РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ ПРАВОСУДИЯ
Е. А. ЕРШОВА
ТРУДОВОЕ ПРАВО
В РОССИИ
СТАТУТ

РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ ПРАВОСУДИЯ

ТРУДОВОЕ ПРАВО В РОССИИ

Е.А. ЕРШОВА

Монография рекомендована к опубликованию ученым советом
Российской академии правосудия 20 февраля 2007 г.

Научный редактор:

Ершов В.В., ректор Российской академии правосудия, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, федеральный судья в отставке.

Автор:

Ершова Е.А., заведующая кафедрой трудового права Российской академии правосудия, кандидат юридических наук, доцент, федеральный судья в отставке.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Принятый Государственной Думой Российской Федерации 21 декабря 2001 г. Трудовой кодекс Российской Федерации вызвал множество теоретических и практических вопросов. Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ, с одной стороны, устранил отдельные противоречия между нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, и восполнил некоторые пробелы в трудовом законодательстве, с другой стороны, способствовал появлению у правоприменителей, преподавателей и научных работников новых теоретических и практических вопросов.

Автор монографии творчески исследует наиболее дискуссионные проблемы трудового права в России с позиции прямого применения международного трудового права и Конституции Российской Федерации.

Монография состоит из двух разделов. Первый раздел включает три главы и посвящен теоретическим проблемам трудового права в России. В первой главе автор анализирует источники трудового права в России, соотношение международного и российского трудового права, справедливо рассматривает Конституцию России основополагающим источником российского трудового права. Глава содержит ряд обоснованных предложений, направленных на совершенствование правотворческой и правоприменительной деятельности.

Во второй главе автор исследует правовую природу "правовых позиций" Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда Российской Федерации и постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации. В монографии исходя из фундаментального правового положения о разделении властей сделан теоретически обоснованный и практически важный вывод: "правовые позиции" Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда Российской Федерации и постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации являются прецедентами толкования и не могут рассматриваться в качестве самостоятельных источников права в России.

В третьей главе первого раздела монографии изучаются другие проблемы трудового права в России. Прежде всего, как представляется, следует разделить обеспокоенность автора монографии, связанную со скрытыми трудовыми правоотношениями и заемным трудом, и поддержать основные выводы и предложения, направленные на более эффективную защиту нарушенных трудовых прав фактических работников.

Автор исследует как теоретические проблемы трудового права в России с позиции общей теории права, применяя системное, логическое, языковое и историческое толкование международного трудового права, Конституции Российской Федерации, ГК РФ, КЗоТ РФ, ТК РФ в прежней редакции и ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ, так и судебную практику, прежде всего Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63).

Второй раздел монографии состоит из пяти глав, в которых анализируются практические проблемы трудового права в России, в частности, связанные с заключением срочного трудового договора и трудового договора на неопределенный срок, перемещением, изменением определенных сторонами условий трудового договора, временными и постоянными переводами, расторжением трудового договора по инициативе работника и работодателя, гарантиями и

компенсациями работникам, в связи с расторжением трудового договора. Автор рассматривает современные правотворческие и правоприменительные проблемы, делает ряд аргументированных предложений, адресуя их Государственной Думе Российской Федерации, судьям, руководителям организаций, юрисконсультам и специалистам кадровых служб, преподавателям и научным работникам, докторантам, аспирантам и студентам, всем профессионалам, своей деятельностью способствующим становлению России.

Ректор Российской академии правосудия,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ,
федеральный судья в отставке
В.В.Ершов

I. ТРУДОВОЕ ПРАВО В РОССИИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ

Глава 1. ИСТОЧНИКИ ТРУДОВОГО ПРАВА В РОССИИ

§ 1. Международное трудовое право

Действующая Конституция РФ позволяет сделать важный теоретический и практический вывод: международное право является источником права в России. "Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы" (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ). "В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права..." (ч. 1 ст. 17 Конституции РФ). Вместе с тем в теории права и на практике существует множество сложнейших вопросов, требующих своего глубокого научного анализа. Среди них прежде всего можно выделить проблемы источников международного права, иерархии источников международного права, взаимодействия и соотношения международного и национального права, места и роли судов в процессе правообразования и применения международного права.

Прежде всего хотелось бы коротко проанализировать проблемы международного права с позиции наиболее признанных общетеоретических типов правопонимания. Длительное время многие исследователи сводили (и сводят до настоящего времени) право только к позитивному национальному законодательству, принимаемому государственными правотворческими органами. Н.Н. Тарасов, исследуя методологические, общетеоретические особенности советского этапа развития правоведения, сделал обоснованный вывод о том, что основным фактором, определяющим особенности данного этапа в области методологических исследований, является императивное политическое "вменение" материалистической диалектики как единственного научного метода познания права. С учетом этого "принципиальной особенностью советского этапа юридической науки является ее развитие в рамках "монистической методологии" <1>.

<1> Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. 2002. С. 12 - 13.

В современный период в специальной литературе преобладают три основных типа правопонимания: позитивистский, натуралистический и переходный, пытающийся в какой-то мере совместить позитивное и естественное право <1>. В 20-х гг. XX в. начал складываться социалистический тип правопонимания, получивший практически абсолютное признание. Социалистическое правопонимание сводило право к нормативным правовым актам, принятым правотворческими государственными органами. В 50 - 80 гг. XX столетия начали постепенно развиваться и иные понятия права. Так, Л.С. Явич и С.А. Комаров подчеркивали связь права с экономикой, а также его классовый характер. В.Н. Хропанюк рассматривал право с внеклассовой позиции как систему общеобязательных правил поведения, установленных и охраняемых государством. А.В. Малько с позиции философии прагматизма делал акцент на инструментальном подходе к пониманию права как средстве социального контроля.

<1> См., например: Попов В.В. Правопонимание и правовой нигилизм в российском обществе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 7; Гаджинова Ф.М. Источники права и их система в современном российском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 13 - 14.

Е.В. Рябченко, критически проанализировав теоретические и практические проблемы сведения права только к нормативным правовым актам, принимаемым государством, справедливо заметила: "В результате кризиса позитивистской методологии, господствующей в юриспруденции в

России... и основанных на ней философско-правовых идей (не способных разрешить насущные вопросы права и теоретически найти продуктивные пути, средства и формы проведения реформ общественно-политического строя в России) закономерным явился процесс "возрождения" естественного права, имеющего различные теоретико-методологические основы (немецкую классическую философию, религиозно-этическую философию, неокантианство и неогегельянство)" <1>. Выдающийся российский юрист П.И. Новгородцев подчеркивал, что естественное право представляет собой "неискоренимую потребность человеческого мышления и исконную принадлежность философии права" <2>. Исследуя историко-философские корни уже современного конституционализма, Ш.И. Алиев обоснованно указывал: "Учения об основных элементах конституционализма (демократия; права человека; республика; представительное правление; разделение властей; правовое, социальное и светское государство; гражданское общество; общественный договор; народный суверенитет и т.д.) не только получили свое обоснование в рамках теории естественного права, но и связаны с ней исторически и генетически. Поэтому сама концепция конституционализма, составленная из перечисленных выше идей, прошла в своем развитии все известные истории поступательные этапы движения общества и представляет собой не что иное, как логичный гносеологический вывод естественно-правовой доктрины" <3>.

<1> Рябченко Е.В. "Возрождение" естественного права и его значение для позитивного права России в конце XIX и начале XX века: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2002. С. 10.

<2> Новгородцев П.И. История философии права. М., 1897. С. 162.

<3> Алиев Ш.И. Историко-философские корни современного конституционализма: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 8 - 9.

Третий - переходный тип правопонимания, характеризующийся попытками ученых, как обоснованно заметила Ф.М. Гаджинова, "во всех возможных вариантах совместить принципы позитивизма и так называемого "юридического натурализма". Такой путь приводит к "многоуровневому", или "интегративному", подходу в правопонимании" <1>. В этой связи весьма характерным является вывод В.М. Шафирова: "Право есть явление многоаспектное. Ни одна из теорий в отдельности не дает, да и не может дать, полное и всестороннее представление о праве... Синтез разных школ права (в особенности естественного права и юридического позитивизма) позволяет выдвинуть, обосновать идею и концепцию естественно-позитивного права или позитивного права в человеческом измерении" <2>.

<1> Гаджинова Ф.М. Указ. соч. С. 13.

<2> Шафиров В.М. Естественно-позитивное право (проблемы теории и практики): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 8 - 9.

Исследователи занимают различные позиции и в вопросе соотношения естественного и позитивного права. Так, Е.Н. Трубецкой полагал, что "отвергнув естественное право, мы лишили себя ВСЯКОГО КРИТЕРИЯ (выделено мной. - Е.Е.) для оценки действующего права" <1>. В настоящее время такую позицию разделяют многие современные научные и практические работники. Например, В.В. Попов утверждает: "Противостояние позиций естественного и позитивного права может быть преодолено в том случае, если естественное право рассматривать как ЦЕЛЬ или МОДЕЛЬ БУДУЩЕГО, ЖЕЛАЕМОГО ПРАВОПОРЯДКА (выделено мной. - Е.Е.), а позитивное право - как средство достижения указанной цели" <2>.

<1> Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1913. С. 32.

<2> Попов В.В. Указ. соч. С. 13.

В свою очередь Ф.М. Гаджинова пришла к несколько иному выводу: "Общепризнанные нормы и принципы международного права могут рассматриваться в качестве ИСТОЧНИКОВ ПРАВА ПЕРВОГО ПОРЯДКА (выделено мной. - Е.Е.) (для правотворцев), т.е. как обязательный фактор, который должен учитываться при формировании позитивного права; признание их В КАЧЕСТВЕ ИСТОЧНИКА ПРИМЕНЯЕМОГО ПРАВА (выделено мной. - Е.Е.) будет декларативным, т.к. их применению препятствует официально признанная форма их выражения" <1>. Наконец, В.М. Шафиров, несмотря на собственное предложение о необходимости синтеза школ естественного права и юридического позитивизма, утверждает, что "по своей сущности естественно-позитивное право есть ВОЗВЕДЕННАЯ В ЗАКОН (ИЛИ ОФИЦИАЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ) ВОЛЯ БОЛЬШИНСТВА ЛЮДЕЙ (выделено мной. - Е.Е.), провозглашающая человека, его права и свободы высшей ценностью" <2>.

<1> Гаджинова Ф.М. Указ. соч. С. 10.

<2> Шафиров В.М. Указ. соч. С. 10.

На мой взгляд, естественное право (если оно является действительно обязательным правом для всех) нельзя сводить к "критерию" действующего права; "цели или модели будущего, желаемому правопорядку"; "источникам права первого порядка для правотворцев"; "возведенной в закон и иные официальные источники воле большинства людей". Целью права является регулирование правоотношений, защита прав и свобод граждан. Отсюда как естественное, так и позитивное право возможно и необходимо рассматривать в качестве различных и в известной степени самостоятельных источников права. При таком подходе можно сделать и следующий вывод: по своей сущности международное и национальное право составляет сложную совокупность естественного и позитивного права. "Наиболее существенным "внутринаучным" процессом современной науки права, - как справедливо подчеркивает Н.Н. Тарасов, - является не переход от марксизма к альтернативным философско-методологическим основаниям юридических исследований, а переход от монистической методологии к философско-методологическому плюрализму" <1>.

<1> Тарасов Н.Н. Указ. соч. С. 9.

Обращение к теоретическим проблемам правопонимания в эпоху глобализации имеет не только академический, но практический интерес. Глобализация - сложнейший феномен мировой правовой, политической, социально-экономической, экологической и культурной взаимозависимости граждан и государств, выражающийся во все более активном взаимовлиянии международного и национального права, в перемещении идей, товаров, услуг, капитала и людей через границы государств. В этой связи международное право с объективной необходимостью становится не столько "эталоном" национального права, сколько реальным правовым средством регулирования правоотношений. Современные правотворческие и правоприменительные процессы, происходящие в России, невозможны без исследования и учета общемировых интеграционных процессов. Отсюда современную российскую правовую систему невозможно себе представить вне связи с международным правом.

В конце XIX столетия появились первые фундаментальные исследования, посвященные вопросам взаимовлияния международного и национального права. Гроций, Пуффендорф, Вольф, Ваттель и другие ученые изучали проблемы международного и национального права с позиции соотношения естественного и позитивного права, признавая примат естественного права.

Действующие российские кодексы содержат различные варианты ответов на вопрос о соотношении международного и национального права. Так, ст. 10 Трудового кодекса РФ и ст. 8 Таможенного кодекса РФ лишь текстуально воспроизводят ч. 4 ст. 15 Конституции РФ; более того, ст. 6 Семейного кодекса РФ, ст. 3 Воздушного кодекса РФ, ст. 4 Земельного кодекса РФ и ст. 9 Жилищного кодекса РФ учитывают ч. 4 ст. 15 Конституции РФ не в полной мере: "Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены... законодательством, применяются правила международного договора".

Современные российские специалисты также занимают различные позиции по вопросу о соотношении международного и национального права. Например, Н.А. Цивадзе полагает, что "необходимым элементом современного конституционного законодательства стало положение, закрепляющее соотношение международного и внутригосударственного права. Вопрос о соотношении международного права и национального решается в пользу СБЛИЖЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) норм двух систем с целью их эффективного взаимодействия" <1>. Однако использованный Н.А. Цивадзе термин "сближение" лишь подчеркивает наличие двух систем права и не отвечает на вопрос о соотношении международного и национального права. Е.Ю. Степкин занимает несколько иную позицию: "Важное значение имеет выбор государством концепций соотношения международного и внутригосударственного права, среди которых основными являются дуалистическая и монистическая (с приоритетом международного права). При характеристике соотношения современного международного права с внутригосударственным правом России можно говорить о ДИАЛЕКТИЧЕСКОМ СОЧЕТАНИИ (выделено мной. - Е.Е.) обеих концепций" <2>. Вместе с тем выработанное автором понятие "диалектическое сочетание" также не разрешает длительный спор между сторонниками дуалистической и монистической концепций о соотношении международного и национального права.

<1> Цивадзе Н.А. Применение норм международного права судами Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8.

<2> Степкин Е.Ю. Соотношение норм конституционного права России и международного права при обеспечении личных прав человека и гражданина: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 10.

По существу уход от ответа на принципиальный вопрос в дальнейшем, на мой взгляд, приводит Е.Ю. Степкина к по меньшей мере спорным выводам. "Предлагается дополнить, - пишет он, - ч. 4 ст. 125 Конституции РФ включением в нее положений о нормах международного права, а именно: "Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных права и свобод граждан и по запросам судов ПРОВЕРЯЕТ КОНСТИТУЦИОННОСТЬ ЗАКОНА И (ИЛИ) НОРМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА (выделено мной. - Е.Е.), примененных или подлежащих применению в конкретном деле, в порядке, установленном федеральным законом" <1>. В результате Е.Ю. Степкин по существу делает предложение о создании монистической концепции "наоборот" с приоритетом национального права перед международным. Возникают как минимум два вопроса. Первый: как и кем такие постановления Конституционного Суда РФ будут исполняться? Второй: соответствует ли такое предложение действующей Конституции РФ и основополагающим идеям естественного права и правового государства? Думаю, вопросы являются риторическими.

<1> Там же. С. 11.

Однако, противореча сам себе, Е.Ю. Степкин справедливо отмечает: "В мире преобладают две основные концепции - это дуалистическая концепция и монистическая концепция (та ее разновидность, которая утверждает примат международного права). Что касается нашей страны, то здесь нельзя однозначно сказать, что Россия избрала себе какую-либо определенную концепцию. С одной стороны, действуют положения дуалистической концепции о том, что международное и внутригосударственное право - это самостоятельные системы, взаимодействующие между собой. С другой стороны, нельзя не учитывать положения ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, в которой общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ признаются частью правовой системы России, а также признается преимущество международных договоров РФ перед внутренними законами, что укладывается в рамки монистической концепции примата международного права над внутригосударственным" <1>. Далее, подтверждая свой вывод, Е.Ю. Степкин делает компромиссное предложение: "Если внимательно присмотреться к законодательству и к практике государства, то окажется, что в большинстве случаев речь идет не о примате, т.е. абсолютном превосходстве международных норм, а о более мягком характере соотношения, которое можно определить как "приоритет". Действительно, ведь международные нормы действуют на территории нашей страны только в силу самой конституционной нормы и их приоритет не распространяется на Конституцию РФ" <2>.

<1> Степкин Е.Ю. Указ. соч. С. 16.

<2> Там же. С. 16 - 17.

Достаточно сложную и противоречивую позицию, на мой взгляд, занимает Б.Л. Зимненко, во-первых, полагающий, что "ни при каких условиях сама по себе норма международного права не в состоянии регулировать отношения, возникающие между субъектами национального права, даже если законодательство государства "санкционирует" такое действие" <1>. Во-вторых, "принимая во внимание самостоятельность правовых порядков, основывающихся на международном и национальном праве, связь международного и национального права, - считает Б.Л. Зимненко, - должна рассматриваться через ПРОЦЕСС ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ, А НЕ СООТНОШЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.), как утверждает большинство представителей отечественной и зарубежной доктрины международного права... международно-правовая норма и норма внутригосударственного права являются нормами различных правовых систем, КОТОРЫЕ МОГУТ ВЗАИМОДЕЙСТВОВАТЬ, НО НЕ КОЛЛИДИРОВАТЬ ДРУГ С ДРУГОМ (выделено мной. - Е.Е.)" <2>. В-третьих, делает весьма спорный вывод Б.Л. Зимненко, "взаимодействие международного и внутригосударственного права в сфере отношений с участием субъектов национального права осуществляется в форме национально-правовой имплементации. Причем выделяются следующие основные методы национально-правовой имплементации: метод внутригосударственного правотворчества; метод инкорпорационной отсылки; метод толкования. Вследствие действия метода инкорпорационной отсылки к источникам и нормам международного права - в рамках правовой системы государства образуется внутригосударственная правовая норма, элементы логической структуры которой, а также компоненты содержания которой закрепляются одновременно как в источниках международного права, ставших частью правовой системы государства, так и в источниках национального права" <3>.

<1> Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система Российской Федерации: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 16.

<2> Там же. С. 14, 35.

<3> Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 7.

В свою очередь Я.А. Бороздина пришла к другому выводу: "Конституционное закрепление в России ПРИМАТА МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА НАД НАЦИОНАЛЬНЫМ (выделено мной. - Е.Е.) предполагает более активное и последовательное согласование национального права с международным и европейским" <1>.

<1> Бороздина Я.А. Членство России в Совете Европы и международная защита прав человека и основных свобод: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 7.

В то же время, на мой взгляд, действующая Конституция РФ прямо не гарантирует примата, или приоритета, международного права над российским правом, к сожалению, содержит нормы, отражающие элементы как дуалистической, так и монистической концепции. Так, с одной стороны, во-первых, ч. 2 ст. 4 Конституции РФ установила: "Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации". Во-вторых, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ не отвечает на важнейший вопрос о соотношении общепризнанных принципов и норм международного права и Конституции РФ. В-третьих, ч. 1 ст. 120 Конституции РФ гласит: "Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону". Отсюда многие исследователи говорят о приоритете Конституции РФ над международным правом. Весьма характерно мнение Б.Л. Зимненко: "Конституция РФ в рамках правовой системы России обладает высшей юридической силой по отношению ко всем внутригосударственным нормативным актам, а также к положениям, предусматриваемым источниками международного права, ставшими частью правовой системы государства. В случае возникновения коллизии между конституционными положениями и положениями международного права государственный орган должен руководствоваться положениями, закрепленными в Конституции РФ" <1>.

<1> Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 11.

С другой стороны, во-первых, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ устанавливает примат международных договоров Российской Федерации над законами. Во-вторых, ч. 1 ст. 17 Конституции РФ содержит важнейшее положение: "В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права...". В-третьих, ч. 3 ст. 46 Конституции РФ гарантирует: "Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты". В-четвертых, ст. 18 Конституции РФ не сводит национальное право только к позитивному праву, нормативным правовым актам, принимаемым правотворческими органами государственной власти; гарантирует признание также и естественного права в качестве национального права: "Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием".

Довольно противоречивое регулирование в Конституции РФ правовых вопросов, связанных с соотношением международного и российского права, и приводит научных работников к столь разным выводам. Весьма характерным является мнение В.А. Толстик: "Юридически обязательными для Российской Федерации являются только те нормы международного права, в отношении которых она выразила согласие на обязательность их для себя" <1>. Перефразируя В.А. Толстик, можно прийти к несколько странному выводу о необходимости применения только "нами признанных", а не "общепризнанных" норм международного права.

<1> Толстик В.А. Иерархия источников российского права: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 47.

Возможность непосредственного применения международного права изучается учеными в рамках проблемы "самоисполнимости" международного права в зависимости от источников международного права. Частично ответ на этот вопрос можно найти и в федеральных законах. Так, согласно п. 3 ст. 5 Федерального закона РФ "О международных договорах Российской Федерации", принятого 16 июня 1995 г., "положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерации принимаются соответствующие правовые акты" <1>.

<1> Российская газета. 1995. 21 июля.

Большинство специалистов разделяют позицию, состоящую в том, что возможно непосредственное применение и действие самоисполнимых норм международного права в сфере внутригосударственных отношений. Вместе с тем ряд авторов без, на мой взгляд, достаточно убедительной аргументации отрицают такую возможность. Так, Б.Л. Зимненко полагает, что "нормы международного права по объективным критериям не способны регулировать внутригосударственные отношения, причем даже в том случае, если в национальном законодательстве будут предусматриваться соответствующие отсылочные нормы. В связи с этим на доктринальном уровне невозможно вести речь о существовании самоисполнимых норм, так как сами нормы международного права ни при каких условиях не могут быть реализованы в сфере отношений, участниками которых являются субъекты национального права, независимо от того, носят ли такие нормы характер самоисполняемых либо нет. Эти нормы не могут выполнять регулятивную функцию в сфере внутригосударственных отношений, даже если государство будет принимать дополнительные (конкретизирующие) правовые нормы. Даже на первый взгляд самоисполнимая норма международного права, с точки зрения доктрины, по своей сути всегда является несамоисполнимой (в том смысле, что она не способна регулировать внутригосударственные отношения" <1>).

_____

<1> Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 27.

Как представляется, теоретической основой как дуалистической концепции, так и различных видов отрицания непосредственного применения международного права, "самоисполнимости" международного права, возможности непосредственного действия самоисполнимых норм международного права является позитивизм, сведение права только к нормативным правовым актам, принимаемым правотворческими органами государства. И наоборот: многоуровневое, интегративное понимание права как сложной совокупности, синтеза естественного, международного и национального позитивного права позволяет рассматривать международное и национальное право в рамках единой правовой системы, монистической концепции, непосредственного действия и применения самоисполняемых норм международного права.

13 ноября 2003 г. Главное государственно-правовое управление Президента Российской Федерации совместно с Советом Европы провело конференцию на тему: "Приведение в соответствие с европейскими стандартами российской правовой системы: десять лет сотрудничества с Советом Европы (1993 - 2003 гг.) и дальнейшие перспективы". Весьма показательно и то, что 21 - 22 марта 2006 г. в Москве состоялось заседание Постоянного совета партнерства (ПСП) Россия - Европейский союз по тематике общего пространства свободы, безопасности и правосудия, в повестке дня которого, в частности, рассматривались вопросы реализации "дорожной карты", борьбы с терроризмом, оргпреступностью, противодействия наркотикам, соглашения о визовых упрощениях, перехода к безвизовому режиму взаимных поездок граждан, правового сотрудничества, миграционная проблематика.

2 - 4 июня 2004 г. в г. Санкт-Петербурге Российская академия правосудия совместно с Советом Европы провела конференцию на тему: "Теоретические и практические вопросы применения международного права", посвященную принятому 10 октября 2003 г. Пленумом Верховного Суда РФ Постановлению N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации". В своих выступлениях на конференции судья Европейского суда по правам человека от Украины В.Г. Буткевич указал, в частности, на наметившиеся характерные тенденции: постоянный рост обращений граждан в Европейский суд; увеличение числа постановлений Европейского суда против государств; возможность защиты Европейским судом прав и свобод граждан, в том числе и в случае их нарушения в результате применения национальных конституций. В этой связи представляется необходимым еще раз вернуться к проблемам соотношения международного и национального права с позиции общей теории права, деятельности правотворческих и правоприменительных органов.

В.Г. Буткевич назвал пять отличных друг от друга подходов европейских государств к применению Европейской конвенции: первый - автоматическое, прямое применение; второй - опосредованное применение после принятия национального закона; третий - в результате весьма сложной обусловленности (например, в Швеции); четвертый - в случае отсутствия нормы в национальном праве; пятый - прямое неприменение. Очевидно, что проанализированные выше выводы многих российских ученых и правотворческих органов большинства европейских государств во многом совпадают.

Как представляется, вопрос о прямом или каком-то ином варианте применения международного права, соотношении международного и национального права прежде всего зависит, во-первых, от позиции государства, связанной со степенью ограничения суверенитета и

государственной воли на ограничение действий (бездействия) национальных органов государственной власти не только (и не столько) собственными нормативными правовыми актами, но и международным правом; во-вторых, от вида источников международного права. В специальной литературе выделяются различные источники международного права. Так, И.И. Лукашук считает, что основной формой существования общепризнанных принципов и норм международного права является обычай, находящий закрепление в различных международных актах, резолюциях международных организаций и многосторонних договорах <1>. Большинство специалистов международного права отождествляют понятия "норма" и "принцип". Традиционно такой вывод можно найти и в учебниках по международному праву: "Любой общепризнанный принцип международного права является общепризнанной нормой, но не всякая общепризнанная норма международного права является общепризнанным принципом" <2>.

_____

<1> См.: Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. С. 52.

<2> Международное право: Учебник / Под ред. Ю.М. Колосова и М.С. Кривчиковой. С. 39.

Весьма распространена среди специалистов по международному праву точка зрения, в соответствии с которой международное право по существу сводится к международным договорам. Такая научная позиция нашла свое законодательное закрепление в российском законодательстве и судебной практике. Так, с одной стороны, ст. 6 Семейного кодекса РФ называется "Семейное законодательство и нормы международного права". С другой стороны, в тексте самой статьи говорится только о международных договорах Российской Федерации. В п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" также разъяснено, что "под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо" <1>.

_____

<1> Российская газета. 2003. 2 декабря.

Д.Г. Самхарадзе к источникам современного международного права относит не только международные договоры и обычаи, но и "правотворческие решения международных организаций" <1>. Такую точку зрения разделяет и Б.Л. Зимненко <2>. Кроме того, Б.Л. Зимненко полагает, что "частью правовой системы России стал международный обычай, содержащий общепризнанные принципы и нормы международного права" <3>. Б.Л. Зимненко также признает международный обычай "основным источником общепризнанных норм международного права" <4>. Наконец, Б.Л. Зимненко считает, что "под общепризнанным принципом международного права понимаются основополагающие общепризнанные нормы международного права, отклонение от которых недопустимо. Причем когда речь идет об общепризнанных принципах, то выделяются два вида принципов: основные и отраслевые общепризнанные принципы международного права" <5>.

_____

<1> Самхарадзе Д.Г. Взаимодействие источников современного международного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 7.

<2> См.: Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 30 - 31.

<3> Там же. С. 28.

<4> Там же. С. 29.

<5> Там же. С. 28.

Хотелось бы назвать и проанализировать и некоторые другие спорные положения об источниках международного права. Так, Д.Д. Невирко пишет: "В настоящее время решения Европейского суда имеют особую правовую природу. За время своей деятельности Суд ПОДВЕРГ ТОЛКОВАНИЮ (выделено мной. - Е.Е.) практически все положения Конвенции, чем несколько изменил ее первоначальный облик. Опыт руководства ранее принятыми решениями при рассмотрении дела является чрезвычайно распространенным. На практике решения Европейского суда рассматриваются как равнозначные по своей юридической силе положениям Конвенции. Зарубежные ученые прямо указывают на прецедентный характер решений, выносимых Европейским судом, указывая, что контрольные органы Конвенции признают себя связанными прецедентом (Д. Гомьен, Д. Харрис, Л. Зваак)" <1>. Вместе с тем в специальной литературе имеется и противоположная точка зрения: "Судебные решения в международном праве не имеют характера прецедента, а представляют собой лишь акты применения международных норм по конкретному делу" <2>. На мой взгляд, судебные решения любого суда, в том числе Европейского суда по правам человека, в силу объективной правовой необходимости разделения и взаимоограничения органов государственной власти не являются (не могут и не должны являться)

самостоятельными источниками права. С позиции общей теории права судебные решения могут содержать лишь акты толкования правовых норм (уяснения для себя и разъяснения для других), которые другими судами при рассмотрении иных споров могут учитываться лишь в силу авторитета суда, истолковавшего данную правовую норму. При таком подходе суд не может "изменить" правовую норму, а вправе лишь буквально истолковать волю правотворческого органа. Другое дело, что на практике суды нередко выходят за пределы своей компетенции и толкуют правовые нормы не буквально, а расширительно или ограничительно.

<1> Невирко Д.Д. Права и свободы человека и гражданина: проблемы соотношения, взаимодействия и иерархии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 11.

<2> Самхарадзе Д.Г. Указ. соч. С. 11.

Отдельные авторы называют "стандарты" международного права новым источником международного права <1>. Э. Ридел полагает, что "стандарт" может быть использован в качестве синонима нормы или принципа права и уже играет важную роль наряду с традиционной триадой источников международного права. С этим нельзя согласиться, справедливо замечает Н.А. Цивадзе, потому что стандарт может формулироваться в любой из норм, точнее, и договор, и обычай могут содержать стандартное правило <2>.

<1> Eibe Riedel. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law? ES.IL. 1991. N 2. P. 58 - 85.

<2> См.: Цивадзе Н.А. Указ. соч. С. 22.

Некоторые зарубежные специалисты относят к числу источников международного права доктрины наиболее авторитетных ученых. Характерно, что ст. 38 Статута Международного Суда, принятого 26 июня 1945 г., называет судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву разных наций в качестве "вспомогательного средства для определения правовых норм".

Весьма характерно и показательно, что преамбула Устава ООН, принятого 26 июня 1945 г., не содержит абсолютно определенного перечня источников международного права. В числе источников международного права назван только международный договор и применено оценочное понятие "и другие" источники. Конституция РФ установила три источника международного права: общепризнанные принципы международного права, общепризнанные нормы международного права и международные договоры (ч. 4 ст. 15).

Как представляется, "принцип" с позиции языкового толкования возможно рассматривать в качестве основополагающего, исходного правового положения; "норму" - как общеобязательное правило; "международный договор" - как соглашение государств об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей. В ст. 5 ГК РФ дается легальное толкование оценочного понятия "обычай делового оборота": "сложившееся и широко применяемое... правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе". Статут Международного Суда (ст. 38), принятый 26 июня 1945 г., не рассматривает в качестве синонимов понятия "общие принципы права, признанные цивилизованными нациями" и "международные обычаи". В ст. 38 Статута Международного Суда международный обычай определяется как "доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы". Следовательно, Статут Международного Суда признает международный обычай самостоятельным источником международного права.

Изложенные языковые, правовые и теоретические аргументы, думаю, позволяют сделать несколько выводов. Первый: перечень источников международного права не является исчерпывающим. Второй: недостаточно корректно отождествлять общепризнанные принципы и нормы международного права. Третий: международный обычай нельзя сводить к общепризнанным принципам и нормам международного права. Четвертый: международный "стандарт" и судебный прецедент в России не являются самостоятельными источниками права. Пятый: весьма спорно сводить "все" международное право только к международным договорам. Шестой: решения международных межправительственных организаций по своей правовой природе можно рассматривать в качестве международных норм поведения, а не самостоятельных источников права. Характерно замечание Б.Л. Зимненко относительно того, что решение международной межправительственной организации "содержит норму поведения субъектов международного права" <1>.

<1> Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 30.

В связи с изложенными теоретическими, правовыми, языковыми, практическими и иными аргументами полагаю, что источниками международного права, в частности, являются

общепризнанные принципы международного права, международные обычаи, общепризнанные нормы международного права и международные договоры.

Важнейшее теоретическое и практическое значение вопроса о прямом, непрямом или каком-то ином применении международного права, думаю, прежде всего зависит от вида источника международного права. На мой взгляд, с одной стороны, механизм принятия, действия и применения общепризнанных норм международного права и международных договоров должны определять как органы, выработавшие и принявшие общепризнанные нормы международного права, так и государства, подписавшие международные договоры. С другой стороны, обычаи и общепризнанные принципы международного права вырабатываются в результате длительной правоприменительной практики, далеко не всегда находят свое закрепление в иных источниках международного права. В этой связи, полагаю, признанную доктрину самоисполнимых и несамоисполнимых договоров нельзя автоматически распространять на обычаи и общепризнанные принципы международного права. Как представляется, обычаи и общепризнанные принципы международного права могут применяться непосредственно, являясь своеобразным выражением (формой) естественного права, определяющего вектор развития иных источников международного права, а также национального права, прямо регулирующих общественные отношения.

Проблема иерархии источников международного права, к сожалению, практически еще не исследована в необходимой мере. Ответ на этот сложнейший вопрос отсутствует в Конституции РФ, российских кодексах и иных федеральных законах. В этой связи этот вопрос не нашел своего разрешения и в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации".

Б.Л. Зимненко, справедливо обратившийся к данной проблеме, полагает, что "практика и доктрина международного права выделяет два основных правила разрешения коллизий: принцип иерархии и принцип приоритета применения. Одна из основных особенностей принципа иерархии заключается в том, что указанный принцип применяется к правовым нормам, имеющим различную юридическую силу в рамках той или иной правовой системы. В отличие от принципа иерархии, принцип приоритета применения используется в отношении правовых норм, обладающих равной юридической силой" <1>. Такой вывод основывается по существу на одной из разновидностей дуалистической концепции, признающей наличие лишь "взаимодействующих" правовых систем - международного и национального права.

<1> Зимненко Б.Л. Указ. соч. С. 37 - 38.

Вместе с тем детальный анализ целого ряда обязательных для России источников международного права, на мой взгляд, позволяет сделать другой вывод. Так, согласно ст. 2 Устава Организации Объединенных Наций, принятого 26 июня 1945 г., "все члены Организации Объединенных Наций добросовестно выполняют принятые на себя по настоящему Уставу обязательства...". Однако существует множество источников международного права. Например, в настоящее время в мире насчитывается свыше 500000 только двух- или многосторонних международных договоров.

В этой связи важнейшее практическое значение имеет ст. 103 Устава ООН: "В том случае, когда обязательства членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу".

Статьей 36 Статута Международного Суда, принятого 26 июня 1945 г., установлено, что "государства - участники настоящего Статута могут в любое время заявить, что они признают без особого о том соглашения, ipso facto, в отношении любого иного государства, принявшего такое же обязательство, юрисдикцию Суда обязательной по всем правовым вопросам, касающимся:

a) толкования договора;

b) любого вопроса международного права...".

Статья 59 Статута Международного Суда устанавливает обязательность решения суда для сторон, участвующих в деле. Решение Международного Суда окончательно и не подлежит обжалованию (ст. 60 Статута Международного Суда).

Важнейшее практическое значение имеет и Венская конвенция "О праве международных договоров", принятая 23 мая 1969 г. Согласно ст. 1 данной Конвенции "настоящая Конвенция применяется к договорам между государствами". В соответствии со ст. 103 Устава ООН, ст. 53, 64, 71 Венской конвенции "О праве международных договоров" общепризнанные принципы и нормы международного права имеют преимущественную силу (jus cogens - императивная норма) над международными договорами, отклонение от общепризнанных принципов и норм международного права недопустимо, любой международный договор в этих спорах рассматривается как

недействительный и не подлежит применению. "В случае, когда договор является недействительным в соответствии со ст. 53, участники:

a) устраняют, насколько это возможно, последствия любого действия, совершенного на основании положения, противоречащего императивной норме общего международного права;

b) приводят свои взаимоотношения в соответствие с императивной нормой общего международного права" (ст. 71 Венской конвенции "О праве международных договоров").

Даже "если возникает новая императивная норма общего международного права, то любой существующий договор, который окажется в противоречии с этой нормой, становится недействительным и прекращается" (ст. 64 Венской конвенции "О праве международных договоров").

Анализ названных источников международного права, думаю, позволяет сделать важный теоретический и практический вывод: международное право обязательно для государств в процессе как правоприменения, так и правотворчества; должна существовать своеобразная "связанность", ограниченность органов государственной власти международным правом, устанавливающим определенные рамки, пределы в процессе выработки и принятия международных договоров, попытки принятия нормативных правовых актов и рассмотрения споров в судах. При таком подходе международное и национальное право не только взаимодействуют, взаимно влияют друг на друга, но и имеют различную юридическую силу в рамках общей международно-правовой системы, в которой национальное право является ее необходимым элементом. Полагаю, такой вывод убедительно подтверждает ч. 4 ст. 15 Конституции РФ: "Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора". Кроме того, "международные договоры Российской Федерации ЗАКЛЮЧАЮТСЯ, ВЫПОЛНЯЮТСЯ И ПРЕКРАЩАЮТСЯ В СООТВЕТСТВИИ С ОБЩЕПРИЗНАННЫМИ ПРИНЦИПАМИ И НОРМАМИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА..." <1> (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 1 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации").

<1> Российская газета. 1995. 21 июля.

Таким образом, проанализированные источники международного права и правовые нормы Конституции РФ и Федерального закона, на мой взгляд, позволяют сделать следующий вывод: общепризнанные принципы и нормы международного права имеют более высокую юридическую силу по отношению к международным договорам Российской Федерации, а последние - перед федеральными законами. Поскольку под общепризнанными принципами международного права в общей теории права традиционно понимаются основные, исходные правовые положения, основополагающие начала, вырабатываемые и признаваемые международным сообществом государств, отклонение от которых недопустимо, постольку считаю, что общепризнанные принципы международного права имеют более высокую юридическую силу по сравнению с общепризнанными нормами международного права. В общей теории права общепризнанной нормой международного права признается общеобязательное правило, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств, основанное на общепризнанных принципах международного права и международных обычаях, которому субъекты международного права должны следовать во всех подобных случаях. Международный обычай ст. 38 Статута Международного Суда определяется как "доказательство всеобщей практики...".

В связи с изложенными теоретическими, правовыми и иными аргументами считаю возможным установить следующую иерархию источников международного права: 1) общепризнанные принципы международного права; 2) международные обычаи; 3) общепризнанные нормы международного права; 4) международные договоры.

При таком подходе к подготовке, принятию и применению правовых норм возможно добиться ограничения злоупотребления правом со стороны правотворческих и правоприменительных органов государственной власти <1>. Безусловно, в правоприменительной и правотворческой практике возникает и будет возникать множество споров, например, по толкованию международного права, преодолению пробелов и коллизий в международном праве, которые, в частности, могут быть разрешены специализированным Международным Судом, созданным в соответствии со ст. 92 - 95 Устава ООН. Согласно ст. 94 Устава ООН "каждый Член Организации обязуется выполнить решение Международного Суда по тому делу, в котором он является стороной". Необходимо подчеркнуть, что "Генеральная Ассамблея или Совет Безопасности могут запрашивать от Международного Суда КОНСУЛЬТАТИВНЫЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПО ЛЮБОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ВОПРОСУ (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 96 Устава ООН). Международный Суд имеет право толковать все международные конвенции (ст. 34 Статута Международного Суда), в частности и Венскую конвенцию "О праве международных договоров" (ст. 66 Венской конвенции "О праве международных договоров")" <2>. П.М. Костоева справедливо указывает на роль

Международного Суда "в деле построения миропорядка на основе верховенства права (Rule of Law)" <3>.

<1> Более подробно см., например: Ершов В.В. Правовая цивилизация: теоретические и практические вопросы международного права // Российская юстиция. 2004. N 5. С. 9.

<2> Костоева П.М. Международный Суд ООН и прогрессивное развитие международного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 12.

<3> Там же.

В целом исследователи не пришли к каким-то общим выводам по проблемам общепризнанных принципов права вообще и международного права в частности. Например, С.Ю. Лаврусь с позиции общей теории права определяет принципы права как "сформулированные в нормативно-правовых предписаниях либо выводимые из них ФУНДАМЕНТАЛЬНЫЕ ИДЕИ (выделено мной. - Е.Е.), выражающие сущность права, определяющие его содержание и общий характер правового регулирования общественных отношений... принципы права - это все-таки нормы права" <1>. К.А. Чернов также полагает, что "принцип права - это идея, отражающая уровень развития фактических общественных отношений и правосознания, являющаяся элементом права, носящая нормативный характер" <2>. И.К. Шаов рассматривает принципы международного права как "ФУНДАМЕНТ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКА" <3> (выделено мной. - Е.Е.).

<1> Лаврусь С.Ю. Реализация принципов права в юридической практике: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 14, 17.

<2> Чернов К.А. Принцип равенства как общеправовой принцип российского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003. С. 9 - 10.

<3> Шаов И.К. Международный правопорядок и пути его совершенствования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 14.

Еще дальше идет Е.Ю. Степкин, предлагая "принять федеральный закон "Об общепризнанных принципах и нормах международного права в правовой системе Российской Федерации", где дать ЧЕТКОЕ ПОНЯТИЕ (выделено мной. - Е.Е.) и назвать те общепризнанные принципы и нормы, которые входят в правовую систему Российской Федерации" <1>. Без каких-либо необходимых теоретических и правовых аргументов Е.Ю. Степкин делает вывод, что "на сегодняшний день в правовую систему России входят только те общепризнанные принципы и нормы международного права, которые закреплены во вступивших в силу для Российской Федерации международных договорах" <2>.

<1> Степкин Е.Ю. Указ. соч. С. 20.

<2> Там же.

На мой взгляд, общепризнанные принципы международного права не являются "фундаментальными идеями", "принципами-нормами", а уже тем более "фундаментом" чего-либо; не может быть и исчерпывающего перечня общепризнанных принципов международного права в каких-либо нормативных правовых актах и прежде всего в международных договорах и национальных законах. Думаю, общепризнанные принципы международного права прежде всего отражают устойчивые, устоявшиеся и длительное время применяемые в правоприменительной практике основные, исходные правовые положения, общие основополагающие начала, вырабатываемые и признаваемые международным сообществом государств, отклонение от которых в правоприменительной практике недопустимо. Общепризнанные принципы международного права отражают объективные общемировые закономерности общественного развития и не должны зависеть от субъективного усмотрения каких-либо национальных правотворческих органов. Перечень общепризнанных принципов международного права, на мой взгляд, не может быть, во-первых, исчерпывающим; во-вторых, только нормативно закрепленным. Примерный перечень общепризнанных принципов международного права содержится в ст. 1 и 2 Устава ООН. Важное практическое значение имеет также Декларация о принципах международного права, касающаяся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, принятая 24 октября 1970 г.

Среди общепризнанных принципов международного права представляется необходимым прежде всего назвать принципы:

- всеобщего уважения и соблюдения прав человека и основных свобод для всех;
- добросовестного выполнения международных обязательств;
- равного права на защиту;
- баланса публичного и частного интереса;

- верховенства права.

Концепция правового государства прежде всего должна основываться на принципе верховенства права, а не закона, плюрализме источников естественного и позитивного права, в частности и обычного права. Все основные доктрины обычного права А.С. Коноваловой были объединены в четыре группы: "автономная концепция, естественно-правовая концепция, позитивистская концепция и социологическая (паритетная) концепция..." <1>. Автономная концепция сводится к исследованию обычного права как самодостаточного правового явления. Позитивистская концепция обычного права основывается на признании источником права только обычая, признанного государством. Социологическая концепция обычного права разграничивает право социальное и право государственное как друг другу противоположные явления. Естественно-правовая концепция обычного права прежде всего делает акцент на соответствии обычного права и справедливости.

<1> Коновалова А.С. Обычное право в российской правовой жизни: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 12.

"Обычное право как источник гражданского права, - замечает Р.З. Зумбулидзе, - основывается на "силе факта", то есть многократном и единообразном повторении известного поведения. Образец такого поведения должен вырабатываться авторитетными лицами общества или социальной группы для того, чтобы иметь социально-принудительный характер. Оно является партикулярным источником гражданского права, хотя может иметь и общепризнанный характер. Для образования обычая требуется определенный промежуток времени, длительность которого устанавливается в каждом конкретном случае... Отличие между правовым обычаем, регулирующим гражданско-правовые отношения, и обыкновением состоит в том, что первый представляет собой правило поведения, сложившееся в качестве нормы права и существующее независимо от воли субъектов гражданско-правовых отношений, а второе не приобретает статус нормы права, так как может применятся только по прямо выраженному соглашению сторон договора" <1>.

<1> Зумбулидзе Р.З. Обычное право как источник (форма) гражданского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 6 - 7.

Некоторые современные исследователи пытаются дать универсальное понятие источника права, основанного на интегративном правопонимании. На мой взгляд, такие попытки как в научном, так и в практическом плане непродуктивны и весьма схоластичны. Представляется более обоснованным прежде всего отделить право от иных средств регулирования общественных отношений. В общей теории права понятие "источник права" традиционно характеризуется, во-первых, формой выражения правил поведения; во-вторых, юридическими средствами, которыми государство придает им юридическую обязательность.

В связи с изложенными выше теоретическими и правовыми аргументами международный обычай можно рассматривать в качестве сложившегося и широко применяемого как доказательство всеобщей практики обязательного, основанного на многократном и единообразном применении правила регулирования правоотношений, не содержащегося в иных источниках международного права.

В отличие от международного обычая общепризнанные нормы международного права предлагается рассматривать как письменно оформленные общеобязательные правила, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств, основанные на общепризнанных принципах международного права и международных обычаях, которым субъекты международного права обязаны следовать во всех подобных случаях.

Общепризнанные нормы международного права, например, содержатся в

- Уставе ООН, принятом 26 июня 1945 г.;
- Статуте Международного Суда, принятом 26 июня 1945 г.;
- Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г.;
- Международном пакте о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г.;
- Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г.

Согласно ч. 2 ст. 1 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", принятого 16 июня 1995 г., в России могут заключаться три вида договоров: межгосударственные, межправительственные и договоры межведомственного характера <1>.

<1> Российская газета. 1995. 21 июля.

В рабочей группе по подготовке проекта Постановления Пленума Верховного Суда РФ "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" возник спор о том, все ли три вида международных договоров имеют приоритет перед федеральными законами в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ? Большинство специалистов в области международного права исходя из универсального общепризнанного принципа международного права - обязательного исполнения международных обязательств отвечали на этот вопрос утвердительно. Вместе с тем специалисты в области общей теории права возражали против такого толкования Конституции РФ в связи с тем, что международные договоры Российской Федерации должны применяться лишь постольку, поскольку они соответствуют иным источникам международного права, имеющим более высокую юридическую силу. С одной стороны, действительно "каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться" (ст. 26 Венской конвенции "О праве международных договоров"); "участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора" (ст. 27 Венской конвенции "О праве международных договоров").

С другой стороны, "государство не вправе ссылаться на то обстоятельство, что его согласие на обязательность для него договора было выражено в нарушении того или иного положения его внутреннего права, касающегося компетенции заключить договоры, как на основание недействительности его согласия, если только данное нарушение не было явным и не касалось нормы его внутреннего права особо важного значения. Нарушение является явным, если оно будет объективно очевидным для любого государства, действующего в этом вопросе добросовестно и в соответствии с обычной практикой" (ст. 46 Венской конвенции "О праве международных договоров"). Кроме того, согласно ст. 103 Устава ООН "в том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу". Наконец, согласно ст. 53 и 71 Венской конвенции "О праве международных договоров" "договор является ничтожным, если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права... императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер... Когда договор является недействительным в соответствии со ст. 53, участники:

a) устраняют, насколько это возможно, последствия любого действия, совершенного на основании положения, противоречащего императивной норме общего международного права, и

b) приводят свои взаимоотношения в соответствие с императивной нормой общего международного права".

В правоприменительной практике чаще всего возникают проблемы, связанные со спорами о соответствии общепризнанным принципам и нормам международного права межправительственных международных договоров и международных договоров межведомственного характера. Принимая во внимание названные выше теоретические и правовые аргументы, на мой взгляд, в п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" дано обоснованное разъяснение: "Правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении законов Российской Федерации. Правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившим данный договор (ч. 4 ст. 15, ст. 90, 113 Конституции Российской Федерации)" <1>.

<1> Российская газета. 2003. 2 декабря.

Как представляется, суд, рассматривая конкретный спор, не вправе применять международные договоры Российской Федерации, не соответствующие общепризнанным принципам и нормам международного права в каждом конкретном деле (ad hoc); может в подобных случаях обращаться с запросом о соответствии спорного международного договора Российской Федерации общепризнанным принципам и нормам международного права в Верховный Суд РФ или (соответственно) в Высший Арбитражный Суд РФ. Верховный Суд РФ или Высший Арбитражный Суд РФ имеют право обращаться с рекомендацией о прекращении или приостановлении действия международных договоров РФ в установленные федеральным законом органы государственной власти (ст. 35 Федерального закона РФ "О международных договорах Российской Федерации").

Считаю необходимым подготовить и принять соответствующие изменения и дополнения в Федеральный закон "О международных договорах Российской Федерации". Во-первых, изъять у ведомств право заключать международные договоры. Во-вторых, уточнить права органов государственной власти в процессе заключения международных договоров. В-третьих, конкретизировать правовой механизм приостановления и прекращения международных договоров. В-четвертых, установить адекватную ответственность должностных лиц, виновных в подготовке, подписании и применении международных договоров, не соответствующих общепризнанным принципам и нормам международного права.

