

А. М. Лушников
М. В. Лушникова



ТРУДОВЫЕ ПРАВА В XXI ВЕКЕ:

СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

монография

Основные закономерности и тенденции
развития трудовых прав в XXI веке

Новации в развитии учения о трудовых правах

Ограничение и пределы реализации
трудовых прав: теория и практика



Андрей Лушников

**Трудовые права в XXI веке:
современное состояние и
тенденции развития. Монография**

«Проспект»

Лушников А. М.

Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития. Монография / А. М. Лушников — «Прспект»,

ISBN 978-5-39-218316-6

В настоящей монографии на основе исторического и сравнительно-правового анализа рассмотрены закономерности и обоснованы основные тенденции развития трудовых прав в XXI веке. Особое внимание уделено новациям содержания трудовых прав: право на достойный труд, личные, информационные, интеллектуальные права работника. Определены пределы реализации трудовых прав. Законодательство приведено по состоянию на июль 2014 г. Для магистрантов, аспирантов, преподавателей юридических вузов и факультетов университетов, научных и практических работников, других читателей, интересующихся проблемами трудового права.

ISBN 978-5-39-218316-6

© Лушников А. М.

© Прспект

Содержание

Предисловие	6
Глава 1	7
1.1. Понятие и признаки закономерностей и тенденций развития трудовых прав	7
1.2. Признание общецивилизационной значимости трудовых прав и смещение ценностных приоритетов в содержании трудовых прав в сферу обеспечения всестороннего развития личности	11
1.3. Расширение сферы действия (экспансия) трудового права (презумпция трудовых отношений) и усиление гибкости в правовом регулировании трудовых отношений	19
Конец ознакомительного фрагмента.	44

А. М. Лушников, М. В. Лушникова
Трудовые права в XXI веке: современное
состояние и тенденции развития
Монография



[битая ссылка] ebooks@prospekt.org

Предисловие

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

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

Монография посвящена проблемам трудовых прав в системе прав человека в условиях глобализации. В рамках предлагаемой авторской концепции обосновываются современные тенденции развития трудовых прав в XXI в. Они в значительной степени обусловлены Программой достойного труда, принятой Международной организацией труда (МОТ), особо востребованной в период последнего мирового финансового кризиса и экономической стагнации. Дается авторское определение публичных и частных пределов реализации трудовых прав. В этом ключе следует разрешать актуальные проблемы теории и практики применения презумпции трудовых отношений, запрета злоупотребления трудовыми правами, запрета дискриминации в трудовых правоотношениях. В результате проведенного всестороннего анализа заявленных проблем разрабатывается новый научный подход к прогнозированию социально-правовой политики Российского государства, перспектив ратификации Конвенций МОТ.

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

Глава 1

Основные закономерности и тенденции развития трудовых прав в XXI в

1.1. Понятие и признаки закономерностей и тенденций развития трудовых прав

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

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

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

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

Научных публикаций о правовых закономерностях в российской научной литературе не так много, однако они дают возможность сформулировать определение правовых закономерностей. По наиболее распространенной версии о них можно говорить, как об объективной, систематической повторяемости устойчивых связей факторов и явлений в сфере права.

В неразрывной связи с правовыми закономерностями находятся тенденции. Очевидно, что предметом любого теоретического знания является не только эмпирически воспринимаемые вещи и явления, а также заложенные в них объективные тенденции, обнаруживаемые лишь на уровне научной абстракции. Тенденцией можно считать основное направление дальнейшего развития, которое со временем может стать закономерностью².

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

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

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

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

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

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

6. Как закономерности, так и тенденции являются научной абстракцией, однако закономерности по своему содержанию более объективны. Тенденции выражают только потенциал развития правовых явлений и в этом смысле менее объективны³.

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

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

Примечательно то, что и приверженцы концепции постиндустриального (информационного) общества⁴, и скептики⁵ сходятся в одном: произошли принципиальные, поистине революционные изменения в области занятости, что с неизбежностью влечет изменения в трудовом законодательстве и в перечне трудовых прав.

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

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

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

2) неразрывно связанный с ними процесс глобализации. На данный процесс особое внимание обращается в современных российских исследованиях⁶.

В этом контексте своеобразным манифестом грядущих изменений стал выход сборника «Трудовое право в постиндустриальную эру»⁷, авторами которого были патриархи западной науки трудового права англичанин лорд Уэддерберн, француз Ж. Лион-Кан, немец В. Дойблер, а также голландцы М. Руд, и П. ван дер Хейден. Он был подготовлен по материалам научной конференции, организованной в ноябре 1993 г. юридическим факультетом Амстердамского университета и посвященной памяти одного из первых ученых трудовиков Г. Зинцгеймера

(1875–1945). Выводы и прогнозы авторов выдержали испытание временем. Отметим, что один из соавторов сборника германский исследователь профессор В. Дойблер неоднократно выступал в России с докладами, посвященными тенденциям развития трудового права промышленно развитых стран⁸. В России на базе материалов международной научно-практической конференции (январь 2006 г., МГЮА) был опубликован сборник работ ведущих российских исследователей «Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения» (М., 2007).

Аналогичным вышеназванным явилось коллективное исследование «Идея трудового права» (Оксфорд, 2011)⁹. Оно было подготовлено на базе материалов научной конференции, состоявшейся в Колледже Святой Кэтрин Кембриджского университета в апреле 2010 г. Его авторами стали ведущие ученые-специалисты в сфере трудового права стран Запада из Великобритании, США, Канады, Германии и др. В значительной части это исследование также посвящено выявлению закономерностей и тенденций развития трудового права. В аналогичном ключе подготовлен сборник «Рынок труда в XXI веке: в поисках гибкости и защиты» (Вильнюс, 2011, на английском, литовском и русском языках). В его подготовке приняли участие не только ряд ведущих ученых стран Запада, но и группа российских ученых (Л. Ю. Бугров (1950–2012), С. Ю. Головина, К. Н. Гусов (1948–2013), А. М. Куренной, М. В. Лушникова и др.). Упоминания достойны и сборник «Трудовое право России и стран Евросоюза» (М., 2012).

Тенденциям развития науки трудового права была посвящена научная конференция, состоявшаяся в апреле 2013 г. на базе Киевского национального университета им. Тараса Шевченко и Института государства и права НАН Украины¹⁰. Данной проблематики мы также уже касались в предыдущих исследованиях¹¹.

В отечественной науке трудового права впервые в таком ключе о тенденциях развития трудовых прав написал И. Я. Киселев. Он отметил, что переход к постиндустриальному, информационному обществу породил кризис традиционного трудового права в странах Запада. «Некоторые юристы, социологи, политики констатируют, что в складывающейся социальной среде постиндустриального общества трудовому праву просто не выжить, и оно в конечном итоге обречено, или, по крайней мере, его существование как самостоятельной отрасли находится под серьезной угрозой». Но как справедливо отмечал автор, в XXI в. трудовое право преодолит трудности, полностью возродится на новой основе, заново определит свою нишу, свой предмет, метод, основные принципы, существенно усовершенствует свой инструментарий. Трудовое право с совершенствованием человеческой цивилизации, вполне возможно, станет ведущей отраслью права¹².

И. Я. Киселев инновации отрасли видел прежде всего в изменении предмета и сферы действия трудового права (тенденция «экспансии трудового права»), в новом наполнении методов правового регулирования трудовых отношений (акцент на гибкости, диверсификации, уменьшении авторитарных методов регулирования трудовых отношений за счет интенсивного развития локальных нормативных актов (так называемого корпоративного трудового права); в возрастании роли международно-правовых стандартов трудовых прав в гармонизации и унификации трудового права во всемирном масштабе. Эти тенденции получили признание в исследованиях специалистов по российскому трудовому праву¹³.

Английский политик и ученый Т. Б. Маколей (1800–1859) в свое время выдвинул лозунг либерального реформаторства: «Хочешь выжить – проводи реформы». В настоящее время этот лозунг стал еще более актуальным. Темпы социально-экономических и политических процессов на протяжении всего XX в. постоянно ускорялись, а изменения во всех сферах жизни общества приобретали порой калейдоскопическую быстроту. В этой ситуации особое значение приобретает адаптация к происходящим изменениям, достижению качественного уровня соответствия им. Все это в полной мере относится к отрасли и науке трудового права. Как бы мы

ни относились к происходящим изменениям, они являются объективной данностью, основанием современного состояния и определения перспектив правового регулирования трудовых отношений. В этой связи в нашу задачу входит определение перспектив развития основных институтов трудового права, всей совокупности трудовых прав в системе прав человека. Это не имеет отношения к однозначным оценкам прошлого или футуристическим изыскам. Если выражаться в духе Т. Б. Маколея, главным является совершенствование настоящего, так как только оно «оставляет пространство для достойного человеческого существования»¹⁴. Более подробно на факторах, обусловивших трансформацию трудового права, мы останавливались в предыдущих исследованиях¹⁵.

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

Вышесказанное позволяет нам усомниться в обоснованности суждения некоторых ученых о том, что «трудно предсказать детально, каким станет право в XXI в., но ясно, что понимание права будет совершенно новым по сравнению с тем, которое сегодня владеет нашими умами»¹⁶.

