминации Крыловой в связи с достижением пенсионного возраста, выразившихся в понуждении руководителем к её увольнению в связи с достижением пенсионного возраста»<sup>100</sup>. Даже в очевидных случаях дискриминации добиться защиты работникам оказывается очень затруднительно<sup>101</sup>.

Причиной такого положения является отсутствие специальных правил доказывания по делам о дискриминации, предусматривающих облегчение доказывания для истцов. Работники не имеют возможности в судебном заседании бесспорно доказать наличие у работодателя дискриминационного мотива.

Кроме того, в России вообще не применяются некоторые средства доказывания вообще и дискриминации в частности, используемые в ряде других стран, такие как доказывание с помощью статистических данных и ситуационных тестов (тестирования), различные виды сравнения: временное сравнение, гипотетическое сравнение ситуаций (нынешней ситуации и без возникших обстоятельств).

Следует обратить внимание, в частности, на то, что не всегда достаточно проводить сравнение с иными работниками организации. Наличие дискриминационного мотива у работодателя может стать очевидным при исследовании того, каким образом обращался работодатель с указанным работником до того, как работодателю стало известно о наличии у работника какого-либо признака, различие в обращении по которому является незаконным. Так, например, в случаях когда имеют место дискриминационные действия по отношению к беременным женщинам или работникам с

---

<sup>98</sup> В силу того, что число судебных дел о дискриминации очень невелико в России, для подготовки этого раздела был произведен анализ судебных постановлений не только по основанию гендерной дискриминации, но и по иным основаниям.

<sup>99</sup> Определение Санкт-Петербургского городского суда от 21 мая 2013 г. №6404 // «СПС КонсультантПлюс. П. 7.6 в таблице приложений.

<sup>100</sup> Решение Камешковского районного суда Владимирской области // <http://www.gcourts.ru/case/217643>. П. 7.8 в таблице приложений.

<sup>101</sup> Большой резонанс имело так называемое дело Ступко (см.: Апелляционное решение Ленинского районного суда г. Воронежа от 28 января 2008 г., дело №11-27/08), в котором работнику изначально отказали в иске, несмотря на наличие письменного отказа работодателя принять его на работу бухгалтером как неподходящего «по возрастному признаку».

семейными обязанностями, неправомерные различия в обращении, как правило, начинаются после того как работодателю становится известно о беременности работницы.

### ***Рекомендации:***

1. Необходимо ввести специальные нормы, регулирующие распределение обязанностей по доказыванию. Возможно законодательное закрепление либо перенесения бремени доказывания по делам, связанным с дискриминацией, либо облегчения доказывания по этой категории дел. Облегчение доказывания возможно через расширение возможности использования аудио- и видеозаписи, закрепление возможности использования в качестве доказательств статистических данных, сопоставлений с работниками других работодателей и др. Применительно к трудовым правоотношениям это возможно путем внесения соответствующих изменений в главу 60 ТК РФ «Рассмотрение и разрешение индивидуальных трудовых споров». До принятия соответствующих изменений рекомендации по этому вопросу могут быть сформулированы Пленумом Верховного Суда РФ.

2. Рекомендовать судьям при рассмотрении дел о дискриминации проводить сравнение не только с иными работниками организации, но и с положением, в котором находился работник до того, как работодателю стало известно о наличии у работника какого-либо признака, различие в обращении по которому является незаконным (например, в случаях дискриминационных действий по отношению к беременным женщинам или работникам с семейными обязанностями). В качестве примера зарубежной практики правового регулирования данного вопроса можно привести Директиву ЕС 2006 г. о применении принципа равных возможностей и равного обращения в сфере труда и занятий №2006/54/ЕС, в которой со ссылкой на практику Европейского суда справедливости указывается, что «при определенных обстоятельствах применение принципа равной оплаты не ограничивается мужчинами и женщинами, работающими для одного работодателя»<sup>102</sup>.