Глобальные экологические, экономические, социальные и иные проблемы, а также угрозы международных террористов, очевидно, не могут быть разрешены лишь на национальном или региональном уровне. Они требуют совместных сбалансированных усилий всего цивилизованного человечества. В мире возобладали интеграционные процессы, затрагивающие взаимосвязанные и взаимозависимые глобальные общечеловеческие права и интересы. В этой связи "позитивное" национальное право представляется очевидно недостаточным для регулирования столь сложных общественных отношений, возрастают роль и значение международного права. Появились и новые субъекты правоотношений - международные, негосударственные и наднациональные органы и организации. Отсюда в настоящее время уже недостаточно исследовать проблемы только "конституционной цивилизации" или "правового государства". Пришло время анализа нового феномена - "правовой цивилизации" как более широкого понятия, нежели "правовое государство" или "конституционная цивилизация".

Характерно, что в июне 1992 г. в Рио-де-Жанейро состоялась конференция ООН на тему "Окружающая среда и развитие". Декларацию конференции подписали главы государств и правительств 179 стран мира. Конференция приняла документ с символическим названием "Повестка дня на XXI век". На конференции выработана концепция разумной сбалансированности, "устойчивого развития" - новая парадигма развития человечества, с неизбежностью повышающая роль международного права в защите прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Специалисты спорят о точном переводе английского термина "sustainable development". Как представляется, наиболее адекватным английскому термину является следующий русский эквивалент - "согласованное развитие", предусматривающий не только самоограничение государств национальным правом, но и ограничение международным правом как отдельных государств, надгосударственных и негосударственных органов и организаций, физических и юридических лиц, так и цивилизации в целом, т.е. цивилизации во всей ее сложности и многообразии, ограниченной международным правом <1>.

<1> Более подробно см., например: Ершов В.В. Правовая цивилизация: теоретические и практические вопросы международного права. С. 10.

Изложенные выше положения общей теории права необходимо применить и к исследованию современных теоретических и практических вопросов международного и российского трудового права. Думаю, магистральным направлением развития российского трудового права и судебной практики является приведение их в соответствие с международным и европейским трудовым правом. В специальной литературе уже наметилась подобного рода тенденция <1>.

<1> См., например: Анишина В.И. Применение российскими судами международных трудовых норм. М., 2003.

Любой научный анализ начинается со спора о дефинициях. Как представляется, прежде всего необходимо дать понятие общепризнанных принципов и норм трудового права, безусловно, "рабочее", прежде всего для дальнейшей дискуссии. Думаю, под общепризнанными принципами международного трудового права возможно понимать основные, исходные правовые положения, основополагающие начала трудового права, вырабатываемые и признаваемые международным сообществом государств, отклонение от которых недопустимо.

Применительно к Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, принятой 24 октября 1970 г., можно прежде всего выделить следующие основополагающие общепризнанные принципы международного трудового права:

- верховенство международного трудового права над национальными нормативными правовыми актами, регулирующими трудовые отношения;
- баланс прав и законных интересов работника и работодателя;
- равные права на судебную защиту;
- добросовестное выполнение международных обязательств;
- всеобщее уважение и соблюдение трудовых прав и защищаемых законом интересов для всех.

Общепризнанные нормы международного трудового права, на мой взгляд, - это общеобязательные правила, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств, основанные на общепризнанных принципах международного трудового права, которым должны следовать все в подобных случаях.

Общепризнанные нормы международного трудового права, в частности, содержатся в:

- Уставе ООН, принятом 26 июня 1945 г.;
- Статуте Международного Суда, принятом 26 июня 1945 г.;
- Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г.;
- Международном пакте о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г.;
- Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г.;
- конвенциях Международной организации труда.

Систематическое толкование общепризнанных принципов и норм международного трудового права, ст. 103 Устава ООН, ст. 53, 64 и 71 Венской конвенции "О праве международных договоров", принятой 23 мая 1965 г., как представляется, позволяет сделать следующий вывод: общепризнанные принципы и нормы международного трудового права имеют преимущественную силу (jus cogens - императивная норма) над международными договорами и национальными нормативными правовыми актами, регулирующими трудовые отношения; отклонение от общепризнанных принципов и норм международного трудового права недопустимо, международные договоры и национальные нормативные правовые акты в этих случаях рассматриваются как недействительные и не подлежат применению.

При таком подходе выстраивается строгая иерархия международных и национальных источников трудового права: общепризнанные принципы международного трудового права, общепризнанные нормы международного трудового права, международные договоры, национальные нормативные правовые акты, регулирующие трудовые отношения. В случае коллизий приоритет имеет источник трудового права, имеющий более высокую юридическую силу. В этом смысле предлагаю переработать и дополнить ст. 10 ТК РФ, которая в настоящее время, к сожалению, практически лишь воспроизводит ч. 4 ст. 15 Конституции РФ.

В то же время в доктрине и на практике остается открытым вопрос о месте и роли Конституции РФ в ряду иных источников права и, в частности, трудового. К сожалению, в самой Конституции РФ, как представляется, нет достаточно ясного ответа на этот вопрос. Так, в ч. 2 ст. 4 Конституции РФ устанавливается верховенство Конституции РФ и федеральных законов на всей территории Российской Федерации. Часть 4 ст. 15 Конституции РФ определяет приоритет только международного договора Российской Федерации над законами. Не выстроена иерархия источников международного и национального права и в ч. 1 ст. 17 Конституции РФ. Согласно ч. 1 ст. 120 Конституции РФ судьи "подчиняются только Конституции РФ и федеральному закону". В ч. 2 ст. 120 Конституции РФ урегулирован только один вид иерархических коллизий - между законом и актом государственного или иного органа: "Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа закону, принимает решение в соответствии с законом". Таким образом, вопрос о месте и роли Конституции РФ в ряду иных источников права (в том числе трудового права) еще требует дальнейшего тщательного изучения и разрешения. Думаю, прежде всего ответ на данный вопрос будет зависеть от того, какое государство в действительности мы будем строить в ближайшем будущем: открытое или закрытое?

С позиции сравнительного правоведения, соотношения международного и национального трудового права и хотелось бы проанализировать некоторые наиболее спорные статьи ТК РФ. Так, проблема запрещения, недопущения и предупреждения дискриминации получила широкое отражение в современных международных нормах, касающихся прав человека. Применительно к сфере труда недопущение дискриминации провозглашено в качестве одного из основополагающих принципов международного трудового права.

В 1998 г. Международная организация труда (МОТ) приняла Декларацию об основополагающих принципах и правах в сфере труда, в которой сказано, что все государства - члены МОТ обязаны соблюдать, укреплять и реализовывать принцип недопущения дискриминации в области труда и занятости. Данный принцип закреплен и в других Конвенциях МОТ: N 100, принятой в 1951 г., "О равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности"; N 111, принятой в 1958 г., "О дискриминации в области труда и занятий"; N 156, принятой в 1981 г., "О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящихся с семейными обязанностями". Для правотворческой и правоприменительной практики имеют важное значение также и конкретизирующие их Рекомендации МОТ N 90, 111, 165.

Значение международного трудового права о недискриминации возросло в связи с принятием ТК РФ, в котором в отличие от прежнего трудового законодательства более полно представлены нормы, регулирующие отношения, связанные с запрещением дискриминации и указывающие на признание равенства прав и возможностей работников.

Сравнительный анализ норм международного трудового права о дискриминации в сфере труда, российского трудового законодательства и судебной практики прежде всего позволяет обратить внимание на вопросы, касающиеся общего понимания запрета дискриминации в сфере труда и установленного в законодательстве специального круга практических вопросов, связанных с гарантиями при трудоустройстве, оплатой и иными условиями труда, продвижением по работе, профессиональной подготовкой, переподготовкой и повышением квалификации, трудовыми спорами.

В соответствии с Конвенцией МОТ о дискриминации в области труда и занятий, принятой в 1958 г., термин "дискриминация" включает всякое различие, недопущение или предпочтение по разным признакам, указанным в этой Конвенции. Статья 3 Трудового кодекса РФ указывает не только на различия, предпочтения и недопущения по основаниям, привычным для международных норм: полу, расе и т.д., но и на другие критерии, например социальное, должностное и служебное положение.

Вместе с тем в ТК РФ не только воспроизведено, но и развито положение о недопущении дискриминации как одной из гарантий при заключении трудового договора. В ст. 64 Трудового кодекса РФ указано на недопущение какого бы то ни было ограничения прав или установления прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом. При этом особо выделено и прямо указано запрещение отказывать в заключении трудового договора женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей.

В процессе ратификации Европейской социальной хартии, принятой в 1961 г., специалисты еще раз подчеркнули недопустимость дискриминации, в частности, в праве на труд, возможности каждого зарабатывать себе на жизнь трудом. В то же время необходимо отметить: с позиции международного трудового права недопущение дискриминации совсем не означает право граждан работать в конкретной организации. К сожалению, части пятая и шестая ст. 64 ТК РФ в прежней редакции, на мой взгляд, в нарушение норм международного трудового права предусматривали, что "по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме. Отказ в заключении трудового договора может быть обжалован в судебном порядке".

16 июня 2006 г. был принят Федеральный закон "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>, которым изменена не только редакция части шестой ст. 64 ТК РФ: в части шестой слова "судебном порядке" заменить словом "суд".

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

На практике возник целый ряд важнейших вопросов. Например, как обосновать потенциальному работодателю с фактической и правовой стороны причину отказа? Какова компетенция суда в этих случаях? Может ли суд обязывать организацию заключать трудовые договоры с гражданами во всех случаях при наличии вакансии?

В теории права имеются различные понятия: "право", "защищаемый законом интерес" и "интерес". Согласно ч. 1 ст. 46 Конституции РФ суд защищает только "права" и "защищаемые законом интересы". С одной стороны, право на труд у конкретного работодателя, защищаемое судом, возникает у гражданина лишь в случаях, предусмотренных ст. 16 ТК РФ. Так, если работодатель фактически допустил гражданина к работе, но надлежащим образом не оформил трудовой договор, то гражданин имеет право обращаться в суд с иском о заключении трудового договора с момента фактического допущения к работе. Защищаемый законом интерес гражданина на работу у конкретного работодателя может возникать лишь в случаях, установленных федеральным законом для точно определенных категорий граждан, например несовершеннолетних, беременных и т.д. С другой стороны, на мой взгляд, "просто" интерес на работу у конкретного работодателя не может быть защищен в суде.

В п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" обоснованно разъяснено, что "при рассмотрении споров, связанных с отказом в приеме на работу, необходимо иметь в виду, что труд свободен и каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также иметь равные возможности при заключении трудового договора без какой-либо дискриминации, т.е. какого бы то ни было прямого или косвенного ограничения прав или установления прямых или косвенных

преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом" (ст. 19, 37 Конституции РФ, ст. 2, 3, 64 Кодекса, ст. 1 Конвенции МОТ 1958 г. N 111 о дискриминации в области труда и занятий, ратифицированной Указом Президиума Верховного Совета СССР от 31 января 1961 г.).

Между тем при рассмотрении дел данной категории в целях оптимального согласования интересов работодателя и лица, желающего заключить трудовой договор, и с учетом того, что исходя из содержания ст. 8, ч. 1 ст. 34, ч. 1 и 2 ст. 35 Конституции РФ и абзаца второго части первой ст. 22 Кодекса работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом самостоятельно, под свою ответственность принимает необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала) и заключение трудового договора с конкретным лицом, ищущим работу, является правом, а не обязанностью работодателя, а также того, что Кодекс не содержит норм, обязывающих работодателя заполнять вакантные должности или работы немедленно по мере их возникновения, необходимо проверить, делалось ли работодателем предложение об имеющихся у него вакансиях (например, сообщение о вакансиях передано в органы службы занятости, помещено в газете, объявлено по радио, оглашено во время выступлений перед выпускниками учебных заведений, размещено на доске объявлений), велись ли переговоры о приеме на работу с данным лицом и по каким основаниям ему было отказано в заключении трудового договора.

При этом необходимо учитывать, что запрещается отказывать в заключении трудового договора по обстоятельствам, носящим дискриминационный характер, в том числе женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей (части вторая и третья ст. 64 Кодекса); работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы (часть четвертая ст. 64 Кодекса).

Поскольку действующее законодательство содержит лишь примерный перечень причин, по которым работодатель не вправе отказать в приеме на работу лицу, ищущему работу, вопрос о том, имела ли место дискриминация при отказе в заключении трудового договора, решается судом при рассмотрении конкретного дела <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Одним из основных правовых принципов международного трудового права является недопущение дискриминации в оплате труда. В то же время в ТК РФ данный принцип не нашел достаточной конкретизации, а на практике постоянно нарушается различным образом. Так, во многих организациях широко распространены так называемые вилки в окладах, прямо содержащиеся в штатном расписании для работников, занимающих равные должности, но имеющих, например, разный стаж работы, образование и т.д. Думаю, такой способ дискриминации трудовых прав работников не соответствует международному трудовому праву, выработавшему важнейший принцип: за равный труд - равное вознаграждение.

Многие филиалы и представительства юридических лиц, как правило, имеют "свое" штатное расписание, коллективный договор и иные "собственные" локальные нормативные акты. Обычно в одном юридическом лице есть обособленные структурные подразделения: "бедные" и "богатые". Работники традиционно принимаются на работу в филиал и увольняются в порядке "внутреннего" перевода в другой филиал этого же юридического лица. В части четвертой ст. 81 ТК РФ имеется понятие "работники этого подразделения, филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения организации", хотя согласно ст. 55 ГК РФ филиалы и представительства не являются юридическими лицами и действуют от имени и для юридического лица на основании доверенности. Следовательно, на мой взгляд, более точно использовать другое понятие: "работники юридического лица, работающие в филиале или представительстве". Отсюда работники, фактически работающие в обособленных подразделениях, должны заключать трудовой договор с юридическим лицом, а филиал или представительство - это лишь обязательное условие трудового договора (ст. 57 ТК РФ). В рамках единого юридического лица должны действовать общие локальные нормативные акты с возможной спецификой правового регулирования в различных обособленных структурных подразделениях.

Несколько слов о понятии "дискриминация". Представляется, что оценочное понятие "дискриминация" можно истолковать не только как различие, недопущение или предпочтение в работе, но и как определенное ограничение в нарушении трудовых прав работников в более широком контексте. В целом ряде нормативных правовых актов одни оценочные понятия конкретизируются через другие. В результате для практических работников они не становятся более понятными и ясными. Подобная практика не соответствует теории права, на мой взгляд,

ярко демонстрирует свою недостаточность в процессе анализа, в частности, и проблем принудительного труда.

Европейский суд по правам человека традиционно выделяет следующие ключевые признаки, характеризующие принудительный или обязательный труд: выполнение работы или несение службы против своей воли, несправедливое или жестокое требование выполнения работы или несения службы, наличие таких тягот этой работы или службы, которых можно было бы избежать. Все эти признаки принудительного и обязательного труда должны быть доказаны в суде. В этом отношении весьма характерно дело против Бельгии адвоката-стажера, которого заставили защищать клиентов в суде бесплатно. При рассмотрении жалобы адвоката-стажера в Европейском суде по правам человека был доказан только один признак принудительного труда - работа под угрозой наказания. Европейский суд по правам человека подчеркнул: работа может быть признана принудительным трудом при доказанности всех ее признаков.

При таком подходе, на мой взгляд, в ст. 4 ТК РФ в прежней редакции имелся только один и явно недостаточный признак принудительного труда - выполнение работы под угрозой применения какого-либо наказания и отсутствовал существенный признак принудительного труда - осуществление работы против воли работника.

К сожалению, и в новой редакции ст. 4 ТК РФ не была приведена в достаточной степени в соответствие с международным трудовым правом. Часть третья ст. 4 ТК РФ изложена в настоящее время в следующей редакции: "К принудительному труду также относится работа, которую работник вынужден выполнять под угрозой применения какого-либо наказания (насильственного воздействия)...".

С позиции международного трудового права, на мой взгляд, весьма спорно, ст. 4 ТК РФ в прежней и новой редакции относит к принудительному труду также и нарушение установленных сроков выплат заработной платы или ее выплату не в полном размере. В этой связи возникает целый ряд теоретических и практических вопросов. В соответствии со ст. 142 ТК РФ в случае задержки заработной платы на срок более 15 дней работник имеет право, известив работодателя в письменной форме, приостановить работу на весь период до выплаты задержанной суммы. В данной статье реализован известный принцип самозащиты, нашедший свое отражение и в ст. 14 ГК РФ. На практике возникает целый ряд вопросов, в частности: соответствует ли принцип самозащиты международному трудовому праву и Конституции РФ? Полагаю, нет. Каждому в России гарантирована судебная защита прав и свобод (ст. 46 Конституции РФ). Никто не может быть судьей в собственном споре - одна из известнейших правовых аксиом. Работник, защищая собственные трудовые права, видимо, не может быть объективным. Поэтому в соответствии с Конституцией РФ действительно нарушенные права и свободы каждого могут защищаться только судом.

ТК РФ в прежней редакции не ответил и на целый ряд последующих вопросов, возникающих в процессе применения судами ст. 142 ТК РФ. Например, имеет ли право работник, приостанавливающий работу, на заработную плату за данный период? Думаю, нет, поскольку такая ответственность юридического лица может быть установлена только законом. Права не только гражданина, но и юридического лица могут быть ограничены только федеральным законом (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, ст. 1 ГК РФ). Такая позиция нашла свое законодательное закрепление и в ст. 142 ТК РФ в новой редакции: материальная ответственность работодателя в виде выплаты заработной платы работнику, приостановившему работу, не установлена.

§ 2. Конституция Российской Федерации - основополагающий источник российского трудового права

"Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации" (ч. 1 ст. 15). "Суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно должностного лица Конституции Российской Федерации, федеральному конституционному закону, федеральному закону, общепризнанным принципам и нормам международного права, международному договору Российской Федерации... принимает решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу" (ч. 3 ст. 5 ФКЗ от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации") <1>. Следовательно, в этом случае истец может обратиться в суд с иском "о неприменении судом нормативного правового акта, противоречащего нормативному правовому акту, имеющему наибольшую юридическую силу". Суд, рассматривая конкретный спор и установив противоречие в нормативных правовых актах (иерархическую коллизию), должен принять решение в соответствии с нормативными правовыми актами, имеющими наибольшую юридическую силу.

<1> СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 1.

Названные и иные положения Конституции РФ, а также федерального конституционного закона послужили Верховному Суду РФ основаниями для принятия Постановления Пленума от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия", в соответствии с п. 2 которого судам при рассмотрении дел следует оценивать содержание закона или иного нормативного правового акта и во всех необходимых случаях применять Конституцию РФ в качестве акта прямого действия; суд, разрешая дело, непосредственно применяет Конституцию РФ, в частности, когда придет к выводу, что федеральный закон или иной нормативный правовой акт находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции <1>.

<1> Российская газета. 1995. 28 декабря.

16 июня 1998 г. Конституционный Суд РФ принял известное Постановление по делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126, 127 Конституции, вызвавшее, на мой взгляд, множество обоснованных дискуссий среди научных и практических работников <1>. В данном Постановлении Конституционный Суд РФ, полагаю, пришел к весьма дискуссионному выводу о том, что проверку "конституционности нормативных актов" может осуществлять только Конституционный Суд РФ, а другие судебные органы Конституция Российской Федерации такими полномочиями не наделяет. Вместе с тем компетенция Конституционного Суда РФ исчерпывающе определена ст. 125 Конституции РФ и ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации", принятом 21 июля 1994 г. (с последующими изменениями и дополнениями). Согласно данным нормативным правовым актам Конституционный Суд РФ вправе, в частности, разрешать дела о соответствии Конституции РФ лишь строго установленных нормативных правовых актов и толковать Конституцию РФ. Суды же общей юрисдикции и арбитражные суды, прямо применяя Конституцию РФ и не применяя не соответствующие ей иные нормативные правовые акты, регулирующие трудовые отношения, думаю, не вторгаются в компетенцию Конституционного Суда РФ, а лишь преодолевают иерархические коллизии в нормативных правовых актах в каждом конкретном деле - ad hoc.

<1> См., например: Ершов В.В. О признании нормативных правовых актов противоречащими Конституции РФ и федеральным законам: теория вопроса // Российская юстиция. 2003. N 4. С. 6 - 9; Он же. Признание нормативных правовых актов противоречащими Конституции РФ и федеральным законам: судебная практика // Российская юстиция. 2003. N 5. С. 18 - 21; Он же. Признание нормативных правовых актов противоречащими Конституции РФ и федеральным законам: законотворческие идеи // Российская юстиция. 2003. N 6. С. 15 - 18.

Как представляется, подобный очень краткий теоретический анализ позволяет рассмотреть некоторые наиболее спорные статьи ТК РФ с точки зрения их соответствия Конституции РФ. Например, целый ряд спорных вопросов возникает в результате систематического толкования Конституции РФ и некоторых статей гл. 1 ТК РФ "Основные начала трудового законодательства". Так, ст. 5 ТК РФ в прежней редакции к источникам трудового права, в частности, относила акты органов местного самоуправления. В то же время п. "к" ч. 1 ст. 72 Конституции РФ относит трудовое право к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Местное же самоуправление в Российской Федерации обеспечивает только самостоятельное решение населением "вопросов местного значения" (ч. 1 ст. 130 Конституции РФ).

В части же десятой ст. 5 ТК РФ в редакции Федерального закона, принятого 16 июня 2006 г., установлено:

"Органы местного самоуправления имеют право принимать нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, В ПРЕДЕЛАХ СВОЕЙ КОМПЕТЕНЦИИ (выделено мной. - Е.Е.) в соответствии с настоящим Кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации".

Вместе с тем согласно ст. 72 и 73 Конституции РФ, на мой взгляд, у органов местного самоуправления нет "своей компетенции" в области регулирования трудовых правоотношений. Органы местного самоуправления могут только "НАДЕЛЯТЬСЯ ЗАКОНОМ ОТДЕЛЬНЫМИ ГОСУДАРСТВЕННЫМИ ПОЛНОМОЧИЯМИ (выделено мной. - Е.Е.) с передачей необходимых для их осуществления материальных и финансовых средств" (ч. 2 ст. 132 Конституции РФ).

Характерно, что в ТК РФ в прежней редакции была ст. 7 "Акты органов местного самоуправления, содержащие нормы трудового права": "Органы местного самоуправления вправе принимать акты, содержащие нормы трудового права, в пределах своей компетенции".

Федеральным законом, принятым 16 июня 2006 г., ст. 7 ТК РФ признана утратившей силу. Думаю, весьма последовательно было бы признать утратившей силу и часть десятую ст. 5 ТК РФ.

Части третья и четвертая ст. 5 ТК РФ в новой редакции предусматривают приоритет ТК РФ перед федеральными законами:

"Нормы трудового права, содержащиеся в иных федеральных законах, должны соответствовать настоящему Кодексу. В случае противоречий между настоящим Кодексом и иным федеральным законом, содержащим нормы трудового права, применяется настоящий Кодекс".

Аналогичные правовые нормы раньше порождали и названная норма в будущем будет порождать противоречивую правоприменительную практику. Большинство правоприменителей, прямо нарушая ст. 3 ГК РФ и ст. 5 ТК РФ, отдают предпочтение специальным законам, принятым как ранее, так и позднее Кодексов. С целью избежания массового нарушения буквального толкования Кодексов предлагаю для обсуждения два варианта. Первый: вместо ТК РФ принять нормативный правовой акт "Основы трудового права", которому должны соответствовать иные нормативные правовые акты, регулирующие трудовые отношения. Второй: принять ТК РФ в форме федерального конституционного закона (ч. 1 ст. 108 Конституции РФ), имеющего приоритет перед федеральными законами и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права.

Часть 1 ст. 72 Конституции РФ относит трудовое законодательство "к совместному ведению". В ст. 26.4 "Участие органов государственной власти субъекта Российской Федерации в рассмотрении Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации проектов федеральных законов по предметам совместного ведения" Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" <1>, принятого 22 сентября 1999 г. (с последующими изменениями и дополнениями), конкретизировано оценочное понятие "совместное ведение":

<1> Российская газета. 1999. 19 октября.

"Проекты федеральных законов по предметам совместного ведения согласовываются с законодательными (представительными) и высшими исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации в порядке, установленном настоящей статьей...".

Вместе с тем ст. 6 ТК РФ, как представляется, по существу предусматривает не "совместное", а раздельное ведение федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Согласно части первой ст. 6 ТК РФ "к ведению федеральных органов государственной власти в сфере трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ним отношений относится принятие обязательных для применения на всей территории Российской Федерации федеральных законов и иных нормативных правовых актов, устанавливающих... порядок заключения, изменения и расторжения трудовых договоров...". В свою очередь "органы государственной власти субъектов Российской Федерации принимают законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, ПО ВОПРОСАМ, НЕ ОТНЕСЕННЫМ К ВЕДЕНИЮ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ" (выделено мной. - Е.Е.). Предлагаю привести ст. 6 ТК РФ в соответствие с Конституцией РФ и специальными федеральными законами.

Согласно части третьей ст. 6 ТК РФ органы государственной власти субъектов Российской Федерации по вопросам, не урегулированным федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, могут принимать законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права. В случае принятия федерального закона или иного нормативного правового акта Российской Федерации по этим вопросам закон или иной нормативный правовой акт субъекта Российской Федерации приводится в соответствие с федеральным законом или иным нормативным правовым актом Российской Федерации. Следовательно, ТК РФ предусматривает возможность так называемого опережающего правотворчества.

Пункт 2 ст. 3 Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации", принятого 22 сентября 1999 г. <1> (с последующими изменениями и дополнениями), также допускает "опережающее" нормотворчество: "Субъекты Российской Федерации вправе осуществлять собственное правовое регулирование по предметам совместного ведения до принятия федеральных законов. После принятия соответствующего федерального закона законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации подлежат приведению в соответствие с данным федеральным законом в течение трех месяцев".

<1> Российская газета. 1999. 19 октября.

Вместе с тем ч. 2 ст. 76 Конституции РФ установила, что "по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации издаются федеральные законы и ПРИНИМАЕМЫЕ В СООТВЕТСТВИИ С НИМИ ЗАКОНЫ И ИНЫЕ НОРМАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ" (выделено мной. - Е.Е.). На мой взгляд, буквальное и языковое толкование оценочного понятия "принимаемые в соответствии с ними" предполагает другой вывод: "опережающее правотворчество" субъектов Российской Федерации по меньшей мере спорно с позиции Конституции РФ.

Серьезное сомнение вызывает и часть четвертая ст. 12 ТК РФ: "Действие закона или иного нормативного правового акта, содержащего нормы трудового права, распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, лишь в случаях, прямо предусмотренных этим актом". В данном случае законодатель повторил формулу, выработанную в ст. 4 ГК РФ: закон имеет обратную силу в случаях, установленных законом. Думается, нормы, ухудшающие права как гражданина, так и работника, не могут иметь обратной силы. Такой вывод основан на ч. 3 ст. 15 Конституции РФ: "Законы подлежат официальному толкованию. Неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения". Предлагаю привести ТК РФ в соответствие с Конституцией РФ, исключив часть четвертую из ст. 12 ТК РФ.

Множество теоретических и практических проблем возникло у специалистов в процессе толкования и применения ст. 58 и 59 ТК РФ, регулирующих отношения, связанные с заключением срочного трудового договора. Некоторые научные и практические работники, на мой взгляд, обоснованно предлагали изменить ст. 59 ТК РФ <1>. Действительно, часть вторая ст. 17 КЗоТ РСФСР предусматривала только четыре основания заключения срочного трудового договора: 1) с учетом характера предстоящей работы; 2) условий ее выполнения; 3) интересов работника; 4) в случаях, непосредственно предусмотренных федеральным законом. Поскольку, по-моему, достаточно сложно найти хотя бы один пример интереса работника в заключении срочного договора (а не в получении каких-то льгот, как это часто ошибочно понимали на практике), постольку в ст. 58 ТК РФ в прежней редакции сохранились только три основания заключения срочного трудового договора: 1) характер работы; 2) условия ее выполнения; 3) в случаях, предусмотренных федеральным законом.

<1> См., например: Головина С., Мершина Н. Срочные трудовые договоры в Трудовом кодексе и решениях Конституционного Суда // Российская юстиция. 2003. N 3. С. 12 - 13.

Вместе с тем несмотря на то, что "в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина" (ч. 2 ст. 55 Конституции РФ), в ТК РФ в прежней редакции появилась, на мой взгляд, по меньшей мере спорная ст. 59, предусматривающая еще 18 оснований для заключения срочного трудового договора по инициативе работодателя либо работника. На практике, как правило, - работодателя.

В п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" разъяснено: "Поскольку статья 59 Кодекса предусматривает право, а не обязанность работодателя заключать срочный трудовой договор в случаях, предусмотренных этой нормой (в отличие, например, от абзаца второго п. 3 ст. 25 Федерального закона "Об основах государственной службы Российской Федерации", допускающего возможность государственного служащего, достигшего возраста 65 лет, продолжать работу в государственных органах лишь на условиях срочного трудового договора), работодатель может реализовать это право при условии соблюдения общих правил заключения срочного трудового договора, установленных ст. 58 Кодекса. При этом в силу ст. 56 ГПК РФ обязанность доказать наличие обстоятельств, делающих невозможным заключение трудового договора с работником на неопределенный срок, возлагается на работодателя. При недоказанности работодателем таких обстоятельств следует исходить из того, что трудовой договор с работником заключен на неопределенный срок" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Верховный Суд РФ поддерживал такую практику и в своих определениях. Так, в Определении Верховного Суда РФ от 1 августа 2006 г. N 8-В06-6 по жалобе В., работавшей заместителем директора государственного учреждения и уволенной в связи с истечением срочного трудового договора, суд установил, что "срочный трудовой договор может быть заключен с заместителем руководителя организации при наличии условий, указанных в ст. 58 Трудового кодекса Российской Федерации". 31 июля 2006 г. Верховный Суд РФ принял определение по жалобе Б. и М., с которыми как с пенсионерами был заключен срочный трудовой договор, впоследствии расторгнутый по истечении срока трудового договора. Верховный Суд РФ и в

данном определении сохранил сложившуюся судебную практику: "Срочный трудовой договор может быть заключен с пенсионером по возрасту при наличии условий, указанных в ст. 58 Трудового кодекса Российской Федерации".

Часть 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует: права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом. В соответствии с основополагающим правовым положением Конституции РФ и сложившейся реальной судебной практикой представляется дискуссионным второе предложение части второй ст. 58 ТК РФ в новой редакции: "В случаях, предусмотренных частью второй статьи 59 настоящего Кодекса, срочный трудовой договор может заключаться по соглашению сторон трудового договора без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения". Предлагаю исключить второе предложение из части второй ст. 58 ТК РФ как противоречащее Конституции РФ. Представляется необходимым также изложить первый абзац части первой ст. 59 ТК РФ в следующей редакции: "Срочный трудовой договор при условии соблюдения общих правил заключения срочного трудового договора, установленных статьей 58 Кодекса, заключается...".

Спорными с позиции Конституции РФ представляются и некоторые основания заключения срочного трудового договора, предусмотренные ст. 59 ТК РФ. Так, трудовой договор может быть заключен на время выполнения временных (до двух месяцев) работ. К сожалению, гл. 45 "Особенности регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев" как в прежней, так и в новой редакции не определяла и не определяет объективных условий для приема на работу "временного" работника. На практике зачастую это приводит к тому, что работников при наличии вакантной должности на постоянную работу принуждают заключать срочный трудовой договор на срок до двух месяцев с целью своеобразного испытания при приеме на работу, а по истечении срока заключают трудовой договор на неопределенный срок либо прекращают срочный трудовой договор по истечении срока. Представляется необходимым, во-первых, в ТК РФ установить объективные условия заключения срочных трудовых договоров на период выполнения временных работ; во-вторых, восстанавливать работников на работе в случае незаконного заключения с ними срочных трудовых договоров на срок до двух месяцев и последующего прекращения трудового договора по истечении срока трудового договора.

Часть вторая ст. 59 ТК РФ в новой редакции предусматривает возможность по "соглашению" сторон заключать срочный трудовой договор с:

"- поступающими на работу пенсионерами по возрасту...

- руководителями, заместителями руководителей и главными бухгалтерами организаций независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности;

- лицами, обучающимися по очной форме обучения;

- лицами, поступающими на работу по совместительству".

Думаю, данные положения ст. 59 ТК РФ сложно согласовать с ч. 2 ст. 19 Конституции РФ, гарантирующей "равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... должностного положения... а также от других обстоятельств".

Возможно, больше всего споров вызывает установленная ст. 59 ТК РФ возможность заключения срочных трудовых договоров с поступающими на работу пенсионерами по возрасту. Конституционный Суд РФ неоднократно обращался к данному вопросу и выработал достаточно определенную правовую позицию. Так, Постановлением от 27 декабря 1999 г. он признал не соответствующей Конституции РФ норму об ограничении по возрасту для работников, занимающих должности заведующих кафедрами в государственных и муниципальных образовательных учреждениях. Данная правовая позиция Конституционного Суда РФ была воспринята законодателем в ст. 332 ТК РФ. 4 февраля 1992 г. Конституционный Суд РФ принял постановление по делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по п. 1.1 ст. 33 КЗоТ РСФСР, в котором сформулировал важнейшую правовую позицию: закон должен обеспечивать равенство граждан в процессе реализации права на труд, а пенсионный возраст не может служить препятствием для осуществления этого права. Согласно ст. 79 ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" "юридическая сила постановления Конституционного Суда Российской Федерации о признании акта неконституционным не может быть преодолена повторным принятием этого же акта". Однако в ст. 59 ТК РФ в нарушение названного правового положения Конституционного Суда РФ и федерального конституционного закона вновь предусмотрена возможность заключения срочного трудового договора с пенсионерами по возрасту. В этой связи, полагаю, теоретически обоснован и практически необходим вывод С. Головиной и Н. Мершиной: "Пока законодатель не привел новый Трудовой кодекс в соответствие с конституционными установками, судам надо ориентироваться на указанные решения высшего судебного органа, несмотря на то что они относятся к нормам старого кодекса" <1>.

<1> Головина С., Мершина Н. Указ. соч. С. 13.

Часть 2 ст. 19 Конституции РФ установила, что государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина, в том числе независимо и от должностного положения. Статья 3 ТК РФ также по существу повторила конституционные положения: "Каждый имеет равные возможности для реализации своих трудовых прав". Никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо, в частности, от возраста и должностного положения. Однако ст. 59 ТК РФ предусматривает возможность заключения срочного трудового договора с руководителями, заместителями руководителей и главными бухгалтерами организаций независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности. Статья 3 ТК РФ не относит к дискриминации в сфере труда ограничения прав работника, которые определяются "свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловлены особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите". Полагаю, установленную ст. 59 ТК РФ возможность заключения срочных трудовых договоров с руководителями, заместителями руководителей и главными бухгалтерами организаций вряд ли можно обосновать "свойственными данному виду труда требованиями" либо "особой заботой государства". В соответствии со ст. 3 ТК РФ "лица, считающие, что они подвергались дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в органы федеральной инспекции труда и (или) в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального вреда и компенсации морального вреда".

Согласно частям пятой и шестой ст. 64 ТК РФ в прежней редакции по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме. Отказ в заключении трудового договора мог быть обжалован в судебном порядке. Ранее ст. 16 КЗоТ РСФСР содержала менее категоричную формулу: "ЗАПРЕЩАЕТСЯ НЕОБОСНОВАННЫЙ ОТКАЗ В ПРИЕМЕ НА РАБОТУ" (выделено мной. - Е.Е.). Статья 64 ТК РФ также начинается с аналогичной формулы. Но многих научных и практических работников вводила в заблуждение часть шестая ст. 64 ТК РФ: "Отказ (любой. - Е.А.) в заключении трудового договора может быть обжалован в судебном порядке". В новой редакции часть шестая ст. 64 ТК РФ не претерпела каких-либо принципиальных изменений, слова "судебном порядке" только заменены словом "суд".

Соответствуют ли части пятая и шестая ст. 64 ТК РФ Конституции РФ и другим федеральным законам? Полагаю, нет. Например, согласно части первой ст. 56 ТК РФ в новой редакции "трудовой договор - соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами и данным соглашением, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя".

Думаю, соглашение должно носить добровольный характер. Согласно части первой ст. 381 ТК РФ "индивидуальный трудовой спор - неурегулированные разногласия между работодателем и работником по вопросам применения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права...". Отсюда следует, что разногласия между истцом и ответчиком должны быть основаны на нормах права, а не на интересе гражданина. Такое толкование соответствует и ст. 131 ГПК РФ, согласно которой в исковом заявлении должно быть, в частности, указано, в чем заключается нарушение либо угроза нарушения права, свобод или законных интересов истца. Следовательно, истец, обращаясь в суд с иском о заключении трудового договора, должен указать нормативный правовой акт, с его точки зрения, нарушенный ответчиком. Например, сослаться на одно из оснований, предусмотренных ст. 16 ТК РФ. В случае доказанности одного из таких оснований суд должен обязать ответчика заключить трудовой договор с момента возникновения фактических трудовых отношений. При отсутствии таких оснований, полагаю, суд может лишь отказать в иске.

Как представляется, подобный вывод основан также на положениях теории права и Конституции РФ. Так, в теории права принято дифференцировать "интерес", "защищаемый законом интерес" и "право". В соответствии с теорией права и ГПК РФ (см., например, ст. 131 ГПК РФ) судебной защите подлежат только "защищаемый законом интерес" (например, защищаемый законом интерес на работу отдельных категорий граждан по "квотам", установленным законом, - несовершеннолетним, беременным и т.д.) и "право". Причем не "вообще" "право на труд", которое не гарантируется как ТК РФ, так и Конституцией РФ, а право на заключение трудового договора с конкретным работодателем. Наиболее типичными спорами между ними являются иски граждан, фактически допущенных к работе с ведома и по поручению работодателя или его представителя независимо от того, был ли трудовой договор надлежащим образом оформлен. Если в судебном заседании будет установлено, что гражданин был фактически допущен к работе компетентным лицом, то суд вправе обязать ответчика заключить трудовой договор с момента фактического

допущения к работе (ст. 16 ТК РФ). Статья 46 Конституции РФ также гарантирует каждому судебную защиту только его прав и свобод. Отсюда, на мой взгляд, "интерес" гражданина в заключении трудового договора с желательным для него по каким-либо причинам работодателем судебной защите не подлежит. Косвенно, по межотраслевой аналогии закона, такой вывод может быть аргументирован и с учетом положений ст. 8 ГК РФ "Основания возникновения гражданских прав и обязанностей", в соответствии с которой гражданские правоотношения (по аналогии - также и трудовые) возникают по основаниям, предусмотренным законом, а не в результате одностороннего "интереса" одного лица, не защищаемого законом и судом.

Часть первая ст. 76 ТК РФ в новой редакции обязывает работодателя отстранить работника от работы (не допускать к работе) "по требованию органов или должностных лиц, уполномоченных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации". Исходя из буквального толкования ст. 5 ТК РФ "Трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права", думаю, можно сделать вывод о том, что оценочное понятие "нормативные правовые акты Российской Федерации" включает в себя не только федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации, но также и подзаконные федеральные и региональные нормативные правовые акты.

При этом необходимо подчеркнуть, что часть третья ст. 76 ТК РФ установила весьма серьезные последствия отстранения работника от работы:

"В период отстранения от работы (недопущения к работе) заработная плата работнику не начисляется, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом или иными федеральными законами". В то же время ч. 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом. Как представляется, такой вывод можно сделать и в результате анализа п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, утвержденной и провозглашенной Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций, принятой 10 декабря 1948 г.: "При осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе".

В ст. 254 КЗоТ РСФСР имелся п. 4, в соответствии с которым с руководителем предприятия можно было прекращать трудовой договор в том числе в случаях, предусмотренных трудовым договором. В специальной литературе данное основание прекращения трудового договора регулярно подвергалось критике <1>. К сожалению, данная норма была воспроизведена в п. 13 ст. 81 ТК РФ: трудовой договор может быть расторгнут работодателем, в частности, в случаях, "предусмотренных трудовым договором с руководителем организации, членами коллегиального исполнительного органа организации". В новой редакции ст. 81 ТК РФ п. 13 статьи сохранил свою силу. Думаю, данная правовая норма также является весьма спорной с позиции Конституции РФ.

<1> См., например: Ершова Е. Расторжение трудового договора (контракта) по инициативе администрации // Российская юстиция. 1997. N 9. С. 18; Ершов В.В., Ершова Е.А. Трудовой договор. М., 1999. С. 201 - 204.

В отличие от КЗоТ РСФСР в ТК РФ появилась, с одной стороны, необходимая гл. 14 "Защита персональных данных работника". Вместе с тем, с другой стороны, в ст. 88 ТК РФ в прежней редакции появилась дискуссионная правовая норма: "При передаче персональных данных работника работодатель должен... осуществлять передачу персональных данных работника в пределах одной организации В СООТВЕТСТВИИ С ЛОКАЛЬНЫМ НОРМАТИВНЫМ АКТОМ ОРГАНИЗАЦИИ, С КОТОРЫМ РАБОТНИК ДОЛЖЕН БЫТЬ ОЗНАКОМЛЕН ПОД РАСПИСКУ" (выделено мной. - Е.Е.). В новой редакции абзац пятый ст. 88 ТК РФ претерпел лишь редакционные изменения.

Вместе с тем "сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются" (ч. 1 ст. 24 Конституции РФ), а не осуществляются в соответствии с локальным нормативным актом под роспись.

Поскольку ст. 85 ТК РФ не содержит исчерпывающего перечня персональных данных работника, лишь в самом общем виде определяя, что "персональные данные работника - информация, необходимая работодателю в связи с трудовыми отношениями и касающаяся конкретного работника", постольку к такой информации на практике относят место проживания несовершеннолетних детей, супруга, наличие недвижимости и т.д. В результате передача подобных персональных данных работника может сказаться, например, на безопасности его близких или сохранности имущества.

Работа за пределами нормальной продолжительности рабочего времени по внутреннему и внешнему совместительству в соответствии со ст. 98 ТК РФ в прежней редакции не могла превышать 4 часов в день и 16 часов в неделю. На практике всегда возникал вопрос: почему же

"не может", если "права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства" (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ)? На мой взгляд, в качестве единственно возможного основания можно было бы рассматривать лишь "здоровье", и только при наличии соответствующего медицинского заключения. Однако весьма характерно, что ст. 151 ТК РФ "Оплата труда при совмещении профессий и исполнении обязанностей временно отсутствующего работника" в прежней редакции не содержала аналогичных ограничений. Более того, ст. 282 ТК РФ в прежней редакции предусматривала возможность заключения трудовых договоров о работе по совместительству с "НЕОГРАНИЧЕННЫМ ЧИСЛОМ РАБОТОДАТЕЛЕЙ" (выделено мной. - Е.Е.). Если бы законодатель был последовательным, то, вероятно, он должен был защищать здоровье граждан во всех названных выше случаях. Наконец, показательно то, что в ТК РФ в новой редакции, во-первых, ст. 98 признана утратившей силу; во-вторых, ст. 60.2 и 151 не установили верхнего предела объема дополнительной работы и оплаты за нее; в-третьих, часть вторая ст. 282 осталась в прежней редакции: "Заключение трудовых договоров о работе по совместительству ДОПУСКАЕТСЯ С НЕОГРАНИЧЕННЫМ ЧИСЛОМ РАБОТОДАТЕЛЕЙ (выделено мной. - Е.Е.), если иное не предусмотрено федеральным законом". Предлагаю названные статьи ТК РФ изложить исходя из единого логического и правового подхода - охраны здоровья работников в соответствии с медицинскими заключениями.

Статья 137 ТК РФ в прежней редакции предоставляла работодателю право без разрешения суда производить удержание из заработной платы работника для погашения его задолженности для

"...возмещения неотработанного аванса, выданного работнику в счет заработной платы;

...погашения неизрасходованного и своевременно не возвращенного аванса, выданного в связи со служебной командировкой или переводом на другую работу в другую местность...

...возврата сумм, излишне выплаченных работнику вследствие счетных ошибок, а также сумм, излишне выплаченных работнику в случае признания органом по рассмотрению индивидуальных трудовых споров вины работника в невыполнении норм труда... или простоя... при увольнении работника до окончания того рабочего года, в счет которого он уже получил ежегодный оплачиваемый отпуск, за неотработанные дни отпуска...". Статья 137 ТК РФ в новой редакции сохранила такое право за работодателем.

В свою очередь, часть первая ст. 248 ТК РФ в прежней редакции также предоставляла работодателю право без решения суда по своему распоряжению на взыскание с виновного работника суммы причиненного ущерба, не превышающей среднего месячного заработка. В новой редакции ст. 248 ТК РФ подверглась только редакционным изменениям: в части второй ст. 248 слова "осуществляется в судебном порядке" заменить словами "может осуществляться только судом". В то же время ч. 3 ст. 35 Конституции РФ гарантирует: "Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда".

В соответствии с легальным аутентичным толкованием к "объектам гражданских прав относятся ВЕЩИ, ВКЛЮЧАЯ ДЕНЬГИ И ЦЕННЫЕ БУМАГИ, ИНОЕ ИМУЩЕСТВО..." (выделено мной. - Е.Е.). В связи с изложенными правовыми и теоретическими аргументами предлагаю привести ст. 137 и 248 ТК РФ в соответствие с Конституцией РФ. В практическом же плане, думаю, при отсутствии спора работник может добровольно погашать задолженность и ущерб, причиненный работодателю. В случае возникновения разногласий между работником и работодателем о погашении задолженности или взыскании ущерба спор должен быть разрешен судом (ч. 1 ст. 46 Конституции РФ).

На практике больше всего споров возникает у специалистов по ст. 142 ТК РФ, в прежней редакции предоставлявшей работникам право в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней, известив работодателя в письменной форме, приостановить работу на весь период до выплаты задержанной суммы. В то же время в ст. 142 ТК РФ не было ответа на принципиальный вопрос: имеет ли в этом случае работник право на получение заработной платы? Если да, то в каком размере? В судебной практике сложились как минимум три подхода. Одни судьи считали, что в случае приостановления работы работнику нужно выплачивать заработную плату. Другие, по аналогии со ст. 157 ТК РФ, полагали возможным выплачивать не менее 2/3 средней заработной платы. Третьи в подобных исках работникам отказывали.

Позиция последних, думаю, наиболее убедительна, так как права гражданина и юридического лица могут быть ограничены только по основаниям, предусмотренным федеральным законом (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ), регулирующим спорные отношения, а не по аналогии закона или права. Более того, законодатель предусмотрел в данных случаях не выплату заработной платы, а материальную ответственность работодателя за задержку выплаты заработной платы (ст. 236 ТК РФ), размер которой может быть увеличен посредством изменения и дополнения данной статьи Госдумой РФ.

К сожалению, в ст. 142 ТК РФ в новой редакции важнейший практический вопрос остался без ответа. Размер материальной ответственности работодателя за задержку выплаты заработной платы, предусмотренный ст. 236 ТК РФ, также остался без изменения. В ст. 236 ТК РФ в новой редакции лишь название дополнили словами "и других выплат, причитающихся работнику", слова "конкретный размер" заменили словом "размер", а слово "определяется" заменили словами "может быть повышен".

На мой взгляд, ст. 142 ТК РФ является частным случаем "самозащиты" работником своих трудовых прав. На первом этапе в ГК РФ появилась ст. 14 "Самозащита гражданских прав". Затем в ТК РФ - гл. 59 "Самозащита работниками трудовых прав" и ст. 142 "Ответственность работодателя за нарушение сроков выплаты заработной платы и иных сумм, причитающихся работнику". Вместе с тем в случае возникновения спора ч. 1 ст. 46 Конституции РФ устанавливает только судебную защиту прав и свобод. Думаю, данное основополагающее положение Конституции РФ вполне аргументировано и основано на правовой аксиоме: никто не может быть судьей в собственном споре. Предлагаю названные правовые нормы ГК РФ и ТК РФ привести в соответствие с Конституцией РФ.

Часть вторая ст. 243 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "Материальная ответственность в полном размере причиненного работодателю ущерба может быть установлена трудовым договором, заключаемым с руководителем организации, заместителями руководителя, главным бухгалтером".

В части второй ст. 243 ТК РФ в новой редакции произведены довольно странные изменения: исключены слова "руководителем организации", слова "заместителями руководителя" дополнили словом "организация". Отсюда в настоящее время "материальная ответственность в полном размере причиненного работодателю ущерба может быть установлена трудовым договором, заключаемым с заместителями руководителя организации, главным бухгалтером".

Однако, во-первых, на мой взгляд, часть вторая ст. 243 ТК РФ вошла в противоречие с другими статьями ТК РФ. Так, согласно части второй ст. 242 ТК РФ "материальная ответственность в полном размере причиненного ущерба может возлагаться на работника ЛИШЬ В СЛУЧАЯХ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ НАСТОЯЩИМ КОДЕКСОМ ИЛИ ИНЫМИ ФЕДЕРАЛЬНЫМИ ЗАКОНАМИ" (выделено мной. - Е.Е.). Кроме того, в ТК РФ имеется гл. 37 "Общие положения". Согласно частям первой и второй ст. 232 ТК РФ "сторона трудового договора (работодатель или работник), причинившая ущерб другой стороне, возмещает этот ущерб в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами".