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

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

- 1) *признание общецивилизационной значимости трудовых прав и смещение ценностных приоритетов в содержании трудовых прав в сферу обеспечения всестороннего развития личности;*
- 2) *расширение сферы действия (экспансия) трудового права и усиление гибкости в правовом регулировании трудовых отношений;*
- 3) *гармонизация индивидуальных и коллективных трудовых прав на основе принципов социального партнерства;*
- 4) *обеспечение средствами трудового права трудовой мобильности работников, формирование особого вида «транснациональных» и «наднациональных» трудовых отношений;*
- 5) *приоритет международных стандартов трудовых прав*¹⁷.

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

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

Эта тенденция связана с определением места трудовых прав в системе прав человека информационного общества и обогащением содержания этих прав личностной компонентой. Как пишет современный французский юрист А. Супио, «трудовое право стало юридическим нововведением текущего столетия (XX в.), а основные его принципы несколько не утратили своего значения (трудовой договор обеспечивает статус наемного работника, коллективный договор – свободу объединения и право на забастовку). Их лишь необходимо приспособить к социальным и экономическим переменам, в то же время сохранить основополагающие ценности»¹⁸.

Однако универсальность данной закономерности пока не столь четко выражена. Она связана с определением места трудовых прав в системе прав человека информационного общества. Примечательно, что уже Всеобщая декларация прав человека 1948 г. (ст. 23–25) зафиксировала достаточно обширный перечень трудовых прав. В их числе право на труд, свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда, равную оплату за равный труд, на создание профсоюзов, на отдых¹⁹.

В системе социальных прав человека, определенных Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (ст. 6–13) трудовые права занимают доминирующее место²⁰. Это право на труд, право на справедливые и благоприятные условия труда, право на создание профсоюзов. Европейская социальная хартия (1961 г. в ред. 1996 г.) закрепляет за работником 18 трудовых прав. Наравне с традиционными трудовыми правами в ней названы и иные трудовые права. Это право на профессиональную ориентацию, профессиональное обучение, информацию и консультации, на защиту своего достоинства во время работы, право участвовать в определении и улучшении условий труда и производственной среды, право работников-мигрантов на помощь и защиту. Отметим, что Европейская социальная хартия ратифицирована 3 июня 2009 г. (с некоторыми исключениями) Российской Федерацией²¹.

По мнению экспертов Международной организации труда (далее – МОТ), необходим глобальный подход к универсальному «порогу прав» – совокупности минимальных прав, на которые может рассчитывать любой человек независимо от его статуса в качестве занятого, которые, образно говоря, не могут продаваться и покупаться²². Соответственно, любое государство обязано обеспечить минимальный набор трудовых прав на максимально доступном для него экономическом уровне, однако не ниже, чем определен нормами международного права. К этой проблеме мы еще вернемся при рассмотрении последней, шестой, тенденции.

Личные (гражданские) права и свободы служат основанием и состоят в неразрывной связи со вторым поколением прав. Между поколениями прав существует следующая корреляция. К личным правам относятся: право на жизнь, которое в трудовом праве находит выражение в праве на труд. Право на достоинство становится в трудовом праве правом на защиту трудовой чести и достоинства. Право на свободу и личную неприкосновенность в трудовом праве аналогично свободе труда, запрету принудительного труда, праву на защиту персональных данных. Похожая ситуация и в отношении политических прав и свобод, которые в трудовом праве коррелируются с правом работников участвовать в управлении организацией, правом на объединение в общественные организации (свобода союзов, ассоциации), правом

на забастовку. Отличительной особенностью собственно экономических и социальных прав является зависимость их реализации от состояния экономики и ресурсов государства. В этой связи не случайны в международно-правовых актах о труде оценочные формулировки «справедливые и благоприятные условия труда», «удовлетворительное существование», «достойная жизнь». В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. особо подчеркивается, что эти права должны обеспечиваться постепенно и в «максимальных пределах имеющихся ресурсов» (ст. 2).

Некоторые ученые относят к неотъемлемым правам человека только политические и гражданские права, а их смысл видят только в умалении и «обуздании» политической власти государства. Так, современный ученый, юрист и государственный деятель М. В. Баглай подчеркивает тот факт, что защищенность экономических и социальных прав по своей юридической силе слабее, чем политических и гражданских. Он связывает это с реалиями рыночной экономики и уменьшением возможности государства влиять на экономические процессы. По его мнению, права второго поколения не могут быть защищены в судебном порядке, так как суд не примет гражданского иска только на основе конституционного закрепления прав по причине отсутствия конкретного ответчика. В итоге социальные права признаются им не столько юридическими нормами, сколько стандартами, к которым должно стремиться государство в своей политике²³.

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

Основанием для этого служат следующие положения:

- а) права второго поколения являются в основном декларациями, идеалами и зависят от переменных величин – уровня развития экономики, социальной сферы, культуры общества, политики государства;
- б) не могут быть предметом непосредственной судебной защиты, ставят человека в зависимость от чиновника;
- в) в силу вышеназванного лишены свойств, позволяющих рассматривать их в качестве неотъемлемых субъективных прав. Далее он предлагает понизить второе поколение прав человека до «прав гражданина данного государства»²⁴.

Это достаточно серьезные аргументы уважаемых ученых, но им можно возразить следующее. Во-первых, реализация принципа свободы, основы основ прав человека, имеет еще одну принципиальную составляющую – возможность этой свободой воспользоваться. Русские юристы Б. А. Кистяковский, П. И. Новгородцев, И. А. Покровский и др. неоднократно указывали, что свобода может быть парализована бедностью, элементарным недостатком средств. Они ставили вопрос о правовых гарантиях формально признанных прав и свобод, о социальных функциях государства. Мы согласны с утверждением отечественного историка и теоретика права О. Э. Лейста (1925–2003) о том, что условия труда представляют собой составляющую образа жизни данного общества. В этом качестве их правовое регулирование должно ориентироваться на перспективу, но с учетом сложившихся в обществе социально-политических и экономических реальностей²⁵. Но это же можно сказать и о правах человека первого поколения. Так, в ряде развивающихся стран введение всеобщих демократических выборов, ограничение государственного вмешательства в общественную жизнь при игнорировании тра-

диционных ментальных ценностей имели пагубные последствия вплоть до установления военных диктатур и общих политических кризисов. Но это не говорит об «относительности» политических и гражданских прав. Это свидетельствует о необходимости соответствия механизма их реализации состоянию общества и государства.

Во-вторых, неисчерпаемость прав человека есть следствие неисчерпаемости человеческой природы, и подход к этой проблеме должен быть комплексным и конкретно-историческим. Абсолютно неотчуждаемых прав не существует, любое право может ограничиваться, но не в смысле обладания им, а в контексте его реализации. В конце концов, запрет злоупотреблять правом прямо закреплен в целом ряде международных актов, начиная с Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (ст. 30). Этот же запрет содержится в Конституции РФ (ст. 17). Даже права человека первого поколения могут быть ограничены в реализации в период военных действий, в условиях чрезвычайных ситуаций. Кроме того, слабое государство, не нарушающее прав человека, не сможет гарантировать соблюдение любых прав человека. История нас учит тому, что в условиях массовой безработицы, социальной нестабильности и ухудшения материального положения значительной части населения оно само готово способствовать отказу от своих прав первого поколения. В этом случае политическая свобода может ассоциироваться в общественном сознании со «свободой голодать», как это было в Германии накануне прихода к власти Гитлера²⁶. Опыт российских революций 1917 г., приход к власти фашистов в Италии и национал-социалистов в Германии служат ярким тому подтверждением. Известный немецкий политик, бывший канцлер ФРГ В. Брандт (1913–1992) по этому поводу говорил: «Трудно представить право на жизнь и неприкосновенность личности там, где процветают голод и нищета»²⁷.

В-третьих, трудовые права должны осуществляться не только в зависимости от экономического положения страны, но и соответствовать ему. Например, очевидно, что минимальный размер заработной платы, заработная плата госслужащих, уровень гарантий и компенсаций в экономически неразвитом государстве будут достаточно низкими. Но на возможном экономически обоснованном уровне эти права должны быть гарантированы работнику. В этой связи права второго поколения действительно нуждаются в «переводе» на язык конкретных правовых норм, которые должны закреплять социально-трудовые права человека. Это касается обязательного установления любым государством при любых экономических и политических условиях минимальных границ трудовых прав работника, которые обеспечиваются государственной защитой. По мнению ряда экспертов, необходим глобальный подход к универсальному «порогу прав» – совокупности минимальных прав, на которые может рассчитывать любой человек независимо от его статуса в качестве занятого, которые, образно говоря, не могут продаваться и покупаться²⁸.