### ***6.4. Эффективные средства защиты от дискриминации.***

В России лицо, которое обращается в суд с иском о дискриминации, ограничено в возможностях защиты. Работник, столкнувшийся с дискриминацией, может заявить требования: о признании дискриминации; о восстановлении нарушенного материального права; о компенсации

---

<sup>102</sup> Para. 10, Preamble, Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) // EU Official Journal L 204 , 26/07/2006 P. 23 – 36.

утраченного заработка и о компенсации морального вреда. По существу, компенсацией за причиненные страдания и нарушение прав в данном случае является компенсация морального вреда.

Однако по сложившейся в России практике суммы, взыскиваемые в качестве компенсации морального вреда, невелики, и обычно не превышают нескольких десятков тысяч рублей, а чаще даже находятся в пределах 1-5 тысяч рублей. Поэтому, фактически, они не являются ни серьезным предупреждением для виновного работодателя, и тем более для других работодателей, о том, что подобная практика является недопустимой и должна быть прекращена. В последнее время в связи с требованием обезличивания информации в решениях судов, размеры взысканной компенсации морального вреда все чаще не публикуются.

Между тем, по мнению Европейского комитета по социальным правам – контрольного органа по применению ратифицированной Россией Европейской социальной хартии, «средства защиты, предоставляемые жертвам дискриминации, должны быть адекватными, обеспечивающими защиту и носящими сдерживающий от дальнейших нарушений характер»<sup>103</sup>. Помимо прямой компенсации упущенного заработка за время вынужденного прогула, если речь идет об увольнении, лица, подвергшиеся дискриминации, могут рассчитывать на компенсацию морального вреда.

Следует учесть и то, что, как правило, если дискриминируемые работники подвергаются преследованию со стороны работодателя, дискриминационные действия, являются не отдельными или единичными фактами, а представляют собой последовательную политику, направленную на "выживание" работников из организации. Очевидная проблема заключается в том, что даже в случае обращения пострадавшего в суд и признания факта дискриминации, суды чаще всего ограничиваются признанием прошедших действий работодателя незаконными, что никак не решает проблемы защищенности пострадавшего на рабочем месте от дальнейшей дискриминации. Ярким примером, подтверждающим это, является история докеров Калининградского морского торгового порта – членов Российского профсоюза докеров<sup>104</sup>, которые в течение многих лет подвергались дискриминации в связи с осуществлением профсоюзной деятельности. Их обращения в суд, в т.ч. в связи с отдельными фактами конкретных нарушений трудовых прав, никак не повлияли на прекращение дискриминационного отношения и поведения работодателя.

---

<sup>103</sup> Council of Europe. Conclusions of the European Committee of Social Rights, 2006. P. 29.

<sup>104</sup> См. об этом в п.1 раздела 6 настоящего анализа.

Вынесенное судебное решение не выполняет, таким образом, превентивной функции, не защищает от последующих нарушений и дальнейшей дискриминации.

В связи с этим возможны различные решения. Наиболее простым вариантом, который позволил бы компенсировать ситуацию без внесения специальных изменений в законодательство, могло бы быть признание особого значения проблемы дискриминации, и издание руководящих разъяснений Пленумом Верховного Суда РФ, рекомендующих учитывать эти обстоятельства при определении размера компенсации морального вреда.

В качестве варианта решения этой проблемы на общественных слушаниях, которые состоялись 29 июля 2010 г. в Общественной палате РФ<sup>105</sup>, было предложено заимствовать применяющуюся в США модель так называемых **штрафных компенсаций (убытков)**. Такая модель подразумевает компенсации в фиксированных размерах, установленных для различных видов нарушений трудовых прав и выплачиваемых при установлении судом факта нарушения трудовых прав (например, в случае незаконного увольнения взыскивается дополнительная штрафная компенсация в размере не менее 12 средних заработков).