Трудовым договором или заключаемыми в письменной форме соглашениями, прилагаемыми к нему, может конкретизироваться материальная ответственность сторон этого договора. "ПРИ ЭТОМ ДОГОВОРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ РАБОТОДАТЕЛЯ ПЕРЕД РАБОТНИКОМ НЕ МОЖЕТ БЫТЬ НИЖЕ, А РАБОТНИКА ПЕРЕД РАБОТОДАТЕЛЕМ - ВЫШЕ, ЧЕМ ЭТО ПРЕДУСМОТРЕНО НАСТОЯЩИМ КОДЕКСОМ ИЛИ ИНЫМИ ФЕДЕРАЛЬНЫМИ ЗАКОНАМИ" (выделено мной. - Е.Е.). Заместители руководителя и главные бухгалтеры организации являются работниками, и ст. 241 ТК РФ установлен верхний предел в том числе их материальной ответственности - средний месячный заработок.

Как представляется, весьма дискуссионной является часть вторая ст. 243 ТК РФ и с позиции Конституции РФ: "Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... должностного положения..." (ч. 2 ст. 19 Конституции РФ). Наконец, в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ выработана важнейшая гарантия: права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, а не договором. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю привести часть вторую ст. 243 ТК РФ в соответствие с Конституцией РФ и другими статьями ТК РФ, исключив часть вторую из ст. 243 ТК РФ.

Множество обоснованных споров у специалистов вызвала и ст. 278 ТК РФ в прежней редакции, в соответствии с которой трудовой договор с руководителем организации мог быть также расторгнут "в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) решения о досрочном прекращении трудового договора".

На мой взгляд, расторжение трудового договора с руководителем организации, в том числе без вины, нарушения нормативных правовых актов, в случае надлежащего исполнения им своих должностных обязанностей и даже без совершения каких-либо действий (бездействия) нарушает основополагающие основания привлечения к юридической ответственности: вина, противоправность, наличие причинной связи и наступление неблагоприятных последствий.

Как представляется, ст. 278 ТК РФ находится в противоречии со ст. 3 ТК РФ, гарантирующей работникам, что "каждый имеет равные возможности для реализации своих трудовых прав. Никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах... независимо от... должностного положения". Статья 3 ТК РФ практически дословно воспроизводит ч. 1 и 2 ст. 19 Конституции РФ: "Все равны перед законом и судом. Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... должностного положения...".

Вместе с тем 15 марта 2005 г. Конституционный Суд РФ принял, на мой взгляд, достаточно спорное Постановление N 3-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона "Об акционерных обществах" в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан", в соответствии с которым "признал положения п. 2 ст. 278 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго п. 4 ст. 69 Федерального закона "Об акционерных обществах"... не противоречащими Конституции Российской Федерации, поскольку названные положения по смыслу в системе действующего нормативно-правового регулирования предполагают, что рассмотрение трудового договора в данном случае не является мерой юридической ответственности... Конституционно-правовой смысл положений п. 2 ст. 278 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго п. 4 ст. 69 Федерального закона "Об акционерных обществах", выявленный в настоящем Постановлении, в силу ст. 6 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" является общеобязательным и исключает любое иное их истолкование в правоприменительной практике" <1>.

_____

<1> Российская газета. 2005. 23 марта.

Доктринальное толкование права предполагает возможность научной дискуссии и правовых аргументов в пользу, на мой взгляд, спорного вывода о том, что расторжение трудового договора по п. 2 ст. 278 ТК РФ "не является мерой юридической ответственности". В абзаце втором п. 4.1 названного Постановления Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу: "Федеральный законодатель, не возлагая на собственника в исключение из общих правил расторжения трудового договора с работником по инициативе работодателя, обязанность указывать мотивы увольнения руководителя организации по основанию, предусмотренному п. 2 ст. 278 Трудового кодекса Российской Федерации, не рассматривает расторжение трудового договора по данному основанию в качестве меры юридической ответственности, поскольку исходит из того, что увольнение в этом случае НЕ ВЫЗВАНО ПРОТИВОПРАВНЫМ ПОВЕДЕНИЕМ РУКОВОДИТЕЛЯ (выделено мной. - Е.Е.) - в отличие от расторжения трудового договора с руководителем организации по основаниям, связанным с совершением им виновных действий (бездействием)" <1>.

_____

<1> Там же.

Вместе с тем, во-первых, в п. 4.3 того же Постановления Конституционный Суд РФ аргументированно подчеркивает: "Законодательное закрепление права досрочно прекратить трудовой договор руководителем организации без указания мотивов увольнения не означает, что собственник обладает неограниченной свободой усмотрения при принятии такого решения, вправе действовать произвольно, вопреки целям предоставления указанного правомочия, не принимая во внимание законные интересы организации, а руководитель организации лишается гарантий судебной защиты от возможного произвола и дискриминации.

ОБЩЕПРАВОВОЙ ПРИНЦИП НЕДОПУСТИМОСТИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ (выделено мной. - Е.Е.), как и запрещение дискриминации при осуществлении прав и свобод, включая запрет любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ст. 17, ч. 3; ст. 19 Конституции Российской Федерации), в полной мере распространяется на сферу трудовых отношений, определяя пределы дискреционных полномочий собственника.

Положение п. 2 ст. 278, ст. 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго п. 4 ст. 69 Федерального закона "Об акционерных обществах" не препятствует руководителю организации, если он считает, что решение собственника о досрочном прекращении трудового договора с ним фактически обусловлено такими обстоятельствами, которые свидетельствуют о дискриминации, злоупотреблении правом, оспорить увольнение в судебном порядке. ПРИ УСТАНОВЛЕНИИ СУДОМ НА ОСНОВЕ ВСЕХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ КОНКРЕТНОГО ДЕЛА СООТВЕТСТВУЮЩИХ ФАКТОВ ЕГО НАРУШЕННЫЕ ПРАВА ПОДЛЕЖАТ ВОССТАНОВЛЕНИЮ" <1> (выделено мной. - Е.Е.). Как представляется, в п. 4.1 и 4.3 анализируемого Постановления Конституционного Суда РФ имеются определенные противоречия. Если в п. 4.1 Конституционный Суд РФ исходит из того, что расторжение трудового договора с руководителем организации по п. 2 ст. 278 ТК РФ не связано с виновным противоправным поведением руководителя организации, то уже в п. 4.3 вынужден признать необходимым анализировать вопросы права и факта, послужившие основанием расторжения трудового договора с руководителем организации.

_____

<1> Российская газета. 2005. 23 марта.

Во-вторых, полагаю недостаточно обоснованным вывод Конституционного Суда РФ во втором абзаце п. 4.1 анализируемого Постановления: расторжение трудового договора с руководителем организации по п. 2 ст. 278 ТК РФ не является мерой юридической ответственности, поскольку "увольнение в этом случае не вызвано противоправным поведением руководителя". Думаю, такое понимание п. 2 ст. 278 ТК РФ основано на ограничительном толковании закона. На мой взгляд, буквальное толкование спорного пункта может позволить сделать другой вывод: расторжение трудового договора с руководителем организации по п. 2 ст. 278 ТК РФ возможно как за виновные противоправные, так и за невиновные и непротивоправные действия.

Последний вывод, полагаю, подтверждается систематическим и буквальным толкованием ст. 81 и 278 ТК РФ. Так, ст. 278 ТК РФ называется "Дополнительные основания прекращения трудового договора с руководителем организации". Часть первая ст. 278 начинается с абзаца "Помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, трудовой договор с руководителем организации прекращается...". Следовательно, ст. 278 ТК РФ должна применяться только в системе со ст. 81 ТК РФ. В статье же 81 ТК РФ имеются, во-первых, основания расторжения трудового договора с работником за его виновные противоправные действия (например, п. 5); во-вторых, основания, связанные с возникновением юридических фактов, влекущих правовые последствия (например, п. 2 - сокращение численности или штата работников). Специального же основания для расторжения трудового договора с руководителем организации за совершение виновных противоправных действий в ст. 81 ТК РФ нет. Отсюда можно сделать вывод: дополнительно к ст. 81 ТК РФ п. 2 ст. 278 ТК РФ, в части, предусматривает прекращение трудового договора с руководителем организации в том числе и за совершение виновных противоправных действий.

В-третьих, такой вывод подтверждается также историческим толкованием и реальной судебной практикой п. 1 части первой ст. 254 КЗоТ РФ, согласно которому "помимо оснований, предусмотренных в статьях 29 и 33 настоящего Кодекса, трудовой договор (контракт) некоторых категорий работников может быть прекращен в случаях... однократного грубого нарушения трудовых обязанностей руководителем предприятия, учреждения, организации (филиала, представительства, отделения и другого обособленного подразделения) и его заместителями...". Трудовой договор с данными работниками на практике расторгался только за виновные и противоправные действия. В настоящее время буквальное толкование подп. "а", "б", "в", "г" и "д" п. 6 ст. 81 ТК РФ позволяет сделать вывод: возможны и иные однократные грубые виновные и противоправные нарушения руководителем организации трудовых обязанностей, не предусмотренные данной статьей. Следовательно, они могут быть отнесены к категории "дополнительных оснований", предусмотренных п. 2 ст. 278 ТК РФ.

При таком понимании ст. 81 и 278 ТК РФ важнейшее значение имеет и другой вывод Конституционного Суда РФ во втором абзаце п. 4.1 анализируемого Постановления: "Увольнение за совершение виновных противоправных действий (бездействие) не может осуществляться без указания конкретных фактов, свидетельствующих о неправомерном поведении руководителя, его вине, без соблюдения установленного законом порядка применения данной меры ответственности, что в случае возникновения спора подлежит судебной проверке. Иное вступало бы в противоречие с вытекающими из ст. 1, 19 и 55 Конституции Российской Федерации общими принципами юридической ответственности в правовом государстве" <1>.

<1> Российская газета. 2005. 23 марта.

Систематическое и буквальное толкование Конституции РФ и ТК РФ, думаю, позволяет сделать следующий вывод: п. 2 ст. 278 ТК РФ предусматривает прекращение трудового договора с руководителем организации, во-первых, за совершение виновных противоправных действий, является мерой дисциплинарной (юридической) ответственности, к которой работник может быть привлечен только с соблюдением требований, предусмотренных ст. 192 и 193 ТК РФ; во-вторых, за совершение невиновных и непротивоправных действий, не является мерой юридической ответственности, но с условием соблюдения общеправового принципа недопустимости злоупотребления правом и запрещения дискриминации.

В то же время, на мой взгляд, необходимо дальнейшее исследование п. 2 ст. 278 ТК РФ с позиции его соответствия нормам международного права. Как представляется на этом этапе изучения проблемы, невиновное и непротивоправное надлежащее исполнение своих трудовых обязанностей и соблюдение трудовой дисциплины как минимум руководителем государственной или муниципальной организации в соответствии с требованиями международного трудового права не могут быть основанием для безмотивного прекращения трудового договора с руководителем организации. Так, согласно п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, утвержденной и провозглашенной Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 10 декабря 1948

г., "при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе".

Статья 288 ТК РФ в прежней редакции устанавливала, что "помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, трудовой договор с лицом, работающим по совместительству, может быть прекращен в случае приема на работу работника, для которого эта работа будет являться основной". В новой редакции ст. 288 ТК РФ после слов "трудовой договор" дополнена словами "заключенный на неопределенный срок", а также словами "о чем работодатель в письменной форме предупреждает указанное лицо не менее чем за две недели до прекращения трудового договора".

Статья 288 ТК РФ в прежней редакции вызвала целый ряд вопросов и сомнений. В новой редакции ст. 288 не "сняла" старые и породила новые возражения с позиции Конституции РФ и других статей ТК РФ. Во-первых, можно ли заключить трудовой договор с "основным" работником, если трудовой договор с работником-совместителем еще не расторгнут? Полагаю, при отсутствии вакансии сделать это практически невозможно. Во-вторых, допускает ли действующая Конституция РФ дополнительные основания прекращения трудового договора для работников-совместителей? В-третьих, соответствуют ли Конституции РФ разные основания прекращения трудового договора с лицами, работающими по совместительству, в зависимости от вида трудового договора? Заключенные на неопределенный срок трудовые договоры могут быть прекращены по ст. 288 ТК РФ, а заключенные срочные трудовые договоры нет? На мой взгляд, достаточно определенный ответ на второй и третий вопросы дает ч. 2 ст. 19 Конституции РФ: "Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... должностного положения... а также от других обстоятельств".

§ 3. Российские нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права

В ТК РФ имеются ст. 5 - 13, содержащие целый ряд достаточно спорных правовых норм, требующих глубокого научного осмысления с позиции общей теории права, международного трудового права и Конституции РФ. Так, в первом абзаце части первой ст. 5 ТК РФ в предыдущей редакции, в частности, было установлено, что "регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений В СООТВЕТСТВИИ С КОНСТИТУЦИЕЙ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.), федеральными конституционными законами осуществляется...". В ст. 5 ТК РФ в новой редакции абзац первый части первой не претерпел каких-либо изменений.

В этой связи в теории права и на практике возник целый ряд вопросов. Первый: возможно ли применять Конституцию РФ непосредственно в случае пробела в нормативных правовых актах? Второй: как можно толковать оценочное понятие "в соответствии с Конституцией РФ"? Третий: может ли правоприменитель в конкретном споре не применять "трудовое законодательство", не соответствующее Конституции РФ, или он должен предварительно обращаться в Конституционный Суд РФ? Прямого ответа на данные и другие принципиальные вопросы, к сожалению, в ТК РФ, как, впрочем, и в других кодексах России, нет.

Согласно ч. 1 ст. 15 Конституции РФ "Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации". В соответствии с ч. 4 ст. 125 Конституции РФ "Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, ПРИМЕНЕННОГО (выделено мной. - Е.Е.) или подлежащего применению в конкретном деле...". Думаю, систематическое и языковое толкование названных правовых норм Конституции РФ позволяет сделать вывод о том, что правоприменитель (каковым является в том числе любой судья без каких-либо исключений) вправе не применять правовую норму, не соответствующую Конституции РФ, в каждом конкретном споре (ad hoc) и прямо руководствоваться Конституцией РФ. Такое толкование Конституции РФ в том числе основано и на п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия", в соответствии с которым "суд, разрешая дело, применяет непосредственно Конституцию, в частности:

а) когда закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения...

в) когда суд придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции Российской Федерации, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции;

г) когда закон либо иной нормативный правовой акт, принятый субъектом Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, противоречит Конституции Российской Федерации, а федеральный закон, который должен регулировать рассматриваемые судом правоотношения, отсутствует..." <1>.

<1> Российская газета. 1995. 28 декабря.

Принципиально важно, что Верховный Суд РФ в п. 9 Постановления Пленума от 17 марта 2004 г. N 2 подтвердил свою прежнюю правовую позицию: "При разрешении трудовых споров необходимо учитывать разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, данные в Постановлениях от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" и от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

К сожалению, в ТК РФ имеется правовая норма, которую лишь по аналогии закона можно проанализировать применительно к рассматриваемой проблеме: "Если международным договором Российской Федерации установлены другие правила, чем предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, применяются правила международного договора" (часть вторая ст. 10 ТК РФ).

На мой взгляд, систематическое толкование Конституции РФ, ТК РФ и названных выше положений постановлений Пленумов Верховного Суда РФ позволяет сделать вывод о недостаточности использованного в ТК РФ оценочного понятия "в соответствии с Конституцией Российской Федерации", не дающего объективно необходимых ответов на вопросы, возникающие в теории и на практике. Поэтому предлагаю дополнить ст. 5 ТК РФ частью следующего содержания: "Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и регулирует трудовые отношения непосредственно в случае, если Конституция Российской Федерации не требует принятия специального федерального закона, регулирующего трудовые отношения.

Если трудовое законодательство и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, не соответствуют Конституции Российской Федерации, то прямо и непосредственно применяется Конституция Российской Федерации".

Много споров в специальной литературе и на практике вызывала также и часть вторая ст. 5 ТК РФ в прежней редакции: "Нормы трудового права, содержащиеся в иных законах, должны соответствовать настоящему Кодексу". Аналогичные правовые нормы содержатся и в других кодексах. Например, в п. 2 ст. 3 ГК РФ: "Гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса И ПРИНЯТЫХ В СООТВЕТСТВИИ С НИМ ИНЫХ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ЗАКОНОВ (выделено мной. - Е.Е.)... Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу"; в п. 2 ст. 3 СК РФ: "Семейное законодательство состоит из настоящего Кодекса И ПРИНИМАЕМЫХ В СООТВЕТСТВИИ С НИМ ДРУГИХ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ЗАКОНОВ" (выделено мной. - Е.Е.). В ТК РФ в новой редакции в ст. 5 появилась ч. 3, претерпевшая незначительное изменение:

"Нормы трудового права, содержащиеся в иных федеральных законах, должны соответствовать настоящему Кодексу".

Существует два вида законов: федеральные конституционные законы и федеральные законы. "По предметам ведения Российской Федерации принимаются федеральные конституционные законы и федеральные законы, имеющие прямое действие на всей территории Российской Федерации... Федеральные законы не могут противоречить федеральным конституционным законам" (ч. 1 и 3 ст. 76 Конституции РФ). "Федеральные конституционные законы принимаются по вопросам, предусмотренным Конституцией Российской Федерации" (ч. 1 ст. 108 Конституции РФ).

ТК РФ является федеральным законом, а не федеральным конституционным законом. Ранее действовавший КЗоТ РФ не содержал такой правовой нормы (ст. 4). Поэтому трудовое законодательство, как правило, развивалось посредством принятия законов о дополнении КЗоТ РФ либо специальных федеральных законов, имевших приоритет перед ранее действовавшими правовыми нормами, находившимися в КЗоТ РФ. В этих случаях научные работники обычно аргументировали подобный вывод несколькими теоретическими доводами. Например, наличием темпоральных (временных) коллизий между ранее действовавшими правовыми нормами,

имевшимися в КЗоТ РФ, и правовыми нормами, принятыми в более позднее время, или содержательными коллизиями между общей нормой КЗоТ РФ и специальной нормой.

В то же время действующие ТК РФ и СК РФ, принятые в виде федеральных законов, заставили научных работников вновь вернуться к данной проблеме. В практическом плане, думаю, если рассматривать любой кодекс как кодифицированный свод некоторого числа законов, то можно согласиться с его приоритетом перед другими федеральными законами. В силу, например, того, что кодекс, во-первых, должен содержать достаточно разработанную общую часть; во-вторых, обязан регулировать комплексные отношения и т.д. Видимо, необходимо разработать данную проблему не только на доктринальном уровне, но и разрешить ее в Конституции РФ, дополнив, например, ч. 1 ст. 108 Конституции РФ правовой нормой: "Кодексы Российской Федерации принимаются в виде федерального конституционного закона".

В связи с тем, что трудовое законодательство ч. 1 ст. 72 Конституции РФ отнесено к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, думаю, можно продолжить научную дискуссию и по другому возможному варианту решения данной проблемы: принятия на уровне Российской Федерации основ трудового законодательства России, а в субъектах Российской Федерации - законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. На мой взгляд, с учетом современных тенденций развития государственности в России, усиления процессов централизации и ослабления децентрализации первый вариант разрешения данной проблемы представляется более предпочтительным.

На практике в настоящее время в нарушение ст. 3 ГК РФ, ст. 3 СК РФ и ст. 5 ТК РФ, как правило, приоритет отдается правовым нормам, содержащимся не в кодексах, а в других федеральных законах, принятых позднее (причем зачастую в нарушение трудовых или гражданских прав как граждан, так и юридических лиц), несмотря на то что в частях четвертой и пятой ст. 5 ТК РФ установлено иное правило: "В случае противоречий между настоящим Кодексом и иным федеральным законом, содержащими нормы трудового права, применяется настоящий Кодекс. Если вновь принятый федеральный закон, содержащий нормы трудового права, противоречит настоящему Кодексу, то этот федеральный закон применяется при условии внесения соответствующих изменений в настоящий Кодекс".

Яркий пример - ст. 73 Федерального закона от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе Российской Федерации", в соответствии с которой "федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, ПРИМЕНЯЮТСЯ К ОТНОШЕНИЯМ, СВЯЗАННЫМ С ГРАЖДАНСКОЙ СЛУЖБОЙ, В ЧАСТИ, НЕ УРЕГУЛИРОВАННОЙ НАСТОЯЩИМ ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ" <1> (выделено мной. - Е.Е.). Кроме того, в ст. 11 ТК РФ в новой редакции введена часть седьмая:

<1> Российская газета. 2004. 31 июля.

"На государственных гражданских служащих и муниципальных служащих действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, распространяется с особенностями, предусмотренными федеральными законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации о государственной гражданской службе и муниципальной службе".

Можно проиллюстрировать данную проблему и на примере регулирования правовых отношений с судьями. На практике и в теории права возник вопрос: какие правовые отношения возникают с судьями? Трудовые? Гражданско-правовые? Специальные? Во-первых, согласно ст. 22 Закона РФ от 26 июня 1992 г. N 3132-1 (с последующими изменениями и дополнениями) "О статусе судей в Российской Федерации" "законодательство Российской Федерации о труде распространяется на судей в части, не урегулированной настоящим Законом" <1>. Следовательно, при отсутствии специальной правовой нормы, регулирующей правоотношения с судьями, возможно применение нормативных правовых актов, регулирующих трудовые отношения. Во-вторых, по факту правоотношения с судьями носят стабильный, длящийся, повторяемый характер. Отсюда, думаю, также можно сделать вывод: судьи состоят в трудовых правоотношениях.

<1> Российская газета. 1992. 29 июля.

Если с таким выводом можно согласиться, то часть первая ст. 16 ТК РФ предусматривает: "Трудовые отношения возникают между работником и работодателем на основании трудового договора, заключаемого ими в соответствии с настоящим Кодексом... в результате... назначения на должность или утверждения в должности". В этой связи возникает вопрос о том, необходимо ли заключать с судьями трудовые договоры. Если да, то кто является для судей "работодателем"? Все эти и другие вопросы требуют дальнейшего изучения и законодательного разрешения.

До принятия ТК РФ на практике в случае возникновения темпоральных и содержательных коллизий правовых норм одного уровня приоритет соответственно отдавался правовым нормам, принятым в более позднее время, и специальным правовым нормам перед общими. Однако часть пятая ст. 5 ТК РФ в новой редакции установила, что "если вновь принятый федеральный закон, содержащий нормы трудового права, противоречит настоящему Кодексу, то этот федеральный закон применяется при условии внесения соответствующих изменений в настоящий Кодекс".

На практике довольно часто (наверное, "по инерции") новелла ст. 5 ТК РФ игнорируется и преимущество отдается специальным законам, принятым как до, так и после вступления в силу ТК РФ. С таким положением трудно согласиться и необходимо принять (в том числе названные выше) меры правотворческого и правоприменительного характера по "снятию" данной проблемы.

Предлагаю для обсуждения следующие варианты правового регулирования. Первый: думаю, было бы более целесообразно принимать ТК РФ в форме федерального конституционного закона. При таком подходе он мог бы содержать основополагающие правовые нормы, а федеральные законы его бы конкретизировали, уточняли, детализировали. Второй вариант: при условии принятия ТК РФ в форме федерального закона возможно было бы установить в ТК РФ следующее правило: в случае возникновения темпоральных коллизий правовых норм равного уровня применяются правовые нормы, принятые позднее; при обнаружении содержательных коллизий между специальными и общими правовыми нормами применяется специальная правовая норма. Наиболее сложным видом коллизий правовых норм, регулирующих трудовые правоотношения, является одновременное совпадение различных видов коллизий, например иерархических, темпоральных и содержательных. В общей теории права В.В. Ершовым выработано следующее обоснованное предложение: в случае совпадения нескольких видов коллизий приоритет прежде всего отдается правовой норме, имеющей более высокую юридическую силу, затем исключающим и специальным правовым нормам и, наконец, правовым нормам, принятым в более позднее время <1>. Предлагаю последнее правило также закрепить в ст. 5 ТК РФ.

<1> См. более подробно: Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 185 - 205.

В некоторых случаях спорные вопросы возникают и в судебной практике. Так, 27 декабря 2002 г. Президиум Верховного Суда РФ принял Постановление N 241пв02, в соответствии с которым ст. 22 Закона "О статусе судей в Российской Федерации" "не предусмотрено, что на правоотношения, связанные с дисциплинарной ответственностью судей, распространяются нормы трудового законодательства... вывод суда о распространении на правоотношения, связанные с дисциплинарной ответственностью судей, норм трудового законодательства противоречит ст. 9 и 12 Закона РФ "О статусе судей в Российской Федерации"... Закон "О статусе судей в Российской Федерации" не предусматривает возможность применения норм трудового законодательства при определении порядка применения дисциплинарных взысканий в виде прекращения полномочий и УСТАНАВЛИВАЕТ СПЕЦИАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК (выделено мной. - Е.Е.). Данный порядок установлен ст. 12.1 Закона Российской Федерации "О статусе судей в Российской Федерации" (в ред. Федерального закона от 15 декабря 2001 г. N 169-ФЗ), предусматривающей, что решение о наложении на судью дисциплинарного взыскания выносит квалификационная коллегия судей, к компетенции которой относится рассмотрение вопроса о прекращении полномочий этого судьи на момент принятия решения (выделено мной. - Е.Е.). Порядок и сроки рассмотрения материалов о привлечении судей к дисциплинарной ответственности Высшей квалификационной коллегией судей регулируются ФЗ "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации" (гл. III)... РАБОТА КВАЛИФИКАЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ РЕГУЛИРУЕТСЯ СПЕЦИАЛЬНЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ, А ПОТОМУ НОРМЫ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ДАННОМ СЛУЧАЕ НЕПРИМЕНИМЫ (выделено мной. - Е.Е.)" <1>.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. N 9. С. 3.

В связи с принятием данного судебного Постановления вновь возник вопрос: судьи - это работники, состоящие в трудовых отношениях? На мой взгляд, систематическое толкование названных выше законов все же позволяет сделать вывод: судьи - это работники, состоящие в трудовых отношениях. А вопрос о приоритете ТК РФ или иных федеральных законов, содержащих нормы трудового права, относится к компетенции правотворческих, а не правоприменительных органов.

Статья 5 ТК РФ в новой редакции называется "Трудовое законодательство и ИНЫЕ АКТЫ (выделено мной. - Е.Е.), содержащие нормы трудового права". Вместе с тем, на мой взгляд, в противоречие с названием ст. 5 ТК РФ в нее введена часть вторая: "Трудовые отношения и иные непосредственно связанные с ними отношения регулируются также коллективными договорами, соглашениями и локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права".

Анализ частей первой, второй - девятой ст. 5 ТК РФ позволяет сделать вывод: основное содержание ст. 5 ТК РФ посвящено федеральным нормативным правовым актам, содержащим нормы трудового права, и нормативным правовым актам органов государственной власти субъектов Российской Федерации, содержащим нормы трудового права. Коллективные договоры, соглашения и локальные нормативные акты не являются "актами" федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации. В этой связи предлагаю, во-первых, назвать ст. 5 ТК РФ "Конституция Российской Федерации, иные российские нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права"; во-вторых, исключить часть вторую из ст. 5 ТК РФ.

Согласно частям шестой, седьмой и восьмой ст. 5 ТК РФ в новой редакции "указы Президента Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, не должны противоречить настоящему Кодексу и иным федеральным законам. Постановления Правительства Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, не должны противоречить настоящему Кодексу, иным федеральным законам и указам Президента Российской Федерации.

Нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, содержащие нормы трудового права, не должны противоречить настоящему Кодексу, иным федеральным законам, указам Президента Российской Федерации и постановлениям Правительства Российской Федерации".

Однако на практике постоянно возникает вопрос не только об иерархии данных нормативных правовых актов, но и о возможности и правовых пределах нормотворчества в области трудовых отношений Президента РФ, Правительства РФ и иных федеральных органов исполнительной власти. Действительно, представительным и законодательным органом Российской Федерации является Федеральное Собрание - парламент Российской Федерации (ст. 94 Конституции РФ). "Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную" (ст. 10 Конституции РФ). "Указы и распоряжения Президента Российской Федерации не должны противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам" (ч. 3 ст. 90 Конституции РФ). "На основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных законов, нормативных указов Президента Российской Федерации Правительство Российской Федерации издает постановления и распоряжения, обеспечивает их исполнение" (ч. 1 ст. 115 Конституции РФ).

Названные выше положения Конституции РФ частично восприняты ст. 3 ГК РФ:

"3. Отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса, могут регулироваться также указами Президента Российской Федерации, которые не должны противоречить настоящему Кодексу и иным законам.

4. На основании и во исполнение настоящего Кодекса и иных законов, указов Президента Российской Федерации Правительство Российской Федерации вправе принимать постановления, содержащие нормы гражданского права.

5. В случае противоречия указа Президента Российской Федерации или постановления Правительства Российской Федерации настоящему Кодексу или иному закону применяется настоящий Кодекс или соответствующий закон...

6. Министерства и иные федеральные органы исполнительной власти могут издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами и иными правовыми актами".

С учетом систематического толкования Конституции РФ, ГК РФ и ТК РФ предлагаю изложить соответствующую часть ст. 5 ТК РФ в следующей редакции: "Федеральное трудовое законодательство состоит из настоящего Кодекса и принимаемых в соответствии с ним иных федеральных законов.

В случае пробела в федеральном трудовом законодательстве трудовые отношения могут регулироваться также нормативными указами Президента РФ, которые не должны противоречить Конституции РФ и федеральным законам.

На основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных законов и нормативных указов Президента РФ Правительство РФ, министерства и иные правомочные федеральные органы исполнительной власти могут принимать конкретизирующие нормативные правовые акты, регулирующие трудовые отношения.

При обнаружении противоречий между настоящим Кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами, регулирующими трудовые отношения, соответственно применяется настоящий Кодекс, не противоречащие ему федеральные законы, указы Президента РФ, иные нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, содержащие нормы трудового права".

Трудовое право относится к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (ч. 1 ст. 72 Конституции РФ). Часть шестая ст. 5 ТК РФ в прежней редакции устанавливала лишь иерархию федеральных и региональных актов, регулирующих трудовые

отношения: "Законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, не должны противоречить настоящему Кодексу, иным федеральным законам, указам Президента Российской Федерации, постановлениям Правительства Российской Федерации и нормативным правовым актам федеральных органов исполнительной власти".

В части девятой ст. 5 ТК РФ в новой редакции не произведены существенные изменения: "Законы субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, не должны противоречить настоящему Кодексу и иным федеральным законам. Нормативные правовые акты органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации не должны противоречить настоящему Кодексу, иным федеральным законам, указам Президента Российской Федерации, постановлениям Правительства Российской Федерации и нормативным правовым актам федеральных органов исполнительной власти".

Вместе с тем представляется спорным абзац второй части первой ст. 5 ТК РФ, в соответствии с которым регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений осуществляется "трудовым законодательством (включая законодательство об охране труда), состоящим из настоящего Кодекса, иных федеральных законов и законов субъектов Российской Федерации, содержащих нормы трудового права...".

Думаю, включение в оценочное понятие "трудовое законодательство" не только ТК РФ и федеральных законов, но также и законов субъектов Российской Федерации может породить множество ошибок в правоприменительной практике. Предлагаю в ст. 5 ТК РФ разграничить федеральные нормативные правовые акты, включающие в себя в том числе ТК РФ и другие федеральные законы, и нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права.

Исходя из изложенных теоретических и правовых аргументов, считаю возможным в ст. 5 ТК РФ с предлагаемым названием "Конституция Российской Федерации, иные российские нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права" установить следующие источники трудового права. Первый: Конституция РФ. Второй: федеральные конституционные законы, настоящий Кодекс и иные федеральные законы. Третий: федеральные подзаконные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, - указы Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации, нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти. Четвертый: законы субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права. Пятый: иные подзаконные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права.

Как представляется, в ст. 5 ТК РФ в прежней редакции имелись и спорные "иные" нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права. Так, часть седьмая ст. 5 ТК РФ устанавливала: "Акты органов местного самоуправления и локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права, не должны противоречить настоящему Кодексу, иным федеральным законам, указам Президента Российской Федерации, постановлениям Правительства Российской Федерации, нормативным правовым актам федеральных органов исполнительной власти, законам и иным нормативным правовым актам субъектов Российской Федерации".

Кроме того, ст. 7 ТК РФ в прежней редакции "Акты органов местного самоуправления, содержащие нормы трудового права" также предоставляла право органам местного самоуправления принимать "иные" нормативные правовые акты "в пределах своей компетенции". Вместе с тем ч. 1 ст. 72 Конституции РФ относит трудовое законодательство только к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. "Органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти" (ст. 12 Конституции РФ). "Местное самоуправление в Российской Федерации ОБЕСПЕЧИВАЕТ САМОСТОЯТЕЛЬНОЕ РЕШЕНИЕ НАСЕЛЕНИЕМ ВОПРОСОВ МЕСТНОГО ЗНАЧЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.), владение, пользование и распоряжение муниципальной собственностью" (ч. 1 ст. 130 Конституции РФ). "Органы местного самоуправления САМОСТОЯТЕЛЬНО (выделено мной. - Е.Е.) УПРАВЛЯЮТ МУНИЦИПАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТЬЮ, ФОРМИРУЮТ, УТВЕРЖДАЮТ И ИСПОЛНЯЮТ МЕСТНЫЙ БЮДЖЕТ, устанавливают местные налоги и сборы, осуществляют охрану общественного порядка, а также решают ИНЫЕ ВОПРОСЫ МЕСТНОГО ЗНАЧЕНИЯ" (выделено мной. - Е.Е.) (ч. 1 ст. 132 Конституции РФ).

Как представляется, регулирование трудовых отношений вряд ли можно отнести "к иным вопросам местного значения", которые органы местного самоуправления могут решать "самостоятельно". На практике нередко "самостоятельность" органов местного самоуправления выражается в нарушении трудовых прав работников и работодателей.

Весьма показательно, с одной стороны, то, что ст. 7 ТК РФ в новой редакции признана утратившей силу. В то же время, с другой стороны, к сожалению, в ст. 5 ТК РФ появилась часть

десятая, в соответствии с которой "органы местного самоуправления имеют право принимать нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, В ПРЕДЕЛАХ СВОЕЙ КОМПЕТЕНЦИИ (выделено мной. - Е.Е.), в соответствии с настоящим Кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации". С целью приведения ст. 5 ТК РФ в соответствие с Конституцией РФ предлагаю исключить часть десятую из ст. 5 ТК РФ.

Достаточно много теоретических возражений и сомнений, а также практических вопросов вызвала ст. 6 ТК РФ в прежней редакции "Разграничение полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений". Часть 1 ст. 72 Конституции РФ относит трудовое законодательство к "совместному ведению" Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Вместе с тем часть первая ст. 6 ТК РФ в прежней редакции устанавливала перечень трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений, относящихся "к ведению федеральных органов государственной власти", например основные направления государственной политики в сфере трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, порядок заключения, изменения и расторжения трудовых договоров, порядок и условия материальной ответственности сторон трудового договора, в том числе порядок возмещения вреда жизни и здоровью работника, причиненного ему в связи с исполнением им трудовых отношений. Часть первая ст. 6 ТК РФ в новой редакции не претерпела существенных изменений.

В то же время "по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации издаются федеральные законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации" (ч. 2 ст. 76 Конституции РФ). В соответствии со ст. 26.4 "Участие органов государственной власти субъекта Российской Федерации в рассмотрении Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации проектов федеральных законов по предметам совместного ведения" Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации", принятого 22 сентября 1999 г. (с последующими изменениями и дополнениями), "проекты федеральных законов по предметам совместного ведения согласовываются с законодательными (представительными) и высшими исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации в порядке, установленном настоящей статьей" <1>.

<1> Российская газета. 1999. 19 октября.

В абзаце первом части первой ст. 6 ТК РФ в прежней редакции законодателем применено оценочное понятие "иные непосредственно связанные с ними (трудовыми. - Е.Е.) отношения". На мой взгляд, оценочное понятие "иные непосредственно связанные с ними отношения" достаточно спорно с позиции теории права и логики. Как представляется, более обоснованно в данном случае применять оценочное понятие "аналогия". Выводы по аналогии дают основание для понимания относительной повторяемости, взаимосвязанности и взаимозависимости общественных отношений, которые потому и могут быть урегулированы правом сходным образом. В логике аналогией называют умозаключение, в котором от сходства предметов в одних признаках делается вывод о сходстве этих предметов и в других признаках. Таким образом, как обоснованно замечает В.В. Ершов, "суть применения нормативных актов и права по аналогии состоит в выработке умозаключения (правоположения), в соответствии с которым в результате сходства в одних признаках общественных отношений делается вывод о возможности их регулирования подобным образом" <1>.

<1> Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 232.

Исходя из изложенных правовых и логических аргументов, предлагаю, во-первых, исключить из абзаца первого части первой ст. 6 ТК РФ оценочное понятие "иные непосредственно связанные с ними отношения" и включить оценочное понятие "иные правоотношения, аналогичные им". Во-вторых, в целом изложить абзац первый части первой ст. 6 ТК РФ в следующей редакции: "К совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в сфере трудовых правоотношений относится принятие в соответствии с федеральными законами обязательных для применения на всей территории Российской Федерации федеральных законов и иных нормативных правовых актов, устанавливающих...".

Часть вторая ст. 6 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "Органы государственной власти субъектов Российской Федерации принимают законы и иные нормативные правовые акты,

содержащие нормы трудового права, по вопросам, не отнесенным к полномочиям федеральных органов государственной власти". В часть вторую ст. 6 ТК РФ в новой редакции не внесены существенные изменения: только слово "полномочиям" заменили словом "ведению".

С учетом изложенных выше теоретических, правовых и логических аргументов предлагаю первое предложение части второй ст. 6 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Органы государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере трудовых правоотношений и иных правоотношений, аналогичных им, принимают законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права вне пределов совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации".

Думаю, такое предложение прежде всего основано на буквальном и языковом толковании ч. 2 ст. 76 Конституции РФ. "Совместное ведение" Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, в частности, в области регулирования трудовых отношений, на мой взгляд, означает, что проекты федеральных законов, которые в будущем будут регулировать трудовые правоотношения в соответствии с федеральными законами, должны согласовываться с законодательными (представительными) и высшими исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

Часть третья ст. 6 ТК РФ в прежней редакции предусматривала возможность традиционно называемого в специальной литературе "опережающего правотворчества": "Органы государственной власти субъектов Российской Федерации по вопросам, не урегулированным федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, могут принимать законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права. В случае принятия федерального закона или иного нормативного правового акта Российской Федерации по этим вопросам закон или иной нормативный правовой акт субъекта Российской Федерации приводится в соответствие с федеральным законом или иным нормативным правовым актом Российской Федерации". Часть третья ст. 6 ТК РФ в новой редакции осталась без изменения.

Пункт 2 ст. 3 Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации", принятого 22 сентября 1999 г. (с последующими изменениями и дополнениями), также предоставил субъектам Российской Федерации такое право: "Субъекты Российской Федерации вправе осуществлять собственное правовое регулирование по предметам совместного ведения до принятия федеральных законов. После принятия соответствующего федерального закона законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации подлежат приведению в соответствие с данным федеральным законом в течение трех месяцев" <1>.

<1> Российская газета. 1999. 19 октября.

9 января 1998 г. Конституционный Суд РФ принял Постановление N 1-П "По делу о проверке конституционности Лесного кодекса Российской Федерации", в соответствии с п. 4 которого "КОНСТИТУЦИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОСУЩЕСТВЛЯЕТ РАЗГРАНИЧЕНИЕ НОРМОТВОРЧЕСКИХ ПОЛНОМОЧИЙ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЯ И ЗАКОНОДАТЕЛЕЙ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ПО ПРЕДМЕТАМ СОВМЕСТНОГО ВЕДЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.). Причем по смыслу статей 72 и 76 (ч. 2 и 5) Конституции Российской Федерации ДО ИЗДАНИЯ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА ПО ТОМУ ИЛИ ИНОМУ ПРЕДМЕТУ СОВМЕСТНОГО ВЕДЕНИЯ СУБЪЕКТ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ВПРАВЕ ПРИНЯТЬ СОБСТВЕННЫЙ ЗАКОН И ИНЫЕ НОРМАТИВНЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ (выделено мной. - Е.Е.). Но после издания федерального закона такие акты должны быть приведены в соответствие с федеральным законом" <1>.

<1> Российская газета. 1998. 22 января.

В то же время в работах по общей теории права, конституционному, гражданскому и трудовому праву довольно часто встречается и иная точка зрения: против "опережающего правотворчества" органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Так, И.Л. Черкашина справедливо отмечает, что "на основании части 2 статьи 76 Конституции РФ проанализированы теоретические и практические проблемы "опережающего" нормотворчества субъектов Российской Федерации; предложено дополнить проект ЖК РФ статьей следующего содержания: "Регулирование жилищных отношений относится к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Российская Федерация принимает федеральные законы и иные нормативные правовые акты, устанавливающие основополагающие принципы правового регулирования жилищных отношений с учетом мнения субъектов Российской Федерации.

Субъекты Российской Федерации принимают законы и иные нормативные правовые акты, регулирующие жилищные отношения, в соответствии с ЖК РФ, иными федеральными законами, нормативными указами Президента Российской Федерации и другими нормативными правовыми актами федеральных органов исполнительной власти.

"Опережающее" нормотворчество субъектов Российской Федерации запрещено. Нормативные правовые акты, принятые субъектами Российской Федерации в результате "опережающего" нормотворчества, не применяются и могут быть признаны судом не соответствующими Конституции РФ и федеральным законам" <1>.

<1> Черкашина И.Л. Проблемы судебной защиты конституционного права на жилище граждан Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 7 - 8; См. также, например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. М., 2005. С. 14.

Как представляется, во-первых, достаточно дискуссионным является вывод Конституционного Суда РФ о том, что "Конституция Российской Федерации ОСУЩЕСТВЛЯЕТ РАЗГРАНИЧЕНИЕ НОРМОТВОРЧЕСКИХ ПОЛНОМОЧИЙ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЯ И ЗАКОНОДАТЕЛЕЙ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ПО ПРЕДМЕТАМ СОВМЕСТНОГО ВЕДЕНИЯ" (выделено мной. - Е.Е.). Во-вторых, думаю, равно наоборот: буквальное и языковое толкование оценочного понятия "совместное ведение", содержащееся в первом абзаце ч. 1 ст. 72 Конституции РФ, позволяет сделать вывод о необходимости именно "совместного", а не "раздельного" ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. "Совместный" - "существующий, происходящий или ОСУЩЕСТВЛЯЕМЫЙ ВМЕСТЕ С КЕМ-ЧЕМ-Н., ОБЩИЙ..." <1> (выделено мной. - Е.Е.). В-третьих, полагаю, данная позиция подтверждается также буквальным и языковым толкованием ч. 2 ст. 76 Конституции РФ: "По предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации издаются ФЕДЕРАЛЬНЫЕ ЗАКОНЫ И ПРИНИМАЕМЫЕ В СООТВЕТСТВИИ С НИМИ (выделено мной. - Е.Е.) законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации". Думаю, слова "принимаемые в соответствии с ними" точно определяют Конституцией РФ последовательность принятия нормативных правовых актов. Во-первых, федеральные законы. Во-вторых, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, принимаемые в соответствии с федеральными законами. Кроме того, принимая решение о применении или неприменении нормативного правового акта, принятого органом государственной власти субъекта Российской Федерации, необходимо исходить также из того, что "в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина... ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА МОГУТ БЫТЬ ОГРАНИЧЕНЫ ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ (выделено мной. - Е.Е.) только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства" (ч. 2 и 3 ст. 55 Конституции РФ).

<1> Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. Т. 4. М., 2000. С. 344.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю часть третью ст. 6 ТК РФ изложить в следующей редакции:

"Органы государственной власти субъектов Российской Федерации вне пределов совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации могут принимать законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, не ухудшающие права и законные интересы граждан и организаций".

"Опережающее" правотворчество органов государственной власти субъектов Российской Федерации противоречит Конституции РФ. Законы и иные нормативные правовые акты, принятые органами государственной власти в порядке "опережающего" правотворчества, не подлежат применению и могут быть признаны судом не соответствующими Конституции РФ и федеральным законам.

На практике "опережающее" правотворчество зачастую приводит к нарушению трудовых прав и законных интересов работников. Например, органы государственной власти субъектов Российской Федерации принимают нормативные правовые акты, регулирующие трудовые отношения, связанные с основами правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, порядком заключения, изменения и расторжения трудовых договоров, ответственностью работодателя за нарушение сроков выплаты заработной платы.

С одной стороны, часть четвертая ст. 6 ТК РФ в прежней редакции в соответствии с Конституцией РФ обоснованно гарантировала: "В случаях, если закон или иной нормативный правовой акт субъекта Российской Федерации, содержащий нормы трудового права, противоречит настоящему Кодексу ИЛИ ИНЫМ ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНАМ (выделено мной. - Е.Е.) либо снижает

уровень трудовых прав и гарантий работникам, установленный настоящим Кодексом или иными федеральными законами, применяется настоящий Кодекс или иной федеральный закон". В новой редакции часть четвертая ст. 6 ТК РФ осталась без изменений. С другой стороны, часть первая ст. 5 ТК РФ относит к федеральным нормативным правовым актам, регулирующим трудовые отношения, не только ТК РФ и другие федеральные законы, но и подзаконные федеральные нормативные правовые акты - указы Президента РФ, постановления Правительства РФ и нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти.

Отсюда на практике вновь возник вопрос о том, какие правовые нормы в случае коллизий имеют приоритет - иерархические или исключающие и специальные? Как уже отмечалось выше со ссылкой на позицию, выработанную В.В. Ершовым, в случае совпадения нескольких видов коллизий правовых норм приоритет прежде всего необходимо отдавать правовым нормам, имеющим более высокую юридическую силу, затем исключающим и специальным правовым нормам, наконец, нормам, принятым в более позднее время <1>.

<1> См. более подробно: Ершов В.В. Указ. соч. С. 201.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю изложить часть четвертую ст. 6 ТК РФ в следующей редакции:

"В случае, если закон или иной нормативный правовой акт органа государственной власти субъекта Российской Федерации, содержащий нормы трудового права, противоречит настоящему Кодексу, другим федеральным законам или иным федеральным нормативным правовым актам либо снижает уровень трудовых прав и гарантий работников, установленный настоящим Кодексом, другими федеральными законами или иными федеральными нормативными правовыми актами, применяется настоящий Кодекс, другие федеральные законы или иные федеральные нормативные правовые акты".

В заключение хотелось бы высказать несколько общих предложений по названию и содержанию гл. 1 ТК РФ. Так, в ГК РФ имеется гл. 1 "Гражданское законодательство", посвященная только собственным вопросам законодательства. В ЖК РФ гл. 1 называется "Основные положения. Жилищное законодательство". Вместе с тем очевидно, что как в гражданском, так и в жилищном праве источником гражданского и жилищного права является не только соответствующее "законодательство".

Глава 1 ТК РФ называется "Основные начала трудового законодательства". Однако, во-первых, данная глава включает статьи, не имеющие прямого отношения к "основным началам трудового законодательства", например ст. 8 "Локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права"; ст. 9 "Регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в договорном порядке"; ст. 14 "Исчисление сроков". Характерно, что абзацем вторым части первой ст. 5 ТК РФ в новой редакции собственно к "трудовому законодательству", точно говоря, относится только ТК РФ, иные федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права. Более того, например, в ГК РФ кроме гл. 1 "Гражданское законодательство" имеется и гл. 11 "Исчисление сроков". Во-вторых, даже в гл. 1 ТК РФ называются и иные источники трудового права кроме "трудового законодательства": подзаконные нормативные правовые акты органов государственной власти субъектов Российской Федерации (ст. 5 ТК РФ), локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права (ст. 8 ТК РФ), коллективные договоры и соглашения (ст. 9 ТК РФ), международное право (ст. 10 ТК РФ). В-третьих, на мой взгляд, в гл. 1 ТК РФ "Основные начала трудового законодательства" имеется и спорная ст. 9 ТК РФ "Регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в договорном порядке". Думаю, "трудовой договор" нельзя относить не только к "трудовому законодательству", но и к иным источникам трудового права. При таком подходе правомерно возникает вопрос об обоснованности данной части ст. 9 ТК РФ в гл. 1 "Основные начала трудового законодательства". Полагаю, данная часть ст. 9 ТК РФ в этой главе находится неправомерно. Как представляется, необходимо разграничивать нормативное и индивидуальное правовое регулирование, трудовое право, обязательное для неопределенного круга лиц, и трудовой договор - соглашение между работодателем и работником, устанавливающий исключительно индивидуальные права и обязанности его сторон.

Таким образом, можно сделать несколько выводов и предложений. Во-первых, к российским источникам трудового права относится не только "трудовое законодательство". Следовательно, название гл. 1 ТК РФ является недостаточно корректным. Во-вторых, предлагаю каждому российскому источнику трудового права посвятить как минимум одну статью. В-третьих, считаю необходимым изъять из гл. 1 ТК РФ статьи, не имеющие прямого отношения к российским источникам трудового права.