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

Наконец, связывать неотъемлемые права человека только с ограничением всевластия государства при наличии основ правового демократического государства, как в значительной части стран Запада, было бы слишком односторонне. Проведение свободных выборов и контроль гражданского общества за властью приводят к тому, что государство перестает быть всепоглощающим левиафаном. Очевидно, что человек должен быть защищен от всевластия государства, но связывать все неотъемлемые права человека только с этим видится нам отголоском борьбы с авторитарным советским режимом, следствием острого постсоветского антиэтатизма. Кажется весьма странным, что главной задачей государства должно быть только ограничение

собственного вмешательства в жизнь людей. Другой вопрос, что только декларирование второго поколения прав без правового механизма их реализации и защиты останется не более чем благим пожеланием, красивым лозунгом.

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

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

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

Это направление в дальнейшем развитии трудовых прав связано со смещением акцентов с «экономического» человека на личность, ее личные блага. Ценностные приоритеты прав человека все больше перемещаются из сферы экономической и физической безопасности человека в сферу субъективного самочувствия и «качества трудовой жизни». По мнению японских специалистов, содержание качества трудовой жизни включает в себя три главные составляющие: 1) хорошо развитую систему информации в процессе организации труда; 2) поощрение со стороны корпорации творческой инициативы работников; 3) систему непрерывной («пожизненной») подготовки кадров²⁹.

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

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

Вслед за И. Я. Киселевым можно повторить, что нормы трудового права призваны дополнить и углубить защиту личных неимущественных прав и других нематериальных благ, осуществляемую гражданским правом, применительно к особенностям трудовых отношений. Они должны обеспечить права и свободы человека в период трудовой деятельности и таким образом формировать статус «социального гражданина»³⁰. Отметим, что в Трудовом кодексе Республики Казахстан (2007) среди принципов трудового законодательства назван принцип приори-

тета жизни и здоровья работника по отношению к результатам производственной деятельности (ст. 3). В конституции Португалии к основным трудовым правам работников отнесено право на работу в социальных условиях, не унижающих человеческое достоинство с целью наиболее полного раскрытия человеческой личности. Она обязывает государство обеспечить работников социально достойной работой, дающей возможности для их самовыражения.

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

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

Особо следует акцентировать внимание читателей на праве работника на профессиональное обучение. В XXI в. происходит переориентация общественного развития. Одним из основных приоритетов становится приобретение знаний, профессиональное обучение. Не случайно новая эпоха получила название «век знаний», появилось понятие «общество, основанное на знаниях». В условиях освоения высокосложных технологий и распространения компьютерной техники рыночная экономика уже не может обходиться без массовой интеллектуальной творческой деятельности. В США, Японии, Германии и других развитых странах формируются трудовые ресурсы нового типа. Интеллектуализация общественного труда в XXI в. диктует новые требования к организации профессиональной подготовки кадров. Международный опыт свидетельствует, что концепция пожизненного образования, широко вошедшая в практику развития кадров в 1970-е гг., окончательно превратилась в его основу в 1980-е и 1990-е. Сегодня в каждой развитой стране создана и постоянно совершенствуется модель «пожизненного» развития творческого потенциала национальных трудовых ресурсов. Эта политика возведена в ранг государственной и подготовка необходимых кадров стала общим делом образовательных учреждений, работодателей и государства. Особо отметим, что в настоящее время на Западе все чаще в содержание (структуру) трудового договора включается образовательный элемент, причем элементы договора о труде и обучении неразрывно сливаются.

В Рекомендации МОТ № 195 «О развитии людских ресурсов: образование, подготовка кадров и непрерывное обучение» (2004) отмечается, что образование, подготовка кадров и непрерывное обучение имеют основополагающий характер и должны быть неотъемлемой частью социальной политики государств. Более того, государства-члены должны признавать право каждого гражданина на образование и профессиональную подготовку и в сотрудничестве с социальными партнерами обеспечивать доступность непрерывного обучения для всех. Между тем в России до сих пор среди экономистов дискутируются проблемы профессионального образования и роль в процессе профессиональной подготовки высшего образования³¹. Отметим, что на сегодняшний день новой формой сотрудничества Российской Федерации и МОТ является финансируемое российской стороной партнерство в области применения стратегии стран «Группы двадцати» «Квалифицированная рабочая сила – основа интенсивного, устойчивого и сбалансированного экономического роста»³².

В настоящее время изменилась и идеология организации труда. В индустриальной системе знание и творческие способности работника были как бы отделены от труда, который должен исполняться точно по инструкции в соответствии с техническими нормами. В новой

экономике знаний создаются целостные модели инициативного творческого труда, основанного на самоорганизации и самоконтроле. Новые формы организации труда предъявляют и иные требования к личности работника и его способности к труду, модифицируется и трудовая функция работника. Это и новые требования к постоянному пополнению и возобновлению профессиональных знаний, широкой квалификации работника при совмещении функций и профессий, а равно требования к творческой составляющей трудовых прав и обязанностей. Речь идет о так называемой профессиональной мобильности современного работника. Профессиональная мобильность предопределяет и новацию многих институтов индивидуального трудового права (трудовой договор, рабочее время и время отдыха и т. д.).

Отметим, что в современной российской науке трудового права проблемы творчества и свободы творчества работников стали предметом специальных исследований представителей пермской школы трудового права³³. Творческая активность работников рассматривается как элемент обязанности соблюдения трудовой дисциплины, и эта обязанность, в свою очередь, представляет собой и элемент содержания трудовых индивидуальных правоотношений. Более того, в каждом виде трудовой деятельности присутствует «творческое отношение». Речь идет о профессиональном творчестве, правовыми гарантиями которого в трудовом праве признаются льготы и преимущества, предусмотренные трудовым законодательством, локальными нормативными актами³⁴.

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

Примечательно, что уже само появление в ТК РФ главы 14 «Защита персональных данных работника» было шагом в данном направлении, как и последние изменения, внесенные в кодекс Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 185-ФЗ³⁵. К этой проблеме мы вернемся в отдельном параграфе данного исследования.

Для человеческого потенциала важную роль играют мотивация деятельности, отношение к труду, потребности, интересы и другие личностные характеристики. В 1990 г. ООН ввела в официальный оборот понятие «человеческое развитие», а затем «индекс развития человеческого потенциала». Его основными составляющими стали образование и благосостояние, в том числе соответствие заработной платы прожиточному минимуму. МОТ оперирует категорией «индекс развития людских ресурсов», который определяется на основании продолжительности жизни и уровня грамотности взрослого населения. Из 36 европейских государств (без СНГ) Россия по этому индексу занимала на 2005 г. только 31-е место³⁶. Именно изменения требований к работнику способствовали тому, что практически во всех развитых странах уровень общественных затрат на образование повысился и имеет дальнейшую тенденцию к росту.

Чем выше образовательный уровень работника и его доходы, тем более сложной представляется проблема трудовой мотивации. В настоящее время это один из ключевых разделов менеджмента. В его рамках управление трудом нередко трактуется как «настраивание людей на труд»³⁷. Особенно четко это проявилось в ходе реализации программы «повышения качества трудовой жизни», проводившейся первоначально в США в 70–80-х гг. XX в., а затем и в ряде европейских стран. В 1976 г. эта программа получила международное признание в принятой МОТ Программе улучшения условий труда и производственной сферы. Она базировалась на теориях «обогащения содержания труда», «гуманизации труда», «человеческих отношений». Но в данном случае в качестве основной задачи выдвигалось всестороннее обеспечение условий для оптимальной реализации трудового потенциала работника.

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

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

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

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

В советский период исследование данной проблемы было стеснено идеологическими установками и однозначностью господствующей доктрины в оценке стимулов к труду. Их исследование в основном вращалось вокруг соотношения и правильного сочетания мер материального и морального поощрения. Целый ряд советских авторов провели систематизацию стимулов к труду, установленных в законодательстве, обратив особое внимание на материальное стимулирование, а также развитие способностей работника и поощрение за содействие техническому прогрессу³⁸.

Так, В. И. Савич вывел категорию «морально-материальных мер поощрения», писал о необходимости морального обоснования материальных выплат и подчеркивал моральный аспект материального поощрения³⁹. Обращалось внимание и на общую проблему стимулирования в социологическом разрезе. В частности, в литературе обосновывалось положение, согласно которому труд как средство удовлетворения потребностей человека осуществляется через удовлетворение потребностей в материальных благах, в самореализации личности, в познании, потребности в общении⁴⁰.

К числу правовых методов трудового воспитания традиционно относились наряду с убеждением, принуждением и контролем метод стимулирования (поощрения)⁴¹. Отметим, что А. Г. Орлов вывел и сформулировал в качестве одного из принципов советского трудового права принцип обеспечения всемерного содействия развитию трудовой инициативы работников. Реализацию этого принципа он проследил на примере отдельных институтов трудового права: трудовой договор, рабочее время и время отдыха, заработная плата, трудовая дисциплина и т. д.⁴²

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

В настоящее время на международном уровне ставится вопрос не просто о праве на труд, а о праве на достойный труд. Так, основной доклад генерального директора МОТ в 1999 г.

назывался «Достойный труд», а еще один доклад 2001 г. – «Сократить дефицит достойного труда». Соответственно, было выделено четыре измерения достойного труда: основополагающие принципы и права в сфере труда; занятость; социальная защита; социальный диалог⁴³. В Генеральных соглашениях между Общероссийскими объединениями профсоюзов, Общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ на 2014–2016 гг., как и в предшествующих за 2011–2013, 2008–2010 гг., осуществление концепции достойного труда закреплялось в качестве одной из приоритетных целей социально-экономической политики.