В Директиве ЕС о равном обращении и равных возможностях для мужчин и женщин в сфере труда и занятий №2006/54/ЕС предусматривается<sup>106</sup>, что размер компенсаций для лиц, подвергшихся дискриминации, не должен быть ограничен максимальным пределом. Аналогичную норму целесообразно внести и в российское законодательство. Учитывая существующие правовые институты, наиболее приемлемым механизмом финансовой компенсации может быть взыскание крупных сумм в качестве компенсации морального вреда.

Однако исключительно судебных средств защиты очевидно не достаточно, в связи с чем в Аналитическом отчете об экспертизе действующего законодательства указан ряд предложений по осуществлению защиты от дискриминации с использованием внесудебных механизмов, в частности, обоснована необходимость создания специализированного органа отвечающего за борьбу с дискриминацией.

---

<sup>105</sup> Проект Рекомендаций Общественной палаты РФ по итогам общественных слушаний на тему: «Реальность и эффективность защиты трудовых прав в России». Москва, 29 июля 2010 г. Опубликовано в: Бизюков П.В. Индивидуальные трудовые конфликты: Могут ли работники защитить свои права в одиночку. М.: Центр социально трудовых прав, 2011. С.111. <http://trudprava.ru/download/bizyukovpdf>.

<sup>106</sup> Art. 18 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).

В п.1 настоящего анализа также упоминались такие проблемы, препятствующие возможностям эффективной защиты прав женщин при приеме на работу, как короткие сроки обращения в суд за защитой нарушенных прав и отсутствие системы оказания бесплатной юридической помощи беременным женщинам, а также женщинам, имеющим маленьких детей (как, впрочем, вообще родителям, имеющим маленьких детей, которые находятся в период после рождения ребенка в особенно сложной финансовой ситуации. Отмечалось, что аналогичные финансовые проблемы значимы для многодетных семей, семей, в которых ребенка (детей) воспитывает один родитель (иное лицо).

В связи с этим ниже формулируются предложения, относящиеся и к этим проблемам.

### ***Рекомендации:***

1. По делам, в которых установлены факты дискриминации, взыскивать компенсацию морального вреда в крупных суммах, ориентируясь на подходы в законодательстве зарубежных стран, предусматривающие взыскание компенсаций в фиксированном крупном размере или в значительном размере без установления максимального предела.

2. Вернуть Государственной инспекции труда право рассматривать жалобы на дискриминацию в трудовых отношениях.

3. Разработать концепцию создания специализированного органа, курирующего вопросы обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией.

4. Увеличить сроки обращения в суд за защитой нарушенных прав по трудовым спорам (до 6 месяцев с момента нарушения права).

5. Разработать и ввести систему оказания бесплатной юридической помощи беременным женщинам, родителям, имеющим маленьких детей, многодетным семьям, семьям, в которых ребенка (детей) воспитывает один родитель (иное лицо).

## **Рекомендации по совершенствованию механизмов защиты от дискриминации по признаку пола в трудовых отношениях**

### **I. Дискриминация по признаку пола при приеме на работу.**

**1.** *Представляется необходимым отменить постановление Правительства РФ от 25 февраля 2000 г. №162, использовать для определения вредных и опасных условий труда единообразную методiku, основанную на специальной оценке условий труда. Устранить необоснованную дифференциацию правовых статусов мужчин и женщин в сфере труда:*

- провести медицинское исследование влияния различных факторов вредности и их комбинаций на здоровье мужчин и на здоровье женщин;*
- установить комбинации вредных факторов, выявленных по итогам специальной оценки условий труда на рабочем месте, являющиеся основанием для запрета привлечения мужчин к труду на таком рабочем месте;*
- установить комбинации вредных факторов, выявленных по итогам специальной оценки условий труда на рабочем месте,*

*являющиеся основанием для запрета привлечения женщин к труду на таком рабочем месте.*

*2. Исключить указание на беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет, из перечня исключений, содержащегося в ч.4 ст.70 ТК РФ.*