Статья 10 ТК РФ называется "Трудовое законодательство, иные акты, содержащие нормы трудового права, и нормы международного права". В то же время источники российского трудового права, очевидно, не исчерпываются только собственно "трудовым законодательством". В этой

связи предлагаю назвать ст. 10 ТК РФ "Международное и российское трудовое право". Статья 10 ТК РФ в старой редакции по существу лишь воспроизводила ч. 4 ст. 15 Конституции РФ. Статья 10 ТК РФ в новой редакции не содержит существенных изменений: "В наименовании слова "Законы, иные нормативные правовые" заменить словами "Трудовое законодательство, иные";

в части второй слова "законами и иными нормативными правовыми" заменить словами "трудовым законодательством и иными"...".

В-третьих, проблема соотношения международного и российского трудового права настолько многогранна и сложна как с теоретической, так и с практической точки зрения, что требует самостоятельного исследования в отдельной главе "Международное трудовое право". В данной главе должны содержаться как статьи о различных источниках международного трудового права, так и статьи о соотношении их с различными источниками российского трудового права.

Статья 11 ТК РФ в прежней редакции называлась "Действие законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права". В новой редакции ст. 11 ТК РФ называется "Действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права". Вместе с тем, на мой взгляд, как в прежней редакции, так и в настоящей редакции название статьи не соответствует ее содержанию. Как представляется, по существу содержание ст. 11 ТК РФ посвящено правоотношениям, регулируемым трудовым правом. Например, согласно частям первой и второй ст. 11 ТК РФ "трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, РЕГУЛИРУЮТСЯ ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ И ИНЫЕ НЕПОСРЕДСТВЕННО СВЯЗАННЫЕ С НИМИ ОТНОШЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.). Трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, также ПРИМЕНЯЮТСЯ К ДРУГИМ ОТНОШЕНИЯМ, СВЯЗАННЫМ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ЛИЧНОГО ТРУДА (выделено мной. - Е.Е.), если это предусмотрено настоящим Кодексом или иным федеральным законом".

Важно и то, что в ТК РФ имеются и специальные статьи именно о "действии" актов во времени и пространстве: ст. 12 ТК РФ "Действие трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, во времени", ст. 13 ТК РФ "Действие трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, в пространстве".

Весьма показательно, что в ГК РФ имеется ст. 2 "Отношения, регулируемые гражданским законодательством" и ст. 4 "Действие гражданского законодательства во времени". Исходя из изложенных теоретических и правовых аргументов, предлагаю, во-первых, ввести в ТК РФ самостоятельную главу "Основные положения трудового права в России". Во-вторых, изменить название ст. 11 ТК РФ "Действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права" на "Правоотношения, регулируемые трудовым правом в России". В-третьих, ввести данную статью в главу "Основные положения трудового права в России". В-четвертых, при таком подходе предлагаю при внесении изменений и дополнений в ТК РФ исходить из того, что оценочное понятие "Трудовое право в России" состоит из "международного трудового права" и "российского трудового права".

В соответствии с систематическим толкованием ГК РФ, ЖК РФ и ТК РФ, приведенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю ввести в ТК РФ отдельную главу "Основные начала, принципы и источники российского трудового права". Назвать первую статью данной главы "Цели и задачи российского трудового права". Вторую статью - "Основные принципы правового регулирования трудовых правоотношений и правоотношений, аналогичных трудовым". Третью статью - "Конституция Российской Федерации". Четвертую статью - "Федеральные конституционные законы, настоящий Кодекс Российской Федерации, иные российские нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти, содержащие нормы трудового права". Пятую статью - "Законы и иные нормативные правовые акты органов государственной власти субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права". Шестую статью - "Разграничение полномочий между органами государственной власти субъектов Российской Федерации в сфере регулирования трудовых правоотношений и правоотношений, аналогичных трудовым". Седьмую статью - "Нормативные правовые акты работодателя, содержащие нормы трудового права". Восьмую статью - "Коллективные договоры и соглашения, содержащие нормы трудового права". Девятую статью - "Действие российского трудового права во времени". Одиннадцатую статью - "Действие российского трудового права в пространстве".

§ 4. Локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права

Часть первая ст. 8 ТК РФ "Локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права, принимаемые работодателем" в прежней редакции устанавливала: "Работодатель принимает локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права, в пределах своей компетенции в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашениями".

Оценочное понятие "локальный" в словаре русского языка толкуется как "местный, не выходящий за определенные пределы" <1>. Вместе с тем, на мой взгляд, несмотря на очевидную производность локальных нормативных актов от трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, некоторые специалисты достаточно спорно утверждают, что "НА ПЕРВЫЙ ПЛАН (выделено мной. - Е.Е.) сегодня выдвигается локальное нормативное... регулирование условий труда" <2>. Не отрицая объективной необходимости и значимости локального регулирования, думаю, в этом случае следует выделять иное: локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права, должны лишь конкретизировать ранее принятые законы и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, и не должны выходить за пределы, предварительно установленные последними, и ограничивать трудовые права работников.

<1> Аксенов С.И. Словарь русского языка. М., 1984. С. 282.

<2> Подвысоцкий П.Т. Локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права, их содержание // Трудовое право. 2004. N 2. С. 71.

В литературе не в полной мере разграничивается регулирование трудовых отношений локальными нормативными актами и договорами. Например, П.Т. Подвысоцкий полагает: "...локальное нормативное (в большей степени договорное) регулирование..." <1>. Вместе с тем по межотраслевой аналогии закона договор, с одной стороны, - это сделка, действия физических и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). Данная правовая идея воспринята и ТК РФ: "Коллективный договор - правовой акт... заключаемый работником и работодателем..." (ст. 40); "трудовой договор - соглашение между работодателем и работником..." (ст. 56 ТК РФ).

<1> Подвысоцкий П.Т. Указ. соч. С. 71.

Нормативный правовой акт обычно не предполагает достижение соглашения сторон и представляет собой волеизъявление правотворческого органа, обязательное для неопределенного круга лиц. Соответственно локальный нормативный акт работодателей, за исключением работодателей - физических лиц, - волеизъявление работодателя, обязательное для работников, как правило, не требующее их предварительного согласия. При таком подходе трудно согласиться и с оценочным понятием "нормативный договор", вводимым в научный оборот некоторыми специалистами. Например, М.А. Нечитайло полагает: "Нормативный договор - это правовой акт, устанавливающий правовые нормы; выработанный в результате согласования обособленных воль и волеизъявлений двух и более равноправных... субъектов права, одним из которых выступает субъект публичной власти; устанавливающий (прекращающий, изменяющий) взаимные права и обязанности неопределенного круга лиц на длительное время; сочетающий публичные (централизованные) и частные (децентрализованные) начала в регулировании отношений, участники которых несут взаимную ответственность за невыполнение или ненадлежащее исполнение принятых обязательств..." <1>.

<1> Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 5.

На мой взгляд, необходимо дифференцировать различные по своей правовой природе оценочные понятия "нормативный правовой акт", "индивидуальный правовой акт" и "договор", в том числе "трудовой договор". "Нормативный правовой акт" - обязательный источник права для неопределенного круга лиц, как правило, принятый органом государственной власти. "Индивидуальный правовой акт" - источник прав и обязанностей для лиц, указанных в акте, как правило, принятый государственным органом. Например, акт о регистрации, выделении землеотвода и т.д. Трудовой же договор - это "СОГЛАШЕНИЕ МЕЖДУ РАБОТОДАТЕЛЕМ И РАБОТНИКОМ" (выделено мной. - Е.Е.), в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами и данным соглашением, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя" (часть первая ст. 56 ТК РФ). Таким образом, трудовой договор - это не нормативный (общеобразовательный) правовой акт и не индивидуальный правовой акт (например, решение государственного органа, порождающее права и обязанности), а соглашение между работодателем и работником, порождающее только для них права и

обязанности и основанное прежде всего на нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами весьма спорной выглядит следующая классификация локальных нормативных актов по способу их принятия: "Локальные нормативные акты делятся на три вида: а) нормативные соглашения между работниками организации (их представителями) и работодателем (его представителями), принимаемые совместно на основе социального партнерства; б) нормативные акты, принимаемые работодателем с учетом мнения представительного органа работников организации; в) единоличные акты работодателя (должностные инструкции, правила и т.п.)" <1>.

<1> Подвысоцкий П.Т. Указ. соч. С. 71.

Во-первых, как представляется, следует разграничивать "нормативные правовые акты" и "соглашения". Отсюда весьма спорным является оценочное понятие "нормативное соглашение". Во-вторых, сама ст. 8 ТК РФ в прежней редакции предполагала три вида локальных нормативных актов: принимаемые работодателем самостоятельно, принимаемые работодателем с учетом мнения представительного органа работников и принимаемые работодателем по согласованию с представительным органом работников. Причем второй вид локальных нормативных актов мог приниматься работодателем лишь "в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором"; третий - в случаях, установленных только коллективным договором или соглашениями. Следовательно, работодатель имел право принимать обязательные для работников локальные нормативные акты и без согласования с ними. Только в случаях, установленных нормативными правовыми актами о труде и коллективным договором, работодатель "учитывает мнение представительного органа работников". Вправе, но не обязан был учитывать.

Наконец, лишь в случае добровольного самоограничения, имеющегося в коллективном договоре или соглашении, работодатель обязан был принимать локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права, по согласованию с представительным органом общества. Характерно, что М.А. Нечитайло разграничивает "нормативные договоры" и "коллективные договоры, соглашения" <1>.

<1> Нечитайло М.А. Указ. соч. С. 15.

Другие специалисты фактически ставят знак равенства между локальными нормативными актами и диспозитивными нормами. "Правовым основанием (базой) для локального нормотворчества остаются общие или специальные правовые нормативные акты, которые по своему характеру являются диспозитивными" <1>, - полагает П.Т. Подвысоцкий. С этим трудно согласиться. Думаю, А.Г. Плешанов более аргументированно замечает: "Диспозитивность... юридически обеспеченная возможность свободной реализации правообладателем принадлежащего ему субъективного права" <2>.

<1> Подвысоцкий П.Т. Указ. соч. С. 73.

<2> Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 7.

С позиции теории права диспозитивные нормы более обоснованно рассматривать как предусмотренную законом возможность регулирования общественных отношений по соглашению сторон, а не посредством применения локального нормативного акта, принятого работодателем, как правило, односторонне, без согласования с работниками. Например, согласно п. 1 ст. 450 ГК РФ "изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими ЗАКОНАМИ ИЛИ ДОГОВОРОМ" (выделено мной. - Е.Е.). Разделительный союз "или" предполагает право альтернативного выбора для правоприменителя: применять правовую норму, сформулированную в законе, или диспозитивную норму, выработанную сторонами.

Локальные же нормативные акты не могут отменять трудовое законодательство и иные нормативные правовые акты о труде, не являющиеся альтернативой. Наоборот, локальные нормативные акты, как уже отмечалось, могут лишь конкретизировать ранее принятые нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права.

Часть первая ст. 8 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "Работодатель принимает локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права, в пределах своей компетенции в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашениями". В новой редакции часть первая ст. 8 ТК РФ по существу лишь уточняет категорию работодателей, принимающих локальные нормативные акты: "Работодатели, за

исключением работодателей - физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, принимают локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права... в пределах своей компетенции В СООТВЕТСТВИИ С ТРУДОВЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ И ИНЫМИ НОРМАТИВНЫМИ ПРАВОВЫМИ АКТАМИ, СОДЕРЖАЩИМИ НОРМЫ ТРУДОВОГО ПРАВА, КОЛЛЕКТИВНЫМИ ДОГОВОРАМИ, СОГЛАШЕНИЯМИ" (выделено мной. - Е.Е.). Важно отметить, что часть первая ст. 8 ТК РФ как в прежней, так и в новой редакции установила довольно спорную иерархию источников трудового права: 1 - трудовое законодательство, 2 - иные нормативные правовые акты, 3 - коллективные договоры, соглашения.

С учетом изложенного относительно ст. 5 ТК РФ предлагаю часть первую ст. 8 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Работодатели, за исключением работодателей - физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, принимают локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права (далее - локальные нормативные акты), в пределах своей компетенции в соответствии с международным трудовым правом, Конституцией РФ, федеральными конституционными законами; настоящим Кодексом, другими федеральными законами, иными федеральными подзаконными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права; законами и иными нормативными правовыми актами органов государственной власти субъектов Российской Федерации, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями".

Часть вторая ст. 8 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, работодатель при принятии локальных нормативных актов, содержащих нормы трудового права, УЧИТЫВАЕТ МНЕНИЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬНОГО ОРГАНА РАБОТНИКОВ" (выделено мной. - Е.Е.).

Часть вторая ст. 8 ТК РФ в новой редакции не претерпела существенных изменений: "В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, коллективным договором, соглашениями, работодатель при принятии локальных нормативных актов УЧИТЫВАЕТ МНЕНИЕ (выделено мной. - Е.Е.) представительного органа работников (при наличии такого представительного органа)".

Формула трудового законодательства "учитывает мнение" как в предыдущей, так и в действующей редакции и вовсе не обязывает работодателя принимать во внимание "мнение" представительного органа работников в процессе установления норм трудового права в локальных нормативных актах.

Еще более призрачными являлись трудовые права работников, предусмотренные ранее частью третьей ст. 8 ТК РФ: "КОЛЛЕКТИВНЫМ ДОГОВОРОМ, СОГЛАШЕНИЕМ МОЖЕТ БЫТЬ (выделено мной. - Е.Е.) предусмотрено принятие локальных нормативных актов, содержащих нормы трудового права, по согласованию с представительным органом работников". Часть третья ст. 8 ТК РФ в новой редакции еще более лаконична: "Коллективным договором, соглашениями может быть предусмотрено принятие локальных нормативных актов по согласованию с представительным органом работников".

Поскольку коллективные договоры и соглашения работников суть добровольные соглашения сторон коллективных договоров и соглашений, постольку в реальной действительности достаточно редко работодатели "добровольно" ограничивают свои права. Следовательно, на практике, как правило, работодатели принимают локальные нормативные акты самостоятельно, как без учета мнения представительного органа работников, так и без согласования с представительным органом работников. Данная проблема, думаю, наглядно подтверждает выработанное на практике правило: важнейшие права работников должны быть гарантированы настоящим Кодексом и другими федеральными законами, а не передаваться на уровень локальных нормативных актов. Предлагаю дополнить ст. 8 ТК РФ частью, в которой необходимо установить минимальный перечень локальных нормативных актов, которые работодатель должен будет согласовывать с представительным органом работников, не ограничивая их трудовые права.

Часть четвертая ст. 8 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "Локальные нормативные акты, ухудшающие положение работников по сравнению с трудовым законодательством, коллективным договором, соглашениями либо принятые без соблюдения предусмотренного настоящим Кодексом порядка учета мнения представительного органа работников, ЯВЛЯЮТСЯ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМИ (выделено мной. - Е.Е.). В таких случаях применяются законы или иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права". Оценочное понятие "являются недействительными" требовало определения способов защиты трудовых прав в суде. В соответствии с п. 1 ст. 166 ГК РФ только ничтожная сделка "является недействительной" независимо от решения суда.

В специальной литературе по общей теории права такая позиция законодателя подвергалась справедливой критике. Так, В.В. Ершов пришел к следующему обоснованному выводу: "...недействительными судом могут быть признаны только сделки... исходя из системного

подхода к исследованию взаимоотношений различных органов государственной власти, корректнее установить, что суд признает правовую норму (акт) не соответствующей правовой норме (акту), имеющей более высокую юридическую силу" <1>.

<1> Ершов В.В. Суд в системе органов государственной власти // Российское правосудие. 2006. N 1. С. 48.

Достаточно распространенными в юридической литературе также являются весьма спорные оценочные понятия "конкретный нормоконтроль" и "абстрактный нормоконтроль". Следует согласиться с В.В. Ершовым, полагающим, что "конкретным нормоконтролем" как способом защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц следует считать неприменение судом в конкретном споре (ad hoc) правовой нормы, не соответствующей правовой норме, имеющей более высокую юридическую силу, с позиции теории - преодоление судом иерархических коллизий. "Абстрактный нормоконтроль" как один из способов защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц есть признание в установленном законом судебном порядке правовой нормы, не соответствующей правовой норме, имеющей более высокую юридическую силу <1>.

<1> См.: Там же. С. 46.

Характерно, что законодатель частично воспринял в части четвертой ст. 8 ТК РФ в новой редакции предложения, высказанные в специальной литературе по общей теории права: "Нормы локальных нормативных актов, ухудшающие положение работников по сравнению с установленными трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, а также локальные нормативные акты, принятые без соблюдения установленного ст. 372 настоящего Кодекса порядка учета мнения представительного органа работников, НЕ ПОДЛЕЖАТ ПРИМЕНЕНИЮ (выделено мной. - Е.Е.). В таких случаях применяются трудовое законодательство и иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, коллективный договор, соглашения".

Таким образом, законодатель в части четвертой ст. 8 ТК РФ указал на возможность применения "конкретного нормоконтроля" и упустил возможность использования "абстрактного нормоконтроля". Учитывая изложенные выше теоретические и правовые аргументы, предлагаю изложить часть четвертую ст. 8 ТК РФ в следующей редакции: "Нормы локальных нормативных актов, ухудшающие положение работников по сравнению с установленным международным трудовым правом, Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, настоящим Кодексом, другими федеральными законами, федеральными подзаконными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, законами и иными нормативными правовыми актами органов государственной власти субъектов Российской Федерации, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, а также локальные нормативные акты, принятые без соблюдения установленного ст. 372 настоящего Кодекса порядка учета мнения представительного органа работников, не подлежат применению. В таких случаях применяются правовые нормы, регулирующие трудовые правоотношения и имеющие более высокую юридическую силу. Данные локальные нормативные акты также могут быть признаны судом в установленном законом порядке не соответствующими правовым нормам, имеющим более высокую юридическую силу".

Безусловно, заявителю принадлежит выбор способа защиты нарушенных трудовых прав: "неприменение судом локального нормативного акта, противоречащего правовым нормам, имеющим более высокую юридическую силу" либо "признание локального нормативного акта не соответствующим правовым нормам, имеющим более высокую юридическую силу".

Данная проблема имеет не только теоретическое, но и важное практическое значение. Так, в соответствии с подп. "б" п. 3 ст. 81 ТК РФ в прежней редакции трудовой договор мог быть расторгнут работодателем в случае "недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации". В новой редакции данный бывший подпункт остался без изменения, п. 3 изложен в следующей редакции: "...несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации".

На практике ранее достаточно часто возникал вопрос (думаю, в будущем будет возникать чаще) о том, может ли быть установлена необходимость проведения аттестации (и другие вопросы, связанные с аттестацией) подзаконными нормативными правовыми актами и локальными нормативными актами? Например, П.Т. Подвысоцкий полагает, что периодическая аттестация работников должна проводиться в организации "В СООТВЕТСТВИИ С ПРИНЯТЫМ В ДАННОЙ ОРГАНИЗАЦИИ ПОЛОЖЕНИЕМ" <1> (выделено мной. - Е.Е.). Аналогичную точку зрения разделяет и А.С. Маталин: "Локальные нормативные правовые акты, касающиеся вопросов

аттестации работников, разрабатываются для эффективного проведения аттестации в организациях. При отсутствии централизованного нормативного правового акта, закрепляющего категории аттестуемых работников, такие категории могут быть определены локальным актом" <2>. В соответствии с п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" "в силу пп. "б" п. 3 ст. 81 Кодекса увольнение по этому основанию допустимо при условии, что несоответствие работника занимаемой должности вследствие его недостаточной квалификации подтверждено результатами аттестации, проведенной в порядке, предусмотренном федеральным законом, или подтверждено результатами аттестации, проведенной в порядке, предусмотренном федеральным законом или иным нормативным правовым актом, ЛИБО В ПОРЯДКЕ, ЗАКРЕПЛЕННОМ В ЛОКАЛЬНОМ НОРМАТИВНОМ АКТЕ ОРГАНИЗАЦИИ" <3>.

<1> Подвысоцкий П.Т. Указ. соч. С. 77.

<2> Маталин А.С. Аттестация служащих в трудовом праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 13.

<3> Российская газета. 2004. 14 апреля.

Вместе с тем, во-первых, "нормы локальных нормативных актов, ухудшающие положение работников по сравнению с установленным трудовым законодательством... не подлежат применению" (часть четвертая ст. 8 ТК РФ). Так, при отсутствии в ТК РФ и ФЗ "Об акционерных обществах" положения об аттестации работников введение таковой локальным нормативным актом не может не ухудшить положение работников. Во-вторых, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). Установление обязательной периодической аттестации в соответствии с локальными нормативными актами для работников, не подлежащих аттестации в соответствии с федеральным законом, думаю, в конечном счете приведет к ухудшению трудовых прав работников по сравнению с международным трудовым правом, Конституцией РФ и федеральным трудовым законодательством.

С позиции общей теории права представляется весьма спорным и само оценочное понятие "локальные нормативные акты". С одной стороны, "локальный" - "местный, свойственный только определенному месту, не выходящий за определенные пределы" <1>. С другой стороны, в общей теории права принято понимать под "нормативным правовым актом" общеобязательный для неопределенного круга лиц источник права, принятый компетентным органом, содержащий правовые нормы общего характера и постоянного действия.

<1> Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. Т. 2. С. 86.

Следовательно, с позиции общей теории права возникает существенное противоречие: как можно совместить в одном оценочном понятии весьма противоречивые термины: "локальный" - местный, не выходящий за определенные пределы, и "нормативный" - общеобязательный для неопределенного круга лиц? В связи с изложенными теоретическими аргументами предлагаю изъять из ТК РФ оценочное понятие "локальный нормативный акт" и ввести другое оценочное понятие - "нормативный правовой акт работодателя для определенной категории работников".

§ 5. Гражданское право - источник трудового права в России?

Вопрос о возможности применения гражданского права к трудовым правоотношениям всегда вызывал интерес у научных и практических работников. Например, Л.С. Таль в работе с весьма характерным названием "Трудовой договор. Цивилистическое исследование" один из первых в российской юридической науке пришел к выводу о том, что в фактический состав любого возмездного договора о труде входят три элемента: обещание деятельности, обещание вознаграждения и взаимность этих двух обстоятельств. Специфическим элементом в содержании договора о труде Л.С. Таль рассматривал обещание работы. "Под нею подразумевается не труд вообще, а деятельность в пользу контрагента, т.е. в желательном ему направлении. Представление об обещании работы таким образом обнимает два момента: проявление человеческой деятельности и ее проявление в известном направлении. Когда мы исходим из первого, мы видим в обещании работы представление другому лицу известных выгод от чужой деятельности или - что то же самое - предоставление пользования трудом. Когда же мы сосредоточиваем свое внимание на первом моменте, на самой деятельности, обещание работы представляется нам обязательством известным образом проявлять собственную или направлять чужую рабочую силу" <1>.

<1> Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ч. 1: Общие учения. Ярославль, 1913. С. 11 - 12.

Характерным признаком, определяющим правовую природу договора в то время, согласно господствовавшей в тот период точке зрения, признавалось то, что "одно лицо за вознаграждение приобретает право пользования чужими благами... Однако практическое проведение этого догмата в тех случаях, когда источником благ является личность человека, сталкивается... с особенностью труда как объекта оборота. Вовлечение личности в гражданский оборот, превращение ее в средство для чужих целей при современном уровне этической культуры может быть санкционировано и терпимо правопорядком только в формах и пределах, не противоречащих назначению и достоинству человеческой личности. Такого ограничения не существует относительно пользования вещами. Это различие оказывается столь существенным и глубоким, что возникает необходимость проверить, выражает ли пользование трудом и вещью одно и то же, определяется ли юридическая природа правоотношения в том и в другом случае в одинаковой мере тем, что в его состав входит элемент "пользования" <1>.

<1> Там же. С. 12 - 13.

В результате своих научных исследований Л.С. Таль аргументированно пришел к выводу о специфическом характере труда и о необходимости выделения его в отдельный объект имущественного оборота. "Труд, в смысле процесса проявления энергии, - подчеркивал он, - может быть направлен на чужую имущественную сферу, допускает имущественную оценку и может быть объектом оборота. Но... - в отличие от других благ - он неотделим от личности работника. Поэтому: 1) осуществление его экономического назначения возможно только в форме произвольной траты энергии со стороны работника, а пользование трудом может только состоять в психическом воздействии на работника и в усвоении выгод, доставляемых его трудом; дальше оно по естественным причинам не может простираться; 2) говорить о пользовании трудом как об отношении, при котором объект юридически не отделяется от имущественной сферы его собственника, лишено всякого смысла, ибо труд не есть часть имущества, ни предмет собственности работника. Труд потенциальная величина, которой, по выражению римских юристов, вовсе нет in natura rerum, пока он не проявился вовне, не израсходован; 3) представление о пользовании как отношении, при котором объект должен сохраняться в целости (salva rei substantia), к труду также неприменимо, потому что осуществление его экономического назначения заключается именно в превращении энергии или, выражаясь юридически, в его потреблении" <1>.

<1> Таль Л.С. Указ. соч. С. 22 - 23.

Исходя из изложенной характеристики труда, Л.С. Таль сделал обоснованный вывод: договорам о труде должно быть определено самостоятельное место, а труд должен стать связующим звеном этих договоров. Л.С. Таль подчеркивал: при таком подходе устраняется сама возможность слияния трудовых сделок с чисто имущественными сделками, устраняется возможность их единого правового регулирования. Л.С. Таль считал необходимым приспособить общегражданские законы к специфической экономико-правовой природе трудовых отношений, поставил вопрос об обосновании трудового (промышленного, рабочего) права с трудовым договором в качестве ведущего института <1>.

<1> См. более подробно: Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс трудового права: В 2 т. Т. 2. Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право. М., 2004. С. 96.

В 1995 - 1997 гг. журнал "Российская юстиция" провел дискуссию о возможности применения гражданского права к трудовым правоотношениям <1>. В основном в процессе дискуссии были высказаны три точки зрения. Первая: гражданское право не регулирует трудовые отношения, поскольку законом это прямо не предусмотрено и имеется трудовое законодательство. Вторая: гражданское право прямо регулирует трудовые отношения. Третья: гражданское право регулирует трудовые отношения в порядке межотраслевой аналогии закона только в случае пробела в трудовом праве и с некоторыми ограничениями, установленными в Конституции РФ и федеральных законах.

<1> См., например: Бугров Л. Останется ли трудовое право самостоятельной отраслью права? // Российская юстиция. 1995. N 9; Ершов В. Отношения, регулируемые гражданским правом // Российская юстиция. 1996. N 1; Грось Л. Судебная защита трудовых прав: соотношение трудовых и гражданско-правовых договоров // Российская юстиция. 1996. N 8; Ершов В., Ершова Е.

Применение норм Конституции РФ и ГК РФ к трудовым отношениям // Российская юстиция. 1997. N 11.

Первый подход достаточно сложно аргументировать с позиции общей теории права. Кроме того, он не дает ответа на важнейший практический вопрос: как должен поступать судья в случае пробела в трудовом праве? Судья не может отказывать в приеме заявления по трудовому спору в связи с пробелом в трудовом праве. Судья должен принять заявление и вынести решение в том числе и в условиях отсутствия норм трудового права, регулирующих данные трудовые отношения.

Второй подход весьма распространен в современной юридической литературе <1>. Вместе с тем, на мой взгляд, для такого подхода нет достаточных теоретических и правовых аргументов. Так, при наличии правового регулирования, отсутствии пробела по общему правилу применяются правовые нормы, регулирующие данные правоотношения. Пункт 1 ст. 2 ГК РФ "Отношения, регулируемые гражданским законодательством" точно устанавливает правоотношения, регулируемые гражданским законодательством: "Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальной собственности), регулирует договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников...

_____

<1> См., например: Лебедев В.М. Трудовое право: Проблемы общей части. Томск, 1998. С. 102 - 118; Он же. Лекции по трудовому праву России. Томск, 2002. С. 52 - 63; Дивеева Н.И. Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999. С. 68 - 70.

Гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность...".

Во-первых, работник и работодатель не являются участниками гражданского оборота. Во-вторых, трудовые правоотношения не связаны с возникновением и порядком осуществления права собственности и других вещных прав, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности. В-третьих, трудовые правоотношения не характеризуются договорными и иными обязательствами, а также другими имущественными и связанными с ними личными неимущественными отношениями, основанными на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. В-четвертых, трудовые правоотношения не связаны с осуществлением работником предпринимательской деятельности. В-пятых, трудовые отношения - это "отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором" (ст. 15 ТК РФ). В-шестых, ст. 5 - 13 ТК РФ определили источники трудового права в России: международное право, Конституция РФ, нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти, содержащие нормы трудового права; нормативные правовые акты органов государственной власти субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права; локальные нормативные акты, коллективные договоры и соглашения, содержащие нормы трудового права.

Вместе с тем как в общей теории права, так и в трудовом праве в теоретическом и практическом плане весьма актуальной является проблема пробелов в праве. В специальной литературе выделяют различные виды пробелов в нормативных правовых актах. Так, В.В. Лазарев классифицирует пробелы с точки зрения содержания и структуры правового материала, в зависимости от причин и времени их появления, по отношению законодателя к проблемам и его "вины" в их появлении, по способам установления и восполнения <1>. В.В. Ершов также справедливо предлагает выделять полные и неполные пробелы: "Полные пробелы в нормативных актах характеризуются абсолютным отсутствием нормативного материала, которое приводит к неурегулированности общественных отношений, находящихся в сфере правового воздействия. Неполные пробелы в нормативных актах выражаются в отсутствии детального регулирования каких-то отдельных сторон общественных отношений, подлежащих правовому опосредованию" <2>.

_____

<1> См.: Лазарев В.В. Пробелы в советском праве и методы их устранения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1967. С. 14.

<2> Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 228.

С точки зрения причин появления пробелов можно подразделять пробелы, возникшие как по объективным, так и по субъективным причинам. Объективными причинами появления пробелов в нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права, прежде всего являются многообразие и непрерывное развитие трудовых правоотношений, ограниченность научного предвидения, устаревание правил законодательной техники и т.д. Однако, к сожалению, весьма часто пробелы в нормативных правовых актах, регулирующих трудовые отношения, возникают по субъективным причинам, связанным, например, с лоббированием отдельными группами и ведомствами проектов законов, недостаточным использованием предложений научных и практических работников по изменению и развитию нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, и т.д.

В юридической литературе имеется довольно много определений оценочного понятия "пробел" в законодательстве. Например, А.Т. Боннер пробел в гражданском процессуальном законодательстве рассматривает как неурегулированность либо недостаточную урегулированность конкретной нормы ГПК РФ или иного источника гражданского процессуального законодательства процессуальных отношений, закрепленных в его общей форме <1>. В целом с таким определением можно согласиться, поскольку оно соответствует этимологии слова "пробел". В русском языке термин "пробел" имеет два значения: незаполненное место, промежуток и недостаток, упущение <2>. В то же время определение, данное А.Т. Боннером, имеет весьма общий характер, не содержит целого ряда необходимых признаков.

<1> См.: Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М., 1980. С. 71.

<2> См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1973. С. 555.

В этой связи разделяю вывод В.В. Ершова, рассматривающего пробел в нормативном правовом акте как "полное или частичное отсутствие нормативного регулирования общественных отношений, находящихся в сфере правового воздействия, появившееся по объективным или субъективным причинам, необходимость восполнения которого обусловлена нормами данной и смежных отраслей законодательства, его общим смыслом, целями и принципами, Конституцией, международными договорами, правосознанием и устоявшимися общечеловеческими ценностями" <1>.

<1> Ершов В.В. Указ. соч. С. 231.

В общей теории права имеются два самостоятельных понятия "преодоление" и "устранение" пробелов в нормативных правовых актах. Как справедливо отмечает В.В. Ершов, "пробелы в нормативных актах могут устраняться только нормотворческими органами. Правоприменительные же органы в процессе рассмотрения конкретных дел могут лишь обнаруживать и преодолевать пробелы нормативных правовых актов для данного случая (ad hoc) посредством выработки правоположений (обыкновении), правовой базой которых является не субъективная воля (усмотрение) правоприменителей, а нормативные акты данной и смежных отраслей законодательства, его общий смысл, принципы и цели, Конституция РФ и ратифицированные международные договоры" <1>.

<1> Ершов В.В. Указ. соч. С. 227.

Преодоление пробелов в нормативных правовых актах в процессе правоприменения - важнейший теоретический и практический вопрос, прежде всего связанный со способами преодоления пробелов. Например, А.Т. Боннер называет следующие способы преодоления пробелов: аналогия закона и права, субсидиарное правоприменение, применение юридического судебного обычая и правоположений, выработанных в руководящих постановлениях пленумов Верховных судов <1>. Данная классификация представляется весьма спорной. Прежде всего, на мой взгляд, "субсидиарное правоприменение" было бы более точно называть "межотраслевой аналогией закона", анализировать ее в пределах единого родового института "аналогии". Во-вторых, на мой взгляд, суд является правоприменительным органом, не имеющим правотворческих полномочий, обладающим правом лишь толковать правовые нормы, т.е. уяснять для себя и разъяснять для других. При таком подходе весьма спорным представляется также такой способ преодоления пробелов, как "применение юридического судебного обычая и правоположений, выработанных в руководящих постановлениях пленумов Верховных судов". В этой связи представляется более корректным подразделять следующие способы преодоления

пробелов в нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права: аналогия закона и аналогия права.

<1> Боннер А.Т. Указ. соч. С. 86 - 157.

Без достаточных аргументов, на мой взгляд, одни специалисты отрицают возможность применения межотраслевой аналогии закона <1>, а другие называют выработку правоположений судебной практики на основе смежных отраслей законодательства субсидиарным (дополнительным) правоприменением <2>. По-моему, наиболее обоснованной является позиция В.Н. Карташова, полагающего, что применение норм одной отрасли права к неурегулированным отношениям, входящим в сферу правового регулирования другой отрасли, необходимо рассматривать в пределах межотраслевой аналогии закона, поскольку сходство в отношениях, приемах правового воздействия устанавливается с логической и юридической стороны в рамках аналогии, с соблюдением условий и требований, характерных для нее, а использование норм по аналогии в пределах одной отрасли также имеет субсидиарный (дополнительный) характер <3>.

<1> См.: Акимов В.И. Аналогия в советском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1970. С. 7.

<2> См.: Бару М. О субсидиарном применении норм гражданского права к трудовым правоотношениям // Советская юстиция. 1963. N 14. С. 17 - 18.

<3> См.: Карташов В.Н. Применение права. Ярославль, 1980. С. 29 - 31.

В юридической литературе в числе необходимых условий применения межотраслевой аналогии закона называют действительную неурегулированность общественных отношений, сходство методов регулирования, наличие аналогичных признаков в общественных отношениях и генетическую связь смежных отраслей законодательства <1>. Предлагаю в числе названных выше обязательных условий применения гражданского права по межотраслевой аналогии закона к трудовым отношениям рассматривать и выработку правоположений - индивидуальных актов судебного толкования норм гражданского права с учетом также целей толкуемых норм гражданского права, их принципов и общего смысла.

<1> См.: Ашихмина А.В. Субсидиарное применение норм других отраслей права к трудовым отношениям: Социальное управление и право. Вып. 61. Свердловск, 1977. С. 86; Карташов В.Н. Указ. соч. С. 31 - 32.

Довольно спорно выглядит предложение в подобных случаях применять только аналогию права и не применять межотраслевую аналогию закона. В то же время, во-первых, аналогия - это единый родовой институт. Во-вторых, в теории права традиционно выделяют три вида аналогии: аналогию закона (аналог правоприменитель исходит в данной отрасли права); межотраслевую аналогию закона (применяется норма, имеющаяся в смежной отрасли права и регулирующая сходные отношения); аналогию права (аналога в собственном смысле нет, правоприменитель рассматривает спор исходя из принципов и общего смысла права). Поэтому теоретически неубедительным представляется применение аналогии права и неприменение межотраслевой аналогии закона. Подобный подход в конечном счете может привести к нарушению трудовых прав работников, так как трудовое право в большей степени защищает права работников, нежели гражданское право - права граждан.

На мой взгляд, в случае пробела в трудовом праве применение гражданского права к трудовым отношениям (третий подход) по межотраслевой аналогии закона с ограничениями, установленными в Конституции РФ и федеральных законах, может способствовать регулированию трудовых отношений без ограничения трудовых прав и законных интересов работников и работодателей.

В трудовом праве "выводы по аналогии" позволяют понять относительную повторяемость, взаимосвязанность и взаимозависимость общественных отношений, регулируемых сходным образом. В логике аналогией называют умозаключение, в котором от сходства предметов в одних признаках делается вывод о сходстве этих предметов и в других признаках. Отсюда суть применения права по аналогии состоит в выработке умозаключения (правоположения), в соответствии с которым в результате сходства в одних признаках общественных отношений делается вывод о возможности их регулирования аналогичным образом. Поэтому, рассматривая трудовой спор по аналогии, судья, во-первых, должен определить степень сходства общественных отношений, урегулированных правом, с трудовыми отношениями, подлежащими регулированию в данном деле; во-вторых, выработать и применить правоположение на основе имеющегося права. Выработанное судом правоположение (акт толкования), безусловно, не обязательно для других судов, может применяться в других случаях лишь в силу его теоретической убедительности и

аргументированности. Необходимо подчеркнуть, что по мере установления большего числа сходных признаков общественных отношений степень аргументированности и убедительности выработанного правоположения толкования повышается.

С целью защиты трудовых прав и законных интересов работников и работодателей в специальной литературе обсуждаются необходимые условия и пределы применения аналогии права к трудовым отношениям. Так, Е.А. Голованова к подобным условиям относит: полное или частичное отсутствие нормативного регулирования, сходство в определенных признаках общественных отношений, не урегулированных нормативными актами, но находящимися в сфере правового воздействия с общественными отношениями, урегулированными нормативными актами; полное и точное соблюдение процессуальных гарантий участников судебного разбирательства <1>. К таким условиям, думаю, также можно отнести и толкование трудового права на основе и в пределах национального и международного права, а также запрещение ограничения по аналогии как прав работников, так и прав работодателей.

<1> См.: Голованова Е.А. Применение аналогии при увольнении по инициативе администрации // Советское государство и право. 1984. N 2. С. 118.

До принятия ТК РФ активно обсуждался вопрос о возможности взыскания с работодателя, не выплачивающего работнику заработную плату, убытков по ст. 15 ГК РФ и процентов по ст. 395 ГК РФ. Судебная практика в определенный период была нестабильной в различных регионах, принимались разные судебные решения. На мой взгляд, взыскивать убытки и проценты с работодателя было нельзя, так как ГК РФ регулирует только гражданские отношения (ст. 2 ГК РФ), а права физических и юридических лиц могут быть ограничены только федеральным законом, регулирующим данные отношения (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ). В настоящее время пробел в трудовом праве в части взыскания процентов законодателем восполнен. Статья 236 ТК РФ предусматривает материальную ответственность работодателя за задержку выплаты заработной платы.

Однако на практике и сегодня существует вопрос о том, возможно ли с работника взыскивать в пользу работодателя убытки за причиненный ему ущерб. Зачастую убытки удерживаются по приказу работодателя. Но в данном случае в трудовом праве нет пробела. В теории права эти случаи называют "мнимым" пробелом. Действительно, согласно ст. 238 ТК РФ "работник обязан возместить работодателю причиненный ему прямой действительный ущерб. Неполученные доходы (упущенная выгода) взысканию с работника не подлежат". Взыскание с работника убытков по ст. 15 ГК РФ ограничивает его трудовые права, следовательно, недопустимо.

Высказываются самые разные мнения о том, чем необходимо руководствоваться в случае рассмотрения спора по аналогии. Например, Е.А. Голованова понимает под аналогией закона применение правовой нормы в ситуациях, которые ею прямо не предусмотрены, но последние аналогичны регулируемым данной нормой случаям <1>. Такой же позиции придерживается и А.С. Пиголкин <2>. Однако он полагает, что в процессе применения аналогии права "исполнитель как бы создает в своем сознании общее правило для решения соответствующей категории дел и решает рассматриваемое дело на основе этого правила в условном смысле" <3>.

<1> См.: Голованова Е.А. Указ. соч. С. 118.

<2> См.: Пиголкин А.С. Обнаружение и преодоление пробелов в праве // Советское государство и право. 1970. N 3. С. 57.

<3> Там же.

С.Н. Братусь и А.Б. Венгеров утверждают, что "пробел в законе преодолевается не путем подведения не урегулированных нормой права ситуаций под сходную норму, а путем СОЗДАНИЯ СУДОМ ПО АНАЛОГИИ С НЕЙ ДРУГОЙ НОРМЫ (выделено мной. - Е.Е.), на основе которой и выносится решение" <1>. На мой взгляд, прежде всего исходя из ст. 10 Конституции РФ, разграничивающей правотворческие, исполнительные и судебные органы государственной власти, более аргументированно исходить из того, что в случае рассмотрения дела на основе аналогии закона, межотраслевой аналогии закона или аналогии права суд вырабатывает и применяет правоположения - по своей правовой природе индивидуальные акты толкования, а не самостоятельные нормы права для рассмотрения конкретного спора (ad hoc), применяемые другими судами лишь в случае их убедительности или аргументированности. При таком подходе суд, рассматривая трудовой спор, не может прямо руководствоваться какой-либо статьей ГК РФ. Длительное время в этих случаях во многих судебных решениях и в постановлениях пленумов Верховных судов писали: "применительно к...". Представляется теоретически более обоснованным в судебных решениях писать: "по аналогии со ст. ... ТК РФ", "по межотраслевой аналогии со ст. ... ГК РФ", "по аналогии права... суд решил...".

<1> Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975. С. 47.

Принимая во внимание отсутствие во многих кодексах России прямого разрешения применения аналогии некоторые ученые полагают ее недопустимой. При таком подходе остается открытым важнейший практический вопрос: как должен поступать судья в случае пробела в трудовом праве? Отказывать работнику в приеме заявления? Такого основания ст. 134 ГПК РФ не содержит. Следовательно, даже в случае пробела в трудовом праве заявление работника должно быть принято. В этой связи возникает второй вопрос: какое материальное право может быть применено судом? "Решение суда должно быть законным и обоснованным" (ст. 195 ГПК РФ). Видимо, одним из выходов может стать применение межотраслевой аналогии закона в соответствии с ч. 4 ст. 1 ГПК РФ: "В случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникающие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи... применяют нормы, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права)".

Да, к сожалению, гл. 1 ТК РФ "Основные начала трудового законодательства" не содержит подобной нормы, что свидетельствует лишь о недостаточной разработанности общих положений в ТК РФ. "Трудовое право является достаточно зрелым социальным образованием, одной из основных отраслей в системе права романо-германской правовой семьи. В отечественной традиции, - справедливо замечает А.М. Лушников, - оно делится на общую и особенную части. На Западе также в структуре трудового права обычно выделяют общую часть. Очевидно, что именно данное подразделение определяет специфическое "лицо" отрасли, ее роль и место в системе права" <1>.

<1> Лушников А.М. Проблемы общей части российского трудового права: научное наследие, современное состояние и перспективы исследований: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 3.

Общая часть ТК РФ, по моему мнению, может быть дополнена нормой, например, такого содержания: "В случае отсутствия нормы трудового права, регулирующей трудовые отношения, суд применяет норму трудового права, регулирующую сходные трудовые отношения (аналогия закона); иную норму, имеющуюся в смежной отрасли права и регулирующую аналогичные отношения (межотраслевая аналогия закона); принципы, общие начала и смысл национального и международного права (аналогия права). Аналогия недопустима при отсутствии пробела в трудовом праве и с целью ограничения трудовых прав участников трудовых отношений". В настоящее же время до восполнения законодателем указанного пробела в общей части трудового права полагаю возможным рассматривать трудовые споры по аналогии закона, межотраслевой аналогии закона и аналогии права, так как законодателем аналогия в ТК РФ не разрешена, но и прямо не запрещена, как, например, в ст. 3 УК РФ: "Применение уголовного закона по аналогии не допускается".

Такой вывод, думаю, подтверждается действующими ГК РФ и ЖК РФ. Так, согласно ст. 6 ГК РФ "Применение гражданского законодательства по аналогии":

"1. В случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 ст. 2 настоящего Кодекса отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применяемый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

2. При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости".

В ЖК РФ имеется ст. 7 "Применение жилищного законодательства по аналогии":

"1. В случаях, если жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством или соглашением участников таких отношений, и при отсутствии норм гражданского или иного законодательства, прямо регулирующих такие отношения, к ним, если это не противоречит их существу, применяется жилищное законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона).

2. При невозможности использования аналогии закона права и обязанности участников жилищных отношений определяются исходя из общих начал и смысла жилищного законодательства (аналогия закона) и требований добросовестности, гуманности, разумности и справедливости".

Стремление к выработке и принятию абсолютно-определенных норм, регулирующих трудовые отношения, было характерно для того периода советской юридической науки, когда право сводилось к писаному закону, т.е. ко времени юридического позитивизма. В настоящее

время в науке принято не сводить право только к закону. Принципиально важно, что такой подход основан и на ст. 18 Конституции РФ: "Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием". Следовательно, и трудовые права участников трудовых отношений должны быть защищены судом независимо от их закрепления в позитивных нормативных правовых актах (ч. 1 ст. 46 Конституции РФ). Именно поэтому применение аналогии закона, межотраслевой аналогии закона и аналогии права не только возможное, но и необходимое юридическое средство регулирования трудовых отношений в случае пробела в трудовом праве с целью поддержания трудовых правоотношений в состоянии "подвижного равновесия", гомеостазиса.

Можно привести целый ряд примеров, в том числе и легального, "позитивного" применения гражданского права по межотраслевой аналогии закона к трудовым отношениям. Так, в ГК РФ имеются понятия "заключение договора" (ст. 432), "изменение договора" (ст. 450) и "расторжение договора" (ст. 450). ТК РФ воспринял данные положения гражданского права: "В соответствии с трудовым законодательством регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться путем ЗАКЛЮЧЕНИЯ, ИЗМЕНЕНИЯ, ДОПОЛНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) работниками и работодателями коллективных договоров, соглашений, трудовых договоров" (ст. 9); "изменение определенных сторонами условий трудового договора, в том числе перевод на другую работу, допускается только по соглашению сторон трудового договора, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. Соглашение об изменении определенных сторонами условий трудового договора заключается в письменной форме" (ст. 72). На практике данные нормы имеют важное значение, так как постоянно возникает вопрос: как оформлять изменения и дополнения к ранее заключенным трудовым договорам? Исходя из ст. 9 и 57 ТК РФ, применяя по межотраслевой аналогии ст. 450 ГК РФ, можно сказать, что изменение, дополнение и расторжение трудового договора возможны по соглашению сторон или по закону. Изменение и дополнение к трудовому договору можно оформлять в виде "изменений" или "дополнений" к трудовому договору, подписанных работником и работодателем и составленных в двух экземплярах.

До принятия ТК РФ ранее действовавший КЗоТ РФ не отвечал на другой важный теоретический и практический вопрос: с каким способом защиты трудовых прав может обратиться в суд заявитель в случае фактического допущения к работе и отсутствия трудового договора? Многие суды выносили решения о "признании трудового договора заключенным, состоявшимся, действительным" и т.д. В результате такие решения было фактически невозможно исполнять, так как в штатном расписании отсутствовала должность "фактического работника", и т.п. В то же время в ГК РФ имеется ст. 445, согласно которой "в случаях, когда В СООТВЕТСТВИИ С НАСТОЯЩИМ КОДЕКСОМ ИЛИ ИНЫМИ ЗАКОНАМИ (выделено мной. - Е.Е.) для стороны, которой направлена оферта (проект договора), заключение договора обязательно, эта сторона должна направить другой стороне извещение об акцепте, либо об отказе от акцепта, либо об акцепте оферты на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора) в течение 13 дней со дня получения оферты". Таким образом, ГК РФ предусматривает случаи, когда заключение гражданского договора является не правом, а обязанностью стороны, например для монополистов, в частности для энергоснабжающих организаций, организаций связи и т.д. "В случае передачи разногласий, возникающих при заключении договора, на рассмотрение суда на основании ст. 445 настоящего Кодекса либо по соглашению сторон условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда" (ст. 446 ГК РФ).

По действующему трудовому праву также заключение трудового договора с работником является обязательным: "При фактическом допущении работника к работе работодатель ОБЯЗАН ОФОРМИТЬ С НИМ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР (выделено мной. - Е.Е.) в письменной форме не позднее 3-х рабочих дней со дня фактического допущения работника к работе" (ст. 67 ТК РФ). А каким способом защиты в этом случае может воспользоваться в суде "фактический" работник? Согласно ст. 16 ТК РФ "трудовые отношения возникают между работником и работодателем на основании ТРУДОВОГО ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.), заключаемого ими в соответствии с настоящим Кодексом... трудовые отношения возникают на основании трудового договора в результате... судебного решения о заключении трудового договора". Думаю, что исходя из ст. 16 ТК РФ, ст. 445, 446 ГК РФ "фактический" работник имеет право обратиться в суд с заявлением "о заключении трудового договора" с момента фактического допущения к работе.

Однако возникает и другой вопрос: кто в этом случае будет определять существенные условия трудового договора? В соответствии со ст. 432 ГК РФ "договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Существенными условиями являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или

необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение".