П. Е. Морозов вообще считает достойный труд концепцией развития трудового права зарубежных стран в условиях глобализации⁴⁴. На наш взгляд, правильнее говорить о влиянии концепции достойного труда на развитие трудового права, об ориентации на достойный труд нормотворческой деятельности МОТ и ряда развитых государств. Такая точка зрения достаточно широко распространена в отечественной литературе⁴⁵.

Выводы

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

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

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

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

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

Анализируя зарубежное законодательство и практику его применения, И. Я. Киселев отмечает появление института «лиц, подобных работникам», «квазиработников», на которых в той или иной мере распространяют гарантии трудовых прав⁴⁶. Так, британский закон о заработной плате 1986 г. распространяется не только на наемных, но и независимых работников. Это, например, работники, выполняющие работу по договору подряда и экономически зависимые от своего заказчика. Британское законодательство о запрете дискриминации в области труда включает в сферу своего действия всех работников независимо от особенностей юридического оформления отношений с работодателем (заказчиком). Трудовой кодекс Франции рассматривает в качестве субъекта трудового договора мелкого торговца, который продает продукцию, поставляемую ему только одной компанией, по условиям и ценам, установленным этой компанией.

Вышеизложенный материал позволяет подтвердить одну из важнейших тенденций развития трудового права в XXI в., а именно экспансию трудового права. В настоящее время проблема экспансии трудового права из чисто теоретической перешла в практическую плоскость и приобретает все большее значение в контексте развивающихся междисциплинарных связей. Термин «экспансия» (от лат. *expansio* – распространение) означает расширение сферы господства, влияния, распространение чего-либо за первоначальные пределы. Чаще всего этот термин употребляется применительно к политической, экономической, военной и медицинской сферам. В последние десятилетия прошлого века об экспансии трудового права начали писать такие ведущие западные ученые-трудовики, как британцы О. Кан-Фройнд, лорд Уэддерберн, С. Фризмэн, Б. Хеппл, французы Ж. Лион-Кан, М. Деспа, немец В. Дойблер, бельгиец Р. Бланпен. Истоки этой концепции восходят еще к трудам немца Г. Зинцгеймера, опубликованным в первой половине XX в. Более того, в перспективе намечается трансформация понятия «труд» в «социальную деятельность» и обособление комплексной суперотрасли с условным названием «право занятости». В России об этом впервые начал писать И. Я. Киселев⁴⁷. Но если последние тенденции видятся делом будущего, то экспансия трудового права – это сегодняшний день и этот феномен требует дальнейшего концептуального осмысления.

Данная экспансия связана с тем, что нормы трудового права применяются к общественным отношениям, которые ранее не входили ни в предмет, ни в сферу действия трудового права (труд полицейских, лиц свободных профессий, работающих по отдельным видам гражданско-правовых договоров, труд заключенных, труд членов производственных кооперативов, профессиональных спортсменов, военнослужащих по контракту и др.). По мнению многих ученых (А. Супио, Р. Бланпен, И. Я. Киселев и др.), с которым мы согласны, эта тенденция

будет только углубляться. Это не исключает и обратной стороны такого «вторжения» и возможности применения норм других отраслей, прежде всего гражданского, к регулированию отдельных видов трудовых отношений (с руководителями и высшим менеджментом и др.).

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

Современный ученый-трудовик А. М. Куренной обоснованно считает, что проблему «гибкости в сфере труда следует признать одним из национальных интересов Российской Федерации», вопросом, которым необходимо заниматься как на законодательном, так и на правоприменительном уровне⁴⁸.

Забегая вперед, отметим, что гибкость (так называемое дерегулирование трудовых отношений) мы рассматриваем на двух уровнях регулирования трудовых отношений, т. е. регулирование в нормативном порядке и регулирование в договорном порядке. В первом случае задействован механизм дифференциации правового регулирования трудовых отношений. Он включает нормативные правовые акты о труде, локальные нормативные акты и нормативные условия коллективных договоров и соглашений, устанавливающие особенности правового регулирования нестандартных форм занятости. Во втором случае – механизм договорной индивидуализации условий труда на уровне индивидуальных трудовых договоров.

Однако усиление гибкости (дифференциации и индивидуализации) в правовом регулировании трудовых отношений должно сочетаться с обеспечением трудовых прав работника⁴⁹.

На Западе необходимость усиления гибкости государственно-правового регулирования рынка труда рассматривается в последние десятилетия как императив, вызванный объективными требованиями современной развитой экономики. От способности современного трудового права приобрести необходимую гибкость в значительной мере зависит его выживание как необходимого и важного для общества социального института. Аналогичную позицию в настоящее время поддерживают и многие российские ученые⁵⁰.

До начала 1970-х гг. основной сферой занятости как для западного, так и советского общества была развитая индустрия. Очевидным было и господство двух первых секторов экономики (добывающей и обрабатывающей промышленности) над третьим сектором – сферой услуг. Массовое промышленное производство порождало массовые стандартизированные профессии. Предметом трудового права были в основном отношения в сфере наемного труда и коллективно-договорного регулирования при главенствующей роли профсоюзов. Это было индустриальное производство, которое основано на крупном машинном производстве, где характер взаимодействия работников определяется комбинацией машин с «живыми придатками». Данному типу производства соответствовал технократический тип организации труда и управления им. На рубеже веков уже четко прослеживается утрата промышленностью приоритета в привлечении рабочей силы. Ведущим стал не первичный сектор (производство), а вторичный и третичный (обмен и услуги). На смену приходит новый тип производства – гибкое инновационное производство и, как следствие, новые постиндустриальные типы организации труда и управления им⁵¹.

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

Коренное обновление технической и технологической базы на основе компьютеризации, информатизации, автоматизации, внедрения гибких производственных систем повлекли существенные изменения в сфере организации труда: преодоление тейлоризма и фордизма с ликвидацией конвейеров и организацией гибких производств. Это вызвало структурные изменения на рынке труда в виде появления нестандартных форм занятости:

1) труд вне основного офиса, в том числе телеработников (компьютерных надомников); 2) заемный труд⁵²; 3) неполное рабочее время (частичная занятость); 4) разделение рабочих мест; 5) гибкий рабочий график; 6) сокращенная рабочая неделя; 7) временная занятость; 8) суммированный учет ежегодных рабочих часов.

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

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

Во-вторых, нестандартная занятость продиктована объективной потребностью рынка в мобильной рабочей силе, вызванной глобализацией, децентрализацией и специализацией производства, а также появлением новых технологий. Занятость специалистов в области информационных технологий имеет по определению гибкий характер⁵³.

Негативные последствия распространения нетипичной занятости ассоциируются прежде всего с отсутствием или снижением социальной защиты, гарантий трудовых прав работников, с отсутствием перспективы профессионального развития, так как работодатель не заинтересован вкладывать средства в повышение профессиональной квалификации работника. К социальным издержкам нестандартных форм занятости относятся ограничения в доступе к получению социальных выплат и услуг (пенсии, медицинское обслуживание, оплата дней болезни). Например, в Германии, Ирландии, Японии и Швеции доступ к пенсиям и медицинскому здравоохранению имеют только те работники, у которых продолжительность рабочей недели составляет не менее 15–20 часов. Ущемляет положение частично занятых и то, что на них обычно не распространяется законодательство об оплате сверхурочных часов. В ряде стран (Бельгия, Франция, Испания) на уровне коллективно-договорной практики предпринимаются попытки

обеспечить равенство трудовых прав различных категорий работников путем распространения условий коллективных договоров на всех работников без исключения. Однако в целом разрыв в уровне оплаты труда и доступе к социальным гарантиям частично занятых и постоянных работников остается значительным. Так, в США, согласно данным обследования американских работодателей, работающие на временных работах, включая работников на срочных контрактах, работников по вызову и сезонных рабочих, получают значительно меньше постоянных⁵⁴. И это практика большинства стран. В некоторых странах такая дискриминация запрещается законодательными актами. Например, в Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе постоянных договоров. Все это свидетельствует о назревшей необходимости с помощью средств трудового права решить проблему пределов «гибкости» регулирования трудовых отношений. Речь идет о поиске баланса между гибкостью правового регулирования трудовых отношений, с одной стороны, и защитой трудовых прав работника – с другой.

Усиление гибкости в регулировании трудовых отношений, расширение сферы нормативной дифференциации и договорного регулирования, как уже отмечалось, ставит на повестку дня вопрос о пределах гибкости. Такими пределами должны стать прежде всего: 1) общепризнанные нормы и принципы международного трудового права, а равно; 2) отраслевые принципы: запрет дискриминации в трудовых отношениях, запрет принудительного труда и др.; 3) установленный законом минимальный уровень трудовых прав и гарантий: национальные стандарты трудовых прав.