*3. Пересмотреть подходы ФСС в области отказа в возмещении работодателям сумм пособий по беременности и родам, выплачиваемых работодателями женщинам, которые были приняты на работу, уже будучи беременными.*

*В случае сохранения существующей системы исчисления периода для расчета среднего заработка, а также ограничения предельной величины базы для начисления страховых взносов в Фонд социального страхования установить безусловную обязанность возмещения пособий за счет средств ФСС, исключив возможность ФСС отказывать в возмещении указанных сумм при наличии всех необходимых документов.*

*Если такое решение не будет принято, усилить ответственность ФСС за необоснованный отказ в возмещении выплаченных сумм пособий:*

*○ предусмотреть штрафную компенсацию в случае принятия судом решения о необоснованности отказа в возмещении выплаченных работнику сумм пособий (либо выплате пособия работнику), в сумме двукратной взыскиваемой в пользу истца суммы;*

*○ предусмотреть персональную ответственность сотрудников ФСС, принимающих необоснованные решения об отказе в возмещении сумм пособий (выплате пособий).*

*В случае изменения системы выплаты пособий согласно рекомендациям, сформулированным в разделе 7 аналитического отчета об экспертизе действующего законодательства, рекомендовать Фонду социального страхования разработать перечень критериев, используемых для принятия решения об отказе в возмещении (выплате) пособия в связи со злоупотреблением со стороны работодателя / беременной женщины. К таким критериям могут быть отнесены: очевидная несоразмерность установленной беременной женщине заработной платы – заработной плате, выплачиваемой работникам, выполняющим работу по сходной должности в сходных условиях; очевидное несоответствие уровня образования и квалификации принятой на работу беременной женщины уровню образования и квалификации, требуемым*

для выполнения указанной работы; фактическое неисполнение беременной женщиной работы по должности, на которую она была принята в период беременности, кроме случаев невозможности работы по медицинским показаниям.

**4.** Установить прямой запрет в законодательстве задавать вопросы, связанные с личной жизнью, семейным положением, беременностью, наличием детей при проведении собеседования о приеме на работу. Такой запрет может быть внесен непосредственно в ст.64 ТК РФ. Кроме того, следует предусмотреть право работника сообщать недостоверную информацию в ответ на вопросы, носящие дискриминационный характер, и защиту от преследования со стороны работодателя в таких ситуациях. Такие нормы также существуют в зарубежном законодательстве.

**5.** Дополнить ч.5 ст.64 ТК РФ, согласно которой по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме, нормой следующего содержания: «Уклонение работодателя от сообщения причины отказа в письменной форме квалифицируется как дискриминация».

## **II. Притеснения женщин на работе в случае беременности.**

**1.** Ввести повышенную ответственность работодателей перед работниками за притеснения работников по мотивам беременности и наличия детей.

**2.** Отменить запрет установления испытательного срока при приеме на работу беременных женщин и женщин, имеющих детей в возрасте до полутора лет. Отменить запрет направления в командировки, привлечения к работе за пределами рабочего времени, в ночное время, в выходные и праздники даже с согласия самой женщины (ст.259 ТК РФ). Установить, что беременная женщина вправе отказаться от направления в командировки, привлечения к работе за пределами рабочего времени, в ночное время, в выходные и нерабочие праздничные дни, и должна быть письменно предупреждена о возможности отказаться.

**3.** Необходим переход на прямые выплаты пособий по обязательному социальному страхованию в связи с материнством территориальными органами Фонда социального страхования РФ.