ТК РФ, принятый 21 декабря 2001 г., воспринял правовую идею ГК РФ о существенных условиях договора. В ст. 57 ТК РФ в новой редакции использовано другое оценочное понятие - "обязательные условия". В частности, установлены следующие обязательные условия трудового договора: место работы, трудовая функция, дата начала работы, условия оплаты труда. В соответствии с частью третьей ст. 57 ТК РФ "если при заключении трудового договора в него не были включены какие-либо сведения и (или) условия из числа предусмотренных частями первой и второй настоящей статьи, то это не является основанием для признания трудового договора незаключенным или его расторжения. Трудовой договор должен быть дополнен недостающими сведениями и (или) условиями. При этом недостающие условия определяются приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон, заключаемым в письменной форме, которые являются неотъемлемой частью трудового договора".

На практике возникла и другая проблема: заключение с фактическими работниками не трудовых, а гражданско-правовых договоров, например подряда, возмездного оказания услуг, агентского договора, купли-продажи, аренды и т.д. Нередко встречаются и "трудовые соглашения", наконец, "просто" "договоры". К сожалению, действующий ТК РФ ответа на вопрос о том, как в этих случаях должен поступать суд, не дает.

Согласно части четвертой ст. 11 ТК РФ "в тех случаях, когда в судебном порядке установлено, что договором гражданского правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям ПРИМЕНЯЮТСЯ (выделено мной. - Е.Е.) положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права". Возник вопрос: как можно истолковать оценочное понятие "применяются"? На мой взгляд, достаточно спорными являются утверждения о том, что необходимо рассматривать только конкретный спор между сторонами, например о взыскании зарплаты, предоставлении ежегодного оплачиваемого отпуска и т.д. Но как можно рассмотреть конкретный спор между сторонами, если не установлен характер правоотношений между ними? Трудовые или гражданско-правовые? В п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" лишь фактически воспроизведена бывшая часть третья ст. 11 ТК РФ <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

В такой правовой ситуации, на мой взгляд, трудно рассмотреть спор без обращения по межотраслевой аналогии закона к ГК РФ. Согласно ст. 431 ГК РФ суд обязан толковать не только правовую норму, но и договор. С позиции теории права толкование договора - это его уяснение судом для себя и разъяснение для других. Суд, установив в судебном порядке, каким гражданско-правовым договором фактически регулируются трудовые отношения, исходя из части четвертой ст. 11 ТК РФ, ст. 431 ГК РФ может сделать вывод о заключении сторонами притворной сделки. "Притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа сделки, применяются относящиеся к ней правила" (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Таким образом, суд может в указанном случае истолковать совершенную сделку как притворную. В этом случае, как представляется, заявитель может обратиться в суд с двумя способами защиты: "о применении последствий недействительности ничтожной сделки" (ст. 12 ГК РФ); "о заключении трудового договора" (часть третья ст. 16 ТК РФ) с момента фактического допущения к работе и с указанием обязательных условий трудового договора (ст. 57 ТК РФ). Думаю, преимущество применения данных способов защиты трудовых прав состоит в том, что они соответствуют закону, поскольку, например, способы защиты гражданских прав могут быть предусмотрены только ГК РФ или иными способами, предусмотренными законом (ст. 12 ГК РФ). Кроме того, такие судебные решения будут исполнимы.

Таким образом, прежде чем решать многочисленные "частные" вопросы, необходимо прежде всего решить общие вопросы. К притворной сделке - какому-либо гражданско-правовому договору применить двустороннюю реституцию и заключить трудовой договор с момента фактического допущения к работе с указанием обязательных условий трудового договора. В этом случае в дальнейшем "частные" вопросы, например о взыскании заработной платы, скорее всего, и не возникнут.

Нередко на практике работодатель понуждает работника написать заявление о расторжении трудового договора по его инициативе (собственному желанию), хотя такое "желание" у него в действительности отсутствует. Судебная практика в случаях доказанности принуждения работника достаточно стабильна: работник восстанавливается на работе. Однако ст. 80 ТК РФ прямо не регулирует такие споры (равно как и ранее ст. 31 КЗоТ РФ). В соответствии с подп. "а" п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "расторжение трудового

договора по инициативе работника допустимо в случае, когда подача заявления об увольнении ЯВЛЯЛАСЬ ДОБРОВОЛЬНЫМ ЕГО ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕМ (выделено мной. - Е.Е.). Если истец утверждает, что работодатель вынудил его подать заявление об увольнении по собственному желанию, то это обстоятельство подлежит проверке и обязанность доказать его возлагается на работника <1>. Какую же норму в данном случае толковал Пленум Верховного Суда РФ? В тексте Постановления Пленума Верховного Суда РФ толкуемая им правовая норма не указана, а в ТК РФ такая статья, к сожалению, отсутствует.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Отсюда, думаю, по межотраслевой аналогии закона следует обратиться к ГК РФ. Например, согласно ст. 10 ГК РФ "не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах". Кроме того, судом может быть признана недействительной "сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы... а также сделка, которую лицо было вынуждено совершить вследствие тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка)". Наконец, "осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц" (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). Таким образом, систематическое толкование Конституции РФ, ГК РФ и ТК РФ, думаю, позволило Пленуму Верховного Суда РФ выработать важную правовую позицию, защищающую права работников. Такой вывод основан и на теории права. В теории гражданского права длительное время разрабатываются теоретические и практические проблемы злоупотребления правом (шиканы).

Работодатели нередко односторонне прекращают или изменяют взятые на себя обязательства, например не выплачивают заработную плату или уменьшают ее размер. КЗоТ РФ практически не регулировал данные споры, но и ст. 9 и 72 ТК РФ лишь в самом общем виде предусматривают необходимость достижения соглашения сторон об изменении, дополнении или прекращении трудовых прав и обязанностей работника и работодателя. Более определенно данное правило сформулировано в ст. 310 ГК РФ: "Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом". Однако, как правило, не законом, регулирующим трудовые отношения, а трудовым договором предусматривается возможность одностороннего ухудшения трудовых прав работника или прекращения трудового договора.

Статья 433 ГК РФ устанавливает различные моменты заключения гражданско-правового договора: с момента заключения договора, с момента передачи имущества, с момента регистрации договора. Возникает вопрос: с какого момента вступает в силу трудовой договор? По аналогии со ст. 433 ГК РФ в ТК РФ в прежней редакции появилась ст. 61, согласно которой "трудовой договор вступает в силу со дня его подписания работником и работодателем, если иное не установлено федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или трудовым договором, либо со дня фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. Работник обязан приступить к исполнению трудовых обязанностей со дня, определенного трудовым договором". Это означало, что даты заключения трудового договора, вступления его в силу и исполнения его сторонами своих прав и обязанностей не должны обязательно совпадать.

К сожалению, практика правотворческих органов и работодателей представляет множество примеров не только "позитивного", но и "негативного" восприятия законодателем или применения работодателями гражданского права к трудовым отношениям в порядке межотраслевой аналогии закона. Сегодня, думаю, теоретически необоснованно, вновь начинает активно обсуждаться и применяться концепция приоритета гражданского права перед трудовым, преимущественного применения гражданского права к трудовым отношениям и в случаях отсутствия пробелов в трудовом праве. Считаю такую тенденцию чрезвычайно опасной, возвращающей нас в XIX век, во время до Л.С. Таля, период регулирования трудовых отношений гражданским правом, существенно ограничивающей трудовые права и законные интересы работников и работодателей. Для иллюстрации можно привести целый ряд статей ГК РФ, ТК РФ и федеральных законов, регулирующих гражданские отношения.

Например, с одной стороны, ст. 1 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, принятых 31 мая 1991 г., предусматривала, что "к... трудовым отношениям... гражданское законодательство применяется в случаях, когда эти отношения не регулируются". С другой стороны, в ст. 2 ГК РФ такая норма отсутствует, подчеркивается, что гражданское право регулирует лишь гражданские отношения. Исходя из этого, на традиционные вопросы о возможности взыскания в пользу работников убытков (ст. 15 ГК РФ), неустойки (ст. 330 ГК РФ), процентов (ст. 395 ГК РФ) следует отрицательный ответ.

Однако в нарушение ст. 2 ГК РФ отдельные нормы гражданского права прямо регулируют трудовые отношения. Например: "Лица, незаконными методами получившие информацию, которая составляет служебную или коммерческую тайну, ОБЯЗАНЫ ВОЗМЕСТИТЬ ПРИЧИНЕННЫЕ УБЫТКИ. ТАКАЯ ЖЕ ОБЯЗАННОСТЬ ВОЗЛАГАЕТСЯ НА РАБОТНИКОВ, РАЗГЛАСИВШИХ СЛУЖЕБНУЮ ИЛИ КОММЕРЧЕСКУЮ ТАЙНУ ВОПРЕКИ ТРУДОВОМУ ДОГОВОРУ..." (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 139 ГК РФ). Согласно же ст. 238 ТК РФ работник обязан возместить работодателю только причиненный ему прямой действительный ущерб. Неполученные доходы (упущенная выгода) взысканию с работника не подлежат. Более того, за причиненный ущерб работник несет материальную ответственность в пределах своего месячного заработка, если иное не предусмотрено ТК РФ или иными федеральными законами (ст. 241 ТК РФ). А в случае разглашения работником служебной или коммерческой тайны какие нормы имеют приоритет? Гражданского или трудового права? Есть мнение, что применяется более поздняя норма. Думаю, подобная позиция не соответствует теории права, а в правоприменительной деятельности может привести к хаотическому приоритету норм трудового права в одних случаях или норм гражданского права в других случаях. На мой взгляд, более обоснованно в этих ситуациях утверждать о наличии не темпоральных, а содержательных коллизий. Содержательные коллизии характеризуются противоречием общих, специальных и исключающих норм, действующих одновременно и на одной территории. При этом исключающая норма имеет приоритет над общими и специальными нормами, а специальная - над общей. Думаю, ст. 238 и 240 ТК РФ являются исключающими правовыми нормами, а ст. 139 ГК РФ можно рассматривать как специальную правовую норму, регулирующую гражданские отношения.

Другой пример. На отношения между акционерным обществом и единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) и (или) членами коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) "ДЕЙСТВИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О ТРУДЕ РАСПРОСТРАНЯЕТСЯ В ЧАСТИ, НЕ ПРОТИВОРЕЧАЩЕЙ ПОЛОЖЕНИЯМ НАСТОЯЩЕГО ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА" (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 69 Федерального закона "Об акционерных обществах", принятого 24 ноября 1995 г.). Закономерно возникает вопрос: в каких отношениях находятся, например, директор (генеральный директор) и акционерное общество: в трудовых или в гражданско-правовых? Может быть, смешанных - гражданско-правовых-трудовых с приоритетом норм гражданского права? Кроме того, "члены совета директоров (наблюдательного совета) общества, единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор) и (или) члены коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), а равно управляющая организация или управляющий несут ответственность перед обществом за убытки, причиненные обществу их виновными действиями (бездействием), если иные основания и размер ответственности не установлены федеральными законами" (ст. 71 ФЗ "Об акционерных обществах"). На мой взгляд, исходя из фактических отношений единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор) состоит с акционерным обществом в трудовых отношениях и федеральным законом - ТК РФ для него установлены иные основания и размер ответственности (ст. 238 - 243 ТК РФ).

Множество самых разных проблем возникает на практике в процессе применения ст. 75 ТК РФ. В частности, возник вопрос: как можно истолковать оценочное понятие "смена собственника имущества организации"? Многие работодатели толкуют оценочное понятие упрощенно и, полагаю, незаконно. Например, считают, что "смена собственника имущества организации" происходит, в частности, в случае продажи акций иному лицу, выхода участника из ООО и т.д. В то же время точный правовой ответ можно найти только в результате систематического толкования и применения норм и трудового, и гражданского права. Так, согласно п. 2 ст. 48 ГК РФ участники хозяйственных обществ, товариществ и кооперативов не имеют вещных прав на имущество юридического лица, а обладают только обязательственными правами. Обязательственные права участников - это права на получение объявленных дивидендов, информации о деятельности юридического лица и участии в управлении пропорционально доли в уставном капитале. Это положение гражданского права конкретизировано в п. 3 ст. 213 ГК РФ: "Коммерческие и некоммерческие организации, кроме государственных и муниципальных предприятий, а также учреждений, финансируемых собственником, являются собственниками имущества, переданного им в качестве вкладов (взносов) их учредителями (участниками, членами), а также имущества, приобретенного этими юридическими лицами по иным основаниям". Отсюда при продаже акций другому лицу или выходе участника из ООО и приеме другого участника не происходит смена собственника имущества организации. Собственник имущества хозяйственного общества, товарищества или кооператива в этом случае остается прежним - юридическое лицо. Следовательно, в этих случаях необоснованно прекращать трудовой договор, например, с руководителем организации по п. 4 ст. 81 ТК РФ, так как не произошло смены собственника имущества организации.

Только учредители (участники) государственных и муниципальных предприятий, а также учреждений имеют вещные права на имущество, внесенное в уставный капитал данных юридических лиц (п. 2 ст. 48 ГК РФ). Соответственно предприятия получают имущество в хозяйственное ведение (ст. 294 и 295 ГК РФ), а учреждения - в оперативное управление (ст. 296 ГК РФ). В этой связи представляется обоснованным п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2, в соответствии с которым "увольнение по п. 4 ст. 81 Кодекса в связи со сменой собственника имущества организации допустимо лишь в отношении руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера. При этом следует учитывать, что расторжение трудового договора по названному основанию возможно лишь в случае смены собственника имущества организации в целом. Указанные лица не могут быть уволены по п. 4 ст. 81 Кодекса при изменении подведомственности (подчиненности) организации, если при этом не произошла смена собственника имущества организации. Под сменой собственника имущества организации следует понимать переход (передачу) права собственности на имущество организации от одного лица к другим лицам, в частности, при приватизации государственного или муниципального имущества... при передаче государственных предприятий в муниципальную собственность и наоборот; при передаче федерального государственного предприятия в собственность субъекта Российской Федерации и наоборот" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Часть четвертая ст. 61 ТК РФ устанавливала: "Если работник не приступил к работе в установленный срок без уважительных причин в течение недели, то трудовой договор АННУЛИРУЕТСЯ (выделено мной. - Е.Е.)". На практике возник вопрос: какова правовая природа "аннулирования" трудового договора и как это технически необходимо исполнять? На мой взгляд, "аннулирование" трудового договора по фактическим основаниям ближе всего к прогулу, так как прогул - это "отсутствие на рабочем месте без уважительных причин более четырех часов подряд в течение рабочего дня" (подп. "а" п. 6 ст. 81 ТК РФ в прежней редакции).

16 июня 2006 г. Государственной Думой Российской Федерации был принят Федеральный закон "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>. К сожалению, часть четвертая ст. 61 ТК РФ в новой редакции не только не "сняла" возникшие вопросы, но и увеличила их число: "если работник не приступил к работе в день начала работы, установленный в соответствии с частью второй или третьей настоящей статьи, то работодатель имеет право аннулировать трудовой договор. АННУЛИРОВАННЫЙ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР СЧИТАЕТСЯ НЕЗАКЛЮЧЕННЫМ (выделено мной. - Е.Е.). Аннулированный трудовой договор не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования".

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

Думаю, новая правовая норма непременно породит и новые теоретические и практические проблемы. Во-первых, возникает вопрос: как можно аннулировать "незаключенный" трудовой договор? Во-вторых, как может "незаключенный" трудовой договор порождать для сторон какие-либо права и обязанности? В-третьих, какова правовая природа признания трудового договора "незаключенным"?

Перечень неразрешенных проблем можно было бы продолжать бесконечно. Важно другое, изложенные выше теоретические, правовые и практические аргументы, думаю, позволяют сделать вывод: гражданское право может быть источником трудового права.

Вместе с тем необходимо подчеркнуть: при условии соблюдения двух обязательных ограничений:

1) в случае действительного пробела в нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права;

2) в случае недопустимости ограничения трудовых прав участников трудовых правоотношений.

Глава 2. ДИСКУССИОННЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ С ИСТОЧНИКАМИ ТРУДОВОГО ПРАВА В РОССИИ

§ 1. Правовая природа "правовых позиций" Конституционного Суда Российской Федерации

Юридическая природа "правовых позиций" Конституционного Суда РФ в настоящее время является одной из самых дискутируемых теоретических проблем, имеющих важнейшее практическое значение. В ст. 73 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" записано: "В случае, если большинство участвующих в заседании палаты судей склоняются к необходимости принять решение, не соответствующее правовой позиции, выраженной в ранее принятых решениях Конституционного Суда Российской Федерации, дело передается на рассмотрение в пленарное заседание". Какова же юридическая природа "правовых позиций" Конституционного Суда РФ?

Г.А. Гаджиев, судья Конституционного Суда РФ, полагает, что "в мире юридических явлений правовые позиции КС ближе всего находятся к racio decidendi, и в силу этого именно правовые позиции КС следует считать источниками права" <1>. Развивая эту позицию, Л.В. Лазарев отмечает, что "прецедентный характер акта конституционной юрисдикции означает, что выраженная в нем правовая позиция относительно конституционности конкретного акта или нормы является образом (правилом), которым ДОЛЖНЫ РУКОВОДСТВОВАТЬСЯ (выделено мной. - Е.Е.) законодательные, судебные и иные органы, должностные лица при решении вопросов в рамках своей компетенции" <2>.

<1> Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1999. N 3. С. 82.

<2> Лазарев Л.В. Конституционный Суд РФ и развитие конституционного права // Журнал российского права. 1997. N 11. С. 4.

Еще более далеко идущий вывод сделала В.И. Анишина, по мнению которой правовые позиции Конституционного Суда РФ имеют преюдициальную силу для всех судов, могут содержаться как в резолютивной части постановления, так и в мотивировочной, а также в отказных определениях и определениях о прекращении производства по делу <1>.

<1> См.: Анишина В.И. Правовые позиции Конституционного Суда России // Российская юстиция. 2000. N 7. С. 11 - 12.

Профессор Р.З. Лившиц, анализируя данную проблему с позиции теории права, полагал, что "с теоретических позиций закон перестал быть единственным выражением и воплощением права. И, следовательно, не только законодательство может рассматриваться в качестве источника права. Если судебная практика начала отражать и реализовывать гуманистические, справедливые, подлинно правовые начала, то отпали теоретические предпосылки для непризнания ее источником права" <1>.

<1> Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 5.

Судья Конституционного Суда РФ О.С. Хохрякова занимает в данном вопросе более взвешенную позицию: "Решения Конституционного Суда РФ, безусловно, являются самостоятельным источником трудового права и права социального обеспечения. Правовые позиции и основанные на них итоговые выводы (резолютивная часть решения) имеют нормативное содержание. По своим юридическим свойствам и последствиям решения Конституционного Суда РФ близки к нормативным актам, хотя и не являются таковыми. Конституционный Суд РФ иногда называют "негативным законодателем", поскольку в тех случаях, когда норма или акт признаются не соответствующими Конституции Российской Федерации, они утрачивают силу, что означает фактически их устранение из правовой системы" <1>.

<1> Хохрякова О.С. Правовые позиции Конституционного Суда РФ и их значение для применения трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении // Вопросы трудового права. 2006. N 9. С. 19.

Академик РАН В.С. Нерсесянц справедливо полагал, что суд является не правотворческим, а правоприменительным органом, имеющим право лишь толковать применяемые нормативные правовые акты <1>.

<1> См.: Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Вопросы трудового права. 2006. N 9. С. 38.

В юридической литературе оценочное понятие "источник права" традиционно рассматривается в двух аспектах: в широком - как причины и закономерности правообразования и генезиса права; в узком - как способ закрепления и существования норм права <1>.

<1> См.: Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. 1998. N 9. С. 6 - 12.

Как представляется, в постановлениях и определениях Конституционного Суда РФ по данному вопросу возможно обнаружить весьма противоречивую позицию. Так, с одной стороны, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 29 января 2004 г. N 2-П правомерно указано: гражданин В.И. Куландин "по существу требует, чтобы данная льгота была распространена на другие категории пенсионеров, т.е. фактически СТАВИТ ВОПРОС О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ДЕЙСТВУЮЩЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО. МЕЖДУ ТЕМ РАЗРЕШЕНИЕ ТАКОГО РОДА ВОПРОСОВ К ПОЛНОМОЧИЯМ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НЕ ОТНОСИТСЯ (выделено мной. - Е.Е.)". Такая же позиция Конституционного Суда РФ нашла свое отражение и в целом ряде его определений. Например, в Определении Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2003 г. N 105-О отмечено, что "разрешение данного вопроса является прерогативой законодателя и не относится к полномочиям Конституционного Суда Российской Федерации".

Вместе с тем, с другой стороны, несмотря на то что в соответствии со ст. 3 Федерального конституционного закона от 21 июня 1994 г. N 1-ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" (с последующими изменениями и дополнениями) Конституционный Суд РФ "разрешает ДЕЛА О СООТВЕТСТВИИ КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.) федеральных законов, нормативных указов Президента Российской Федерации", достаточно часто в его постановлениях и определениях записано: "...согласно правовой позиции, сформулированной Конституционным Судом Российской Федерации в..." (см., например, Постановление Конституционного Суда РФ от 29 января 2004 г. N 2-П). Более того, в отдельных случаях Конституционный Суд РФ делает и следующий шаг, устанавливая: "...правовая позиция, изложенная Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от... конкретизирована в Определении от..." (там же). Таким образом, возникает целый ряд вопросов. Например, может ли Конституционный Суд РФ выполнять правотворческие функции, вырабатывая "правовые позиции" - самостоятельные источники права? Если да, то только в постановлениях или также и в "отказных" определениях?

Практика Конституционного Суда РФ самая разнообразная. Так, 4 февраля 1992 г. Конституционный Суд РСФСР принял Постановление N 2П-3 "По делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному п. 1.1 ст. 33 КЗоТ РСФСР", признав "обыкновение правоприменительной практики расторжения трудового договора по достижении работником пенсионного возраста при наличии права на полную пенсию по старости, сложившееся в результате применения п. 1.1 ст. 33 Кодекса законов о труде РСФСР и Постановления N 3 Пленума Верховного Суда СССР от 26 апреля 1984 г. "О применении судами законодательства, регулирующего заключение, изменение и прекращение трудового договора"... не соответствующим Конституции РСФСР". Конституционный Суд РСФСР, в частности, установил, что "в соответствии со СТ. 14 КОНСТИТУЦИИ РСФСР (выделено мной. - Е.Е.) всем лицам, занятым на производстве, гарантируются законом, без каких-либо различий, справедливые условия найма, увольнения, оплаты и охраны труда. Из содержания... Конституции вытекает, что, во-первых, дискриминация граждан не допускается не только по прямо указанным в ст. 32 Конституции, но и по другим признакам; во-вторых, закон должен обеспечивать равенство граждан при реализации права на труд; в-третьих, пенсионный возраст не может служить препятствием для осуществления этого права... Суды, рассматривая дела о восстановлении на работе лиц, уволенных в связи с достижением ими пенсионного возраста, не вправе были отказаться от оценки обоснованности увольнения и при наличии уважительных причин для расторжения трудового договора должны были потребовать от администрации предоставления увольняемым установленных законом гарантий и компенсаций".

Думаю, данное Постановление Конституционного Суда не утратило своего практического значения и в настоящее время, так как часть вторая ст. 59 ТК РФ вновь предусматривает возможность заключать срочный трудовой договор по соглашению сторон с поступившими на работу пенсионерами по возрасту. Как и Конституция РСФСР, Конституция Российской Федерации

"гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, А ТАКЖЕ ДРУГИХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ" (выделено мной. - Е.Е.) (ч. 2 ст. 19).

В этой связи весьма последовательным и убедительным представляется п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", в соответствии с которым, "решая вопрос об обоснованности заключения с работником срочного трудового договора, следует учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, в частности в случаях, установленных Кодексом или иными федеральными законами (часть вторая ст. 58, часть первая ст. 59 ТК РФ).

В соответствии с частью второй ст. 58 ТК РФ в случаях, предусмотренных частью второй ст. 59 Кодекса, срочный трудовой договор может заключаться без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения. При этом необходимо иметь в виду, что такой договор может быть признан правомерным, если имелось соглашение сторон (часть вторая ст. 59 ТК РФ), т.е. если он заключен на основе добровольного согласия работника и работодателя.

Если судом при разрешении спора о правомерности заключения срочного трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Полагаю, убедительным подтверждением производности (а не самостоятельности) "правовых позиций" Конституционного Суда РФ от Конституции РФ является также и Постановление от 3 июня 2004 г. N 11-П "По делу о проверке конституционности положений подп. 10, 11 и 12 п. 1 ст. 28, п. 1 и 2 ст. 31 Федерального закона "О трудовых пенсиях в Российской Федерации". Конституционный Суд РФ сделал аргументированный вывод: "В результате изменений, внесенных в правовое регулирование пенсионного обеспечения оспариваемыми нормами Федерального закона "О трудовых пенсиях в Российской Федерации", граждане, относящиеся к одной и той же по характеру профессиональной деятельности категории, оказались в неравном положении... ПО СМЫСЛУ СТ. 8 (Ч. 2), 19 (Ч. 1 И 2), 35 (Ч. 1), 37 (Ч. 1 И 3), 39 (Ч. 1 И 2) И 55 (Ч. 3) КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.) форма собственности как таковая не может служить достаточным основанием для дифференциации условий назначения трудовых пенсий по старости лицам, работающим в учреждениях для детей, учреждениях здравоохранения, театрах или театрально-зрелищных организациях в одних и тех же по своим функциональным обязанностям должностях и по одним и тем же профессиям... То обстоятельство, в чьем ведении находятся эти учреждения и кому принадлежит закрепленное за ними имущество - государству, муниципальному образованию, акционерному обществу и пр., само по себе не предопределяет различий в условиях и характере профессиональной деятельности их работников и не свидетельствует о существовании таких различий. К тому же финансирование досрочных трудовых пенсий по старости, назначаемых в соответствии с оспариваемыми нормами ст. 28 Федерального закона "О трудовых пенсиях Российской Федерации", производится на общих основаниях...".

Руководствуясь п. 1, 2, 3 и 4 части первой ст. 3 данного Федерального конституционного закона, Конституционный Суд Российской Федерации разрешает дела о соответствии Конституции Российской Федерации указанных в законе нормативных правовых актов; разрешает споры о компетенции органов государственной власти, установленных законом; по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле; дает толкование Конституции Российской Федерации.

В процессуальных кодексах Российской Федерации постановление суда первой инстанции, которым дело разрешается по существу, традиционно называется решением (см., например: ст. 194 ГПК РФ, ст. 167 АПК РФ). В процессе рассмотрения дела суд вправе выносить определения, в частности, об обеспечении иска (ст. 139 - 146 ГПК РФ, ст. 90 - 100 АПК РФ), приостановлении производства по делу (ст. 215 - 219 ГПК РФ, ст. 143 - 147 АПК РФ), прекращении производства по делу (ст. 220 и 221 ГПК РФ, ст. 150 и 151 АПК РФ). Статья 224 ГПК РФ подчеркивает: определения - это "судебные постановления суда первой инстанции, которыми дело не разрешается по существу". Основным отличием определения от решения, справедливо отмечает М.Ш. Пацация, "является то, что в определениях не дается ответа по существу заявленных требований" <1>.

<1> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. Г.А. Жилина. М., 2003. С. 442.

В то же время Конституционный Суд Российской Федерации, к сожалению, во-первых, в так называемых отказных определениях достаточно часто дает ответ по существу (нередко весьма спорный); во-вторых, сужает действие ранее принятого постановления более поздним определением, вольно или невольно ограничивая трудовые права работников. Например, Конституционный Суд РФ в своем Определении от 4 марта 2004 г. N 138-О "По жалобе гражданина Каленова Андрея Федоровича на нарушение его конституционных прав положением подп. "и" п. 7 Правил исчисления непрерывного трудового стажа рабочих и служащих при назначении пособий по государственному социальному страхованию и абзаца второго п. 16 Постановления ЦК КПСС, Совета Министров СССР и ВЦСПС от 13 декабря 1979 г. N 1117 "О дальнейшем укреплении трудовой дисциплины и сокращении текучести кадров в народном хозяйстве" по существу совершенно обоснованно, но по форме судебного решения спорно (определение, а не постановление) прямо "определил", что названные выше нормативные правовые акты "не подлежат применению судами, другими органами и должностными лицами как противоречащие статьям 19 (ч. 1 и 2), 37 (ч. 1), 39 (ч. 1) и 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации". В определении справедливо отмечается: предусмотренное оспариваемыми нормами правило о том, что непрерывный трудовой стаж, учитываемый при назначении пособий по временной нетрудоспособности, не сохраняется при повторном увольнении по собственному желанию без уважительных причин, если со дня предшествующего увольнения по такому же основанию не прошло 12 месяцев, противоречит Конституции РФ, так как препятствует свободному выбору места работы и существенно уменьшает размер пособия по государственному социальному страхованию. Представляется, с правовой точки зрения было бы более обоснованным в данном случае Конституционному Суду РФ вынести мотивированное судебное решение в форме постановления.

8 апреля 2004 г. Конституционный Суд РФ принял Определение N 167-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ф.Ф. Чертовского на нарушение его конституционных прав положением части первой ст. 177 Трудового кодекса Российской Федерации", практически рассмотрев по существу вопрос о соответствии Конституции РФ ч. 1 ст. 177 ТК РФ, гарантирующей компенсации работникам, совмещающим работу с обучением, только при получении образования соответствующего уровня впервые. Конституционный Суд РФ определил: "В силу требований ст. 1 (ч. 1), 7 (ч. 1), 8 (ч. 1), 17 (ч. 3), 19 (ч. 1 и 2), 34 (ч. 1), 35 (ч. 2) и 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации - должен обеспечивать баланс соответствующих конституционных прав и свобод, являющихся необходимым условием гармонизации трудовых отношений в Российской Федерации как в социальном правовом государстве, что составляет правовую основу справедливого согласования прав и интересов работников и работодателей как сторон в трудовом договоре. Поэтому, закрепляя в Трудовом кодексе Российской Федерации гарантии и компенсации для работников, совмещающих работу с обучением в высших учебных заведениях, и возлагая на работодателей обязанности по их обучению, включая обязанность сохранять за периоды освобождения от работы в связи с обучением среднюю заработную плату, производить иные выплаты, ЗАКОНОДАТЕЛЬ ВПРАВЕ ПРЕДУСМОТРЕТЬ В КАЧЕСТВЕ УСЛОВИЯ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ТАКОГО РОДА ГАРАНТИЙ И КОМПЕНСАЦИЙ ЗА СЧЕТ СРЕДСТВ РАБОТОДАТЕЛЯ ПОЛУЧЕНИЕ РАБОТНИКОМ ОБРАЗОВАНИЯ ДАННОГО УРОВНЯ ВПЕРВЫЕ" (выделено мной. - Е.Е.).

На практике много вопросов возникает и по ст. 127 ТК РФ "Реализация права на отпуск при увольнении работника". 5 февраля 2004 г. Конституционный Суд РФ практически по существу рассмотрел вопрос о соответствии Конституции РФ данной статьи, приняв Определение N 29-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Новиковой Инны Ивановны на нарушение ее конституционных прав положениями ст. 127 Трудового кодекса Российской Федерации". Согласно частям первой и второй ст. 127 ТК РФ в прежней редакции "при увольнении работнику выплачивается денежная компенсация за все неиспользованные отпуска. По письменному заявлению работника неиспользованные отпуска могут быть предоставлены ему с последующим увольнением (за исключением случаев увольнения за виновные действия)...".

Конституционный Суд РФ определил: "Особый порядок реализации права на отпуск при увольнении работника, установленный частью первой ст. 127 Трудового кодекса Российской Федерации, является исключением из данного общего правила. Данная норма, рассматриваемая во взаимосвязи с другими нормами, содержащимися в указанных статьях Трудового кодекса Российской Федерации, представляет собой специальную гарантию, обеспечивающую реализацию конституционного права на отдых для тех работников, которые прекращают трудовые отношения по собственному желанию или по инициативе работодателя и по разным причинам на момент увольнения своевременно не воспользовались своим правом на ежегодный оплачиваемый отпуск... ОСПАРИВАЕМЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ СТАТЬИ 127 ТРУДОВОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ

ФЕДЕРАЦИИ САМИ ПО СЕБЕ НЕ МОГУТ РАССМАТРИВАТЬСЯ КАК НАРУШАЮЩИЕ КАКИЕ-ЛИБО КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРАВА И СВОБОДЫ ЗАЯВИТЕЛЬНИЦЫ..." (выделено мной. - Е.Е.).

Более сложной является проблема, когда Конституционный Суд РФ выносит спорные определения, разрешая вопрос по существу. Так, 21 декабря 2000 г. Конституционный Суд РФ принял Определение N 275-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Новичковой Татьяны Николаевны на нарушение ее конституционных прав частью первой ст. 211 Кодекса законов о труде Российской Федерации". В процессе рассмотрения Конституционным Судом РФ в пленарном заседании данной жалобы было установлено, что решением Ханты-Мансийского городского суда Тюменской области Т.Н. Новичковой, уволенной за совершение проступка, несовместимого с требованиями, предъявляемыми к личным, нравственным качествам сотрудника органов внутренних дел, было отказано в иске о восстановлении на работе, поскольку она обратилась в суд за разрешением трудового спора по истечении месячного срока, установленного частью первой ст. 211 КЗоТ Российской Федерации. Суд при этом не признал причины пропуска срока уважительными. Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что "оспариваемая норма не может рассматриваться как нарушающая конституционные права заявительницы, а ее жалоба не может быть признана допустимой". Какие же доводы приводил Конституционный Суд РФ? Первый: "часть первая ст. 211 КЗоТ Российской Федерации соотносится с положением ст. 37 (ч. 4) Конституции Российской Федерации о признании права на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения. Предусмотренный ею для обращения в суд по делам об увольнении месячный срок направлен на быстрое и эффективное восстановление нарушенных прав работника, включая право на труд в случаях незаконного расторжения работодателем трудового договора и право на защиту от безработицы". Второй, на мой взгляд, еще более спорный: "установив такой, а не более продолжительный срок, законодатель учел как интерес работодателя, связанный с подбором кадров, так и интересы нового работника, занявшего спорную должность и подлежащего увольнению в случае удовлетворения иска прежнего работника о восстановлении на работе".

В то же время, во-первых, ст. 37 Конституции РФ лишь признает право на индивидуальные и коллективные трудовые споры, целью которых, думаю, прежде всего является защита нарушенных трудовых прав в возможно короткие сроки. Во-вторых, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом. Статья же 211 КЗоТ РФ не содержала нормы о том, что пропуск работником срока для обращения в суд являлся самостоятельным основанием для отказа в иске. Например, п. 2 ст. 199 ГК РФ устанавливает, что "истечение срока исковой давности, о применении которой заявлено стороной в споре, является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске". В-третьих, способ защиты нарушенных прав работника - "восстановление на работе" тождествен способу защиты гражданских прав - "восстановлению положения, существовавшего до нарушения права" (ст. 12 ГК РФ). Полагаю, восстановление трудовых прав уволенного работника, существовавших до нарушения права, вряд ли можно ставить в зависимость от трудовых прав "нового" работника. В соответствии с п. 6 ст. 33 КЗоТ РФ администрация обязана была расторгнуть трудовой договор с "новым" работником в случае "восстановления на работе работника, ранее выполнявшего эту работу". В-четвертых, данная проблема чрезвычайно актуальна и в настоящее время, так как ст. 392 ТК РФ и в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ вновь не отвечает на этот вопрос. Согласно частям первой и третьей ст. 392 ТК РФ "работник имеет право обратиться в суд за разрешением индивидуального трудового спора в течение трех месяцев со дня, когда он узнал или должен был узнать о нарушении своего права, а по спорам об увольнении - в течение одного месяца со дня вручения ему копии приказа об увольнении либо со дня выдачи трудовой книжки... При пропуске по уважительным причинам сроков, установленных частями первой и второй настоящей статьи, они могут быть восстановлены судом".

На практике возникает целый ряд вопросов, на который законодатель не ответил. Первый: как должен поступать суд в случае пропуска работником срока для обращения в суд без уважительных причин? Второй: нужно ли суду принимать к рассмотрению требование о защите нарушенных трудовых прав работника независимо от истечения срока обращения в суд? (Например, согласно п. 1 ст. 199 ГК РФ "требование о защите нарушенного права принимается к рассмотрению судом независимо от истечения срока исковой давности".) Третий: последствия нарушения работником срока обращения в суд применяются судом только по заявлению ответчика или по собственной инициативе? (Например, "исковая давность применяется судом только по заявлению стороны в споре") (п. 2 ст. 199 ГК РФ). Четвертый: в какой судебной инстанции можно заявлять о нарушении работником срока обращения в суд? (Так, п. 2 ст. 199 ГК РФ такое право предоставляет стороне лишь до вынесения судебного решения.) Пятый: последствия нарушения срока обращения в суд одинаковы для работников и работодателей? Шестой: возможно ли восстановление срока обращения в суд для работодателя? Статья 205 ГК РФ, например, предусматривает возможность восстановления срока исковой давности лишь для граждан и

только по обстоятельствам, "связанным с личностью истца (тяжелая болезнь, беспомощное состояние, неграмотность и т.п.)". Как представляется, на все эти и возможные другие вопросы может и должен ответить законодатель по аналогии с нормами, содержащимися в ГК РФ.

В соответствии с п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" "судья не вправе отказать в принятии искового заявления по мотивам пропуска без уважительных причин срока обращения в суд (части первая и вторая ст. 392 ТК РФ) или срока на обжалование решения комиссии по трудовым спорам (часть вторая ст. 390 ТК РФ), так как Кодекс не предусматривает такой возможности. Не является препятствием к возбуждению трудового дела в суде и решение комиссии по трудовым спорам об отказе в удовлетворении требования работника в связи с пропуском срока на его предъявление.

Исходя из содержания абзаца первого ч. 6 ст. 152 ГПК РФ, а также ч. 1 ст. 12 ГПК РФ, согласно которой правосудие по гражданским делам осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон, вопрос о пропуске истцом срока обращения в суд может разрешаться судом при условии, если об этом заявлено ответчиком.

При подготовке дела к судебному разбирательству необходимо иметь в виду, что в соответствии с ч. 6 ст. 152 ГПК РФ возражение ответчика относительно пропуска истцом без уважительных причин срока обращения в суд за разрешением индивидуального трудового спора может быть рассмотрено судьей в предварительном судебном заседании. Признав причины пропуска срока уважительными, судья вправе восстановить этот срок (часть третья ст. 390 ТК РФ и часть третья ст. 392 ТК РФ). Установив, что срок обращения в суд пропущен без уважительных причин, судья принимает решение об отказе в иске именно по этому основанию без исследования иных фактических обстоятельств по делу (абзац второй ч. 6 ст. 152 ГПК РФ).

Если же ответчиком сделано заявление о пропуске истцом срока обращения в суд (части первая и вторая ст. 392 ТК РФ) или срока на обжалование решения комиссии по трудовым спорам (часть вторая ст. 390 ТК РФ) после назначения дела к судебному разбирательству (ст. 153 ГПК РФ), оно рассматривается судом в ходе судебного разбирательства.

В качестве уважительных причин пропуска срока обращения в суд могут расцениваться обстоятельства, препятствовавшие данному работнику своевременно обратиться с иском в суд за разрешением индивидуального трудового спора (например, болезнь истца, нахождение его в командировке, невозможность обращения в суд вследствие непреодолимой силы, необходимость осуществления ухода за тяжелобольными членами семьи)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Что же делать правоприменителям до того, как правотворческие органы восполнят пробел в трудовом праве? Некоторые судьи, думаю, по меньшей мере спорно, рассматривая трудовые споры, по межотраслевой аналогии применяют ст. 195 - 208 ГК РФ. Однако эти нормы, во-первых, регулируют гражданские отношения, связанные с исковой давностью, а не трудовые отношения, возникающие в связи со сроками обращения в суд за разрешением индивидуального трудового спора. Во-вторых, согласно ст. 2 ГК РФ гражданское законодательство регулирует только гражданские отношения. В-третьих, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, регулирующим данные правоотношения (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). Думаю, при таком подходе до восполнения законодателем пробела в трудовом праве возможно только рассмотрение спора по существу. Косвенно такой вывод подтверждается и Определением Конституционного Суда РФ от 22 июня 2000 г. N 168-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ОАО "Термотрон" на нарушение конституционных прав и свобод частью третьей ст. 211 Кодекса законов о труде Российской Федерации", согласно которому "часть третья ст. 211 КЗоТ Российской Федерации, по сути, относится к нормам, регулирующим условия, порядок и сроки реализации данного конституционного права, и НАПРАВЛЕНА НЕ НА ОГРАНИЧЕНИЕ, А НА РАСШИРЕНИЕ ГАРАНТИЙ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ УЧАСТНИКОВ ТРУДОВЫХ СПОРОВ (выделено мной. - Е.Е.) в случае пропуска ими по уважительной причине сроков для обращения в суд с заявлением о разрешении трудового спора".

19 февраля 2004 г. Конституционный Суд РФ принял Определение N 54-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Смирнова Николая Георгиевича на нарушение его конституционных прав положением части первой ст. 74 Трудового кодекса Российской Федерации". Н.Г. Смирнов, работавший фрезеровщиком в ОАО "Водтрансприбор", был уволен за прогул без уважительных причин в связи с невыходом на работу по уборке территории предприятия, на которую он был переведен на основании части первой ст. 74 ТК РФ. Решением Приморского районного суда г. Санкт-Петербурга, оставленным без изменения судебной коллегией по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда и Верховным Судом РФ, действия работодателя были признаны законными. В своей жалобе в Конституционный Суд РФ

Н.Г. Смирнов оспаривал конституционность части первой ст. 74 ТК РФ, полагая, что она не соответствует ст. 15 (ч. 4), 37 (ч. 1 и 2) и 55 (ч. 3) Конституции РФ. Конституционный Суд РФ, находя ст. 74 ТК РФ соответствующей Конвенции МОТ от 28 июня 1930 г. N 29 "О принудительном или обязательном труде", ратифицированной Указом Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1956 г., посчитал, что положения данной Конвенции "по существу воспроизведены в частях первой, второй и четвертой ст. 4 Трудового кодекса Российской Федерации, в соответствии с которыми принудительный труд - выполнение работы под угрозой применения какого-либо наказания (насильственного воздействия) - запрещен; к принудительному труду не относится работа, выполняемая в условиях чрезвычайных обстоятельств, т.е. в случаях объявления чрезвычайного или военного положения, бедствия или угрозы бедствия (пожары, наводнение, голод, землетрясение, сильные эпидемии или эпизоотии), а также в иных случаях, ставящих под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего населения или его части". "Кроме того, - по мнению Конституционного Суда РФ, - ст. 74 Трудового кодекса Российской Федерации закреплен ряд требований, направленных на защиту трудовых прав работника в случае временного перевода на другую работу без его согласия и выполнение которых обязательно для работодателя: оплата не ниже среднего заработка по прежней работе (часть первая), осуществление перевода работника на работу, требующую более низкой квалификации, с его письменного согласия (часть третья)". Следовательно, сделал вывод Конституционный Суд РФ, "оспариваемое Н.Г. Смирновым положение части первой ст. 74 Трудового кодекса Российской Федерации, рассматриваемое в системной связи с другими его положениями, а также нормами Конвенции МОТ от 28 июня 1930 г. N 29, само по себе не нарушает какие-либо конституционные права и свободы или запрет принудительного труда, закрепленный в ст. 37 (часть 2) Конституции Российской Федерации".

19 февраля 2004 г. Конституционный Суд РФ принял также Определение N 55-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Антонова Александра Алексеевича на нарушение его конституционных прав положением части первой ст. 74 Трудового кодекса Российской Федерации", повторив аргументы, изложенные в Определении N 54-О.

Вместе с тем, во-первых, согласно части третьей ст. 74 ТК РФ в прежней редакции работник мог быть переведен на работу, требующую более низкой квалификации, только с его письменного согласия. Н.Г. Смирнов работал фрезеровщиком и был переведен "на работу по уборке территории предприятия". Во-вторых, в части первой ст. 74 ТК РФ в прежней редакции в одном ряду (через запятую) с работой или службой, требуемой в условиях чрезвычайных обстоятельств (для предотвращения катастрофы, производственной аварии или устранения последствий катастрофы, аварии или стихийного бедствия, предотвращения несчастных случаев, простоя, уничтожения или порчи имущества), к сожалению, находилось также и другое основание: "для замещения отсутствующего работника". Думаю, перевод фрезеровщика - квалифицированного работника на работу "по уборке территории предприятия" весьма сложно было соотнести с работой, требуемой в условиях чрезвычайных обстоятельств. При таком подходе норма о временном переводе на другую работу в случае производственной необходимости "для замещения отсутствующего работника", думаю, была весьма спорной с точки зрения ч. 2 ст. 37 Конституции РФ и Конвенции МОТ от 28 июня 1930 г. N 29, запрещающих принудительный труд, т.е. труд без согласия работника. Согласно ст. 2 Конвенции МОТ N 29 термин "принудительный или обязательный труд" означает "всякую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания, для которой это лицо не предложило добровольно своих услуг", за определенными исключениями, установленными в данной статье, например, кроме работы или службы, требуемой в условиях чрезвычайных обстоятельств. К таким исключениям из общего правила Конвенция МОТ N 29 не относит временный перевод на другую работу в случае "производственной необходимости" "для замещения отсутствующего работника".

Весьма характерно, что Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ, во-первых, оценочное понятие "производственная необходимость" было исключено из ТК РФ. Во-вторых, ТК РФ был дополнен ст. 72.2 "Временный перевод на другую работу", согласно частям второй и третьей которой "в случае катастрофы природного или техногенного характера, производственной аварии, несчастного случая на производстве, пожара, наводнения, голода, землетрясения, эпидемии или эпизоотии и в любых исключительных случаях, ставящих под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего населения или его части, работник может быть переведен без его согласия на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя для предотвращения указанных случаев или устранения их последствий.

Перевод работника без его согласия на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя допускается также в случаях простоя (временной приостановки работы по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера), необходимости предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно отсутствующего работника, если простой или необходимость предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно

отсутствующего работника вызваны чрезвычайными обстоятельствами, указанными в части второй настоящей статьи".

Еще больше теоретических и практических вопросов возникает в случаях, когда Конституционный Суд РФ своим более поздним определением ограничивает действие ранее принятого постановления. Так, ранее названным Постановлением Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1992 г. N 2П-3 "По делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному п. 1.1 статьи 33 КЗоТ РСФСР" Конституционный Суд РФ вполне правомерно п. 1.1 ст. 33 КЗоТ РСФСР признал не соответствующим Конституции РСФСР. Вместе с тем Определением Конституционного Суда РФ от 3 октября 2002 г. N 233-О разъяснено, что распространение изложенной в настоящем Постановлении правовой позиции, касающейся всех работников, чьи трудовые правоотношения реализовались в рамках трудового договора, заключенного на общих основаниях, на лиц, обладающих специальным правовым статусом, недопустимо.

Однако сам КЗоТ РФ содержал лишь ст. 3, согласно которой только "труд членов колхозов и иных кооперативных организаций регулируется их уставами, а также законодательством, относящимся к колхозам и иным кооперативным организациям". В теории права традиционно рассматривается проблема ограничительного толкования правовых норм. Видимо, настало время изучать и другую проблему: ограничительного толкования судебного решения. Согласно, например, ст. 200 ГПК РФ "после объявления решения суд, принявший решение по делу, не вправе отменять или изменять его. Суд может по своей инициативе или по заявлению лиц, участвующих в деле, исправить допущенные в решении суда описки или явные арифметические ошибки". В соответствии со ст. 179 АПК РФ только "в случае неясности решения арбитражный суд, принявший это решение, по заявлению лица, участвующего в деле, судебного пристава-исполнителя, других исполняющих решение арбитражного суда органа, организации ВПРАВЕ РАЗЪЯСНИТЬ РЕШЕНИЕ БЕЗ ИЗМЕНЕНИЯ ЕГО СОДЕРЖАНИЯ" (выделено мной. - Е.Е.).

"Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную" (ст. 10 Конституции РФ). Отсюда, на мой взгляд, суды являются прежде всего правоприменительными органами и только в случае пробелов действительно выполняют некоторые своеобразные "квазиправотворческие" функции. Думаю, в соответствии с Конституцией РФ суды могут лишь преодолевать пробелы в каждом конкретном споре (ad hoc), вырабатывать определенную судебную практику - "правовые положения", которые в силу правовой природы суда не могут, не должны быть обязательными для других судов, а тем более для правотворческих органов, а могут ими лишь учитываться в правоприменительной и правотворческой деятельности. В противном случае уже суды будут выполнять не свойственную им правотворческую функцию, нарушая принцип разделения властей.