Отметим, что в СССР гибкость правового регулирования труда связывалась преимущественно с режимом неполного рабочего времени для отдельных категорий работников⁵⁵. При этом отношение к зарубежному опыту было достаточно критичным, а внимание акцентировалось на экономической выгоде работодателя от использования таких режимов. Изменения к лучшему произошли только в конце 1980-х гг., когда гибкие формы занятости стали рассматриваться как альтернатива безработице, средство реализации трудового потенциала работника⁵⁶. Но в целом «стандартизация» трудовых отношений была адекватна плановой социалистической экономике, облегчая планирование и мобилизацию трудовых ресурсов. До начала реформ 1990-х гг. прошлого века практически все советские граждане работали на условиях стандартного трудового договора. Впрочем, и договора как такового не было, а было достаточно формальное заключение трудового, коллективного договоров, так как стороны были лишены договорной свободы при императивном регулировании трудовых отношений. По существу, стороны лишь информировали друг друга о закрепленных в законодательстве правах и обязанностях.

В ТК РФ в качестве одного из основных принципов правового регулирования трудовых отношений провозглашается сочетание государственного (нормативного) и договорного регулирования трудовых отношений. Более того, в общей части кодекса появилась специальная статья, посвященная установлению трудовых прав и обязанностей в договорном порядке (ст. 9). Анализ норм ТК РФ позволяет констатировать, что вектор соотношения нормативного и договорного регулирования смещается в сторону последнего. Еще в конце 60-х гг. XX в. в связи с проведением хозяйственных реформ, направленных на расширение прав предприятий, советские ученые-трудовики писали о необходимости расширения сферы локального и коллективно-договорного регулирования трудовых отношений. Следующим шагом стало обоснование расширения сферы индивидуального регулирования. А. С. Пашковым был введен в научный оборот термин «индивидуально-договорное регулирование условий труда»⁵⁷.

В 1980-е гг. рядом советских ученых был обоснован научный прогноз (тенденция) дальнейшего развития индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений от разрешительного метода к общедозволительному⁵⁸. Этот научный прогноз полностью подтвердился

современной законодательной практикой. Согласно ТК РФ установление индивидуально-договорных условий труда обеспечивается двумя основными правовыми способами: дозволение (разрешено все, что прямо не запрещено законом) и разрешение (разрешено то, что прямо указано в законе). Первый способ является ведущим в индивидуально-договорном регулировании трудовых отношений. Однако возросло значение и второго способа за счет сокращения сферы централизованного (нормативного) правового регулирования в сфере труда.

Между тем и экономистами, и юристами справедливо отмечается, что действующее российское трудовое законодательство сохраняет в целом «стандартизированный» подход к регулированию трудовых отношений и накладывает довольно жесткие ограничения на использование многих нестандартных трудовых отношений. По степени «неоправданной жесткости» Россия по-прежнему входит в число стран-лидеров, что подтверждается интегральными оценками жесткости/гибкости трудового законодательства, которые разрабатываются и публикуются различными международными организациями (МОТ, Всемирный банк и др.)⁵⁹.

Это приводит к тому, что часть работников, работающих на условиях нестандартной занятости, оказались в так называемом теневом, неформальном секторе экономики (трудовые отношения без оформления трудового договора, закрепление в договоре одних условий, а реальное исполнение других (оплата труда «в конверте» и др.), опосредование трудовых отношений гражданско-правовыми договорами). Наличие значительного числа трудовправовых гарантий для лиц, требующих повышенной социальной защиты (женщины, несовершеннолетние, инвалиды), приводит к незаинтересованности работодателя в приеме их на работу на условиях стандартной занятости.

С очевидностью назрела необходимость дальнейшей либерализации трудового законодательства посредством совершенствования правовых средств дифференциации и индивидуализации регулирования трудовых отношений. Но при этом следует иметь в виду следующую очевидную закономерность. Стандартные формы занятости характеризуются довольно высоким уровнем государственной нормативной защиты трудовых прав. Чем жестче законодательство, тем сильнее защищены работники. Нестандартные формы занятости, перенос акцентов правового регулирования на договорный уровень (коллективный, индивидуальный) может объективно привести к снижению уровня гарантий трудовых прав. Выбор правовых средств регулирования трудовых отношений представляет собой компромисс между двумя крайностями: абсолютной гибкостью рынка труда и абсолютной защищенностью наемного работника⁶⁰.

В этом контексте не совсем понятно стремление российских законодателей запретить заемный труд. Последние попытки в самом конце 2012 г. и летом 2013 г. не удались, однако вопрос не снят с повестки дня. В контексте вышеназванной тенденции надо вести речь не о запрете, а о легализации заемного труда, однако со всеми разумными ограничениями с целью защиты прав и законных интересов работников⁶¹.

Традиционное трудовое право не может в полной мере учитывать все происходящие перемены в обществе и экономике, что препятствует реализации интересов участников трудовых отношений. Именно поэтому в литературе все чаще поднимается вопрос о необходимости дерегулирования, которое в первую очередь предполагает модернизацию законодательства, в том числе посредством отмены устаревших и принятия новых норм, смягчение наиболее жестких ограничений, предусмотренных действующим законодательством в сфере защиты прав работников. Дерегулирование осуществляется путем проведения реформ, направленных на обеспечение эффективности функционирования рынка труда, к числу которых, в частности, относятся:

- упразднение монополии государства при оказании услуг по найму, а также поиску и подбору персонала, легализацию частных платных агентств занятости;
- пересмотр правового положения профсоюзов;

- отказ от чрезмерной регламентации отдельных институтов трудового права;
- легитимация большого числа различных, в том числе гибких разновидностей трудовых отношений. В качестве примера можно привести циркуляр Министерства труда Италии № 43 1998 г., который признал легитимность такой договорной схемы, как разделение работы на части⁶²;
- предоставление сторонам большей свободы при заключении, изменении и расторжении коллективных и индивидуальных трудовых договоров, например, «путем расширения круга обстоятельств, при которых могут заключаться срочные договоры, или посредством разрешения неоднократно продлять срок их действия с условием, что они не будут приравнены к договорам на неопределенный период» и др.⁶³.

При этом дерегулирование «не должно представлять собой возврата к чисто рыночным механизмам, поскольку это будет означать замену трудового права нормами гражданского права»⁶⁴ и полную утрату стабильности положения работника. Это не полный отказ от регулирования, а использование новых форм и методов регулирования. Деревулирование является общей тенденцией для большинства стран, поскольку рассматривается в качестве одной из основных мер, направленных на оживление и поддержание конкурентоспособности экономики. При этом дерегулирование по отдельным вопросам должно сопровождаться усилением регулирования в других сферах, таких как запрет дискриминации в трудовых отношениях, регламентация труда лиц, работающих на опасных производствах, защита персональных данных работника и т. п.⁶⁵

Дерегулирование касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно, нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Необходимость приспосабливаться к разнообразным ситуациям приводит к изменению содержания трудового договора. В этой связи можно привести высказывание голландского ученого П. ван дер Хейдена о том, что «трудовой договор с его более или менее взаимно установленными правами и обязанностями постепенно трансформируется в более открытые свободные постоянно эволюционирующие юридические отношения»⁶⁶. Деревулирование в конечном итоге предполагает отмену наиболее жестких и неэффективных норм трудового права, перенос регулирования трудовых отношений преимущественно на коллективно-договорный, локальный и индивидуально-договорный уровни, но с четким централизованным императивным фиксированием стандартов труда.

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

В новейших зарубежных трудовоправовых исследованиях и актах МОТ последовательно проводится идея о необходимости сочетания гибкости для предприятий и гарантий защищенности для работников (гибких гарантий), трудовой мобильности и стабильной занятости. Объективные данные таковы: в промышленно развитых странах каждый год сокращается и одновременно создается одно из десяти рабочих мест. Общеизвестно, что рынок труда, который меняется радикальным образом под воздействием процессов глобализации и технического прогресса, уже не будет обеспечивать гарантий занятости и социального обеспечения, как это было в прошлом. В связи с этим настоятельно необходимо развивать новые гарантии в отношении занятости, доходов и социальной защиты⁶⁷. И хотя сообщение о завершении эпохи ста-

бильной занятости «сильно преувеличены», в экономически развитых странах пребывание на рабочем месте или в должности уже не воспринимается в качестве синонима гарантий занятости. Для достижения достойного труда необходимо нечто большее, чем стабильные рабочие места, т. е. стабильные правоотношения. Конечно, идея обеспечения полной занятости остается одной из руководящих в деятельности МОТ, но европейская модель трудовых отношений, к которой тяготеет и Россия, основана как на защите занятости, так и на признании позитивного влияния гибкости труда на занятость и безработицу.