*4. Дополнить ТК РФ положением, обязывающим работодателя регистрировать письменные обращения и заявления от работников, а также принимать от работника документы, которые тот считает необходимым предоставить работодателю. Такое положение может быть внесено в ст.22 ТК РФ в часть 2, содержащую перечень обязанностей работодателя.*

*5. По аналогии с введением нормы, предусматривающей отдельный вид ответственности за размещение объявлений, содержащей дискриминационные требования, ввести административную ответственность за незаконный отказ в приеме на работу беременной женщины. Одновременно с этой мерой может быть рассмотрен вопрос об исключении уголовной ответственности за необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей ребенка в возрасте до трех лет (ст.145 УК РФ).*

*6. В целях защиты беременных женщин, женщин, имеющих маленьких детей, а также в целом работников, от действий работодателя по неоформлению трудовых отношений, реализовать положения Рекомендации МОТ №198 о трудовом правоотношении.*

*7. Изменить норму ст.261 ТК РФ, согласно которой в случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины работодатель обязан по ее письменному заявлению и при предоставлении медицинской справки, подтверждающей состояние беременности, продлить срок действия трудового договора до окончания беременности. Представляется, что следует предусмотреть, что женщина, срочный трудовой договор которой истекает в период беременности, имеет право по ее заявлению на продление срочного трудового договора до момента окончания отпуска по беременности и родам или отпуска по уходу за ребенком, в период которых ей выплачивается пособие по беременности и родам и пособие по уходу за ребёнком до достижения им возраста полутора лет. По окончании отпуска по уходу за ребенком либо соответственно отпуска по беременности и родам срочный трудовой договор подлежит прекращению в связи с истечением срока его действия.*

*8. Рекомендовать органам прокуратуры и государственной инспекции труда вести отдельный учет и анализ обращений беременных женщин, лиц, имеющих семейные обязанности, делать его публичным и разрабатывать рекомендации в отношении женщин-работников, лиц с семейными*

*обязанностями и работодателей относительно наилучших способов поведения и защиты прав.*

### **III. Сложности при возвращении на работу после отпуска по уходу за ребенком.**

*1. Необходимо внести изменения в ст.256 ТК РФ - установить обязанность работодателя предоставлять работнику работу по прежней должности в случае, если она сохраняется, либо работу по иной должности, сходной по требованиям к квалификации и по условиям оплаты труда. В случае отсутствия прежней должности и должностей, сходных по требованиям к квалификации и по условиям оплаты труда, должна применяться общая процедура увольнения в связи с сокращением численности или штата с установленными законодательством особенностями.*

*2. Необходимо внести изменения в ст.256 – предоставить работнику право работать на условиях неполного рабочего времени или на дому с сохранением права на получение пособия по обязательному социальному страхованию в связи с материнством. Отказаться от двойного статуса (работающего и находящегося в отпуске).*

*3. Рассмотреть вопрос о необходимости выплаты пособий по уходу за ребенком до достижения ребенком возраста полутора лет лицам, осуществляющим такой уход, независимо от того, на каких условиях они работают в течение этого времени.*

*4. Установить обязанность работодателей предоставлять работникам с семейными обязанностями работу на условиях неполного рабочего времени или на дому, за исключением случаев, когда работодатель может разумно обосновать невозможность предоставления работникам с семейными обязанностями работы на заявленных ими условиях.*

### **IV. Проблемы с привлечением отцов к выполнению обязанностей по воспитанию детей.**

*1. Внести изменения в действующее законодательство, направленные на устранение необоснованной дифференциации правовых статусов мужчин и женщин, имеющих малолетних детей. В ст.261 ТК РФ установить равную защиту от увольнения для мужчин и женщин, имеющих малолетних детей.*

*2. Государственным органам проводить информационную кампанию, направленную на разъяснение возможностей и целесообразности ухода в родительские отпуска не только для женщин, но и для мужчин.*

*Имеет смысл включить в Трудовой кодекс РФ норму, прямо устанавливающую право отцов на воспитание детей и использование соответствующих законодательных гарантий. Эта норма не добавит никаких дополнительных прав и обязанностей сторонам трудовых отношений по сути, но будет носить информационный характер.*

*3. Разрабатывать и реализовывать меры, направленные на расширение участия мужчин-отцов в уходе и воспитании детей, несении семейных обязанностей, в т.ч. создавая условия для упрощения возвращения женщин к работе после рождения детей, улучшения баланса семьи и работы и т.д. К таким мерам могут, в частности, относиться:*