Конституционный Суд Российской Федерации по своей правовой природе, на мой взгляд, является специализированным судом, компетенция которого строго ограничена Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом "О Конституционном Суде Российской Федерации". Следовательно, Конституционный Суд РФ имеет право рассматривать дела, только отнесенные к его рассмотрению, принимать постановления и определения в пределах своей компетенции. В соответствии с устоявшейся доктриной в процессуальном праве, действующими процессуальными кодексами России, наконец, ст. 71 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" "итоговое решение Конституционного Суда Российской Федерации по существу... именуется постановлением... Все иные решения Конституционного Суда Российской Федерации, принимаемые в ходе осуществления конституционного судопроизводства, именуются определениями". Таким образом, определения Конституционного Суда РФ - это не решения суда по существу спора. В этой связи трудно согласиться с В.И. Анишиной, полагающей, что обязательные для судов "правовые позиции" Конституционного Суда РФ могут содержаться не только в резолютивной части постановления, но также и в мотивировочной части постановления и даже в отказных определениях и определениях о прекращении производства по делу <1>. Такая позиция В.И. Анишиной и, к сожалению, широко распространенная практика Конституционного Суда РФ, достаточно часто принимающего определения с так называемым положительным правовым содержанием, как представляется, не соответствуют и практике Европейского суда по правам человека, который выносит решения по существу - постановления в некоторых случаях по ускоренной процедуре, не останавливаясь на промежуточных определениях суда, так как до рассмотрения спора по существу заслушивания участников процесса и исследования материалов дела "правовая позиция" судами и судьями, на мой взгляд, не может быть высказана.

<1> См.: Анишина В.И. Указ. соч. С. 11 - 12.

Согласно ч. 5 ст. 125 Конституции РФ "Конституционный Суд Российской Федерации по запросам Президента Российской Федерации, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства Российской Федерации ДАЕТ ТОЛКОВАНИЕ (выделено мной. - Е.Е.) Конституции

Российской Федерации". "Толкование Конституции Российской Федерации, данное Конституционным Судом Российской Федерации, ЯВЛЯЕТСЯ ОФИЦИАЛЬНЫМ И ОБЯЗАТЕЛЬНЫМ для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц. Граждан и их объединений" (ст. 106 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации") <1>.

<1> Российская газета. 1994. 23 июля.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю рассматривать "правовые позиции" Конституционного Суда РФ в качестве своеобразных "прецедентов толкования" Конституции Российской Федерации, производных от буквального смысла Конституции РФ, а не самостоятельных источников права (в том числе трудового права).

В подтверждение своего вывода хотелось бы также привести и несколько определений Конституционного Суда РФ. Так, в Определении Конституционного Суда РФ от 4 ноября 2004 г. N 343-О "Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Красноярска о проверке конституционности части первой статьи 261 Трудового кодекса Российской Федерации" дано толкование ст. 34 и 35 Конституции РФ: "Норма, содержащаяся в части первой ст. 261 Трудового кодекса Российской Федерации, не может рассматриваться как устанавливающая несоразмерное ограничение прав работодателей, гарантированных статьями 34 (ч. 1) и 35 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации" <1>. В Определениях же Конституционного Суда РФ от 20 октября 2005 г. N 378-О, от 20 июня 2006 г. N 171-О и от 18 июля 2006 г. N 317-О строго в соответствии с Конституцией РФ записано, что "разрешение вопроса о... является прерогативой законодателя и не входит в полномочия Конституционного Суда Российской Федерации" <2>.

<1> СЗ РФ. 2004. 20 декабря. N 51. Ст. 5263.

<2> Официально не опубликованы.

В общей теории права толкование права принято рассматривать как уяснение имеющейся нормы для себя и ее разъяснение для других. На мой взгляд, к сожалению, некоторые специалисты проводят знак равенства между толкованием, конкретизацией и правотворчеством. Такая весьма спорная теоретическая позиция может привести судебные и правотворческие органы к серьезным негативным практическим последствиям. "Понятие толкования применимо только по отношению к процедурам целенаправленной смысловой интерпретации знаковых текстов, - справедливо отмечает И.П. Малинова. - Толкование предполагает внешнюю ориентированность, нацеленность не только на извлечение некоторого смысла, но и на презентацию, обоснование его в другом сознании... Толкование всегда имеет дискурсивный, логически опосредованный характер и связано с манипулированием смыслами, которые не всегда совпадают с внутренним текстом" <1>.

<1> Малинова И.П. Юридическая герменевтика и правопонимание. Екатеринбург, 1999. С. 31.

Таким образом, толкование права - это только уяснение для себя и разъяснение для других действительного смысла нормы. Конкретизация нормативных правовых актов, как правило, предполагает необходимость их предварительного толкования, но характеризуется детализацией, углублением и уточнением имеющихся правовых норм. Наконец, правотворчество - восполнение правотворческими органами пробелов в нормативных правовых актах. Думаю, Конституционный Суд России может только толковать Конституцию Российской Федерации, вырабатывая обязательные для всех "прецеденты толкования".

Изменять и дополнять Конституцию России, динамически ее развивать, конкретизировать нормативные правовые акты, на мой взгляд, имеют право только соответствующие правотворческие органы. В этой связи представляются дискуссионными ст. 13 ГК РФ, предоставляющая судам право признавать "недействительными" акты государственного органа или органа местного самоуправления, и ст. 253 ГПК РФ, в соответствии с которой суды имеют право признавать нормативный правовой акт "недействующим" и не подлежащим применению.

С учетом изложенных выше теоретических и правовых аргументов, по аналогии с ч. 2 ст. 125 Конституции РФ, предлагаю предоставить всем судам право только "признавать нормативные правовые акты не соответствующими правовым нормам, имеющим большую юридическую силу". В свою очередь лишь правотворческие органы, принявшие оспоренные судом нормативные правовые акты, в порядке исполнения судебного решения обязаны будут признать утратившими

силу и недействующими соответствующие нормативные правовые акты (или их определенные правовые нормы).

§ 2. Правовая природа "правовых позиций" Европейского суда по правам человека

Большинство специалистов, как по общей теории права, так и трудового права, справедливо замечают: глобализация - одна из наиболее доминирующих закономерностей современного мирового сообщества <1>. Отсюда возник вопрос о месте и роли судебной практики в целом в системе источников трудового права в России и о "правовых позициях" Европейского суда по правам человека, в частности.

<1> См., например: Зимненко Б.Л. Международное право и правовая система Российской Федерации. М., 2006; Ершов В.В., Ершова Е.А. Современные проблемы международного права // Российское правосудие. 2006. N 2. С. 17 - 28; Трудовое право России: Проблемы теории / Под ред. С.Ю. Головиной. Екатеринбург, 2006.

В специальной литературе большая часть научных работников рассматривают решения судов по конкретным делам как правовые акты судебной власти и разъяснения высших судебных органов в качестве особого вида источников права <1>. Так, Е.В. Грин пишет: "Судебный прецедент является ОДНИМ ИЗ ОСОБЫХ ВИДОВ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА (выделено мной. - Е.Е.). Сущность его заключается в придании нормативного характера решению суда высокой инстанции по конкретному делу, причем обязательным для всех нижестоящих судов является не решение или приговор целиком, а только "сердцевина" дела, суть правовой позиции судьи" <2>. Весьма показательна и позиция С.Ю. Чучи: "Признание судебного прецедента в качестве источника трудового права не подрывает принципа разделения властей" <3>.

<1> См., например: Маврин С.П. Современные проблемы общей части российского трудового права. СПб., 1993. С. 55.

<2> Трудовое право России: проблемы теории / Под ред. С.Ю. Головиной. С. 235.

<3> Чуча С.Ю. Судебные акты в системе источников трудового права России: современные тенденции // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения / Под ред. К.Н. Гусова. М., 2007. С. 153.

Как представляется, юридическая природа "правовых позиций" Европейского суда по правам человека является одной из важнейших проблем в общем ряду дискуссионных вопросов о судебной практике как "особом виде" среди источников права. В российской специальной литературе весьма активно дискутируется суждение "о прецедентной практике Европейского суда" <1>. Наиболее радикально настроенные научные и практические работники рассматривают постановления Европейского суда по правам человека в качестве судебного прецедента - самостоятельного источника права. Так, Д.В. Зверев, на мой взгляд, без необходимых и достаточных правовых аргументов пришел к выводу: "...в российскую правовую систему инкорпорирован новый источник права - прецеденты Европейского суда по правам человека" <2>. За признание и законодательное закрепление судебного прецедента как источника права выступают и ряд ведущих российских ученых: С.С. Алексеев, М.В. Баглай, В.М. Жуйков, В.В. Лазарев, М.Н. Марченко, А.В. Наумов, В.Н. Синюков, Б.Н. Топорнин, В.А. Туманов и др. Например, С.С. Алексеев считает: "Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия. Интерпретацию его назначения как одного лишь "применителя права". Опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствует, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд, опираясь на Конституцию, закон, общепризнанные права человека, также и творит право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным" <3>.

<1> См., например: Канашевский В.А. Прецедентная практика Европейского суда по правам человека как регулятор гражданских отношений в Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. N 4. С. 122 - 126; Неказаков В.Я. Конституционно-правовые вопросы реализации в российском праве и правоприменительной практике статей 5 и 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (право на свободу, личную неприкосновенность и справедливое судебное разбирательство): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 22 - 25.

<2> Зверев Д.В. Новые источники гражданского процессуального права в свете Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод // Европейская интеграция и развитие цивилистического процесса в России. М., 2006. С. 22.

<3> Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 219.

Аргументируя свою позицию, названные и другие сторонники данной точки зрения в основном традиционно ссылаются на действительно существующую практику Европейского суда по правам человека, Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Так, Микеле де Сальвио пишет: "...в свете прецедентного права... СУД ЗАПОЛНИЛ ПРОБЕЛ (выделено мной. - Е.Е.), который, как он сам признавал, существовал до относительно недавнего времени" <1>. Весьма показателен вывод, сделанный П.А. Гуком: "В романо-германской правовой системе судебная практика (прецедент) хотя и занимает вторичное место после закона, тем не менее выполняет присущие только ей функции прецедента как источника права. Этому способствует развитая судебная система в лице высших судебных органов, которые вырабатывают и создают судебную практику, благодаря высшей квалификации судей и официальности судебных сборников" <2>.

_____

<1> Сальвио М. В какой мере прецедентная практика Европейского суда по правам человека оказывает влияние на законодательство и судебную практику государств - членов Совета Европы? // Права человека. 2006. N 5. С. 15 - 17.

<2> Гук П.А. Судебный прецедент как источник права. Пенза, 2003. С. 35.

Вместе с тем, как справедливо замечает М.Н. Марченко, "при этом вне поля зрения авторов остаются некоторые весьма важные вопросы, касающиеся факторов, предопределяющих юридическую природу и характер решений Европейского суда; причин и обстоятельств, позволяющих рассматривать данные решения в качестве прецедентов; особенностей решений Суда, именуемых прецедентами, по сравнению с другими источниками права в случае признания их в качестве таковых, а также по сравнению с традиционными, "классическими" прецедентами" <1>.

_____

<1> Марченко М.Н. Юридическая природа и характер решений Европейского суда по правам человека // Государство и право. 2006. N 2. С. 11 - 12.

М.Н. Марченко убедительно подчеркивает, что "по мнению авторов - сторонников плюралистического подхода к пониманию и использованию судебных решений, именуемых прецедентом, существует как минимум три различных варианта или "модели" его восприятия и применения.

Смысл и содержание первой из них, под названием "модель частной аналогии" (model of particular analogy), заключается в том, что каждое судебное решение рассматривается не иначе как "показательный пример правильного и разумного рассмотрения дела на основе всех имеющихся в распоряжении суда фактов". Судебное решение в данном случае, именуемое прецедентом, независимо от того, какой бы высокой судебной инстанцией оно ни порождалось, выступает только в качестве полезного примера, или руководства (useful guide), при последующем рассмотрении аналогичных дел <1>.

_____

<1> См.: Bankowski Z., MacCormick D. et al. Op. cit. P. 497, 500.

Суть второй "модели", названной "нормоустанавливающей моделью" (rule-stating model), состоит в том, что судебные решения, именуемые прецедентами, воспринимаются как акты, содержащие в себе определенные правила ("ratio decidenti"), которые нижестоящим судам следует применять при рассмотрении аналогичных дел. Нетрудно заметить, что данное представление о прецеденте является наиболее распространенным и наиболее часто рассматриваемым в виде универсального.

Наконец, смысл третьей "модели", довольно сложно именуемой "моделью, содержащей в себе используемые в качестве примера принципы" (principle-exampling model), сводится к тому, что судебные решения, рассматриваемые как прецеденты, воспринимаются "в своем собственном контексте" в виде актов, которые опираются на определенный правовой принцип или принципы, создают или поддерживают их и могут быть использованы при рассмотрении аналогичных дел в будущем, а также для дальнейшего развития и совершенствования правовой системы" <1>.

_____

<1> Марченко М.Н. Указ. соч. С. 12.

Проанализировав специальную литературу, М.Н. Марченко приходит, на мой взгляд, к обоснованному выводу: "...если Конвенция и судебная практика ограничивают Суд относительно формулирования общих норм и "абстрактного высказывания" по поводу соответствия национального законодательства и судебной практики Конвенции, то это означает, что Суд лишен

возможности (не только в процессе правоприменения, но и в процессе толкования Конвенции и Протоколов к ней) принимать акты, которые содержали бы в себе четко сформулированные правила и которые можно было бы рассматривать в виде прецедентов, относящихся к категории ("модели") нормоустанавливающих актов (вторая "модель" восприятия прецедента)" <1>.

<1> Там же. С. 19.

Российская Федерация ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод Федеральным законом от 30 марта 1998 г. N 54-ФЗ с изменениями, внесенными в нее Протоколами N 3 от 6 мая 1963 г., N 5 от 20 января 1966 г. и N 8 от 19 марта 1985 г., дополнениями, содержащимися в Протоколе N 2 от 6 мая 1963 г., а также Протоколы к ней N 1 от 20 марта 1952 г., N 4 от 16 сентября 1963 г., N 7 от 22 ноября 1984 г., N 9 от 6 ноября 1990 г., N 10 от 25 марта 1992 г., N 11 от 11 мая 1994 г., подписанные Министром иностранных дел Российской Федерации от имени Российской Федерации 28 февраля 1996 г. в Страсбурге <1>. Российская Федерация ратифицировала Конвенцию с учетом ее изменений, основанных на Протоколе N 11, и Протоколы к ней N 1, 4, 7. Конвенция и Протоколы к ней N 1, 4 вступили в силу для Российской Федерации с 5 мая 1998 г., а Протокол N 7 - с 1 августа 1998 г. Российская Федерация подписала, но не ратифицировала Протокол N 6, касающийся отмены смертной казни в мирное время, и Протоколы N 12 и 14. В соответствии со ст. 18 Венской конвенции о праве международных договоров Россия после подписания Протокола N 6 ввела мораторий на смертную казнь.

<1> Российская газета. 1998. 6 апреля.

Важнейшее теоретическое и практическое значение имеет ст. 1 Федерального закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней": "Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает ipso facto (в силу самого факта) и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации" <1>. Отсюда можно сделать важный вывод: постановления Европейского суда, принятые против России, являются обязательными для правотворческих, исполнительных и судебных органов государственной власти, а также для органов местного самоуправления.

<1> СЗ РФ. 1998. N 14. Ст. 1514.

В этой связи принципиальное теоретическое и практическое значение имеют вопросы соотношения международного и национального права, а также правовой природы постановлений Европейского суда по правам человека. Думаю, прав И.И. Лукашук, отметивший, что проблема взаимодействия правовых систем не привлекала к себе должного внимания специалистов <1>.

<1> См.: Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М.: СПАРК, 2000. С. 35.

Один из ведущих специалистов в области общей теории права С.С. Алексеев пришел к выводу, что "сближение - лишь внешнее проявление более глубоких процессов, преобразующих мир права, которые могут быть названы "правовой конвергенцией" <1>. С.С. Алексеев понимает правовую конвергенцию как развитие правовых систем в одном направлении, вследствие чего происходит взаимное обогащение права в различных пределах и в конечном счете - своеобразная интеграция в праве, при которой соединяются в единые правовые образования, в целостные юридические конструкции преимущества и достижения различных сфер права, разных систем <2>. В результате правовой конвергенции, справедливо делает вывод С.С. Алексеев, образуется "право цивилизованных народов" <3>. Существенный вклад в исследование вопросов взаимодействия международного и национального права внесли А.А. Рубанов, И.И. Лукашук, Б.Л. Зимненко и др.

<1> Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития - надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 225.

<2> См.: Там же.

<3> Там же.

Вместе с тем в общей теории права и на практике осталось много и дискуссионных вопросов. Так, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ "общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее

правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора".

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод является международным договором, принятым и открытым для подписания 4 ноября 1950 г. и вступившим в силу для 10 государств - членов Совета Европы 3 сентября 1953 г. С тех пор прошло много лет, во многом изменились политические, экономические, правовые и социальные отношения. Отсюда возник важнейший теоретический и практический вопрос о возможности "развития" "устаревшей" Конвенции Европейским судом по правам человека.

Слово "прецедент" в юридическом энциклопедическом словаре (от лат. praecedens, род. падеж praecedentis - предшествующий) толкуется как поведение в определенной ситуации, рассматривающееся как образец при аналогичных обстоятельствах. Судебный прецедент - решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той или низшей инстанции при решении аналогичных дел либо служащее примерным образом толкования закона, не имеющим обязательной силы <1>. В толковом словаре русского языка оценочное понятие "прецедент" определяется как "случай, служащий примером или оправданием для последующих случаев этого же рода" <2>; "решение суда или иного органа государственной власти, ставшее образом для разрешения сходных вопросов на последующее время" <3>.

<1> См.: Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 296.

<2> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 586.

<3> Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.И. Ушакова. Т. 3. С. 758.

Исходя из зарубежной практики судов, этимологии оценочного понятия "прецедент" и имеющейся практики судов в России, П.А. Гук пришел к следующему выводу: "...судебный прецедент - это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры, содержащее правоположение, опубликованное в официальных сборниках и служащее обязательным правилом применения для аналогичных дел в будущем" <1>.

<1> Гук П.А. Указ. соч. С. 65.

Судебный прецедент получил законодательное закрепление в Индии, Израиле, Италии, Швейцарии и других странах <1>. П.А. Гук предлагает дополнить Федеральный конституционный закон "О судебной системе Российской Федерации" "статьей 6.1. Судебное правотворчество" следующего содержания: "Постановления Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ по вопросам толкования нормативного акта, формулирования правоположений в случае отсутствия нормы права или закона являются дополнительным источником права (судебным прецедентом) и обязательны для применения судами Российской Федерации" <2>. Наконец, "признание в российской правовой системе судебного прецедента источником права позволит, по мнению П.А. Гука, более оперативно восполнять пробелы в нормативных правовых актах; совершенствовать и укреплять судебную защиту прав и свобод человека; выступать регулятором баланса (путем механизма сдержек и противовесов) в отношениях между исполнительной и законодательной властью; способствовать формированию правовой государственности в Российской Федерации" <3>.

<1> См.: Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Судебный прецедент: зарубежный опыт и российские перспективы // Российский судья. 1999. N 3. С. 14 - 18.

<2> Гук П.А. Указ. соч. С. 172.

<3> Там же. С. 173.

В.И. Анишина и Г.А. Гаджиев также полагают: "Федеральный закон о ратификации Конвенции решил... старый теоретический спор о том, являются ли вообще судебные акты источником права. Безусловно, решения Европейского суда по правам человека следует признавать источником права, входящим в качестве основной части вместе с нормами Конвенции и Протоколов к ней в правовую систему РФ (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ). На признании этого вывода может быть построен механизм возможного влияния юриспруденции Европейского суда по правам человека на судебную практику российских судов" <1>.

<1> Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации. М.: Юристъ, 2006. С. 148 - 149.

Вместе с тем, думаю, весьма характерной является следующая оговорка В.И. Анишиной и Г.А. Гаджиева: "Нами умышленно не используется термин "прецедентное право" Европейского

суда по правам человека. Предпочтение отдано термину "юриспруденция или судебная практика Европейского суда". Безусловно, юридически некорректно идентифицировать судебную практику Европейского суда с common law. Решения вышестоящих судов в странах прецедентного права обладают гораздо большей обязательностью для национальных судов. Применительно к юрисдикции Европейского суда В.А. Туманов говорит об "относительной (в отличие от английского правила прецедента) связанности Суда при рассмотрении дел его предшествующими решениями и сложившимися правовыми позициями" <1>.

<1> Там же. С. 149 - 150.

Хотелось бы высказать некоторые собственные соображения по рассматриваемой проблеме. Во-первых, думаю, ни один закон не может "решить" теоретический спор. Теоретические споры по проблемам судебного прецедента, на мой взгляд, будут продолжаться бесконечно с переменным успехом сторонников той или иной точки зрения. Во-вторых, в соответствии со ст. 125, 126 и 127 Конституции РФ высшие суды России являются только правоприменительными органами и не обладают правотворческими полномочиями. Согласно ч. 1 ст. 120 Конституции РФ "судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону". Законодательным органом в России является только Федеральное Собрание - парламент Российской Федерации (ст. 94 Конституции РФ). "Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации (а не судебные прецеденты. - Е.Е.) являются составной частью ее правовой системы" (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ). Наконец (и главное!), "государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны" (ст. 10 Конституции РФ). Как представляется, системное толкование данных правовых норм Конституции РФ позволяет сделать вывод: для введения в России судебного прецедента как источника права недостаточно внесения изменений и дополнений лишь в некоторые федеральные законы. Требуется не просто уточнение компетенции отдельных федеральных органов государственной власти, а концептуальное изменение Конституции РФ.

В-третьих, большинство исследователей отмечают в англо-американских странах увеличение значения места, роли и влияния "писаного" права, принятого национальными или международными правотворческими органами, а не судебного прецедента. Так, Л.В. Лазарев справедливо считает, что "и в отечественной, и в зарубежной литературе на основе анализа реальных процессов в мировом правовом пространстве отмечается сближение правовых систем в условиях глобализации мирового сообщества" <1>.

<1> Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2006. С. 39.

В-четвертых, с позиции теории систем и общей теории права, на мой взгляд, реальная и эффективная защита нарушенных прав и законных интересов физических и юридических лиц возможна лишь в случае конституционного закрепления и практического действия независимых, самостоятельных, "равновесных", взаимоконтролирующих и взаимодействующих законодательных, исполнительных и судебных органов государственной власти в системе органов государственной власти, в которой составляющие ее элементы не "подменяют" друг друга, не выполняют функции иного элемента, а лишь сдерживают иные элементы системы органов государственной власти. Целью деятельности системы органов государственной власти являются своевременная и качественная защита нарушенных прав и законных интересов физических и юридических лиц, достижение подвижного равновесия, гомеостазиса. При таком подходе преодоление пробелов и коллизий в нормативных правовых актах осуществляется судом в каждом конкретном споре - ad hoc посредством индивидуального судебного регулирования, а устранение пробелов и коллизий в нормативных правовых актах - правотворческими органами <1>. В этой связи, думаю, весьма спорно рассматривать результаты процессов, действительно происходящих в судебном правоприменении, в виде "судебного прецедента" - самостоятельного источника права либо "юриспруденции или судебной практики Европейского суда". Последнее оценочное понятие, на мой взгляд, является слишком общим и неопределенным с точки зрения его правовой природы.

<1> Более подробно см.: Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1992.

В последние годы в специальной литературе активно анализируется не только оценочное понятие "судебный прецедент", но и другое оценочное понятие "правовая позиция... суда" <1>. Понятие "правовая позиция" имеется в ст. 73 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации": "В случае, если большинство участвующих в

заседании палаты судей склоняются к необходимости принять решение, не соответствующее правовой позиции, выраженной в ранее принятых решениях Конституционного Суда Российской Федерации, дело передается на рассмотрение в пленарное заседание" <2>. В то же время в самом законе не дано аутентичное толкование оценочного понятия "правовая позиция".

<1> См., например: Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации. М., 2006. С. 129 - 146; Европейская интеграция и развитие цивилистического процесса в России. М., 2006 и др.

<2> СЗ РФ. 1994. N 13. Ст. 1447.

Данное оценочное понятие применено во многих постановлениях и определениях Конституционного Суда РФ. Опубликовано свыше 20 научных статей, защищено несколько диссертаций, в которых анализируется данное понятие. В самом общем виде можно присоединиться к выводу В.А. Кряжкова и Л.В. Лазарева, полагающих, что правовые позиции образуют интеллектуально-юридическое содержание судебного решения <1>. Вместе с тем данное понятие оставляет открытым вопрос о юридической природе "правовых позиций".

<1> См.: Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Конституционная юстиция в Российской Федерации: Учебное пособие. М., 1998. С. 246.

По мнению В.И. Анишиной и Г.А. Гаджиева, "в мире юридических явлений правовые позиции Конституционного Суда РФ ближе всего находятся к racio decidendi, и в силу этого именно их следует считать источником права" <1>. Более взвешенную позицию занимает Л.В. Лазарев: "Рассмотренные и иные свойства решений Конституционного Суда позволяют сделать вывод, что, не относясь в полной мере ни к одному из существенных источников права (официально признанных и формально не признанных), они одновременно вбирают в себя те или иные их черты (признаки) и приобретают тем самым новое качество, становясь самостоятельным источником права" <2>.

<1> Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации. С. 171.

<2> Лазарев Л.В. Правовые позиции Конституционного Суда России. С. 53.

Как представляется, с учетом изложенных выше теоретических и правовых аргументов более обоснованной является позиция Н.В. Витрука, который определяет правовые позиции Конституционного Суда РФ как его обобщенные представления по конкретным конституционно-правовым проблемам. Правовые позиции Конституционного Суда РФ есть правовые выводы и представления Суда как результат интерпретации (толкования) им духа и буквы Конституции РФ и истолкования конституционного смысла (аспектов) положений отраслевых (действующих) законов и других нормативных актов в пределах его компетенции, которые снимают неопределенность в конкретных конституционно-правовых ситуациях и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Суда <1>.

<1> См.: Витрук Н.В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 1999. N 3(28). С. 96.

Такая точка зрения согласуется и с мнением Конституционного Суда РФ, выработанным в Определении от 7 октября 1997 г.: "ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ, СОДЕРЖАЩИЕ ТОЛКОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННЫХ НОРМ (выделено мной. - Е.Е.) либо выявляющие конституционный смысл закона, на которых основаны выводы Конституционного Суда Российской Федерации в резолютивной части его решений, обязательны для всех государственных органов и должностных лиц. Мотивировочная часть образует неразрывное единство с резолютивной, раскрывая содержание конституционной нормы и ее сопоставление с позицией законодателя, издавшего проверяемую на конституционность норму закона" <1>. Полагаю, данный вывод Конституционного Суда РФ соответствует и ч. 5 ст. 125 Конституции РФ: "Конституционный Суд Российской Федерации по запросам Президента Российской Федерации, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства Российской Федерации, органов законодательной власти субъектов Российской Федерации ДАЕТ ТОЛКОВАНИЕ (выделено мной. - Е.Е.) Конституции Российской Федерации".

<1> Архив Конституционного Суда РФ. 1997.

Весьма противоречива и разнообразна также и оценка европейскими специалистами правовой природы постановлений Европейского суда по правам человека. В своих постановлениях и решениях Европейский суд по правам человека неоднократно высказывал следующее мнение: "Конвенция не является застывшим правовым актом, она ОТКРЫТА ДЛЯ ТОЛКОВАНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) в свете сегодняшнего дня"; "предмет и цель Конвенции как правового акта, обеспечивающего защиту прав человека, ТРЕБУЕТ, ЧТОБЫ ЕЕ НОРМЫ ТОЛКОВАЛИСЬ (выделено мной. - Е.Е.) и применялись таким образом, чтобы сделать ее гарантии эффективными и реальными" <1>. Такой подход получил в науке понятие "эволютивное толкование".

<1> Цит. по: Туманов В.А. Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М.: Норма, 2001. С. 90 - 91.

Бывший Председатель Европейского суда по правам человека г-н Риксдаль сказал 1 ноября 1998 г.: "Европейская конвенция о правах человека должна толковаться и применяться как живой инструмент, следуя за развитием наших обществ и не обязательно согласно намерениям "отцов-основателей" в 1950 году... Но сразу же добавлю и настаиваю на том, что эволютивное толкование, следуя за развитием наших обществ, не должно стать судебным активизмом. По моему мнению, судьи призваны тщательно изучать, оценивать, принимать во внимание развитие общества, но они, в особенности международные судьи, не должны действовать в соответствии со своей собственной субъективной оценкой тенденций, которые кажутся им более предпочтительными и которые они одобряют" <1>.

<1> Перевод речи см.: Государство и право. 1999. N 7. С. 57 - 62.

Эволютивное толкование судьями Европейского суда по правам человека Европейской конвенции о правах человека, как представляется, должно основываться не только на "развитии общества", не может быть субъективным и произвольным, носить характер злоупотребления правом. Думаю, любой судья, толкуя Европейскую конвенцию о правах человека, не может не учитывать и иные источники международного права. Европейская конвенция о правах человека, во-первых, является только одним из многочисленных международных договоров. Во-вторых, кроме международных договоров имеются и иные источники международного права, в частности общепризнанные принципы международного права, общепризнанные нормы международного права и международные обычаи, которые, на мой взгляд, и должны применяться судьями в процессе системного толкования Европейской конвенции о правах человека как одного из источников международного права.

Согласно ст. 103 Устава ООН, ст. 53, 64 и 71 Венской конвенции "О праве международных договоров", принятой 23 мая 1965 г., общепризнанные принципы и нормы международного права имеют преимущественную силу (jus cogens - императивная норма) над международными договорами, отклонение от общепризнанных принципов и норм международного права недопустимо, любой международный договор в этих случаях рассматривается как недействительный и не подлежит применению.

Необходимо подчеркнуть: сама Европейская конвенция о правах человека также ограничивает компетенцию Европейского суда по правам человека только правом на ее толкование. "Если дело, находящееся на рассмотрении Палаты, затрагивает серьезный ВОПРОС, КАСАЮЩИЙСЯ ТОЛКОВАНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ КОНВЕНЦИИ ИЛИ ПРОТОКОЛОВ К НЕЙ (выделено мной. - Е.Е.), или если решение вопроса может войти в противоречие с ранее вынесенным Судом постановлением, Палата может до вынесения своего постановления уступить юрисдикцию в пользу Большой Палаты, если ни одна из сторон не возражает против этого" (ст. 30). "В ВЕДЕНИИ СУДА НАХОДЯТСЯ ВСЕ ВОПРОСЫ, КАСАЮЩИЕСЯ ТОЛКОВАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ КОНВЕНЦИИ И ПРОТОКОЛОВ К НЕЙ (выделено мной. - Е.Е.), которые могут быть ему переданы в случаях, предусмотренных положениями ст. 33, 34 и 47" (ч. 1 ст. 32).

Необходимо отметить и то, что в силу ст. 1 Федерального закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней" "Российская Федерация в соответствии со ст. 46 Конвенции признает ipso facto и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней...".

В процессе принятия Постановления Пленума Верховного Суда РФ "О судебном решении" также возникла дискуссия о правовой природе в том числе и постановлений Европейского суда по правам человека. Сторонники позиции, суть которой состояла в том, что постановления Европейского суда по правам человека являются судебными прецедентами - самостоятельными источниками права, оказались в меньшинстве. В результате в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. N 23 "О судебном решении" в соответствии с

Конституцией РФ, теорией систем и общей теорией права разъяснено: "Поскольку в силу ч. 4 ст. 198 ГПК РФ в решении суда должен быть указан закон, которым руководствовался суд, необходимо указать в мотивировочной части материальный закон, примененный судом к данным правоотношениям, и процессуальные нормы, которыми руководствовался суд. СУДУ ТАКЖЕ СЛЕДУЕТ УЧИТЫВАТЬ (выделено мной. - Е.Е.)... постановления Европейского суда по правам человека, В КОТОРЫХ ДАНО ТОЛКОВАНИЕ ПОЛОЖЕНИЙ КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД (выделено мной. - Е.Е.), подлежащих применению в данном деле" <1>.

<1> Российская газета. 2003. 26 декабря.

По содержанию толкование права возможно рассматривать как уяснение права для себя и разъяснение его для других в процессе рассмотрения конкретного спора <1>. Следовательно, в процессе толкования права судья не "творит" новое право, а лишь более глубоко его познает и разъясняет сторонам спора, используя исторический, логический, языковой и системный способы толкования. В силу объективных и субъективных факторов толкование права в процессе его применения является естественным и объективно необходимым мыслительным процессом. "Необходимость толкования норм права, - справедливо отмечает А.Ф. Черданцев, - обусловлена их признаками, особенностями форм выражения вовне и функционирования... их языково-логической и "юридической" формой... вытекает также из такого свойства правовых норм, как их системность" <2>.

<1> Более подробно см.: Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 154 - 181.

<2> Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 6 - 11.

В связи с изложенными теоретическими, правовыми и языковыми аргументами представляется дискуссионным вывод И.С. Метловой, полагающей, что "к решениям Европейского суда по правам человека как к источнику права следует отнести постановления Палат по существу дела, об исключении жалобы из списка (о снятии дела со слушания) и решения по вопросу приемлемости жалобы" <1>. В то же время, видимо, осознавая многогранность проблемы, И.С. Метлова отмечает: "Природа решений Европейского суда по правам человека триедина, что обусловлено следующими факторами: а) содержащиеся в них правовые позиции носят нормативный характер; б) в решениях дается толкование Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней; в) сами решения носят правоприменительный характер, поскольку в них содержится решение по конкретному делу" <2>. Однако далее И.С. Метлова, на мой взгляд, без достаточно убедительных теоретических аргументов приходит к заключению: "...применяя и толкуя Конвенцию в рамках конкретного дела, Европейский суд создает НОРМАТИВНЫЕ УСТАНОВКИ (выделено мной. - Е.Е.) в виде своих правовых позиций. Именно это обстоятельство дает основание считать решения Европейского суда по правам человека источниками права - судебными прецедентами, а не актами толкования или применения... Исходя из понимания Конвенции как ПЕРВИЧНОГО ИСТОЧНИКА ПРАВА (выделено мной. - Е.Е.), следует отнести решения Европейского суда по правам человека к категории ПРОИЗВОДНЫХ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА" <3> (выделено мной. - Е.Е.).

<1> Метлова И.С. Решения Европейского суда по правам человека в системе источников российского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 9.

<2> Там же.

<3> Там же. С. 9 - 10.

Проведенный анализ специальной литературы, исследованные теоретические, правовые и языковые аргументы, полагаю, позволяют высказать следующие суждения. Первое: на мой взгляд, "правовые позиции" Европейского суда по правам человека не являются источниками трудового права в России (в том числе "особого вида" или "производными источниками права"). Второе: хотелось бы присоединиться к выводу В.В. Ершова, убедительно полагающего, что "постановления Европейского суда по правам человека, вынесенные против России, ipso facto и без специального соглашения в силу ст. 1 Федерального закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней" являются прецедентами толкования, обязательными в России для органов государственной власти, местного самоуправления и иных лиц" <1>.

<1> Ершов В.В. Прецеденты толкования Европейского суда по правам человека // Российское правосудие. 2007. N 1(9). С. 31.

Возражая против такого вывода И.С. Метлова, полагаю, недостаточно аргументированно и весьма противоречиво пишет: "Отнесение же решений Европейского суда к актам толкования... неверно, несмотря на то что фактически каждое решение Европейского суда содержит в себе толкование норм Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней. Действительно... Европейский суд осуществляет нормативное (делегирование) толкование конвенциональных норм, однако поскольку оно дается в рамках определенного дела и не является целью вынесения постановления, то... речь все равно должна идти о прецеденте" <1>.

<1> Метлова И.С. Указ. соч. С. 16.

Вместе с тем, во-первых, очевидно, что "в рамках определенного дела" происходит и, по мнению И.С. Метловой, выработка "производных источников права". Во-вторых, "не является целью вынесения постановления" также и выработка "производных источников права". Как представляется, целью деятельности любого суда прежде всего является защита прав, защищаемых законом интересов и свобод физических и юридических лиц. Весьма характерны ст. 19 и преамбула Конвенции "О защите прав человека и основных свобод": "В целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых на себя Высокими Договаривающимися Сторонами по настоящей Конвенции и Протоколам к ней, учреждается Европейский суд по правам человека... целью Совета Европы является достижение большего единства между его членами... одним из средств достижения этой цели является защита... прав человека и основных свобод". В-третьих, на мой взгляд, исходя из компетенции и цели деятельности Европейского суда по правам человека весьма спорно говорить о "прецеденте" вообще. Полагаю, что, принимая во внимание компетенцию и цель деятельности Европейского суда по правам человека, более аргументированно рассматривать "правовые позиции" Европейского суда по правам человека в качестве "прецедентов толкования". В-четвертых, в специальной литературе обоснованно отмечается: толкование права является объективно необходимым и "естественным" видом индивидуального судебного регулирования, неизбежно происходящим в процессе судебного правоприменения <1>.

<1> См., например: Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 154 - 181.

Прецеденты толкования Европейского суда по правам человека по трудовым спорам в России публикуются в целом ряде журналов, например в "Бюллетене Европейского суда по правам человека", "Права человека", "Российский судья", "Российская юстиция" и др. Так, представляется весьма характерным дело Кормачев против Российской Федерации. Заявитель по делу на основании ст. 6 и 13 Конвенции жаловался на длительность судебного разбирательства и на отсутствие эффективных средств правовой защиты в связи с этим. Европейский суд отметил, что иск заявителя о взыскании задолженности по отпускным, выходному пособию и выплате заработной платы, а также ненадлежащем оформлении увольнения касался обычного спора из трудовых отношений. Следовательно, данное дело не было особенно сложным. В отношении действий судебных органов Европейский суд по правам человека напомнил, что Высокие Договаривающиеся Стороны организуют свои правовые системы таким образом, чтобы их суды каждому гарантировали право на вынесение окончательного решения в разумный срок. Если государство допускает продолжение судебного разбирательства вне пределов "разумного срока", предусмотренных ст. 6 Конвенции, то оно несет ответственность за образующуюся задержку. Трудовые споры требуют быстрого разрешения. Принимая во внимание, что дело рассматривалось более пяти лет, Европейский суд пришел к выводу, что дело заявителя не было рассмотрено в разумный срок. Следовательно, имело место нарушение п. 1 ст. 6 Конвенции <1>.

<1> Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. N 8. С. 5 - 14.

§ 3. Правовая природа "правовых позиций" постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации

Согласно ст. 126 Конституции РФ "Верховный Суд Российской Федерации является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах судебный надзор за их деятельностью и ДАЕТ РАЗЪЯСНЕНИЯ ПО ВОПРОСАМ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ" (выделено мной. - Е.Е.). На мой взгляд, оценочное понятие "дает разъяснения" с позиции общей теории права можно рассматривать как право Верховного

Суда Российской Федерации толковать нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права.

Толкование правоприменителями правовых норм имеет собственную историю. В авторитарных государствах властвующие лица и органы посредством необходимого им толкования правовых норм обеспечивали проведение своей воли. В этой связи правом обязательного разъяснения законов наделялись лишь строго установленные должностные лица. Так, в Риме имелось специальное сословие истолкователей (interpretes), состоящее на первом этапе из лиц духовного звания. Затем таким правом наделили также и лиц светского звания. Задача этих лиц состояла в разъяснении закона "толком" <1>. В отдельных государствах законы мог толковать только один человек. Например, император Юстиниан запретил толковать законы всем, кроме себя. Весьма показательно, что во времена абсолютизма правоприменители не имели права толковать правовые нормы. Так, Указом прусского короля Фридриха от 14 апреля 1780 г. была создана "специальная комиссия", имеющая право толковать правовые нормы. Статья 65 Основных законов Российской империи также запрещала правоприменителям толковать правовые нормы, "не допуская обманчивого непостоянства и самопроизвольных толкований". В XIX веке учение о логической законченности права (историческая школа) не способствовало теоретическому обоснованию предоставления правоприменительным органам (в том числе судам) полномочий по толкованию правовых норм. Весьма характерно, что изучению теоретических и практических вопросов толкования большее внимание уделяли в государствах романо-германской правовой системы. В то же время в государствах общего права - исследованию различий между правом и законом <2>.

<1> См., например, более подробно: Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 680.

<2> См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 99 - 105.

В России наибольший научный вклад в исследование проблем толкования правовых норм внес Е.В. Васьковский <1>. В первые годы советской власти С.И. Вильнянским была выработана принципиальная позиция о возможности и необходимости толкования правовых норм в правоприменительном процессе <2>. Однако последовавшие в 30 - 50 гг. процессы отразились и на "чисто юридической" проблеме толкования правовых норм. Весьма показательно, что в учебниках по теории права и в специальных работах по общей теории права толкование правовых норм стало вновь рассматриваться ограничительно как право только законотворческих органов на разъяснение правовых норм, а роль суда сводилась лишь к механическому исполнению "совершенных" и "понятых" законов.

<1> См.: Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов. М., 1913.

<2> См.: Вильнянский С.И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. Вып. IX. 1947.

В 60 - 70 гг. П.Е. Недбайло, А.С. Пиголкин, В.В. Лазарев, А.Ф. Черданцев и другие исследователи смогли сформулировать более аргументированную точку зрения, в соответствии с которой толкование правовых норм необходимо понимать как их уяснение и разъяснение <1>. Вместе с тем многие советские ученые того времени полагали, что разъяснять правовые нормы имели право только законотворческие органы или Пленум Верховного Суда СССР либо соответственно Пленумы Верховных Судов союзных республик.

<1> См.: Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. М., 1960; Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 1962; Лазарев В.В. Применение советского права. К., 1972; Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979; Правоприменение в советском государстве. М., 1985.

В более поздний исторический период такая точка зрения была существенно скорректирована. Например, В.В. Ершов обоснованно пришел к следующему выводу: "...правоприменители (в частности, судьи), установив фактические обстоятельства дела, прежде всего должны уяснить нормативные акты, подлежащие применению, то есть сделать их ясными и понятными для себя... суды всех инстанций имеют право и обязаны в рамках действующего процессуального законодательства перед вынесением судебного решения уяснить закон (т.е. подвергнуть его толкованию для себя)... правоположения, выработанные в процессе толкования норм любыми правоприменительными органами (в том числе Пленумами Верховных Судов), не могут быть обязательными для судов, а подлежат применению лишь в силу их аргументированности и объективности. В этой связи необходимо исключить из полномочий

Верховных Судов не свойственную им функцию по обязательному толкованию нормативных актов" <1>.

<1> Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. С. 157 - 158.

Даже проведенный весьма краткий исторический и теоретический анализ специальной юридической литературы позволяет сделать вывод: как Пленум Верховного Суда РФ, так и суды при рассмотрении конкретных споров не только имеют право, но и обязаны толковать правовые нормы - уяснять их для себя и разъяснять в судебных решениях для лиц, участвующих в судебных процессах. При этом выработанные акты толкования не имеют обязательной силы для других судов, поскольку суды являются правоприменительными органами государственной власти и не наделены правотворческими полномочиями.

Данный теоретический вывод нашел свое практическое подтверждение и в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. N 23 "О судебном решении", в соответствии с которым в силу ч. 4 ст. 198 ГПК РФ в решении суда должен быть указан закон, которым "руководствовался суд, необходимо указать в мотивировочной части материальный закон, примененный судом к данным правоотношениям, и процессуальные нормы, которыми руководствовался суд. СУДУ ТАКЖЕ СЛЕДУЕТ УЧИТЫВАТЬ... ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМОВ ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.), принятые на основании ст. 126 Конституции Российской Федерации и содержащие разъяснения вопросов, возникающих в судебной практике при применении норм материального или процессуального права, подлежащих применению в данном деле" <1>.

<1> Российская газета. 2003. 26 декабря.

Принимая во внимание изложенные выше теоретические аргументы, в соответствии со ст. 10, 94 - 109, 118 - 127 Конституции РФ, учитывая разъяснение Пленума Верховного Суда РФ, на мой взгляд, можно сделать вывод о том, что "правовые позиции" постановлений Пленумов Верховного Суда РФ не являются (и не могут являться) самостоятельными источниками права (в том числе трудового права) в России (как основными, так и "производными", "особого вида" и т.д.). Думаю, по своей правовой природе "правовые позиции" постановлений Пленумов Верховного Суда России скорее можно рассматривать в качестве специфических актов судебного толкования, которые должны учитываться правоприменителями при рассмотрении споров в судах.

Применительно к толкованию трудового права в России, безусловно, важнейшее значение имеет Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" <1> (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) <2>. Хотелось бы прежде всего остановиться на наиболее актуальных теоретических проблемах, вызвавших на Пленуме Верховного Суда России наиболее острую дискуссию.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

<2> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Как представляется, важнейшее теоретическое и практическое значение имеет обращение Пленума Верховного Суда РФ к проблеме иерархических коллизий в нормативных правовых актах, регулирующих трудовые отношения. В п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) аргументированно разъяснено: "При рассмотрении трудовых дел суду следует учитывать, что в силу ч. 1 и 4 ст. 15, ст. 120 Конституции РФ, ст. 5 ТК РФ, ч. 1 ст. 11 ГПК РФ суд обязан разрешать дела на основании Конституции РФ, Трудового кодекса РФ, других федеральных законов, иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, а также на основании общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, являющихся составной частью ее правовой системы.

Если суд при разрешении трудового спора установит, что нормативный правовой акт, подлежащий применению, не соответствует нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, он принимает решение в соответствии с нормативным правовым актом, имеющим наибольшую юридическую силу (ч. 2 ст. 120 Конституции РФ, ч. 2 ст. 11 ГПК РФ, ст. 5 ТК РФ). При этом необходимо иметь в виду, что если международным договором Российской Федерации, регулирующим трудовые отношения, установлены иные правила, чем предусмотренные трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового

права, то суд применяет правила международного договора (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, часть вторая ст. 10 ТК РФ, ч. 4 ст. 11 ГПК).

При разрешении трудовых споров судам необходимо учитывать разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, данные в Постановлениях от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" и от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Больше всего споров на Пленуме возникло по поводу вопросов применения ст. 142 ТК РФ, предусматривавшей право работника в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней, известив работодателя в письменной форме, приостановить работу на весь период до выплаты задержанной суммы. На практике возникло как минимум два вопроса. Первый: должен ли работник в этом случае выходить на работу? Второй: имеет ли он право на получение зарплаты? По первому вопросу большинство судей Верховного Суда РФ в 2004 г. пришли к следующему выводу: поскольку ст. 142 ТК РФ не обязывает работника, приостановившего работу, присутствовать на своем рабочем месте в течение периода времени, на который им приостановлена работа, также принимая во внимание, что в силу части третьей ст. 4 Кодекса нарушение установленных сроков выплаты заработной платы или выплата ее не в полном размере относится к принудительному труду, он вправе не выходить на работу до выплаты ему задержанной суммы.

16 июня 2006 г. был принят Федеральный закон "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>. Законодатель воспринял толкование Пленума Верховного Суда РФ, дополнив ст. 142 ТК РФ частями третьей и четвертой следующего содержания: "В период приостановления работы работник имеет право в свое рабочее время отсутствовать на рабочем месте.

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

Работник, отсутствовавший в свое рабочее время на рабочем месте в период приостановления работы, обязан выйти на работу не позднее следующего рабочего дня после получения письменного уведомления от работодателя о готовности произвести выплату задержанной заработной платы в день выхода работника на работу".

На обсуждение судей Верховного Суда РФ по второму вопросу разработчики проекта представили три варианта ответов. Первый: учитывая, что приостановление работы на основании части второй ст. 142 Кодекса являлось одной из форм самозащиты работником своего права на выполнение работы, предусмотренной трудовым договором, своевременную и в полном объеме выплату заработной платы в соответствии со своей квалификацией, сложностью труда, количеством и качеством выполненной работы, на время приостановки работы за таким работником в силу ст. 379 ТК РФ сохраняются все права, предусмотренные настоящим Кодексом, в том числе и право на получение заработной платы исходя из среднего заработка работника, поскольку нарушение установленных сроков выплаты заработной платы или выплата ее не в полном размере относится к принудительному труду (ст. 4 ТК РФ).

Второй вариант ответа предусматривал такое право лишь за теми работниками, которые присутствовали на работе, так как в данном случае они были лишены возможности получения взамен заработной платы иного дохода не по месту работы. Наконец, третий вариант ответа предусматривал: учитывая, что Кодекс не установил обязанности работодателя оплачивать работнику время приостановления им на основании части второй ст. 142 Кодекса работы, время невыхода работника на работу либо неисполнение им своих трудовых обязанностей в указанный период оплате не подлежит.

На мой взгляд, более обоснованным являлся третий вариант, поскольку ст. 142 ТК РФ не предусматривала право работника на получение заработной платы в случае приостановки работ. Более того, как представляется, отсутствие такой нормы и не являлось пробелом, так как в ТК РФ имелась ст. 236, которая предусматривала материальную ответственность работодателя за задержку выплаты заработной платы в виде процентов (денежной компенсации) в размере не ниже 1/300 действующей в это время ставки рефинансирования Центрального банка России от невыплаченных в срок сумм за каждый день задержки.