Отметим, что самые стабильные рабочие места в западно-европейских странах приходятся на страны с наименее развитой экономикой, такие как Греция и Португалия. Самыми гибкими оказались экономические лидеры в лице Великобритании, Дании, Нидерландов. Отсюда появилась целая школа исследователей, выступающих в защиту ценностей «переходных рынков труда», обеспечивающих гарантии от социальных рисков, связанных с рынком труда. Они ратуют не за создание «защитной оболочки», консервирующей старые рабочие места, а выдвигают идею «крыльев безопасности», защищающих переходы между различными сегментами рынка труда, такими как: между рабочими местами; между работой и безработицей; между работой и профессиональной подготовкой; между образованием и профессиональной деятельностью и др. Отсюда вывод экспертов МОТ: «Определенный уровень гибкости труда приемлем в тех случаях, когда он не разрушает стандартных трудовых отношений и опирается на гарантии рынка труда, что обеспечивает защиту при переходе на другое место работы, поскольку это способствует укреплению благополучия работника, а не его разрушению... Правительства должны формировать эффективную систему гарантий рынка труда, основанную на политике в области труда, а также в первую очередь на труде и только затем – на социальной защите»⁶⁸.

Как нам представляется, одним из ключевых вопросов является соотношение нетипичности (гибкости), с одной стороны, и дифференциации и индивидуализации трудовых отношений – с другой. Заслуживает внимания определение места этого явления в контексте равенства (единства) трудовых прав и обязанностей⁶⁹. Западные социологи и экономисты (Д. Белл, Р. Райх, Л. Туроу, М. Кастельс, М. Пайор и др.), а также часть российских ученых под гибкостью трудовых отношений понимают: а) гибкость наемных работников, т. е. их готовность к смене профессии, «пожизненному обучению», к автономной трудовой деятельности и принятию самостоятельных решений, к интеллектуализации и информатизации труда (адаптивность); б) гибкость оплаты труда (ее индивидуализация в трудовом договоре, а не ее установление в тарифном соглашении или по государственным расценкам); в) трудовую гибкость, т. е. готовность менять место работы раз в несколько лет, в том числе готовность к переезду для работы в другую местность, распространение срочных трудовых договоров (мобильность); г) временную гибкость (возрастание числа рабочих мест с неполным или ненормированным рабочим днем, с гибким графиком рабочего времени, со сменной работой, с необходимостью работать в выходные и нерабочие праздничные дни, сверхурочными работами и др.)⁷⁰. С точки зрения трудового права все это укладывается в рамки индивидуализации и отчасти дифференциации трудовых отношений.

В западной науке получило распространение деление нетипичной (гибкой) занятости на «плохую» и «хорошую». Первая из них связана с переносом акцента с интересов работников на интересы потребителей, переносом социальных издержек труда на работников и общество в целом, ростом социально-трудовой нестабильности и неопределенности, увеличением разрыва в оплате труда. Вот как писал об этом известный американский экономист, лауреат Нобелевской премии Д. Стиглиц: «Заклинания об усилении гибкости труда – это лишь плохо скрываемая попытка лишить трудящихся (под прикрытием “экономической эффективности”) завоеваний, добытых ими в ходе многолетнего торга и политической активности»⁷¹. Издержки такой

занятости очевидны: снижение уровня профессионализма работников в силу временной востребованности, ухудшение физического и морального состояния в условиях нестабильности, более высокий травматизм⁷², ослабление социальной солидарности и профессиональных связей, усложнение координации и контроля за деятельностью работников, расширение возможностей для обхода императивных норм трудового законодательства.

«Хорошую» гибкость принято связывать с известной стабильностью нетипичных трудовых отношений, равенством трудовых прав в традиционном и нетипичном секторах занятости, сочетанием интересов работников и работодателей. С ней связано новое понятие «гибконадежность (гибкобильность)». Можно выделить три модели гибкости: 1) индивидуальная гибкость, основанная на индивидуальных отношениях работника и работодателя (Великобритания, Ирландия); 2) диктуемая государством гибкость, когда законодателю принадлежит достаточно важная роль в правовой регламентации нетипичной занятости (Франция, Испания, Финляндия). К этой модели с определенной оговоркой тяготеет Россия; 3) договорная гибкость, при которой важную роль играют коллективные переговоры и соглашения (Дания, Нидерланды, Германия). При этом рынок гибкой занятости достаточно сегрегирован, особенно в части временной занятости женщин, молодежи, лиц старшего возраста.

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

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

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

мальная продолжительность рабочего времени, минимальная продолжительность отпуска и т. д.).

Подчеркнем, что любая юридическая конструкция нетипичных трудовых отношений должна соответствовать правовым принципам, которые отражают единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений. Они обеспечивают, с одной стороны, стабильность (гарантированность) трудовых прав работника, вступившего в нетипичные трудовые отношения. С другой – именно правовые принципы устанавливают и общие пределы договоренности сторон такого отношения. Здесь весьма уместно упомянуть о повышении авторитета международных трудовых стандартов, многие из которых воплощают общепризнанные в цивилизованном мире принципы и нормы международного права, действуют как внутреннее национальное право и даже имеют приоритет по сравнению с ним. В настоящее время формируется механизм прямого обеспечения международно-правовой защиты трудовых прав работников и появляются признаки превращения региональных трудовых стандартов в наднациональное право, например в странах Европейского союза⁷³.

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

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

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

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

Возможность вступления в срочные трудовые отношения в некоторых странах может быть ограничена наличием перечня объективных причин: «указанием на то, что это разумно и оправданно при существующих обстоятельствах» (германское законодательство), «сущностью работы» (бельгийское законодательство), «необычностью и исключительностью, т. е. особым характером работы» (испанское законодательство). Несмотря на то что в Великобритании или Швейцарии свобода сторон на вступление в такие отношения не ограничивается законодательством, тем не менее запрещено перезаключение срочных договоров несколько раз подряд⁷⁴. В соответствии с итальянским законодательством при заключении срочных договоров можно делать ссылку на коллективные договоры, получившие одобрение наиболее представительного профсоюза. При этом отраслевыми коллективными соглашениями введены обязательные условия: заключать такие договоры нельзя менее чем на четыре и более чем на 12 месяцев. Во Франции максимальная их продолжительность не может превышать 18 месяцев. В Германии, напротив, в соответствии с Актом о содействии занятости запрещается ограничивать максимальный срок первого найма работников 18 месяцами⁷⁵. В этой части следует упомянуть о Директиве Европейского союза 1999/70/ЕС о работе на основании срочных договоров, которая предусматривает требование о создании правовых механизмов, с помощью которых можно избежать злоупотреблений при заключении срочных договоров.

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

- 1) ограничить использование договоров о найме на определенный срок случаями, когда учитывается характер предстоящей работы или условия ее выполнения, или интересы трудящихся, эти отношения не могут устанавливаться на определенный срок;
- 2) считать договоры о найме на определенный срок, если они заключены без законных оснований, договорами о найме на неопределенный срок;
- 3) считать договоры о найме на определенный срок и продлевающиеся без оснований один или несколько раз, договорами о найме на неопределенный срок.

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

Во-первых, срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. Перечень таких случаев является закрытым, устанавливается ТК РФ (ст. 59) и иными федеральными законами. Между тем в интересах работодателя или работника, а

также в случаях, установленных ТК РФ и иными федеральными законами, допускается заключение срочных трудовых договоров по соглашению сторон без учета характера предстоящей работы или условий ее выполнения. В этом случае важно, чтобы соглашение сторон в отношении работника носило характер добровольного волеизъявления. Если судом при разрешении спора о правомерности заключения трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок⁷⁶. Указанные гарантии соответствуют международным стандартам. В Конвенции МОТ № 158 отмечается, что в той степени, в какой это необходимо, компетентным или соответствующим учреждением каждой страны могут быть приняты меры для исключения из сферы применения ограничений заключения срочных трудовых договоров трудящихся в свете особых условий занятости.

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

В-третьих, суд вправе с учетом обстоятельств конкретного дела признать трудовой договор заключенным на неопределенный срок, если в ходе судебного разбирательства устанавливается факт многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции⁷⁷. Названная гарантия закреплена в виде правоположения высшей судебной практикой. Между тем, как отмечалось выше, Рекомендацией МОТ № 166 данную гарантию предлагается устанавливать на уровне закона.

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

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

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

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

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

В отношении работы на условиях неполного рабочего времени была принята Конвенция МОТ от 24 июня 1994 г. № 175 (нератифицирована РФ) и одноименная Рекомендация № 182. В соответствии с названными международными актами государствами должны приниматься меры для обеспечения того, чтобы работники, занятые неполное рабочее время, пользовались такой же защитой, что и находящиеся в сравнимой ситуации работники, занятые полное рабочее время. Согласно ТК РФ (ст. 93) работа на условиях неполного рабочего времени не влечет для работников каких-либо ограничений трудовых прав. Как справедливо утверждается в литературе, трудовое законодательство России предоставляет этой категории работников больший объем защиты, чем та, которая предусмотрена в актах МОТ⁷⁸.

Согласно ТК РФ (ст. 102) работа в режиме гибкого рабочего времени определяется соглашением сторон. Кроме того, установление такого режима должно быть закреплено в локальном нормативном акте – Правилах внутреннего трудового распорядка. Значительная роль в правовом регулировании этого режима отведена подзаконным и рекомендательным актам советского периода, которые применяются в части, не противоречащей ТК РФ⁷⁹.