- а. Введение обязательного отцовского отпуска;*
- б. Расширение сети учреждений и форм присмотра за детьми до достижения ими трехлетнего возраста, которые позволяли бы родителям эффективнее совмещать семью и работу.*

*4. Внести изменения в абзац 8 статьи 45 Положения о службе в органах внутренних дел Российской Федерации, утвержденного Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 23 декабря 1992 г. №4202-1, согласно которому, беременные женщины и матери из числа сотрудников органов внутренних дел, а также отцы – сотрудники органов внутренних дел, воспитывающие детей без матери (в случае ее смерти, лишения родительских прав, длительного пребывания в лечебном учреждении и в других случаях отсутствия материнского попечения), пользуются правовыми и социальными гарантиями, установленными законодательством Российской Федерации для этой категории населения Российской Федерации. Распространить указанные правовые гарантии, включая право на предоставление отпуска по уходу за ребенком, на отцов – служащих органов внутренних дел в полных семьях.*

**V. Уклонение юридических лиц от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и работников с семейными обязанностями.**

*1. Необходимо закрепить обязанность налоговых органов проводить внеочередные проверки в отношении недействующих организаций для целей*

исключения их из ЕГРЮЛ на основании заявлений работников таких организаций.

Организовать межведомственное взаимодействие органов прокуратуры с Федеральной налоговой службой РФ с целью совместного выявления юридических лиц, уклоняющихся от выполнения своих обязанностей в отношении беременных женщин и лиц с семейными обязанностями, и дальнейшего исключения указанных организаций из ЕГРЮЛ в соответствии с Федеральным законом «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» №129-ФЗ.

2. А) Предусмотреть субсидиарную ответственность учредителей (участников) хозяйственных обществ по долгам организации, возникшим у нее перед работниками в связи с фактическим прекращением деятельности организации без государственной регистрации ее ликвидации.

Либо

Б) Ввести механизм защиты работников при переходе право собственности на предприятие, аналогичный механизму, используемому в ЕС.<sup>107</sup> Под предприятием понимается не юридическое лицо, а имущественный комплекс (например, завод, цех, транспортное средство и т.д.), на котором работник осуществляет работу. Этот механизм носит более общий характер и позволит защищать не только женщин и работников с семейными обязанностями, но и любых работников.

3. Для организаций, фактически прекративших деятельность без государственной регистрации в связи с ликвидацией необходимо расширить круг лиц, которые вправе и обязаны вносить сведения в трудовую книжку и заверять их от имени работодателя – возложить подобную функцию на учредителей (участников) организаций.

4. Рассмотреть возможность внесения следующих изменений в Федеральный закон от 29 декабря 2006 года № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством», направленных на устранение пробелов в регулировании отношений по назначению и выплате застрахованным лицам страхового обеспечения на случай временной нетрудоспособности и в связи с

---

<sup>107</sup> Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

материнством территориальными органами Фонда социального страхования Российской Федерации:

- Установить обязанность территориальных органов ФСС РФ запрашивать в кредитных организациях сведения о состоянии счетов страхователей в случае обращения к ним застрахованных лиц за назначением и выплатой пособий либо страхователей за выделением денежных средств, необходимых для выплаты пособий (ч.2 ст.4.2 Федерального закона №255-ФЗ).

- Установить обязанность страхователей информировать застрахованных лиц об изменении своего места нахождения и ответственность учредителей (участников) организации-страхователя, принимающих решение о таком изменении, за неисполнение этой обязанности.

5. Рассмотреть вопрос установления ответственности органов Фонда социального страхования перед застрахованными лицами за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по назначению и выплате страхового обеспечения. Внести изменения в федеральное законодательство, установить ответственность органов Фонда социального страхования Российской Федерации перед застрахованными лицами в виде неустойки (пени) за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязанностей по назначению и выплате страхового обеспечения.