Председатель Комитета по труду Государственной Думы РФ А.К. Исаев проинформировал судей Верховного Суда РФ о том, что в Государственную Думу РФ был внесен целый ряд различных вариантов поправок в ст. 142 ТК РФ. В результате большинство судей Верховного Суда

РФ пришли, полагаю, к аргументированному выводу: вопрос о взыскании заработной платы в результате приостановки работником работ в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней относится к компетенции правотворческих органов. При таком подходе до разрешения данного вопроса Госдумой РФ иски о взыскании с работодателя заработной платы в случае приостановки работником работ, на мой взгляд, удовлетворению не подлежат. Думаю, изложенные правовые доводы весьма убедительно подтверждаются и тем, что Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ ст. 142 ТК РФ в данной части по существу не изменена. Важно подчеркнуть: поскольку Пленум Верховного Суда РФ не является правотворческим органом, постольку данный спор не разрешен и в п. 57 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В соответствии с частью второй ст. 81 ТК РФ увольнение работника в связи с сокращением численности или штата работников организации допускается, если невозможно перевести работника с его согласия на другую работу. В процессе подготовки проекта Пленума и его обсуждения в 2004 г. множество споров возникло в отношении работников, фактически работающих в обособленных подразделениях - филиалах и представительствах. На обсуждение предлагалось два варианта. Первый: при рассмотрении дел о восстановлении на работе лиц, уволенных в связи с сокращением численности или штата работников, фактически работающих в филиале или представительстве, исходя из аналогии закона (часть четвертая ст. 81 Кодекса, согласно которой в случае прекращения деятельности филиала или представительства расторжение трудовых договоров с работниками этих обособленных подразделений производится по правилам, предусмотренным для случаев ликвидации организации) работодатель должен был принять меры по трудоустройству работника лишь в филиале либо представительстве, в котором производится сокращение численности или штата работников. Второй: поскольку филиалы и представительства являются обособленными подразделениями организации и ТК РФ допускал увольнение по п. 2 ст. 81 в связи с сокращением численности или штата работников организации, если невозможно перевести работника с его согласия на другую работу, работодатель обязан предложить работнику другую работу, имеющуюся в организации в целом. В связи с острой дискуссией по данной проблеме оба варианта ответов в 2004 г. были сняты с голосования.

На мой взгляд, более обоснованной являлась вторая позиция, поскольку, во-первых, филиал или представительство не является юридическим лицом (ст. 55 ГК РФ) и не может быть самостоятельным работодателем, работники поступают на работу в организацию в целом; во-вторых, по аналогии закона права работника ограничивать нельзя, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, регулирующим данные трудовые отношения (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ); в-третьих, ссылка в этом случае на часть четвертую ст. 81 ТК РФ является расширительным толкованием закона.

К сожалению, законодатель не учел дискуссию, состоявшуюся на Пленуме Верховного Суда РФ, и принял часть третью ст. 81 ТК РФ в следующей редакции: "Увольнение по основанию, предусмотренному п. 2 и 3 части первой настоящей статьи, допускается, если невозможно перевести работника с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья. При этом РАБОТОДАТЕЛЬ ОБЯЗАН ПРЕДЛАГАТЬ РАБОТНИКУ ВСЕ ОТВЕЧАЮЩИЕ УКАЗАННЫМ ТРЕБОВАНИЯМ ВАКАНСИИ, ИМЕЮЩИЕСЯ У НЕГО В ДАННОЙ МЕСТНОСТИ (выделено мной. - Е.Е.). Предлагать вакансии в других местностях работодатель обязан, если это предусмотрено коллективным договором, соглашениями, трудовым договором".

Как представляется, данная правовая норма является по меньшей мере спорной с позиции ГК РФ. Во-первых, ГК РФ установил только два вида лиц: физическое лицо и юридическое лицо (гл. 3 "Граждане (физические лица)", гл. 4 "Юридические лица"). Во-вторых, обособленные подразделения юридических лиц могут создаваться только в виде представительств и филиалов, которые не являются юридическими лицами, действуют от имени и для юридического лица, их создавшего (ст. 55 ГК РФ). В-третьих, на практике непременно возникает вопрос о толковании оценочного понятия "в данной местности". Пункт 2 ст. 54 ГК РФ содержит иное оценочное понятие - "место нахождения": "Место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное". В-четвертых, часть вторая ст. 81 ТК РФ в прежней редакции в большей степени защищала права работников: "Увольнение по основаниям, указанным в пунктах 2 и 3 настоящей статьи, допускается, если невозможно перевести работника с его

согласия на другую работу". Думаю, под "другой работой" ранее законодатель имел в виду другую работу в целом в юридическом лице. В-пятых, на занятиях с федеральными и мировыми судьями преподаватели трудового права Российской академии правосудия исходили из необходимости буквального, а не ограничительного толкования части второй ст. 81 ТК РФ в прежней редакции. Наконец, в-шестых, "в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина" (ч. 2 ст. 55 Конституции РФ).

Помимо оснований, предусмотренных ТК РФ и иными федеральными законами, трудовой договор с руководителем организации в соответствии с п. 2 ст. 278 ТК РФ мог быть, в частности, расторгнут в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) решения о досрочном прекращении трудового договора. На Пленуме Верховного Суда РФ в 2004 г. возникла острая дискуссия о соответствии данной правовой нормы Конституции РФ и другим статьям ТК РФ. На мой взгляд, данная правовая норма не соответствует Конституции РФ. Большинство специалистов, выступавших на Пленуме, рекомендовали обратиться с запросом в Конституционный Суд РФ.

15 марта 2005 г. Конституционный Суд РФ принял Постановление N 3-П "По делу о проверке конституционности положений п. 2 ст. 278 и ст. 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго п. 4 ст. 69 Федерального закона "Об акционерных обществах" в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан" <1>, в котором признал "положения п. 2 ст. 278 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго п. 4 ст. 69 Федерального закона "Об акционерных обществах"... не противоречащими Конституции Российской Федерации, поскольку названные положения по своему конституционно-правовому смыслу в системе действующего нормативно-правового регулирования предполагают, что расторжение трудового договора в данном случае не является мерой юридической ответственности..." <2>.

<1> Российская газета. 2005. 23 марта.

<2> Там же.

В то же время, во-первых, думаю, имеются определенные противоречия между резолютивной частью Постановления Конституционного Суда РФ и п. 4, 4.1, 4.3 и 4.4 данного же Постановления, в которых убедительно и в соответствии с Конституцией РФ подчеркивается, что "вводимые при этом ограничения трудовых прав руководителя организации в силу ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации ДОЛЖНЫ БЫТЬ НЕОБХОДИМЫМИ И СОРАЗМЕРНЫМИ КОНСТИТУЦИОННО ЗНАЧИМЫМ ЦЕЛЯМ (выделено мной. - Е.Е.)...

Увольнение за совершение виновных действий (бездействие) не может осуществляться без указания конкретных фактов, свидетельствующих о неправомерном поведении руководителя, его вине, без соблюдения установленного законом порядка применения данной меры ответственности, ЧТО В СЛУЧАЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ СПОРА ПОДЛЕЖИТ СУДЕБНОЙ ПРОВЕРКЕ (выделено мной. - Е.Е.). Иное вступило бы в противоречие с вытекающими из ст. 1, 19 и 55 Конституции Российской Федерации общими принципами юридической ответственности в правовом государстве...

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРАВА ДОСРОЧНО ПРЕКРАТИТЬ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР С РУКОВОДИТЕЛЕМ ОРГАНИЗАЦИИ БЕЗ УКАЗАНИЯ МОТИВОВ УВОЛЬНЕНИЯ НЕ ОЗНАЧАЕТ, ЧТО СОБСТВЕННИК ОБЛАДАЕТ НЕОГРАНИЧЕННОЙ СВОБОДОЙ УСМОТРЕНИЯ ПРИ ПРИНЯТИИ ТАКОГО РЕШЕНИЯ, ВПРАВЕ ДЕЙСТВОВАТЬ ПРОИЗВОЛЬНО, ВОПРЕКИ ЦЕЛЯМ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ УКАЗАННОГО ПРАВОМОЧИЯ, НЕ ПРИНИМАЯ ВО ВНИМАНИЕ ЗАКОННЫЕ ИНТЕРЕСЫ ОРГАНИЗАЦИИ, А РУКОВОДИТЕЛЬ ОРГАНИЗАЦИИ ЛИШАЕТСЯ ГАРАНТИЙ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ ОТ ВОЗМОЖНОГО ПРОИЗВОЛА И ДИСКРИМИНАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.).

Общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, как и запрещение дискриминации при осуществлении прав и свобод, включая запрет любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой и религиозной принадлежности (ст. 17, ч. 3; ст. 19 Конституции Российской Федерации), в полной мере распространяются на сферу трудовых отношений, определяя пределы дискреционных полномочий собственника..." <1>.

<1> Российская газета. 2005. 23 марта.

К сожалению, в новой редакции п. 2 ст. 278 ТК РФ не воспринял важнейшие правовые позиции, выработанные Конституционным Судом РФ в мотивировочной части Постановления, и не претерпел существенных изменений: "...в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица, либо собственником имущества организации, либо уполномоченным

собственником лицом (органом) решения о прекращении трудового договора. Решение о прекращении трудового договора по указанному основанию в отношении руководителя унитарного предприятия принимается уполномоченным собственником унитарного предприятия органом в порядке, установленном Правительством Российской Федерации".

На мой взгляд, во-первых, п. 2 ст. 278 ТК РФ является весьма спорным с позиции международного и европейского права. Так, согласно п. 1 ст. 1 "Общее запрещение дискриминации" Протокола N 12 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ратифицированного Россией, "пользование любым правом, признанным законом, должно быть обеспечено без дискриминации по какому-либо основанию, такому, как пол, раса, цвет кожи, язык, религия, политические или иные убеждения, национальное или социальное происхождение, принадлежность к национальному меньшинству, имущественное положение, рождение ИЛИ ДРУГОЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВО" (выделено мной. - Е.Е.).

Во-вторых, как представляется, п. 2 ст. 278 ТК РФ предусматривает возможность прекращения трудового договора с руководителем организации как за виновные действия, так и без указания мотивов прекращения трудового договора. С одной стороны, в соответствии с абзацем вторым п. 4.1 названного Постановления Конституционного Суда РФ прекращение трудового договора с руководителем организации за совершение виновных действий (бездействие) должно быть подтверждено ответчиком в суде допустимыми и относимыми доказательствами, свидетельствующими о неправомерном поведении руководителя организации и его вине. Суд также должен учитывать соответствие в данном случае меры дисциплинарной ответственности совершенному руководителем организации действию (бездействию).

С другой стороны, согласно п. 4.3 того же Постановления Конституционного Суда РФ в случае прекращения трудового договора с руководителем организации без указания мотивов необходимо обеспечивать гарантию судебной защиты от возможного произвола и дискриминации, соблюдение собственником общеправового принципа недопустимости злоупотребления правом.

Российская Федерация обязана гарантировать эффективную, компетентную, объективную и справедливую судебную защиту (ч. 1 ст. 46 Конституции России, ст. 8 Всеобщей декларации прав человека, ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах). Вместе с тем если ранее в ст. 136 КЗоТ РФ содержалась правовая норма, согласно которой суд был вправе учитывать тяжесть совершенного проступка, обстоятельства, при которых он был совершен, предшествующее поведение работника, отношение к труду, а также соответствие дисциплинарного взыскания тяжести совершенного проступка, то гл. 30 ТК РФ "Дисциплина труда" в прежней редакции такого права суду не предоставляла.

На Пленуме в 2004 г. возник спор о том, сохранил ли такую компетенцию суд в соответствии с другими правовыми нормами. Пленум Верховного Суда РФ в 2004 г. в п. 53 Постановления ответил на этот вопрос положительно исходя из того, что в силу ч. 1 ст. 195 ГПК РФ суд должен вынести законное и обоснованное решение, обстоятельством, имеющим значение для правильного рассмотрения дел об оспаривании дисциплинарного взыскания или о восстановлении на работе и подлежащим доказыванию работодателем, является соблюдение им при применении к работнику дисциплинарного взыскания вытекающих из ст. 1, 2, 15, 17, 18, 19, 54 и 55 Конституции РФ и признаваемых Российской Федерацией как правовым государством общих принципов юридической, а следовательно, и дисциплинарной ответственности, таких, как справедливость, равенство, соразмерность, законность, вина, гуманизм. В этих целях, сделал вывод Пленум Верховного Суда РФ, работодателю необходимо представить доказательства, свидетельствующие не только о совершении работником дисциплинарного проступка, но и о том, что при наложении взыскания учитывались тяжесть этого проступка, обстоятельства, при которых он был совершен, предшествующее поведение работника и его отношение к труду. Если при рассмотрении дела о восстановлении на работе суд придет к выводу, что проступок действительно имел место, но увольнение произведено без учета вышеуказанных обстоятельств, иск может быть удовлетворен <1>. На мой взгляд, такой вывод был основан не только на названных выше статьях Конституции РФ, но и на общей теории права, в частности на знаменитой правовой аксиоме: никто не имеет права злоупотреблять своим правом.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Весьма показательно, что ст. 192 ТК РФ в новой редакции была дополнена частью пятой следующего содержания: "При наложении дисциплинарного взыскания должны учитываться тяжесть совершенного проступка и обстоятельства, при которых он был совершен".

На практике множество споров возникает в связи с заключением срочных трудовых договоров, предусмотренных ст. 58 и 59 ТК РФ. Решая вопрос о законности заключения с работником срочного трудового договора, обоснованно подчеркивалось в п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами

Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", следует учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, если иное не предусмотрено ТК РФ и иными федеральными законами (ст. 58 ТК РФ). Поскольку ст. 59 ТК РФ в прежней редакции предусматривала право, а не обязанность работодателя заключать срочный трудовой договор в случаях, предусмотренных этой нормой, постольку, сделал важнейший вывод Пленум Верховного Суда РФ, работодатель может реализовать это право при условии соблюдения общих правил заключения срочного трудового договора, установленных ст. 58 ТК РФ. При этом в силу ст. 56 ГПК РФ обязанность доказать наличие обстоятельств, делающих невозможным заключение трудового договора с работником на неопределенный срок, возлагалась на работодателя. При недоказанности работодателем таких обстоятельств следовало исходить из того, что трудовой договор с работником заключен на неопределенный срок. При установлении в ходе судебного разбирательства факта многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции суд вправе с учетом обстоятельств каждого дела признать трудовой договор заключенным на неопределенный срок <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Характерно, что такая позиция в целом поддерживалась многими исследователями трудового права. Так, Т.В. Гуслистая сделала, на мой взгляд, обоснованный вывод: "Необходимо исключить из ст. 59 ТК РФ в связи с явно дискриминационным характером пенсионеров, совместителей, лиц, обучающихся по дневной форме обучения, а кроме того некоторые виды работ как не требующих срочного характера и условий их выполнения" <1>.

<1> Гуслистая Т.В. Срочный трудовой договор: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7.

Законодатель воспринял системное толкование Пленумом Верховного Суда РФ международного трудового права, Конституции РФ и ТК РФ, изложив первое предложение части второй ст. 58 ТК РФ в следующей редакции: "Срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы и условий ее выполнения, а именно в случаях, предусмотренных частью первой ст. 59 настоящего Кодекса".

Вместе с тем второе предложение части второй ст. 58 ТК РФ в определенной степени дезавуирует первое предложение: "В случаях, предусмотренных частью второй ст. 59 настоящего Кодекса, срочный трудовой договор может заключаться ПО СОГЛАШЕНИЮ СТОРОН ТРУДОВОГО ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.) без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения". Исходя из конституционного принципа недопустимости злоупотребления работодателем своими правами, в п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ в редакции от 28 декабря 2006 г. N 63 убедительно разъяснено: "Решая вопрос об обоснованности заключения с работником срочного трудового договора, следует учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок, с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, в частности, в случаях, предусмотренных частью первой ст. 59 ТК РФ, а также в других случаях, установленных Кодексом или иными федеральными законами (часть вторая ст. 58, часть первая ст. 59 ТК РФ).

В соответствии с частью второй ст. 58 ТК РФ в случаях, предусмотренных частью второй ст. 59 Кодекса, срочный трудовой договор может заключаться без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения. При этом необходимо иметь в виду, что такой договор может быть признан правомерным, если имелось соглашение сторон (часть вторая ст. 59 ТК РФ), то есть если он заключен на основе добровольного согласия работника и работодателя.

Если судом при разрешении спора о правомерности заключения срочного трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В судах традиционно много споров ранее рассматривалось в связи с временными переводами на другую работу в случае производственной необходимости. Обычно под производственной необходимостью на практике признавался перевод работника без его согласия на другую работу для замещения отсутствующего работника, решения каких-то оперативных практических проблем, постоянно возникающих в организациях. В этой связи важное значение имело системное толкование Пленумом Верховного Суда РФ как собственно ст. 74 ТК РФ в

прежней редакции, так и норм международного трудового права. При применении ст. 74 ТК РФ в прежней редакции, допускавшей временный перевод работника по инициативе работодателя на не обусловленную трудовым договором работу в той же организации в случае производственной необходимости, считал Пленум Верховного Суда РФ, следует иметь в виду, что в соответствии с п. 1 ст. 1 Конвенции МОТ N 29 1930 г. о принудительном или обязательном труде (вступила в силу для СССР 23 июня 1957 г.) Российская Федерация обязалась упразднить применение принудительного или обязательного труда во всех его формах, т.е. всякую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания и для которой это лицо не предложило добровольно своих услуг (п. 1 ст. 2 Конвенции). В силу подп. "d" п. 2 ст. 2 названной Конвенции, а также части четвертой ст. 4 ТК РФ не являлась принудительным трудом только работа или служба, требуемая в условиях чрезвычайных обстоятельств, т.е. в случаях объявления чрезвычайного или военного положения, бедствия или угрозы бедствия, как-то: пожары, наводнения, голод, землетрясения, сильные эпидемии или эпизоотии, нашествия вредных животных, насекомых или паразитов растений, а также в иных случаях, ставящих под угрозу или могущих поставить под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего или части населения <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Весьма показательно, что ТК РФ в новой редакции дополнен ст. 72.2 "Временный перевод на другую работу", в которой имеется часть третья следующего содержания: "Перевод работника без его согласия на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя допускается также в случаях простоя (временной приостановки работы по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера), необходимости предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно отсутствующего работника, если простой или необходимость предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно отсутствующего работника вызваны чрезвычайными обстоятельствами, указанными в части второй настоящей статьи. При этом перевод на работу, требующую более низкой квалификации, допускается только с письменного согласия работника".

Ранее ст. 31 КЗоТ РФ предусматривала возможность расторжения по инициативе работника лишь трудового договора, заключенного на неопределенный срок. На практике всегда возникал вопрос: возможно ли расторгать по инициативе работника срочный трудовой договор? КЗоТ РФ исключал такое право работника, установив в ст. 32 данную возможность лишь в случае болезни или инвалидности, препятствующих выполнению работы по трудовому договору, нарушения администрацией законодательства о труде, коллективного или трудового договора и по другим уважительным причинам. На мой взгляд, ст. 31 и 32 КЗоТ РФ входили в противоречие со ст. 37 и ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, запрещающими принудительный труд и установившими для правотворческих органов достаточно определенные пределы ограничения федеральными законами прав и свобод человека и гражданина.

Характерно дальнейшее развитие трудового права в России: ст. 80 ТК РФ в прежней редакции называлась "Расторжение трудового договора по инициативе работника (собственному желанию)", т.е. любого как заключенного на неопределенный срок, так и срочного трудового договора. Системное толкование норм международного трудового права и Конституции РФ, а также буквальное толкование названия ст. 80 ТК РФ позволили Пленуму Верховного Суда РФ сделать вывод о том, что по инициативе работника (собственному желанию - п. 3 ст. 77, ст. 80 ТК РФ) возможно расторжение как трудового договора, заключенного на неопределенный срок, так и срочного трудового договора <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Весьма симптоматично, что согласно п. 3 части первой ст. 77 ТК РФ в новой редакции одним из оснований прекращения трудового договора является "расторжение трудового договора по инициативе работника (ст. 80 настоящего Кодекса)". Отсюда буквальное толкование оценочного понятия "трудовой договор" позволяет сделать вывод: по инициативе работника возможно расторжение как срочного трудового договора, так и трудового договора на неопределенный срок.

К сожалению, достаточно часто в судебной практике встречаются случаи злоупотребления работодателями и работниками своим правом, например несвоевременное сообщение работником работодателю о своей болезни, беременности и т.д. Поэтому представляется не только теоретически обоснованным, но практически необходимым следующее разъяснение Пленума Верховного Суда РФ: при рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что при реализации гарантий, предоставляемых ТК РФ работникам в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, в том числе и со стороны самого работника, в частности, недопустимо

сокрытие работником временной нетрудоспособности на время его увольнения с работы либо того, что он является членом профессионального союза или входит в состав выборных профсоюзных коллегиальных органов организации либо является руководителем (его заместителем) выборного профсоюзного органа данной организации, когда решение вопроса об увольнении должно производиться с соблюдением процедуры учета мотивированного мнения выборного (вышестоящего выборного) профсоюзного органа либо соответственно с предварительного согласия вышестоящего выборного профсоюзного органа <1>.

<1> Там же.

Весьма часто на практике незаконно увольняют руководителей юридических лиц, их заместителей и главного бухгалтера по п. 4 ст. 81 ТК РФ, расширительно толкуя оценочное понятие "смена собственника имущества организации", например, при переходе права собственности на акции в акционерном обществе или доли в обществе с ограниченной ответственностью другим лицам. В п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) дано обоснованное толкование оценочного понятия "смена собственника имущества организации": "Судам необходимо иметь в виду, что увольнение по п. 4 части первой ст. 81 Кодекса в связи со сменой собственника имущества организации допустимо лишь в отношении руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера.

При этом следует учитывать, что расторжение трудового договора по названному основанию возможно лишь в случае смены собственника имущества организации в целом. Указанные лица не могут быть уволены по п. 4 ст. 81 Кодекса при изменении подведомственности (подчиненности) организации, если при этом не произошла смена собственника имущества организации.

Под сменой собственника имущества организации следует понимать переход (передачу) права собственности на имущество организации от одного лица к другому лицу или к другим лицам, в частности, при приватизации государственного или муниципального имущества, т.е. при отчуждении имущества, находящегося в собственности Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, в собственность физических и (или) юридических лиц (ст. 1 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества", ст. 217 ГК РФ); при обращении имущества, находящегося в собственности организации, в государственную собственность (последний абзац п. 2 ст. 235 ГК РФ); при передаче государственных предприятий в муниципальную собственность и наоборот; при передаче федерального государственного предприятия в собственность субъекта Российской Федерации и наоборот.

Поскольку в соответствии с п. 1 ст. 66 и п. 3 ст. 213 ГК РФ собственником имущества, созданного за счет вкладов учредителей (участников) хозяйственных товариществ и обществ, а также произведенного и приобретенного хозяйственными товариществами или обществами в процессе их деятельности, является общество или товарищество, а участники юридических лиц в силу абзаца второго п. 2 ст. 48 ГК РФ имеют лишь обязательственные права в отношении таких юридических лиц (например, участвовать в управлении делами товарищества или общества, принимать участие в распределении прибыли), изменение состава участников (акционеров) не может служить основанием для прекращения трудового договора по п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ с лицами, перечисленными в этой норме, так как в этом случае собственником имущества хозяйственного товарищества или общества по-прежнему остается само товарищество или общество и смены собственника имущества не происходит" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

К сожалению, толкование Пленумом Верховного Суда РФ оценочного понятия "смена собственника имущества организации" не было в достаточной степени воспринято законодателем. Спорные части первая - четвертая ст. 75 ТК РФ остаются до настоящего времени без изменения. Более того, часть пятая ст. 75 ТК РФ в настоящее время, на мой взгляд, изложена в дискуссионной редакции: "Изменение подведомственности (подчиненности) организации или ее реорганизация (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование) не может являться основанием для расторжения трудовых договоров с работниками организации".

Вместе с тем согласно ГК РФ существует два вида прекращения деятельности юридических лиц: ликвидация и реорганизация. "Юридическое лицо считается реорганизованным, за исключением случаев реорганизации в форме присоединения, с момента государственной регистрации вновь возникших юридических лиц" (п. 4 ст. 57 ГК РФ). Отсюда закономерно возникают как минимум два вопроса. Первый: может ли продолжать действовать трудовой договор

с юридическим лицом - работодателем, прекратившим свое действие и исключенным из реестра юридических лиц? Второй: на каком правовом основании будет состоять в трудовых отношениях гражданин с вновь созданным юридическим лицом?

Несмотря на то что Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" получилось весьма объемным, целый ряд чрезвычайно актуальных статей ТК РФ в прежней редакции не нашел необходимого толкования, например ст. 5 - 12, 14, 16, 57, 72, 75, 88, 198 - 208, 278, 279, 288. Как представляется, не были "сняты" все практические вопросы и Постановлением Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63. Более того, на мой взгляд, с принятием Государственной Думой РФ Федерального закона "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" вопрос о продолжении дальнейшей работы по толкованию ТК РФ Пленумом Верховного Суда РФ возник с еще большей остротой. Предлагаю создать рабочую группу из числа ведущих судей России, рассматривающих трудовые споры, профессоров и научных работников по подготовке дополнительных предложений о внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63).

Глава 3. ИНЫЕ АКТУАЛЬНЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ТРУДОВОГО ПРАВА В РОССИИ

§ 1. Скрытые трудовые правоотношения

К сожалению, в настоящее время работодатели, что происходит чрезвычайно часто, не заключают с работниками трудовые договоры. В "лучшем" случае с фактическими работниками заключаются гражданско-правовые договоры, например договоры подряда или возмездного оказания услуг, агентские договоры, трудовые соглашения или "просто" договоры. В "худшем" случае с фактическими работниками не заключают как трудовые, так и гражданско-правовые договоры. Физические лица зачастую "просто" фактически работают без письменного установления каких-либо прав и обязанностей между сторонами. На практике это, как правило, в конечном счете приводит к нарушению прав фактических работников.

КЗоТ ранее вообще не регулировал данные правоотношения. Принятый Государственной Думой РФ 21 декабря 2001 г. Трудовой кодекс Российской Федерации, вступивший в силу с 1 февраля 2002 г. (ст. 420 ТК РФ), содержал часть третью ст. 11 ТК РФ, согласно которой "в тех случаях, когда в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между РАБОТНИКОМ И РАБОТОДАТЕЛЕМ (выделено мной. - Е.Е.), к таким отношениям применяются положения трудового законодательства". Данная правовая норма вызывала целый ряд вопросов. Например, первый: приобретают ли лица, заключившие гражданско-правовой договор, правовой статус "работника" и "работодателя"? На мой взгляд, нет. Второй: как можно было на практике толковать оценочное понятие трудового законодательства "применяются"?

Часть вторая ст. 16 ТК РФ "Основания возникновения трудовых отношений" в прежней редакции также не давала необходимых и достаточных ответов на вопросы, возникающие в подобных случаях на практике: "В случае и порядке, которые установлены законом, иным нормативным правовым актом или уставом (положением) организации, ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ ВОЗНИКАЮТ НА ОСНОВАНИИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.) в результате... фактического допущения к работе с ведома или по поручению РАБОТОДАТЕЛЯ или ЕГО ПРЕДСТАВИТЕЛЯ (выделено мной. - Е.Е.) НЕЗАВИСИМО ОТ ТОГО, БЫЛ ЛИ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР НАДЛЕЖАЩИМ ОБРАЗОМ ОФОРМЛЕН" (выделено мной. - Е.Е.).

Часть вторая ст. 16 ТК РФ в прежней редакции породила еще больше неизбежных вопросов. Например, первый: как могут возникать трудовые отношения "на основании трудового договора"... "независимо от того, был ли трудовой договор надлежащим образом оформлен"? Второй: кто конкретно является "работодателем" и его "представителем"? Третий: как практически оформлять фактические трудовые правоотношения? Четвертый: с каким способом защиты нарушенных трудовых прав может обращаться истец в суд?

Несмотря на актуальность данных и других правовых вопросов, Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ внес в названные правовые нормы по существу лишь некоторые стилистические изменения. Так, согласно части четвертой ст. 11 ТК РФ "в тех случаях, когда судом установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям применяются положения

трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права". Законодатель оставил без ответа важнейший вопрос: как же конкретно "применяются" в подобных случаях положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права?

Часть третья ст. 16 ТК РФ "Основания возникновения трудовых отношений" в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ установила: "Трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен". Данная правовая норма вновь оставила открытым важнейший вопрос: каким образом в этих случаях "возникают" трудовые отношения между работником и работодателем?

В соответствии со ст. 126 Конституции РФ Верховный Суд РФ является только правоприменительным органом и не имеет правотворческих полномочий. В этой связи в п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. N 63) по существу практически лишь воспроизведена часть четвертая ст. 11 ТК РФ: "Если между сторонами заключен договор гражданско-правового характера, однако в ходе судебного разбирательства будет установлено, что этим договором фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям в силу части четвертой ст. 11 ТК РФ должны применяться положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права" <1>. Вместе с тем данное постановление также оставляет открытым вопрос о том, как же именно "должны применяться" положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В связи с противоречивостью и пробельностью нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, в случаях возникновения фактических трудовых правоотношений фактические работники традиционно обращаются в суд с исками о "признании трудового договора заключенным, действительным, состоявшимся" или о "взыскании заработной платы, денежной компенсации за неиспользованные отпуска, пособия по временной нетрудоспособности" и т.д. Вместе с тем такие способы защиты трудовых прав фактических работников не предусмотрены ТК РФ, другими федеральными законами и, как показывает практика, не являются эффективными. Действительно, как можно исполнить судебное решение, например, о признании трудового договора "состоявшимся" при отсутствии должности в штатном расписании работодателя, трудового договора, приказа о приеме на работу и фонда оплаты труда?

Актуальность изложенных выше теоретических и практических правотворческих и правоприменительных проблем еще раз подтвердила Генеральная конференция Международной организации труда, принявшая 15 июня 2006 г. Рекомендацию N 198 "О трудовом правоотношении" <1>. Как представляется, цель принятия данной Рекомендации сформулирована в ее п. 1: государства - члены МОТ "должны разрабатывать и применять национальную политику, направленную на пересмотр через надлежащие периоды времени и, в случае необходимости, на внесение ясности в сферу применения законодательства и нормативных правовых актов и их адаптацию, чтобы гарантировать эффективную защиту работников, выполняющих свою работу в условиях индивидуального трудового правоотношения" <2>.

<1> International Labour Conference. 95-th Session. Geneva, 2006. Record of Proceedings. Pages 21A/1 - 21A/13.

<2> Ibidem.

В п. 4 данной Рекомендации подчеркивается: национальная политика должна как минимум предусматривать меры, направленные на "разработку рекомендаций в адрес заинтересованных сторон, в частности работодателей и работников, по вопросу о фактическом установлении существования индивидуального трудового правоотношения... ВЕДЕНИЕ БОРЬБЫ СО СКРЫТЫМИ ФОРМАМИ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ (выделено мной. - Е.Е.) в контексте, к примеру, существования других форм взаимоотношений, которые могут включать применение иных форм контрактных договоренностей, позволяющих скрыть реальный характер правового статуса, принимая во внимание, что скрытое трудовое правоотношение возникает тогда, когда работодатель обращается с конкретным лицом не как с наемным работником, причем таким образом, чтобы скрыть его или ее подлинный правовой статус как наемного работника, и что могут возникать ситуации, когда КОНТРАКТНЫЕ ДОГОВОРЕННОСТИ ВЕДУТ К ЛИШЕНИЮ РАБОТНИКОВ ЗАЩИТЫ, НА КОТОРУЮ ОНИ ИМЕЮТ ПРАВО" (выделено мной. - Е.Е.) <1>.

<1> Ibidem.

На мой взгляд, важнейшее значение имеет правовая позиция МОТ, сформулированная в п. 11 Рекомендации N 198: "В целях содействия определению существования индивидуального трудового правоотношения государства-члены должны в рамках своей национальной политики, о которой идет речь в настоящей Рекомендации, рассмотреть возможность:

a) выделения более обширного набора средств для определения существования трудового правоотношения;

b) УСТАНОВЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ ПРЕЗУМПЦИИ СУЩЕСТВОВАНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНОГО ТРУДОВОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ В ТОМ СЛУЧАЕ, КОГДА ОПРЕДЕЛЕНО НАЛИЧИЕ ОДНОГО ИЛИ НЕСКОЛЬКИХ СООТВЕТСТВУЮЩИХ ПРИЗНАКОВ (выделено мной. - Е.Е.)..." <1>.

<1> Ibidem.

Наконец, в п. 12 и 13 Рекомендации N 198 Генеральная конференция Международной организации труда установила признаки трудовых правоотношений: "Для целей национальной политики, о которой идет речь в настоящей Рекомендации, государства-члены могут предусмотреть четкое определение условий, применяемых для установления факта существования трудового правоотношения, НАПРИМЕР, ТАКИХ, КАК ПОДЧИНЕННОСТЬ ИЛИ ЗАВИСИМОСТЬ (выделено мной. - Е.Е.)... Государства-члены должны предусмотреть возможность определения в своих законодательных и нормативных правовых актах, либо иными средствами, конкретных признаков существования трудового правоотношения. К таким признакам могли бы относиться следующие элементы:

a) тот факт, что 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 лично работником; выполняется в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее; имеет определенную продолжительность и подразумевает определенную преемственность; требует присутствия работника; предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу;

b) 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 таких прав, как еженедельные выходные дни и ежегодный отпуск; оплата стороной, заказавшей проведение работ, поездок, предпринимаемых работником в целях выполнения работы; или то, что работник не несет финансового риска" <1>.

<1> International Labour Conference. 95-th Session. Geneva, 2006. Record of Proceedings. Pages 21A/1 - 21A/13.

Вместе с тем при всем своем положительном значении Рекомендация МОТ N 198 также не разрешила многочисленные правотворческие и правоприменительные проблемы, связанные со скрытыми трудовыми правоотношениями. Прежде всего на практике возникают вопросы о способах защиты нарушенных трудовых прав лиц, состоящих в скрытых трудовых правоотношениях, и о том, как именно в подобных случаях возможно оформлять фактические трудовые правоотношения. Судьи постоянно и справедливо задают и третий вопрос: как необходимо излагать резолютивную часть судебного решения?

Как представляется, поскольку между сторонами фактически заключен гражданско-правовой договор, например, подряда, возмездного оказания услуг, агентский договор, трудовое соглашение, "просто" договор, постольку в случае установления в процессе судебного разбирательства скрытых трудовых правоотношений прежде всего необходимо обращаться к ГК РФ. Прежде всего к ст. 431 ГК РФ "Толкование договора": "При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, ДОЛЖНА БЫТЬ ВЫЯСНЕНА ДЕЙСТВИТЕЛЬНАЯ ОБЩАЯ ВОЛЯ СТОРОН С УЧЕТОМ ЦЕЛИ ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.). При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон".

На мой взгляд, во-первых, содержание ст. 431 ГК РФ значительно шире ее названия. В ч. 2 ст. 431 ГК РФ практически говорится уже не о "толковании договора", а о толковании сложившихся фактических гражданско-правовых отношений. В этой связи предлагаю часть вторую ст. 431 ГК РФ признать утратившей силу и дополнить ГК РФ самостоятельной правовой нормой: "Толкование гражданско-правовых отношений".

Во-вторых, в связи с отсутствием в ТК РФ статей "Толкование трудового договора" и "Толкование трудовых правоотношений" предлагаю дополнить ТК РФ соответствующими статьями. Статью "Толкование трудового договора" предлагаю изложить в следующей редакции: "При толковании условий трудового договора принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условий трудового договора в случае их неясности устанавливается посредством сопоставления спорного условия с другими условиями и смыслом трудового договора. При толковании трудового договора используются языковой, исторический, логический и системный способы толкования".

В свою очередь, статью "Толкование трудовых правоотношений" предлагаю изложить в следующей редакции: "Если толкование трудового договора не позволяет установить действительные трудовые права и обязанности сторон, то должны быть определены фактические трудовые правоотношения. При этом в случае спора принимаются во внимание все допустимые и относимые в данном случае доказательства, в том числе прямые и косвенные письменные доказательства и показания свидетелей".

Согласно п. 2 ст. 170 ГК РФ "притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа сделки, применяются относящиеся к ней правила". В этой связи по межотраслевой аналогии закона, думаю, можно сделать следующий вывод: в случае совершения сторонами притворной гражданско-правовой сделки, скрывающей в действительности индивидуальные трудовые правоотношения, применяются последствия трудового договора. Учитывая изложенные теоретические и правовые аргументы, предлагаю часть четвертую ст. 11 ТК РФ изложить в следующей редакции: "В тех случаях, когда судом установлено, что договором гражданско-правового характера регулируются скрытые фактические трудовые правоотношения, с учетом действительного правового характера заключенной гражданско-правовой сделки применяются последствия трудового договора".

В результате принятия только такой правовой нормы на практике вновь возникнет вопрос: как именно будут "применяться последствия трудового договора"? Чтобы ответить на этот закономерный вопрос, необходимо прежде всего обратиться к ст. 12 ГК РФ "Способы защиты гражданских прав", которая, в частности, устанавливает: в случае заключения ничтожной сделки необходимо обращаться в суд с иском о "применении последствий недействительности ничтожной сделки". Поскольку заключенный гражданско-правовой договор скрывал фактические индивидуальные трудовые правоотношения, постольку, на мой взгляд, фактический работник, заключивший какой-либо гражданско-правовой договор, может обращаться в суд с иском "о применении последствий недействительности ничтожной сделки".

К сожалению, в КЗоТ РФ не было статьи "Способы защиты трудовых прав". Нет такой статьи и в ТК РФ. В то же время на практике отсутствие установленных федеральным законом способов защиты трудовых прав приводит к многочисленным судебным ошибкам. Статья 12 ГК РФ и ст. 11 ЖК РФ и иные соответствующие федеральные законы установили исчерпывающий перечень способов защиты нарушенных гражданских и жилищных прав. В этой связи по межотраслевой аналогии закона предлагаю дополнить ТК РФ статьей "Способы защиты трудовых прав", установив, в частности, такие способы защиты трудовых прав, как признание права, применение последствий недействительности ничтожной гражданско-правовой сделки, иными способами, предусмотренными только федеральными законами.

После применения судом последствий недействительности ничтожной гражданско-правовой сделки, "прикрывшей" скрытые фактические трудовые правоотношения, суд может рассмотреть и второй иск фактического работника о заключении трудового договора со дня начала работы (п. 5 части второй ст. 16 ТК РФ). Отсюда предлагаю п. 5 части второй ст. 16 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...судебного решения о заключении трудового договора со дня фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя". В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю резолютивную часть соответствующих судебных решений излагать в следующей редакции: "...заключить трудовой договор между... (указать стороны трудового договора)". В результате вступившего в законную силу судебного решения работник и работодатель обязаны будут заключить трудовой договор.

Часть вторая ст. 57 ТК РФ установила обязательные условия трудового договора. В этой связи считаю необходимым по межотраслевой аналогии закона обращаться к статье 446 ГК РФ "Преддоговорные споры": "В случаях передачи разногласий, возникших при заключении договора, на рассмотрение суда на основании статьи 445 настоящего Кодекса либо по соглашению сторон

условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда".

При таком правовом подходе в случае возникновения у сторон спора об обязательных условиях трудового договора, во-первых, предлагаю такой спор разрешать решением суда, применяя по межотраслевой аналогии закона ст. 445 и 446 ГК РФ. Во-вторых, считаю необходимым дополнить ТК РФ статьей "Споры, связанные с заключением трудового договора": "В случае возникновения споров, связанных с заключением трудового договора в результате: избрания на должность, избрания по конкурсу на замещение соответствующей должности, назначения на должность или утверждения в должности, направления на работу уполномоченными в соответствии с федеральными законами органами в счет установленной квоты, судебного решения о заключении трудового договора, обязательные и (или) дополнительные условия трудового договора устанавливаются решением суда".

Нередко фактические скрытые трудовые правоотношения изменяются (возможно, и неоднократно) и (или) дополняются в процессе работы. В судебной практике возник вопрос: как в этих случаях необходимо излагать резолютивную часть судебного решения? Как представляется, необходимо, во-первых, устанавливать обязательные и дополнительные условия трудового договора на момент возникновения скрытых фактических трудовых правоотношений. Во-вторых, в случае их последующего изменения и (или) дополнения идти от факта к праву, соответственно изменяя и (или) дополняя в последующем ранее установленные права и обязанности работника и работодателя. В этих случаях резолютивная часть судебного решения могла бы быть изложена в следующей редакции: "...заключить трудовой договор между... (в дальнейшем - работник) и... (в дальнейшем - работодатель) с... (например, с 7 февраля 2006 г.). Установить с 7 февраля 2006 г. обязательные условия трудового договора... Установить с 7 февраля 2006 г. дополнительные условия трудового договора. С... (например, с 7 февраля 2007 г.) пункт... трудового договора изменить и установить в следующей редакции. С... (например, 1 марта 2007 г.) дополнить трудовой договор пунктом... в следующей редакции...".

Как представляется, наиболее распространенной в настоящее время разновидностью скрытых трудовых правоотношений в России является фактическое выполнение трудовых обязанностей без заключения как трудового, так и какого-либо гражданско-правового договора. Часть третья ст. 18 КЗоТ РФ устанавливала: "Фактическое допущение к работе считается заключением трудового договора, независимо от того, был ли прием на работу надлежащим образом оформлен". В то же время на практике всегда возникал вопрос: как можно толковать оценочное понятие "считается" заключением трудового договора? Как именно должны были "считать" работодатели, работники и судьи?

Часть вторая ст. 16 ТК РФ в прежней редакции не "сняла" вопросы, но способствовала появлению новых: "...трудовые отношения возникают на основании трудового договора в результате... фактического допущения к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя, независимо от того, был ли трудовой договор надлежащим образом оформлен". Помимо вопроса о том, как могли "трудовые отношения возникнуть на основании трудового договора... "независимо от того, был ли трудовой договор надлежащим образом оформлен", появился и другой вопрос: как бы необходимо толковать оценочное понятие трудовые отношения "возникают"? Как именно "возникают" и как должны были оформляться правоотношения без заключения трудового договора?

Полагаю, и часть третья ст. 16 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ оставила открытыми возникшие на практике вопросы: "Трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен". Вновь остался открытым вопрос: как же именно "возникают" трудовые отношения между работником и работодателем в случае фактического допущения физического лица к работе, с ведома или по поручению работодателя или его представителя?

Исходя из изложенных выше теоретических и правовых аргументов, предлагаю часть третью ст. 16 ТК РФ изложить в следующей редакции: "В случае допущения фактическим работодателем или его представителем физического лица к работе без заключения трудового договора и установления в судебном заседании отдельных признаков скрытых фактических трудовых правоотношений (например, подчиненности, зависимости, выполнения фактическим работником работы лично по указанию и под контролем фактического работодателя, в его интересах, в соответствующее время, на рабочем месте, с предоставлением фактическим работодателем фактическому работнику инструментов, материалов и т.д.; периодической выплатой фактическому работнику вознаграждения, являющегося основным или единственным его источником доходов, предоставления выходных дней и ежегодных оплачиваемых отпусков, оплаты командировочных расходов и т.д.) по соглашению сторон или по решению суда заключается трудовой договор со дня допущения фактического работника к работе, устанавливаются обязательные и дополнительные

условия трудового договора". Таким образом, в случае спора фактический работник, допущенный фактическим работодателем или его представителем к работе, на мой взгляд, может обращаться в суд с иском о "заключении трудового договора" со дня его фактического допущения к работе, указав обязательные и дополнительные условия трудового договора.

§ 2. Заемный труд

Заемный труд является одной из наиболее актуальных теоретических и практических проблем современного российского трудового права. Не дожидаясь ратификации Конвенции МОТ N 181 "О частных агентствах занятости", многие российские и иностранные организации, действующие на территории Российской Федерации, фактически весьма широко применяют заемный труд. Соответствует ли такая практика Конституции РФ и действующему ТК РФ?

17 мая 2004 г. Комитет Государственной Думы РФ по труду и социальной политике провел парламентские слушания на тему: "Перспективы ратификации Российской Федерацией Конвенции МОТ N 181 и проблемы правового регулирования "заемного труда". В материалах, направленных участникам слушаний, отмечалась тенденция повышения уровня зарегистрированной безработицы с 2,1 до 2,3%, наметившаяся на российском рынке труда в течение 2003 г. и в начале 2004 г. Увеличился и уровень общей безработицы, рассчитанный по методологии МОТ как соотношение численности безработных и численности экономически активного населения (превысил 8%). Прежде всего в этой связи и предлагается создавать необходимые условия для развития негосударственных служб занятости (кадровых агентств), их активного сотрудничества с государственными службами занятости населения; внести соответствующие изменения в нормативные правовые акты, регулирующие трудовые отношения, и ускорить ратификацию Конвенции МОТ N 181 "О частных агентствах занятости".

В 15 странах - участницах Европейского союза 1,4 млн. человек от общего числа населения (1,4%) на тот период трудились в качестве заемных работников (по 10 новым странам - членам ЕС еще не было информации). Заемный труд более активно применялся в Нидерландах - 4%, а в Германии, например, доля заемного труда составляла лишь 0,7%. Однако во всех странах ЕС наблюдалась общая устойчивая тенденция привлечения работодателями работников через агентства по "лизингу персонала". Так, в Великобритании и Нидерландах заемные работники трудятся и в государственном секторе, поэтому практически все эксперты прогнозируют увеличение числа заемных работников.

В то же время многие зарубежные специалисты отмечают: в результате применения заемного труда и в условиях недостаточного правового регулирования уровень защиты трудовых прав работников заметно снижается. Во многих странах ЕС (например, в Великобритании, Ирландии, Дании, Финляндии) точного определения понятия "заемный труд" на момент проведения парламентских слушаний не существовало, отсюда не были установлены и достаточные гарантии прав работников. Более подробно регламентированы вопросы заемного труда в Германии. В процессе возникших общественных дискуссий по проблемам заемного труда и в результате возникающих разногласий между представителями работников и работодателей Еврокомиссия приняла решение о необходимости разработки рамочного закона, гарантирующего соблюдение минимальных трудовых прав. В частности, проект должен содержать нормы, предотвращающие дискриминацию рабочего времени, заработной платы и отдыха. Показательно, что данные предложения не были поддержаны некоторыми странами, например Великобританией и Нидерландами. Международная ассоциация компаний по лизингу персонала (CIETT) поставила перед собой цель: к 2010 г. привлечь 4 млн. новых заемных работников. В США в 2002 г. частные агентства занятости наняли на работу 10 млн. человек.

В России заемный труд получил широкое распространение преимущественно в крупных организациях, причем зачастую для достижения целей, очевидно несовместимых с решением проблем занятости населения. В процессе подготовки проекта Федерального закона "О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам" была выработана концепция правового регулирования заемного труда <1>.

<1> Хозяйство и право. 2004. N 23.

Характерно, что сами авторы концепции заемного труда отмечают: "После 1998 г., когда перед иностранными и отечественными компаниями ВСТАЛА ПРОБЛЕМА "ВЫЖИВАНИЯ" В УСЛОВИЯХ МИНИМИЗАЦИИ РАСХОДОВ, ПРЕЖДЕ ВСЕГО НА ПЕРСОНАЛ... (выделено мной. - Е.Е.), широкое распространение получила следующая "схема" работы с персоналом: постоянных работников отправляли в отпуск "без сохранения содержания", а на их место за меньшую плату нанимали новых работников. Эти работники впоследствии увольнялись до истечения испытательного срока как не прошедшие испытание. У фирмы появлялась возможность нанять на короткий срок новых работников" <1>. Генеральное соглашение между общероссийскими

объединениями профсоюзов, работодателей и Правительством РФ на 2002 - 2004 гг. (п. 7.7) предусматривало возможность ратификации Конвенции МОТ N 181 "О частных агентствах". Необходимо также отметить и динамику отношения МОТ к частным агентствам (бюро) занятости. Так, Конвенция МОТ N 2 о безработице 1919 г. предусматривала необходимость создания государственных бесплатных бюро занятости и государственного контроля за негосударственными бюро занятости. В Рекомендации МОТ N 1 о безработице (1919 г.) запрещалось создание бюро занятости, которые "взимают плату или осуществляют свою деятельность с целью получения прибыли". В 1949 г. МОТ приняла Конвенцию N 96 о платных бюро по найму, предоставившую государствам на выбор право запрещения платных бюро или осуществления контроля за их деятельностью.

<1> Там же. С. 6.

В 1997 г. в результате значительного роста частных агентств были приняты Конвенция N 181 и Рекомендация N 188 о частных агентствах занятости. В соответствии с п. 1 ст. 1 Конвенции МОТ "О частных агентствах занятости" термин "частное агентство занятости" означает любое физическое или юридическое лицо, независимое от государственных органов, которое предоставляет одну или более услуг на рынке труда:

a) услуги, направленные на выравнивание предложений рабочих мест и спроса на них, причем частное агентство занятости не становится стороной в трудовых отношениях, могущих при этом возникать;

b) услуги, состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом (далее именуемым "предприятие-пользователь"), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение;

c) другие услуги, связанные с поиском работы, определяемые компетентным органом после консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и трудящихся, такие, как предоставление информации, но не имеющие целью выравнивание конкретных предложений рабочих мест и спроса на них".

С целью защиты возможных нарушений трудовых прав заемных работников, думаю, важнейшее правовое значение имеет ст. 2 Конвенции МОТ N 181: "После консультаций с наиболее представительными организациями заинтересованных работодателей и трудящихся государство-член может:

a) запрещать при конкретных обстоятельствах предоставление частными агентствами занятости определенным категориям трудящихся или отраслям экономической деятельности одной или более услуг, указанных в п. 1 ст. 1;

b) исключать при конкретных обстоятельствах трудящихся, работающих в определенных отраслях экономической деятельности, или часть таких трудящихся из сферы применения настоящей конвенции или определенных ее положений при условии, что такие трудящиеся обеспечены адекватной защитой иным образом".