В зарубежной практике получил распространение режим работы по вызову, в соответствии с которым работник принимает на себя обязательство выполнять работу в будущем, а именно тогда, когда работодатель решит привлечь его для выполнения этой работы. Заключая подобный договор, работник дает обещание, выражает свою готовность работать на фирму в ряде случаев, даже если он не является нанятым этой фирмой. Это и составляет отличительную особенность данной формы занятости. Подобное явление достаточно распространено в сфере услуг (например, экспресс-почта), туризме, воздушном транспорте, однако во многих странах оно не урегулировано законодательством. Но ряд стран легализовали эту форму гибкой занятости (Германия, Нидерланды, Турция и др.). В соответствии с законодательством Германии в целях защиты прав работника устанавливается ряд гарантий прав названных работников. Во-первых, законом предусматривается минимальная продолжительность рабочей недели 10 часов, если она не установлена соглашением сторон. Во-вторых, работодатель обязан предупредить работника о вызове на работу за 4 дня. В-третьих, при каждом вызове на работу работник должен быть занят не менее трех часов.

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

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

компании-спутника посредством разделения штата), телеработу (с использованием различных видов телекоммуникационной связи и которая может быть выполнена как непосредственно в фирме, так и за ее пределами).

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

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

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

Особого внимания заслуживает такой вид нетипичной занятости, как заемный труд. Он был известен еще КЗоТ 1922 г. (ст. 32), а затем существовал *de facto* в виде временных переводов работников на другое предприятие⁸⁰.

В настоящее время в законодательстве зарубежных стран сложились две основные модели правового регулирования трудовых договоров с заемными работниками. Первая модель, назовем американской (или англосаксонской), вторую – европейской (или континентальной). Согласно американской правовой модели трудового договора о заемном труде агентство и организация-пользователь рассматриваются в качестве сонаимателей (совместных работодателей) в отношении конкретного работника. В Великобритании работник «предприятия занятости» (кадрового агентства) имеет право на равное обращение с другими работни-

ками только после 12 недель занятости на соответствующем месте. При этом за услуги по трудоустройству предприятия брать плату не могут, за исключением узкоспециальных случаев (актеры, спортсмены, модели и др.). Директива ЕС 2008/104/ЕС привела к изменениям как в британском законодательстве, так и в судебной практике. В целом в странах с англосаксонской правовой системой регулирование заемного труда отличается существенным своеобразием⁸¹.

Европейская практика признает работодателем в трехсторонних отношениях по заемному труду агентство, которое заключает трудовой договор с работником. При этом между агентством и организацией-пользователем заключается гражданско-правовой договор, а между заемным работником и агентством – трудовой. Гражданско-правовой договор является основанием передачи части прав и обязанностей работодателя организации-пользователю. Например, важной особенностью правового регулирования заемного труда в Нидерландах является то, что объем прав работника увеличивается по мере увеличения периода занятости на основе заемного труда, а по истечении определенного периода работы (1 года), согласно закону, работнику необходимо предложить бессрочный трудовой договор. Законодательство Нидерландов устанавливает и так называемый принцип равного режима условий оплаты труда. По общему правилу агентство заемного труда должно выплачивать заемному работнику заработную плату и иные выплаты в том же размере, что и работникам, занятым на таких же или схожих должностях (работах) в организации-пользователе⁸².

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

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

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

Таким образом, в современном трудовом законодательстве стран Запада договоры о заемном (лизинговом) труде получили легализацию. Отношения между работником и лизинговым агентством, между работником и предприятием-пользователем регулируются трудовым законодательством. Трудовой договор, заключаемый между работником и лизинговым агентством, включает условие о выполнении различных по своему характеру работ в фирмах – клиентах агентства⁸³.

В Государственной Думе РФ достаточно долго шла работа над подготовкой законопроекта «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам». Еще в 2004 г. была подготовлена и опубликована концепция правового регулирования заемного труда⁸⁴. В целом она соответствовала нормам Конвенции МОТ № 181 «О частных агентствах занятости» (1997), которая до настоящего времени так и не ратифицирована Российской Федерацией.

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

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

Наконец, преодолев первое и второе чтение, был принят компромиссный Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ⁸⁵. Согласно этому Закону, с одной стороны, с 1 января 2016 г. заемный труд запрещается, что отвечает требованиям профсоюзов, с другой – легализуется деятельность по предоставлению труда работников (персонала), на чем настаивали объединения работодателей. Между тем данный закон вызывает ряд вопросов в контексте рассматриваемых нами проблем.

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

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

Договор о предоставлении персонала в отличие от заемного труда по российскому законодательству может быть заключен только в определенных законом случаях: при направлении сотрудников к физическим лицам в целях личного обслуживания, по ведению домашнего хозяйства; при предоставлении сотрудников для временного исполнения обязанностей отсутствующих работников, за которыми в соответствии с законодательством РФ сохраняется рабочее место, и др. Более того, закон содержит запреты заключения таких договоров для замены участвующих в забастовке работников принимающей стороны; для замены работников прини-

мающей стороны, которые отказались выполнять свои трудовые обязанности в связи с задержкой им заработной платы на срок более 15 дней, и др. Тем самым обеспечивается содействие сохранению занятости постоянных работников предприятий-пользователей и недопущении их вытеснения заемными работниками.

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

Как видим, заимствование зарубежного опыта в виде «европейской модели» заемного труда осуществлялось с учетом мнения социальных партнеров, согласования интересов профсоюзов и работодателей в применении заемного труда. Более того, такая практика соответствует и нормам международного трудового права. Следует отметить, что процесс международно-правовой регламентации заемного труда шел от его отрицания, запрета до легализации в определенных пределах. Между тем этот процесс нельзя назвать завершенным. Известно, что еще в Версальском договоре о создании МОТ (1919) прозвучал принцип «труд не является товаром». В этой связи МОТ рекомендовал государствам-участникам в соответствии с потребностями того времени сохранять монополию государства на трудоустройство работников (Конвенция МОТ № 2 «О безработице» 1919 г.). Принятие в 1933 г. Конвенции МОТ № 34 о платных бюро найма стало первой ласточкой в признании важности деятельности частных агентств на рынке труда, однако их деятельность так и не была легализована. Затем принимается более гибкая Конвенция № 96 о платных бюро по найму 1949 г., которая предоставляла государствам две возможности – либо постепенно запретить, либо строго регулировать деятельность частных агентств, включая ежегодное лицензирование и надзор за деятельностью агентств. Однако эта Конвенция регулировала только два вида деятельности частных агентств занятости: рекрутинг и трудоустройство. Широкое распространение во многих развитых странах форм заемного труда, появление агентств, которые не только выполняли роль посредника на рынке труда, но и выступали в роли формального работодателя заемных работников. Вышеназванная Конвенция не содержала ответов на многие вопросы, продиктованные новыми видами трехсторонних отношений при заемном труде.

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

Принятая в ноябре 2008 г. на уровне Европейского союза Директива 2008/104/ЕС о труде в агентствах временной занятости предписывала завершить ее реализацию для государств – членов ЕС на внутригосударственном уровне к концу 2011 г. В ней последовательно проводится требование одинакового положения для постоянных и заемных работников, а дискриминация заемных работников запрещена. Однако закреплено право государств ЕС после консультаций на национальном уровне с представителями профсоюзов и работодателей заключать социально-партнерские соглашения, предусматривающие возможность отклонения от принципа равного обращения. Реализация этой Директивы идет сложно и до настоящего времени не завершена⁸⁶.

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

Основная проблема, которая связана с атипичной занятостью – прямое или скрытое ухудшение условий труда, ослабление схем социальной защиты отдельных категорий работников. Временные работники, частично занятые, самозанятые, телеработники зачастую исключены из систем предоставления определенных льгот и преимуществ. Последние основываются на модели традиционной занятости и были изначально направлены на преодоление рисков, с нею связанных, а потому неприменимы к гибким трудовым правоотношениям. В некоторых странах такие льготы, как медицинская страховка, предоставление и оплата отпуска по временной нетрудоспособности, оплата выходных и иные пособия, являются исключительно предметом индивидуальных трудовых договоров. Однако концепция добровольной занятости и принцип свободы труда предоставляет работодателям возможность в отсутствие профсоюза, фактически в одностороннем порядке диктовать свою волю и устанавливать выгодные для себя условия договора. Коллективные договоры также обеспечивают незначительную защиту, поскольку нетипичные работники крайне редко охватываются их действием. В США, например, работодатели, имеющие так называемый социальный план (план социальной защиты) обязаны осуществлять выплаты пенсий и пособий работникам. Но данная обязанность существует только в отношении тех, кто работает не менее 1000 часов в год. При этом работник, не отработавший более пяти лет на этого работодателя, таких выплат не получает⁸⁷. Выплата надбавок за стаж по своей природе относится к долговременным, и, как результат, многие работники – субъекты нетипичных трудовых отношений, чьи взносы на социальную защиту носят случайный, прерывистый, краткосрочный характер, обнаруживают, что несут определенные обязательства, но исключены из системы предоставления таких льгот⁸⁸. То есть временные работники, так же как и работающие неполное рабочее время, могут вообще не получить право на льготы. Пожалуй, единственное гарантированное пособие, на которое нетипичные работники имеют право без всяких условий, – это компенсация в случае несчастного случая на производстве либо профессионального заболевания. Однако некоторые сложности могут возникнуть в связи с определением предприятия, ответственного за выплату пособия, особенно в случае тройственных трудовых отношений.