6. Внести изменения в нормы ГПК РФ, регулирующие порядок вступления в силу заочного решения. Согласно ст.244 ГПК РФ заочное решение суда вступает в законную силу по истечении сроков его обжалования, а заявление об отмене заочного решения суда может быть подано ответчиком в суд, принявший решение, в течение семи дней со дня вручения ему копии этого решения (ст.237 ГПК РФ). Следует установить, что в случае невозможности вручения копии заочного решения ответчику в связи с его отсутствием по возможным местам его нахождения, решение вступает в законную силу по истечении определенного периода с момента его вынесения<sup>108</sup>.

## **VI. Недостаточность существующих механизмов защиты от дискриминации.**

1. Разработать и закрепить в законодательстве определение дискриминации, урегулировать на основании норм международного права и с использованием опыта зарубежных стран более широкий круг вопросов,

---

<sup>108</sup> Определить такой конкретный период следует после дополнительных консультаций со специалистами в области гражданского процессуального права.

*касающихся отдельных видов и проявлений дискриминации. Четко закрепить в Трудовом кодексе РФ понятия прямой и косвенной дискриминации. Под прямой дискриминацией следует понимать поведение работодателя, при котором он обращается с работником или кандидатом на трудоустройство менее, либо более благоприятно по причинам, не связанным с качеством и объемом выполняемых этим работником трудовых обязанностей, за исключением случаев, прямо предусмотренных в Трудовом кодексе РФ, иных нормативно-правовых актах Российской Федерации. Под косвенной дискриминацией следует понимать осуществление внешне нейтральных действий, которые по своим последствиям приводят к неблагоприятным последствиям для работников, в частности, определенного пола, если это прямо не связано с потребностями хозяйственной деятельности работодателя.*

*2. Предусмотреть в законе конкретные примеры действий, которые считаются дискриминационными. В качестве образца могут быть использованы конкретные примеры дискриминационных действий, закрепленные в ст.9 Директивы 2006/54/ЕС. Этот перечень должен быть дополнен и доработан с учетом российской практики.*

*3. Разработать методические материалы для судей по вопросам рассмотрения дел о защите от дискриминации.*

*4. Отразить в разрабатываемых материалах, что наличие или отсутствие дискриминационного мотива может быть установлено только у конкретных физических лиц, действовавших в трудовых отношениях в качестве представителей работодателя юридического лица.*

*5. Внести в ТК РФ (в частности, в ст.64) норму, устанавливающую, что отказ в приеме на работу соискателю лицом, которому поручается ведение переговоров о приеме на работу, приравнивается к отказу работодателя, в т.ч. в тех случаях, когда такие лица не наделены правом заключения трудового договора.*

*6. Создать возможность более широкого использования видео- и аудиозаписей в делах о дискриминации. Внести норму в ГПК РФ или ТК РФ, позволяющую по этой категории дел использовать в качестве доказательства аудио- и видеозапись, полученную без согласия и уведомления другой стороны, в качестве допустимого доказательства. Целесообразно рассмотреть вопрос о распространении подобной нормы на более широкий круг трудовых споров.*

**7.** Ввести специальные нормы, регулирующие распределение обязанностей по доказыванию. Возможно законодательное закрепление либо перенесения бремени доказывания по делам, связанным с дискриминацией, либо облегчения доказывания по этой категории дел. Облегчение доказывания возможно через расширение возможности использования аудио- и видеозаписи, закрепление возможности использования в качестве доказательств статистических данных, сопоставлений с работниками других работодателей и др. Применительно к трудовым правоотношениям это возможно путем внесения соответствующих изменений в главу 60 ТК РФ «Рассмотрение и разрешение индивидуальных трудовых споров». До принятия соответствующих изменений рекомендации по этому вопросу могут быть сформулированы Пленумом Верховного Суда РФ.

**8.** Рекомендовать судьям при рассмотрении дел о дискриминации проводить сравнение не только с иными работниками организации, но и с положением, в котором находился работник до того, как работодателю стало известно о наличии у работника какого-либо признака, различие в обращении по которому является незаконным (например, в случаях дискриминационных действий по отношению к беременным женщинам или работникам с семейными обязанностями), а также с работниками других работодателей.

**9.** По делам, в которых установлены факты дискриминации, взыскивать компенсацию морального вреда в крупных суммах, ориентируясь на подходы в законодательстве зарубежных стран, предусматривающие взыскание компенсаций в фиксированном крупном размере или в значительном размере без установления максимального предела.

**10.** Вернуть Государственной инспекции труда право рассматривать жалобы на дискриминацию в трудовых отношениях.

**11.** Разработать концепцию создания специализированного органа, курирующего вопросы обеспечения равноправия и борьбы с дискриминацией. Помимо пропаганды борьбы с дискриминацией и контролем за соблюдением антидискриминационного законодательства, данное ведомство должно координировать свою деятельность с другими государственными учреждениями, прежде всего, с Министерством образования и науки РФ, отвечающими за систему дошкольного и школьного образования. Цель

координации должна заключаться в том, чтобы содействовать созданию системы школьного и дошкольного обучения и досуга детей, позволяющего родителям больше времени уделять работе. В рамках этого же ведомства имеет смысл осуществлять государственное субсидирование работодателей, осуществляющих программы переобучения и повышения квалификации для работников, уходивших в отпуски по беременности и родам и по уходу за ребенком.

**12.** Увеличить сроки обращения в суд за защитой нарушенных прав по трудовым спорам (до 6 месяцев с момента нарушения права).

**13.** Разработать и ввести систему оказания бесплатной юридической помощи беременным женщинам, родителям, имеющим маленьких детей, многодетным семьям, семьям, в которых ребенка (детей) воспитывает один родитель (иное лицо).

## **VII. Неравное положение женщин, обусловленное порядком расчета страховых пособий в связи с материнством.**

**1.** Представляется необходимым установить единый порядок расчета среднего заработка для исчисления пособия по временной нетрудоспособности и пособий в связи с материнством (пособие по беременности и родам, ежемесячное пособие по уходу за ребенком). Предусмотреть исключение периодов временной нетрудоспособности, пребывания в отпуске по беременности и родам или в отпуске по уходу за ребенком, а также иных периодов полного или частичного сохранения заработка, за которые не уплачивались страховые взносы, из расчетного периода при определении среднего заработка для целей исчисления пособия по временной нетрудоспособности.

**2.** Представляется необходимым исключить из расчетного периода для целей исчисления пособий время обучения застрахованных лиц в образовательных учреждениях среднего и высшего профессионального образования. (ст.14 ФЗ №255)

**3.** Время фактического перерыва в занятости в связи с поиском новой работы также должно исключаться из расчетного периода. В целях предотвращения злоупотреблений (таких, как фиктивное трудоустройство на работу с высокой заработной платой непосредственно перед наступлением страхового случая) представляется допустимым установление максимальной

*продолжительности периода, исключаемого из расчетного периода в связи с поиском новой работы, при условии, если лицо устраивается на работу не впервые (ч.3.1 ст.14 Федерального закона №255-ФЗ). Разумным представляется определить указанную максимальную продолжительность исключаемого периода в 1 год (перерыв в трудовой деятельности, таким образом, будет влиять на размер пособия только в случае, когда застрахованное лицо в расчетном периоде больше не работало, чем работало).*

**4.** *Представляется необходимым, сохранив продолжительность расчетного периода, изменить подход к определению его рамок: установить, что средний заработок для целей исчисления страховых пособий рассчитывается за 24 календарных месяца, предшествующих месяцу наступления страхового случая. (ч.1 ст.14 ФЗ №255)*

**5.** *Рассмотреть вопрос о создании подсистемы социального страхования на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством для лиц, учащихся в высших учебных заведениях или учебных заведениях среднего профессионального образования.*