Нестабильность положения работников, вступивших в гибкие трудовые отношения, особенно проявляется при их прекращении. Германское законодательство о содействии занятости, например, не распространяет гарантии при увольнении на частично занятых работников, работающих менее 45 часов в месяц. В Великобритании и Ирландии частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты в случае увольнения, что и полностью занятые, однако

только если работают не менее 16 часов и 18 часов в неделю соответственно. В Ирландии же предусмотрено дополнительное условие – обязанность отработать на данного работодателя не менее одного года. В Нидерландах все частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты, что и обычные работники, но только в том случае, если договор носит бессрочный характер. При этом предложение вакантной должности в случае увольнения нетипичного работника по экономическим причинам обусловлено не столько стремлением избежать неблагоприятных правовых последствий, сколько не допустить возможного вреда имиджу предприятия.

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

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

Однако в некоторых странах на законодательном уровне предпринимаются попытки обеспечить равенство прав различных категорий работников в области заработной платы. В Италии, например, закреплена обязанность работодателя выплачивать атипичным работникам заработную плату в том же размере, что и штатным сотрудникам компаний. В Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе традиционных договоров. Германские трудовые суды пытались приравнять положение частично занятых работников к положению полностью занятых в том смысле, что заработная плата и дополнительные выплаты за час работы должны быть одинаковы⁸⁹. Что касается рабочего времени и времени отдыха, то правовое положение атипичных работников также отличается нестабильностью. Предоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в натуре, равно как и учебного отпуска, является редкостью.

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

В материалах Международной организации труда (МОТ) отмечалось, что глубокие изменения, происходящие в современном мире труда, привели не только к росту нестандартных форм занятости, но и к возникновению новых форм трудовых отношений. Начиная с 1990 г. на сессиях Международных конференций труда (МКТ) основное внимание уделялось защите зависимых работников, основанной на понятии «трудовые отношения», а также защите тех зависимых трудящихся, которые ее лишены. К таковым, в частности, относятся мнимые самостоятельно занятые работники. В этой связи в 1997 и 1998 гг. на конференциях рассматривался вопрос «о труде на условиях подряда» и обсуждались проекты Конвенции МОТ о труде на условиях подряда и проекта одноименной Рекомендации. Так, в проекте Конвенции о труде на условиях подряда содержалось положение о том, что в отношении подрядных работников, находящихся в реальных условиях зависимости от предприятия-пользователя или подчиненности ему (если эти условия схожи с теми условиями, которые характерны для отношений

занятости в соответствии с национальным законодательством и практикой), должны применяться нормы трудового законодательства, в частности относящиеся к праву на организацию и на ведение коллективных переговоров; к свободе от дискриминации в области труда и занятости по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, национального или социального происхождения; к минимальному возрасту приема на работу; к продолжительности рабочего времени и другим условиям труда; к защите материнства; к компенсациям подрядным работникам ущерба, причиненного производственной травмой, профессиональным заболеванием. Но в результате обсуждений была принята общая Резолюция о возможном принятии международных актов с целью защиты работников, находящихся в ситуациях, идентифицированных Комитетом по труду на условиях подряда⁹⁰, т. е. оставили вопрос открытым для дальнейших будущих сессий МКТ.

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

В рассматриваемом Заключении о трудовых отношениях также указывалось, что будущая Рекомендация МОТ должна служить руководством для государств-членов, не вводя универсальное определение существа трудовых отношений. Она должна быть достаточно гибкой, чтобы учитывать различные экономические, социальные и правовые традиции в области трудовых отношений. Такая Рекомендация не должна вмешиваться в подлинно коммерческие контракты и подлинно независимые подрядные отношения. Таким образом, рассматриваемый международно-правовой акт должен быть достаточно гибким, чтобы не препятствовать появлению новых форм занятости и содействовать такой нетипичной занятости, но и обеспечивать защиту прав трудящихся. Обсуждение этой проблемы было включено в повестку дня Международной конференции труда (95-я сессия 2006 г.)⁹¹. На указанной сессии была принята Рекомендация МОТ о трудовом правоотношении, которая ограничилась общими формулировками.

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

В первом случае при определении сферы трудовых отношений в трудовом законодательстве содержится определение трудовых отношений, круг лиц, на которых распространяется или не распространяется трудовое законодательство. Так, в ТК РФ (ст. 15) включена дефиниция трудовых отношений. Между тем эта дефиниция применима только к «классическим» трудовым отношениям, которые характеризуются личностным, организационным и имущественными признаками. Между тем «нетипичные» виды трудовых договоров и форм занятости не укладываются в прокрустово ложе названных признаков. Соответственно суд, разрешая трудовой спор об изменении юридической квалификации гражданско-правового договора в трудовой договор, столкнется с проблемой отсутствия в заключенном договоре, возникших на его основании отношений по труду одного из признаков трудового отношения. Чаще всего это будет организационный признак, реже – личностный (заемный труд и др.). В этих ситуациях и необходимо обращение к презумпции трудовых отношений. Однако российский законодатель эту презумпцию признал далеко не сразу. В ТК РФ (ст. 11) (в ред. Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ) включено положение о том, что трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, также применяются к другим отношениям, связанным с использованием личного труда, если *это предусмотрено настоящим Кодексом или иным федеральным законом*. При аутентичном (буквальном) толковании эта новелла означает, что не получившие специального правового регулирования трудовые отношения лиц, занятых в «нетипичных» сферах труда, не включаются в сферу действия трудового законодательства.

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

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

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

и подобные категории работников, за исключением тех случаев, когда они лично не работают или работают время от времени. Но при этом из сферы трудового законодательства исключены надомные работники.

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

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

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

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

В трудовом законодательстве Израиля судебными решениями в понятие работника включаются некоторые категории внештатных сотрудников, работников, выполняющих работу собственными средствами, а также в ряде случаев такую специфическую категорию работников, как проститутки, распространяя на эти лица охранительные нормы трудового законодательства⁹².

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

В правоприменительной практике другой страны англосаксонской системы – США, судами широко применяется тест признания лица наемным работником или независимым подрядчиком, выработанный Внутренней налоговой службой США. В частности, к критериям наемного работника отнесены: 1) обязанность выполнения работником указаний работодателя; 2) прохождение обучения наемным работником; 2) прохождение обучения за счет средств работодателя; 3) интеграция трудовой деятельности работника в общий технологический процесс организации; 4) личный характер оказания услуг; 5) продолжающиеся трудовые отношения; 6) определения режима рабочего времени работодателем; 7) отчетность наемного работника перед работодателем о проделанной работе; 8) выплата заработной платы; 9) право работника увольняться без дополнительных обязательств перед работодателем и др.⁹³

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

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

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

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

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

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

3) периодическая выплата вознаграждения работнику; тот факт, что данное вознаграждение является единственным или основным источником доходов работника; осуществление

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

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

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

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

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

На основании ранее действовавшей редакции ст. 11 ТК РФ сформировались две основные категории дел, рассматриваемых в судебном порядке. Первая категория дел – это трудовые споры, когда в суд обращаются работники с целью признания трудовыми отношений, возникших на основании гражданско-правового договора. В связи с этим в исках указывались требования о признании отношений трудовыми и обязывании работодателя оформить их по правилам ТК РФ с даты приступления к работе, внеся соответствующие записи в трудовую книжку, начиная от приема на работу. В заявлениях истцы также указывали и требования материального характера, например о выплате компенсации за неиспользованные отпуска и неоплаченные больничные листы, а также о перечислении в государственные социально-страховые фонды соответствующих взносов⁹⁴.

Вторая категория дел рассматривается арбитражными судами. Работодатели обращаются в арбитражный суд в случаях, когда территориальные налоговые органы или региональные отделения федеральных социальных фондов предписывают им доначислить налоги либо взносы, а также начислить и уплатить пени со штрафом за доказанные нарушения⁹⁵. Заявитель обжалует решение налогового органа или внебюджетного социально-страхового фонда. Суд не выносит решения в отношении судьбы гражданско-правового договора, который переквалифицируется в трудовой договор. Такая переквалификация гражданско-правовых договоров на трудовые порождает только налоговые последствия. В любом случае необходимо было обращение самого работника в уже общий суд за признанием отношений трудовыми. При этом предшествующее решение арбитражного суда в этой части носило преюдициальное значение.

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

С очевидностью в трудовом законодательстве должна быть легально закреплена презумпция трудовых отношений, т. е. работодатель, а не работник должен доказывать, какие отношения сложились между ними по поводу применения труда. Рассматриваемая презумпция должна обеспечить преимущественную защиту интересов работника в рамках социального назначения отрасли трудового права. Как отмечалось выше, в Рекомендации МОТ № 198 «О трудовом правоотношении» (2006 г.) подчеркивается значение установления в национальном законодательстве правовой презумпции существования трудового правоотношения в том случае, когда определено наличие одного или нескольких соответствующих признаков названного правоотношения.

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

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

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

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.