Пункт 2 ст. 5 Конвенции МОТ N 181, на мой взгляд, устанавливает действительную цель деятельности частных агентств - "оказание содействия находящимся в наиболее неблагоприятном положении трудящимся в их целях по поиску рабочего места".

Авторы российской концепции следующим образом определяют понятие "заемный" труд: "Специализированная коммерческая фирма (зачастую это частное агентство занятости) нанимает в свой штат работников, временных или постоянных, исключительно для выполнения заказов на услуги этих работников, поступающих от фирм-заказчиков и иногда физических лиц. Агентство по лизингу рабочей силы (в некоторых странах их называют агентствами временного труда) передает своих работников предприятиям-пользователям как бы взаймы, в аренду, напрокат на определенное время. Для лизингового агентства оказание услуг по сдаче персонала в аренду - это своего рода подряд на предоставление персонала и вид предпринимательской деятельности, приносящей доход" <1>.

<1> Хозяйство и право. 2004. N 2. С. 1.

Но, во-первых, п. 1 ст. 1 Конвенции МОТ N 181 "О частных агентствах занятости" предполагает не только наем работников с целью их предоставления третьей стороне, но и оказание посреднических услуг по поиску рабочих мест и предоставление необходимой информации (подп. "a" и "c"). Во-вторых, неизбежно возникает вопрос о характере отношений между частным агентством занятости и предприятием-пользователем, а также работником и предприятием-пользователем.

Авторы концепции, полагаю, без достаточной правовой аргументации считают, что "возникающее при этом КОМПЛЕКСНОЕ ОТНОШЕНИЕ (выделено мной. - Е.Е.) включает трех

участников: агентство по лизингу рабочей силы, работника и предприятие-пользователя. Такое отношение отличается от обычного трудового отношения как по субъективному составу, так и по содержанию... Важнейшим и даже необходимым элементом отношения по предоставлению заемной рабочей силы является договор возмездного оказания услуг лизингового агентства фирмам-заказчикам. Заемный работник становится "слугой двух господ": фирмы, которая нанимает этого работника, и фирмы, которая в действительности временно пользуется его трудом. Работодатель заемного работника как бы "расщепляется"; складывается впечатление, что со стороны работодателя одновременно выступают как лизинговая фирма - наниматель, так и предприятие-пользователь, предоставляющее конкретную работу и использующее труд заемного работника в своих интересах... Возникающие между предприятием-пользователем и работником отношения не могут быть отнесены к классическим трудовым отношениям без существенных оговорок. Скорее всего, ЭТИ ОТНОШЕНИЯ ИМЕЮТ НЕСАМОСТОЯТЕЛЬНУЮ ПРИРОДУ (выделено мной. - Е.Е.) и являются производными от ОСНОВНЫХ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ РАБОТНИКА С ЛИЗИНГОВЫМ АГЕНТСТВОМ (ИМ СОПУТСТВУЮЩИМИ)" <1> (выделено мной. - Е.Е.).

<1> Хозяйство и право. 2004. N 2. С. 1 - 2.

Авторы концепции, уточняя специфику заемного труда, утверждают: "В силу особенностей отношений по предоставлению заемного труда формальный работодатель заемного работника, то есть лизинговое агентство, ЧАСТЬ СВОИХ ПОЛНОМОЧИЙ РАБОТОДАТЕЛЯ ПЕРЕДАЕТ ПРЕДПРИЯТИЮ-ПОЛЬЗОВАТЕЛЮ (выделено мной. - Е.Е.). Последнее в свою очередь принимает на себя эти полномочия и ответственность, НО, ОЧЕВИДНО, НЕ СТАНОВИТСЯ ПРИ ЭТОМ РАБОТОДАТЕЛЕМ ЗАЕМНОГО РАБОТНИКА (выделено мной. - Е.Е.). Основанием передачи лизинговым агентством фирме-пользователю определенного объема прав и обязанностей в отношении заемного работника служит гражданско-правовой договор возмездного оказания услуг, заключенный между ними. Предприятие-пользователь выступает в роли дополнительного участника правоотношения между заемным работником и лизинговым агентством" <1>. Но они же и продолжают: "Отношение работника и предприятия-пользователя хотя и порождено гражданско-правовым договором между агентством и предприятием-пользователем, ИМЕЕТ ОПРЕДЕЛЕННЫЕ ЧЕРТЫ ТРУДОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ И РЕГУЛИРУЕТСЯ ТРУДОВЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ (выделено мной. - Е.Е.), но с определенными особенностями. Отношения заемного работника и предприятия-пользователя не должны... оформляться отдельным письменным договором" <2>.

<1> Там же.

<2> Хозяйство и право. 2004. N 3. С. 15.

Проанализируем позицию авторов концепции с позиции ГК РФ и ТК РФ. Возникает целый ряд вопросов.

1. Лизинг персонала - это единое, "комплексное" отношение трех участников - агентства по лизингу персонала, работника и предприятия-пользователя с неклассическими отношениями или два традиционных договора: трудовой договор между агентством по лизингу персонала и работником и гражданско-правовой договор возмездного оказания услуг между агентством по лизингу персонала и предприятием-пользователем? На этот вопрос у авторов концепции нет достаточно аргументированного ответа.

2. Возможно ли по действующему ГК РФ заключение договора возмездного оказания услуг по предоставлению заемной рабочей силы? Если да, то кто будет стороной договора и может ли работник стать "слугой двух господ"? Действовавший ранее, до 1 января 1995 г., ГК РСФСР не предусматривал возможности заключения договора возмездного оказания услуг. Выполнение работ и оказание услуг регулировались договором подряда. С 1 марта 1996 г. действует часть вторая ГК РФ, дифференцировавшая выполнение работ, оказание услуг и выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (гл. 37 "Подряд", гл. 39 "Возмездное оказание услуг", гл. 38 "Выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ"). Выполнение работ предполагает предоставление подрядчиком заказчику результата работ (ст. 702 ГК РФ). Оказание услуги не связано с предоставлением заказчику результата работ, исполнитель совершает определенные действия или осуществляет определенную деятельность (ст. 779 ГК РФ). Таким образом, во-первых, скорее всего между частным агентством по лизингу персонала и предпринимателем-пользователем может быть заключен договор подряда, а не возмездного оказания услуг, так как обычно предприятие-пользователя интересует результат работы. Более того, правила гл. 39 "Возмездное оказание услуг" относятся лишь к услугам, исчерпывающе перечисленным в п. 2 ст. 779 ГК РФ и не содержащим услуги по займу рабочей силы. Наконец, как по договору подряда, так и по

подрядовидному договору возмездного оказания услуг обязанности по договору возлагаются на лицо, его заключившее, т.е. в нашем случае на частное агентство по лизингу персонала, а не на работника. Отсюда, как представляется, нет достаточно убедительных правовых аргументов для определения работника "слугой двух господ", "трех участников комплексного отношения" и т.п.

3. Возникают ли какие-либо правовые отношения между работником и предприятием-пользователем? Авторы концепции дают разные ответы на этот вопрос, полагая, что возможно передать работников предприятию-пользователю "как бы взаймы, в аренду, напрокат на определенное время" <1>, используя по аналогии известные ГК РФ гражданские договоры. И далее противоречат сами себе, говоря о возможности передачи предприятию-пользователю некоторых прав и обязанностей работодателя, "расщепления" работодателя. Предприятие-пользователь при таком подходе становится дополнительным участником трудового правоотношения между заемным работником и лизинговым агентством на стороне работодателя <2>.

<1> Хозяйство и право. 2004. N 3. С. 1.

<2> Там же. С. 1 - 2.

Предметом договора займа являются деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками (ст. 807 ГК РФ), к которым человек, безусловно, не относится. Предметом договора аренды могут быть только непотребляемые вещи (ст. 607 ГК РФ), следовательно, опять же не человек. Предметом договора проката законом определено только движимое имущество (ст. 626 ГК РФ), т.е. действующий ГК РФ не предусматривает право лица передавать гражданина "взаймы", в аренду, напрокат. Законодатель, разрабатывая нормы трудового права, не может быть не связан с ранее принятыми им же нормами, регулирующими гражданские правоотношения.

Концепция "расщепленного" работодателя также представляется весьма дискуссионной не только с позиции действующего ТК РФ, но и Конвенции МОТ N 181 "О частных агентствах занятости", так как согласно п. 1 ст. 1 этой Конвенции предприятие-пользователь может только устанавливать работникам задания и контролировать их выполнение. На мой взгляд, концепция "расщепленного" работодателя в силу своей правовой неопределенности может привести к грубым нарушениям трудовых прав работника.

"Логично предположить, - делают вывод авторы концепции, - что наличие трех участников в отношениях по предоставлению и использованию заемного труда должно проявиться каким-либо образом и в индивидуальном трудовом договоре заемного работника и лизингового агентства: например, путем закрепления взаимных прав и обязанностей заемного работника и предприятия-пользователя в рамках переданных последнему лизинговым агентством полномочий работодателей. Оригинальная юридическая конструкция, ранее незнакомая ни трудовому, ни гражданскому праву" <1>.

<1> Хозяйство и право. 2004. N 3. С. 2.

"Оригинальная юридическая конструкция" представляется по меньшей мере спорной с позиции действующего ГК РФ. В соответствии со ст. 431 ГК РФ суд, рассматривая спор, должен толковать не только правовые нормы, но и договор, уяснять его истинное содержание для себя и разъяснять для других. В случае, если в результате толкования договора будет установлено, что стороны совершили сделку с целью прикрыть другую сделку, то заключенная сделка может быть признана судом притворной, ничтожной. В результате суд должен будет применять последствия той сделки, которую стороны действительно имели в виду (п. 2 ст. 170 ГК РФ). Таким образом, если в процессе исследования фактических обстоятельств будет установлено, что между агентством по лизингу персонала и предприятием-пользователем фактически сложились подрядные отношения, то в силу п. 2 ст. 170 ГК РФ суд должен будет исходить из договора подряда, в котором подрядчиком является агентство по лизингу персонала, а не работник последнего. Отсюда нет необходимости искусственно создавать "оригинальные юридические конструкции", ранее незнакомые ни трудовому, ни гражданскому праву. В действительности в рассматриваемом случае скорее всего будут складываться классические отношения, хорошо известные гражданскому и трудовому праву. Между лизинговым агентством и предприятием-пользователем - гражданско-правовые отношения, например, регулируемые договором подряда. Работник заключает с лизинговым агентством трудовой договор, выполняет работу от его имени и для третьего лица. При таком классическом правовом регулировании между предприятием-пользователем и работником лизингового агентства нет каких-либо правовых отношений. Такая правовая конструкция на практике нашла широкое распространение, например, ранее в фирме "Заря", в настоящее время - при проведении работ строительного подряда.

Каковы аргументы в пользу введения заемного труда? "Лизинг рабочей силы, - считают авторы концепции, - доказал свою экономическую эффективность. Заемные работники

способствуют решению важных задач в масштабе как конкретного предприятия, так и всего народного хозяйства. Заемный труд позволяет предприятиям-пользователям быстро заменять отсутствующих по той или иной причине работников (болезнь, отпуск, командировка и т.п.), гибко менять количественный состав рабочей силы при колебаниях экономической конъюнктуры (например, пик продаж), получать в свое распоряжение необходимое число работников для оперативного выполнения конкретных производственных задач (срочных и неожиданных заказов, сезонной работы), оптимизировать затраты на ПЕРСОНАЛ" <1> (выделено мной. - Е.Е.).

<1> Хозяйство и право. 2004. N 3. С. 3.

Как представляется, практически все задачи, названные авторами концепции, можно и нужно решать в рамках действующего российского трудового права. Во-первых, трудовые обязанности временно отсутствующих работников могут выполнять другие работники по совместительству (ст. 60.1 ТК РФ) или одновременно исполнять свои трудовые обязанности и обязанности временно отсутствующего работника (ст. 60.2 ТК РФ). Во-вторых, изменение количественного состава рабочей силы при колебаниях экономической конъюнктуры возможно в результате проведения своевременных и законных мероприятий по сокращению численности работников (п. 2 ст. 81 ТК РФ). В-третьих, выполнения срочных и неожиданных заказов, а также сезонной работы можно добиться, заключая с работниками срочные трудовые договоры с учетом характера предстоящей работы (ст. 58 ТК РФ), а также на время выполнения сезонных работ (ст. 59 ТК РФ). В-четвертых, "оптимизировать" затраты на персонал возможно и правовыми способами, указанными выше.

Авторы концепции выделяют "схемы" лизинга персонала. Первая - выведение персонала за штат (outstaffing). "В случае необходимости, - считают авторы концепции, - фирма может вывести часть своих работников за рамки штата и передать их лизинговому агентству, которое берет на себя функции работодателя и поставляет таких работников фирме, на которую они ранее работали. Это явление... характерно, в частности, для многих филиалов и представительств иностранных компаний и ТНК, чья кадровая политика не является самостоятельной и определяется головной организацией... стремящейся свести к минимуму свои риски и расходы" <1>.

<1> Хозяйство и право. 2004. N 3. С. 3.

На мой взгляд, юридическое выведение персонала за штат организации при фактическом продолжении с ней трудовых отношений можно сравнить с мнимой сделкой, совершенной лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия (п. 1 ст. 170 ГК РФ). Мнимая сделка является ничтожной. В подобных случаях, думаю, суд может идти от факта к праву. Мне кажется, трудно спорить с тем, что выведение персонала за штат, т.е. сокращение численности или штата работников организации при сохранении объемов производства и фактическом продолжении работниками трудовых отношений с данной организацией, очевидно не соответствует заявленной выше цели введения заемного труда - борьбе с безработицей.

Думаю, в подобных случаях необходимо по аналогии закона обращаться к части второй ст. 67 ТК РФ. В прежней редакции часть вторая ст. 67 ТК РФ устанавливала: "Трудовой договор, не оформленный надлежащим образом, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. При фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позднее трех дней со дня фактического допущения работника к работе".

16 июня 2006 г. Государственной Думой Российской Федерации был принят Федеральный закон N 90-ФЗ "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>. Часть вторая ст. 67 ТК РФ не претерпела существенных изменений: слова "надлежащим образом" заменены словами "в письменной форме", после слова "трех" дополнили предложение словом "рабочих".

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

Отсюда выведение работников "за штат" при фактическом продолжении работниками трудовых отношений, во-первых, не предусмотрено действующим ТК РФ и другими федеральными законами, содержащими нормы трудового права. Во-вторых, грубо нарушает трудовые права и законные интересы работников, состоящих с работодателем в трудовых правоотношениях, которые работодатель не имеет право односторонне изменять или прекращать (ст. 72 и 81 ТК РФ). В-третьих, может рассматриваться в качестве разновидности фактического выполнения трудовых обязанностей с ведома и по поручению работодателя (часть вторая ст. 67 ТК РФ).

Вторая "схема" заемного труда - аутсорсинг (outsourcing), в соответствии с которой "заемный персонал используется... при передаче предприятием-пользователем внешней компании (в ряде случаев частному агентству занятости) функций, не являющихся для данного предприятия профильными. В этом случае предприятие-пользователь покупает услугу, а не труд конкретных работников. Главное отличие аутсорсинга от приобретения разовой услуги во внешней компании заключается в долгосрочном и устойчивом характере отношений предприятия-пользователя и внешней компании (агентства). Заемный работник при этом состоит в относительно стабильных трудовых отношениях с частным агентством занятости, но трудится на территории предприятия-пользователя с использованием его оборудования и в его интересах" <1>.

<1> Там же. С. 3.

Вместе с тем, во-первых, сроки договоров подряда (ст. 708 ГК РФ) и возмездного оказания услуг (ст. 783 ГК РФ) законом не ограничены и устанавливаются договором. Во-вторых, работы по договору подряда могут выполняться как иждивением подрядчика - из его материалов, его силами и средствами, так и из материалов заказчика (ст. 704 ГК РФ), т.е. с использованием его оборудования. Отсюда, думаю, можно рассматривать как тождественные отношения, когда заемный персонал используется по схеме аутсорсинга, и отношения, регулируемые классическими гражданскими договорами, например, подряда или возмездного оказания услуг между частным агентством занятости и предприятием-пользователем. Работник в этих случаях должен состоять в трудовых отношениях с частным агентством занятости.

"К лизинговым агентствам, - продолжают авторы концепции, - предприятия-пользователи обращаются зачастую тогда, когда возникает необходимость во временном найме определенных категорий работников" <1>. Однако ст. 59 ТК РФ позволяет работодателю прямо заключать срочные трудовые договоры на время выполнения временных (до двух месяцев) работ.

<1> Российская газета. 2006. 7 июля. С. 3.

4. Возможно ли применение заемного труда до ратификации Россией Конвенции МОТ N 181? На мой взгляд, нет, так как ТК РФ в прежней редакции и ТК РФ в настоящей редакции предусматривает необходимость для работника выполнять трудовые обязанности для работодателя, а не для третьего лица. В этой связи представляется обоснованным вывод авторов концепции, согласно которой участие "частного агентства занятости, подбирающего заемного работника и оформляющего с ним трудовой договор от собственного имени, не избавляет предприятие-пользователя от риска признания в судебном порядке фактическим работодателем такого работника именно предприятия-пользователя в силу механизма "фактического допущения к работе", предусмотренного ст. 16 ТК РФ" <1>. Отсюда можно сделать вывод: труд не является товаром, а концепция заемного труда носит по меньшей мере дискуссионный характер.

<1> Там же. С. 7.

К сожалению, на практике применение заемного труда часто приводит к нарушению трудовых прав работников и не создает (и не может создавать) новых рабочих мест, т.е. не решает проблемы занятости населения. В этой связи характерными являются ст. 11, 12 Конвенции МОТ N 181, обязывающие государства предусматривать необходимые меры, обеспечивающие адекватную защиту работников. Аналогичные требования высказываются и в Рекомендации МОТ от 19 июня 1997 г. N 188 "О частных агентствах занятости".

Частные агентства занятости в зависимости от функций, выполняемых ими, традиционно делятся на три группы: посредников, поставщиков рабочей силы и поставщиков прямых услуг, в свою очередь включающих 16 видов агентств <1>. С моей точки зрения, с учетом экономической и социальной ситуации в России, а также действующего трудового законодательства для нашей страны наиболее приемлемы две группы частных агентств занятости: посредников и поставщиков прямых услуг.

<1> См., например: Некипелов Д.С. Частные агентства по трудоустройству на рынке труда // Труд за рубежом. 1991. N 1. С. 15 - 31.

Думаю, такой вывод не противоречит и п. 1 ст. 1 Конвенции МОТ N 181 "О частных агентствах занятости": "Частные агентства занятости... предоставляют одну или более следующих услуг", в частности "услуги, направленные на выравнивание предложений рабочих мест и спроса на них, причем частное агентство занятости не становится стороной в трудовых отношениях... другие услуги, связанные с поиском работы...". Кроме того, п. 4 ст. 2 данной Конвенции прямо предоставляет государству право ограничивать применение Конвенции в определенных случаях и

для конкретных групп работников. Наконец, в международном праве общепризнано: государство может признавать те или иные его положения с оговорками, ограничивая свой суверенитет с учетом собственных экономических, социальных, политических и правовых реалий. Например, согласно ст. 19 Венской конвенции "О праве международных договоров", вступившей в силу 27 января 1980 г. (СССР присоединился к Конвенции в соответствии с Указом Президиума Верховного Совета СССР от 4 апреля 1986 г. N 4407-XI), "государство может при подписании, ратификации, принятии или утверждении договора или присоединении к нему формулировать оговорку, за исключением тех случаев, когда:

a) данная оговорка запрещается законом;

b) договор предусматривает, что можно делать только определенные оговорки, в число которых данная оговорка входит; или

c) в случаях, не подпадающих под действие п. "a" и "b", оговорка несовместима с объектом и целями договора".

Статья 25 "Оговорки к международным договорам Российской Федерации" Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", принятого Государственной Думой Российской Федерации 16 июня 1995 г., также установила:

"1) При подписании, ратификации, утверждении, принятии международных договоров Российской Федерации или присоединении к договорам могут быть сделаны оговорки при соблюдении условий договора и соответствующих норм международного права.

2) Оговорки могут быть сняты в любое время (если международным договором Российской Федерации не предусмотрено иное) в том же порядке, в каком они были сделаны.

3) Принятие сделанной другим договаривающимся государством оговорки к международному договору Российской Федерации или возражение против нее осуществляются в соответствии с условиями самого договора и нормами международного права органом, принимающим решение о согласии на обязанность для Российской Федерации международного договора" <1>.

<1> Российская газета. 1995. 21 июля.

§ 3. Специализированный суд по рассмотрению трудовых споров и Трудовой процессуальный кодекс России: за и против

В специальной литературе постоянно возникают предложения о необходимости создания специализированных судов по рассмотрению трудовых споров и разработке Трудового процессуального кодекса РФ. Так, в журнал "Управление персоналом" пришла статья коллектива преподавателей Томского университета, которые на основании результатов проведенного ими исследования пришли к выводу о необходимости создания трудовых судов, с предложением введения подобной практики на предприятиях они хотели обратиться в Думу и Правительство <1>. Во-первых, было бы интересно познакомиться с результатами данных исследований, фактическими и правовыми аргументами в пользу создания специализированных "трудовых" судов. Во-вторых, возникает вопрос: почему подобная практика должна быть введена на "предприятии"?

<1> Управление персоналом. 2006. N 16. С. 9.

Председатель Комитета по труду и социальной политике Государственной Думы РФ А.К. Исаев в интервью корреспонденту журнала "Управление персоналом" заявил: "Я полностью поддерживаю это предложение. Мы долго работали над приведением трудового законодательства в соответствие с экономическими и социальными реалиями. Следующий наш шаг - это ТРУДОВОЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС, КОТОРЫЙ ДОЛЖЕН В ТОМ ЧИСЛЕ ПРЕДУСМОТРЕТЬ ИНСТИТУТ ТРУДОВЫХ СУДОВ (выделено мной. - Е.Е.). Соответствующее поручение мы дали Академии труда и социальных отношений, имеющей договор с нашим Комитетом, и рассчитываем к осени получить концепцию этого законопроекта для начала работы над ним" <1>. Во-первых, не совсем ясно, почему в процессуальном кодексе должен быть предусмотрен "институт трудовых судов", т.е. урегулированы проблемы судоустройства. Во-вторых, хотелось бы ознакомиться с теоретическими и правовыми аргументами в пользу данного законопроекта.

<1> Там же.

Многие диссертанты выносят такие предложения в отдельные пункты "новизны" диссертационных работ. Позволят ли создание специализированных судов по рассмотрению трудовых споров и принятие Трудового процессуального кодекса РФ "снять" действительные проблемы в судебном правоприменении при рассмотрении трудовых споров? Имеются ли в России соответствующие финансовые, кадровые, материальные и организационные

возможности? Сколько специализированных судов необходимо создать в России? Может быть, в пределе необходимо создавать специализированные суды и принимать процессуальные кодексы по всем отраслям права? Думаю, на многие из поставленных вопросов ответ должен быть отрицательным.

Весьма характерна дискуссия в специальной литературе, аргументы "за" и "против" специализированных судов по рассмотрению трудовых споров и Трудового процессуального кодекса РФ. Так, 11 - 12 сентября 2003 г. в Академии труда и социальных отношений Комитет Государственной Думы РФ по труду и социальной политике, Академия труда и социальных отношений при участии Московского отделения МОТ провели конференцию на тему: "Защита трудовых прав работников". Довольно серьезное внимание специалисты уделили двум проблемам: специализированным судам по трудовым спорам и Трудовому процессуальному кодексу РФ. Дальнейшее реформирование рассмотрения в судах трудовых споров было предусмотрено еще Программой социальных реформ на 1996 - 2000 гг., рассмотренной на слушаниях в Государственной Думе РФ и утвержденной Постановлением Правительства РФ 26 февраля 1997 г. "Действующая в настоящее время система и процессуальная форма судебной защиты в области трудовых отношений, - без каких-либо необходимых аргументов утверждают И. Костян, И. Пискарев и Б. Шеломов, - значительно отстают от требований, предъявляемых к оперативности, качественности рассмотрения трудовых споров, при разрешении которых в полной мере должны учитываться и находить свое воплощение все основополагающие принципы трудового права и социального обеспечения. Без этого невозможна реальная защита прав и охраняемых законных интересов участников трудовых или иных связанных с ними правоотношений" <1>.

<1> Костян И., Пискарев И., Шеломов Б. Защита трудовых прав работников // Человек и труд. 2003. N 8. С. 43. К аналогичному выводу авторы пришли и в статье "О специализированных судах по трудовым делам и Трудовом процессуальном кодексе" // Хозяйство и право. 2003. N 8. С. 27 - 40.

Вместе с тем судебная статистика, отражающая реальное качество и оперативность рассмотрения трудовых споров в суде, наглядно свидетельствует о другом. Так, в 1999 г. всего в суды России поступило 5109674 гражданских дела, динамика к 1998 г. составила 6,7%. Из них окончено с вынесением решения 4504390 дел. С удовлетворением иска рассмотрено 4315596 дел (95,8%). С нарушением сроков - 778854 дела (15,5%). В этом же году всего поступило 951641 трудовое дело. Динамика к 1998 г. составила 34,5%. Окончено 955084 дела. Удельный вес от всех гражданских дел - 19,1%. По сравнению с 1998 г. произошло уменьшение трудовых споров на 34,1%. С вынесением решения окончено 889869 дел. С удовлетворением иска - 855327 дел (96,1%). С нарушением сроков - 109713 дел (11,5%).

В 2000 г. в суды России всего поступило 5044091 гражданское дело. Динамика к 1999 г. составила 1,3%. Из них окончено с вынесением решения 4469365,1 дела. С удовлетворением иска рассмотрено 4243025 дел (94,9%). С нарушением сроков - 773736 дел (15,3%). Трудовых дел в 2000 г. поступило 565598 (40,6% - динамика к 1999 г.). Удельный вес от всех гражданских дел - 11,4%. С вынесением решения рассмотрено 522696 дел. С удовлетворением иска - 493575 дел (94,4%). С нарушением сроков - 81354 дела (14,1%).

В 2001 г. в мировые суды всего поступило 1239972 гражданских дела. С вынесением решения рассмотрено 998262 дела. С удовлетворением иска - 962763 дела (96,4%). С нарушением сроков рассмотрено 48016 дел (4,2%). В 2001 г. в мировые суды поступило 177307 трудовых дел (14,6% от гражданских дел). С вынесением решения рассмотрено 168650 трудовых дел. С удовлетворением иска - 160661 дело (95,3%). С нарушением сроков - 9352 трудовых дела (5,6%).

В 2001 г. во все суды в России поступило 4818052 гражданских дела. С вынесением решения рассмотрено 4166389 дел. С удовлетворением иска - 3911434 дела (93,9%). С нарушением сроков - 706530 дел (14,6%). Из них 538772 трудовых дела (4,7% к предыдущему году). Удельный вес от гражданских дел составил 11,1%. С вынесением решения рассмотрено 481374 дела. С удовлетворением иска - 451892 дела (93,9%). С нарушением сроков - 67202 дела (12,5%).

В 2002 г. в мировые суды всего поступило 2355683 гражданских дела. Динамика к 2001 г. составила 91,1%. С вынесением решения было рассмотрено 1988578 дел. С удовлетворением иска окончено 1904522 дела (95,8%). С нарушением сроков - 125986 дел (5,5%). Из них в мировые суды поступило 370296 трудовых дел. Динамика к 2001 г. составила 108,8%. С вынесением решения рассмотрено 330954 дела. С удовлетворением иска - 314190 дел (94,9%). С нарушением срока - 21965 дел (6,0%).

В 2002 г. во все суды России поступило 4953103 гражданских дела. Динамика к 2001 г. составила 2,8%. С вынесением решения рассмотрено 4229971 дело. С удовлетворением иска окончено 3945435 дел (93,3%). С нарушением сроков - 651545 дел (13,1%). Из них поступило

633265 трудовых дел. Динамика к 2001 г. составила 17,5%. Удельный вес от всех гражданских дел - 12,7%. С вынесением решения рассмотрено 563980 дел. С удовлетворением иска - 524612 дел (93,2%). С нарушением сроков - 70913 дел (11,4%).

В 2003 г. во все суды России поступило 5,190 тыс. дел, что на 5% больше, чем в 2002 г. Районные суды приняли к производству 2,147 тыс. дел, или на 17% меньше, чем за аналогичный период 2002 г. (1,587 тыс. дел). Количество дел, оконченных производством, за 12 месяцев 2003 г. по сравнению с аналогичным периодом предыдущего года снизилось на 18,1% - с 2,672 до 2,189 тыс., в том числе с вынесением решения - с 2,232 тыс. до 1,822 тыс., или на 18,4%. Число трудовых споров о восстановлении на работе сократилось на 6,6% - с 36,1 тыс. до 33,7 тыс. дел. В общей структуре гражданских дел споры, возникающие из трудовых правоотношений, составили 7,1%, в том числе об оплате труда - 4,1% (88,9 тыс. дел), о восстановлении на работе - 1,5% (33,7 тыс. дел). Мировые судьи приняли к производству 3,031 тыс. дел (в 2002 г. - 2,356 тыс. дел). Из них 500,1 тыс. дел (16,7%) составили трудовые споры, в том числе споры об оплате труда - 439,9 тыс. дел.

В 2004 г. в судах России окончено производством 5 млн. 832 тыс. гражданских дел. Из них трудовых споров 641, 4 тыс. дел. С вынесением решения рассмотрено 5 млн. 19 тыс. гражданских дел. Районные суды рассмотрели 124,7 тыс. гражданских дел - 8,5%. Мировые суды в 2004 г. рассмотрели 3 млн. 514 тыс. гражданских дел. Из них 516,3 тыс. - 15% трудовых споров <1>.

<1> Российская юстиция. 2005. N 9. Сентябрь.

Остаток неоконченных производств на начало 2005 г. составил 501417 дел. В 2005 г. поступило 6739532 гражданских дела. Всего рассмотрено 6741293 дела. В том числе с вынесением решения 5893587 дел. Из них с 2004 г. в остатке осталось 5410 дел о восстановлении на работе. Поступило 32942 дела. Всего окончено производство 33610 дел. Об оплате труда с 2004 г. в остатке осталось 19915 дел. Поступило 592608 дел. Окончено производством 597701 дело. Всего в 2005 г. в суды поступило 711429 трудовых дел. Окончено производство 716799 трудовых дел. С нарушением установленных сроков рассмотрено 40016 дел - 5,1%. От общего числа рассмотренных в 2005 г. гражданских дел (6741293 дела) трудовые споры (716799 дел) составили 10,6%. С удовлетворением требований вынесено 608584 решения - 80,5%.

Приведенная судебная статистика, думаю, наглядно свидетельствует о том, что, во-первых, общее число гражданских дел постоянно увеличивается: от 5109674 дел в 1999 г. до 6741293 дел в 2005 г. Во-вторых, процент трудовых споров от числа всех гражданских дел уменьшается: от 19,1% в 1999 г. до 10,6% в 2005 г. В-третьих, сроки рассмотрения трудовых споров в судах уменьшаются: в 1999 г. с нарушением сроков рассмотрено 11,5% трудовых дел, в 2005 г. - 5,1%. В-четвертых, суды стабильно удовлетворяют 80 - 96% исков по трудовым спорам. В-пятых, ежегодно отменяется только примерно 5 - 10% решений по трудовым спорам.

Приведенные выше данные показывают, что суды в целом своевременно и качественно рассматривают трудовые споры, количество которых за последние годы неуклонно уменьшается. Отсюда, как представляется, наиболее актуальной проблемой является не реформирование судов, а прежде всего качественное улучшение российского трудового законодательства.

Вместе с тем целый ряд специалистов сводят проблемы защиты трудовых прав работников прежде всего к подготовке и принятию Трудового процессуального кодекса РФ и созданию специализированных судов по трудовым делам. "Нормы трудового и смежных с ним отраслей права, как носящие материально-правовой характер, не могут влиять на процедуру разрешения трудовых споров. Тем не менее это влияние настолько существенно, что содержание процессуальных особенностей разрешения дел по спорам, вытекающим из трудовых и связанных с ними отношений, в своей совокупности образует такое качественное состояние, которое уже не вписывается в общие положения гражданского процессуального законодательства" <1>, - утверждают И. Костян, И. Пискарев и Б. Шеломов. Более того, подчеркивают они, "ситуация не изменилась, а в определенной степени и обострилась в связи с принятием нового ГПК Российской Федерации. Дело в том, что порядок рассмотрения и разрешения гражданских дел в судах общей юрисдикции, предусмотренный ГПК РФ, сориентирован прежде всего на споры, возникающие из материально-правовых отношений, для которых характерно равенство субъектов этих отношений, их независимость и самостоятельность в принятии ими решений, от которых зависит становление, развитие и содержание правоотношений, отсутствие элементов административного влияния одной стороны на другую" <2>. Безусловно, гражданские и трудовые отношения значительно отличаются друг от друга. Однако между ними нельзя возводить непреодолимую стену, данные отношения содержат и определенное сходство. Например, как в гражданских, так и в трудовых отношениях стороны достаточно несвободны, их взаимные права и обязанности регулируются как нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, так и договорами. В этом смысле их независимость и самостоятельность является относительной. "Административное (неправовое) влияние" одной стороны на другую, как правило, производится за пределами

трудового права. Злоупотребление правом возможно и в гражданских отношениях (ст. 10 ГК РФ). Основные права и обязанности не только работника, но и работодателя установлены ст. 21 и 22 ТК РФ. Права работника (как и гражданина) могут быть ограничены лишь федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

<1> Костян И., Пискарев И., Шеломов Б. Указ. соч. С. 43.

<2> Костян И., Пискарев И., Шеломов Б. Указ. соч. С. 43 - 44.

В то же время можно согласиться с авторами статьи в решении вопросов, связанных с распределением трудовых споров между судами общей юрисдикции и мировыми судами. Статья 23 ГПК РФ отнесла к подсудности мирового судьи все дела, возникающие из трудовых отношений, за исключением дел о восстановлении на работе и дел о разрешении коллективных трудовых споров. В этом случае, на мой взгляд, действительно не в полной мере приняты во внимание цели и задачи мировой юстиции - стремление убедить стороны сделать взаимные уступки, добиться мирного исхода рассмотрения мировыми судьями только мелких имущественных споров. Многие трудовые споры, видимо, к такой категории дел отнести нельзя, например иски, связанные с заключением и изменением трудового договора, защитой персональных данных работника, отпусками, заработной платой, совмещением, совместительством, дисциплиной труда, материальной ответственностью сторон трудового договора, особенностями регулирования труда отдельных категорий работников и др. На мой взгляд, эти и, возможно, иные наиболее сложные трудовые споры необходимо возвратить для рассмотрения по первой инстанции в федеральные районные суды общей юрисдикции. С этой целью необходимо еще раз внимательно проанализировать статистику и категории трудовых споров, рассматриваемых мировыми судьями, выявить дела, вызывающие наибольшие трудности, и подготовить соответствующий законопроект.

Ситуация усложняется еще и тем, что определение суда апелляционной инстанции, вынесенное по частной жалобе и представлению прокурора, вступает в законную силу со дня его вынесения и может быть обжаловано только в надзорной инстанции в порядке, предусмотренном гл. 41 ГПК РФ. При наличии к тому оснований определение суда апелляционной инстанции, вынесенное по частной жалобе и представлению прокурора, может быть пересмотрено по вновь открывшимся обстоятельствам в порядке, предусмотренном гл. 42 ГПК РФ. Стороны и другие лица, участвующие в деле, не имеют право подать кассационную жалобу на решение мирового судьи (ст. 336 ГПК РФ). Последнее не может не сказываться на эффективности судебной защиты трудовых прав работников.

С целью преодоления названных выше проблем в защите трудовых прав работников И. Костян, И. Пискарев и Б. Шеломов предлагают создать специализированные суды по трудовым делам, выделенные из действующей судебной системы общих судов, "как это сделано во многих государствах" <1>.

<1> Костян И., Пискарев И., Шеломов Б. Указ. соч. С. 45.

Во-первых, специализированные суды по трудовым делам имеются не "во многих", а лишь в некоторых государствах. Во-вторых, там, где они имеются (например, в Германии), в настоящее время с учетом экономических, кадровых, организационных, теоретических и иных аргументов активно обсуждается вопрос об их упразднении. В-третьих, в частности, в Португалии возникла необходимость в функционировании специализированного суда, рассматривающего споры между специализированными судами о подсудности конкретных дел тем или иным судам.

И. Костян, И. Пискарев и Б. Шеломов предлагают "в целях учета специфики рассмотрения и разрешения дел, возникших из трудовых правоотношений, предусмотреть создание в рамках районного (городского) суда сессии по трудовым делам. Правосудие в сессиях по рассмотрению трудовых споров осуществляют прежде всего районные суды, назначаемые для этого председателем суда субъекта Российской Федерации" <1>. Во-первых, такое предложение, на наш взгляд, является весьма спорным с позиции Конституции РФ: "Никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом" (ч. 1 ст. 47 Конституции РФ). Во-вторых, на практике в многосоставных федеральных районных судах в действительности вопрос о специализации судей фактически уже давно решен: в случае объективной необходимости специализация (в том числе по рассмотрению трудовых споров) вводится приказом председателя районного (городского) суда. Весьма характерно, что специализированный состав по рассмотрению трудовых споров приказом Председателя Верховного Суда РФ В.М. Лебедева создан и в Верховном Суде РФ.

<1> Костян И., Пискарев И., Шеломов Б. Указ. соч. С. 45.

На втором этапе реформирования судов авторы предлагают "выделение судебных сессий по трудовым делам в определенную организационную структуру: "район - субъект Российской Федерации", а именно из районного суда выделяется сессия по рассмотрению трудовых споров с созданием САМОСТОЯТЕЛЬНОГО РАЙОННОГО СУДА ПО РАССМОТРЕНИЮ ТРУДОВЫХ СПОРОВ (выделено мной. - Е.Е.), а из суда субъекта Российской Федерации судебный состав, которому ранее поручалось рассмотрение дел, вытекающих из трудовых отношений, по кассационным жалобам на решение суда первой инстанции. Этому образованию придается статус суда субъекта Российской Федерации. Не исключается возможность создания окружных федеральных судов по рассмотрению трудовых споров с распространением своей юрисдикции на несколько регионов... Последнее облегчит образование президиума этих судов с выполнением надзорных функций. Высшей инстанцией остается Верховный Суд Российской Федерации" <1>. В некотором смысле авторы статьи повторяют отдельные предложения разработчиков законопроекта об административной юстиции в России <2>. В работах об административной юстиции специалисты обосновывают необходимость создания специализированных административных судов в рамках судов общей юрисдикции. Вместе с тем важнейшими аргументами учреждения специализированных административных судов, создания административных судов первой и второй инстанций без учета имеющегося территориального деления в России авторы данного предложения называют специфику административных споров, возможное "включение" "административного ресурса", вероятного давления на суды со стороны органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления. Рассмотрение трудовых споров с государственными и муниципальными служащими также предполагается отнести к подсудности административных судов. При таком подходе аналогичные аргументы для создания специализированных трудовых судов, в которых в качестве ответчиков будут выступать лишь коммерческие и некоммерческие организации, представляются недостаточно убедительными.

<1> Там же. С. 46.

<2> См.: Судебное рассмотрение административных дел: Правовая реальность и перспективы развития. М., 2002; Ершов В.В. Разделение властей: к вопросу о компетенции судов по разрешению административных споров // Российская юстиция. 2001. N 11. С. 69 - 71; Он же. Признание нормативных правовых актов противоречащими Конституции РФ и федеральным законам: Теория вопроса, судебная практика, законотворческие идеи // Российская юстиция. 2003. N 4, 5, 6. С. 1 - 4; Теоретические и практические проблемы административного правосудия. М., 2005.

Доказывая необходимость разработки и принятия Трудового процессуального кодекса РФ, авторы в самом общем виде отмечают: "ТПК должен предусматривать ряд процессуальных гарантий защиты прав, свобод и законных интересов работников, работодателей и иных субъектов отношений в области труда, занятости, социального обеспечения, а также гарантировать юридическое равенство спорящих сторон при урегулировании разногласий и разрешении трудовых споров". Как известно, ГПК РФ включает отдельные главы (например, гл. 23 - 38), содержащие специализированные процессуальные нормы по рассмотрению отдельных категорий споров в судах.

Думается, предпочтительнее было бы дополнить действующий ГПК РФ еще одной главой, регулирующей особенности рассмотрения трудовых споров в судах, поскольку, на наш взгляд, общих процессуальных принципов и норм значительно больше, чем специфических. В частности, в такой главе ГПК РФ возможно было бы решить вопросы, связанные с подведомственностью и подсудностью трудовых споров, составом специализированного суда по трудовым спорам, правовым положением участников процесса, распределением бремени доказывания, дополнительными процессуальными гарантиями работников, мерами по обеспечению исковых требований, судебными расходами и т.д.

Ряд предложений по созданию Трудового процессуального кодекса РФ, на мой взгляд, не соответствуют Конституции РФ. Например, авторы считают: "Необходимо, чтобы всем видам судебного разбирательства предшествовал доюрисдикционный этап (стадия) разрешения трудового спора, урегулирования разногласий при непосредственных переговорах до обращения в юрисдикционный орган (КТС, суд)... РАБОТНИК ДО ОБРАЩЕНИЯ В ДОСУДЕБНЫЙ, ВНЕСУДЕБНЫЙ ИЛИ СУДЕБНЫЙ ОРГАН, НАДЕЛЕННЫЙ ПРАВОМ РАЗРЕШАТЬ ТРУДОВЫЕ СПОРЫ, ОБЯЗАН ПОДТВЕРДИТЬ ПОПЫТКУ ПРОВЕДЕНИЯ ПЕРЕГОВОРОВ С РАБОТОДАТЕЛЕМ" <1> (выделено мной. - Е.Е.). В то же время ст. 46 Конституции РФ не предусматривает досудебных или внесудебных органов по разрешению споров, а гарантирует гражданам только непосредственную судебную защиту.

<1> Костян И., Пискарев И., Шеломов Б. Указ. соч. С. 49.

Вместе с тем ч. 1 ст. 46 Конституции РФ гарантирует в России только судебную защиту прав и свобод. Кроме того, часть первая ст. 391 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "В судах рассматриваются индивидуальные трудовые споры по заявлениям работника, работодателя или профессионального союза, защищающего интересы работника, когда они не согласны с решением комиссии по трудовым спорам ЛИБО КОГДА РАБОТНИК ОБРАЩАЕТСЯ В СУД, МИНУЯ КОМИССИЮ ПО ТРУДОВЫМ СПОРАМ (выделено мной. - Е.Е.), а также по заявлению прокурора, если решение комиссии по трудовым спорам не соответствует законам или иным "нормативным правовым актам".

Весьма показательно, что Федеральным законом "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации", принятым Государственной Думой 16 июля 2006 г., в часть первую ст. 391 ТК РФ внесены только редакционные изменения: "В части первой слова "законам или иным нормативным правовым актам" заменить словами "трудовому законодательству и иным актам, содержащим нормы трудового права".

И. Костян, И. Пискарев, Б. Шеломов считают необходимым также в Трудовом процессуальном кодексе РФ урегулировать вопросы, связанные с "рассмотрением и разрешением дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение... например, установление факта несчастного случая на производстве... Положения ТПК должны предусматривать особенности рассмотрения трудовых дел с работодателями, иностранными юридическими лицами, порядок применения обеспечительных мер, особенности доказывания... производство в суде кассационной и надзорной инстанций должно найти свое отражение в нормах ТПК..." <1>. Вместе с тем ГПК РФ содержит: гл. 28 "Установление фактов, имеющих юридическое значение" (в том числе факта несчастного случая - ст. 264 ГПК РФ); гл. 43 и 44, регулирующие производство по делам с участием иностранных лиц; гл. 13, определяющую процессуальные отношения по обеспечению иска; гл. 6, регламентирующую вопросы, связанные с доказательствами и доказыванием; гл. 40 и 41, устанавливающие процессуальные особенности производства в суде кассационной и надзорной инстанций. Думаю, соответствующие и необходимые особенности в процессуальные нормы по рассмотрению трудовых споров возможно внести в названные выше главы ГПК РФ во избежание многочисленных повторов и с целью "экономии правового материала".

<1> Там же.

Весьма дискуссионным представляется и следующий вывод авторов статьи, связанный с компетенцией кассационной инстанции: "Отмена судебного решения и передача дела на рассмотрение другому составу суда представляются весьма затруднительными. Кроме того, это затягивает разрешение трудового спора. Определение (решение) кассационной инстанции является окончательным" <1>. Однако, строго говоря, как правило, кассационная инстанция вправе лишь устанавливать, соответствует ли решение суда первой инстанции федеральным законам или нет. Пересматривать спор по существу, истребовать дополнительные доказательства и т.п. может только суд в порядке апелляционного производства.

<1> Костян И., Пискарев И., Шеломов Б. Указ. соч. С. 52.

Таким образом, на мой взгляд, в настоящее время с целью более эффективной защиты трудовых прав работников необходимо большее внимание сосредоточить на дальнейшей работе по приведению ТК РФ в соответствие с общепризнанными принципами и нормами международного трудового права и Конституции РФ. Необходимость же создания специализированных судов по рассмотрению трудовых споров и принятия Трудового процессуального кодекса РФ требует своего дальнейшего глубокого научного осмысления, объективного изучения доводов "за" и "против", учета реальной экономической и кадровой ситуации в России.

II. ТРУДОВОЕ ПРАВО В РОССИИ: ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ

Глава 1. НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В ТРУДОВОЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, ВНЕСЕННЫХ ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ ОТ 30 ИЮНЯ 2006 Г. N 90-ФЗ

16 июня 2006 г. был принят Федеральный закон "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации

некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>. Как представляется, во-первых, данный закон в целом ряде статей, восприняв сложившуюся судебную практику и юридическую доктрину, довольно удачно "снял" многие неразрешенные ранее проблемы регулирования трудовых отношений; во-вторых, к сожалению, в ТК РФ сохранился целый ряд по меньшей мере спорных статей; в-третьих, на мой взгляд, некоторые существовавшие ранее пробелы в трудовом праве восполнены законодателем весьма дискуссионным образом; наконец, в-четвертых, думаю, в принятом Федеральном законе появились и правовые нормы, ухудшающие права работников по сравнению с действовавшим ранее ТК РФ.

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

I. Например, между специалистами в области трудового и административного права возникла острая дискуссия о характере правоотношений с гражданскими и муниципальными служащими <1>. На мой взгляд, в части седьмой ст. 11 ТК РФ в новой редакции дан теоретически аргументированный и практически необходимый ответ: трудовые! Правовые нормы, регулирующие служебные и собственно трудовые отношения, соотносятся как специальные и общие. В соответствии с теорией права в случае обнаружения содержательных коллизий между специальной и общей нормами необходимо отдавать приоритет специальной правовой норме.

<1> См., например: Ершова Е.А. Правовая природа служебных отношений: вопросы теории и практики // Трудовое право. 2006. N 5. С. 3 - 10.

На практике всегда возникает множество вопросов, связанных с заключением срочного трудового договора, в частности: возможно ли заключение срочного трудового договора по соглашению сторон или только в случаях, установленных в федеральных законах? В соответствии с п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", "решая вопрос об обоснованности заключения с работником срочного трудового договора, следует учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, если иное не предусмотрено Трудовым кодексом РФ и иными федеральными законами (ст. 58 ТК РФ). Поскольку ст. 59 Кодекса предусматривает право, а не обязанность работодателя заключать срочный трудовой договор в случаях, предусмотренных этой нормой... РАБОТОДАТЕЛЬ МОЖЕТ РЕАЛИЗОВАТЬ ЭТО ПРАВО ПРИ УСЛОВИИ СОБЛЮДЕНИЯ ОБЩИХ ПРАВИЛ ЗАКЛЮЧЕНИЯ СРОЧНОГО ТРУДОВОГО ДОГОВОРА, УСТАНОВЛЕННЫХ СТ. 58 КОДЕКСА (выделено мной. - Е.Е.). При этом в силу ст. 56 ГПК РФ обязанность доказать наличие обстоятельств, делающих невозможным заключение трудового договора с работником на неопределенный срок, возлагается на работодателя. При недоказанности работодателем таких обстоятельств следует исходить из того, что трудовой договор с работником заключен на неопределенный срок" <1>. Реальная судебная практика и формировалась в данном направлении.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Весьма показательно, что сложившаяся судебная практика была воспринята законодателем в части второй ст. 58 ТК РФ: "Срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, А ИМЕННО В СЛУЧАЯХ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ЧАСТЬЮ ПЕРВОЙ СТАТЬИ 59 НАСТОЯЩЕГО КОДЕКСА" (выделено мной. - Е.Е.).

Полагаю, заслуживает поддержки и новое основание заключения срочного трудового договора, содержащееся в ст. 59 ТК РФ: с гражданами, направленными для прохождения альтернативной гражданской службы. В результате законодатель обоснованно восполнил пробел, имевшийся ранее в ТК РФ.

Работа пенсионеров в организациях всегда вызывает множество споров между специалистами. В частности, на практике были распространены случаи "перезаключения" с работниками, достигшими пенсионного возраста, "с их согласия" трудовых договоров, заключенных на неопределенный срок, на срочные трудовые договоры. В дальнейшем в случае их расторжения по истечении срока трудового договора всегда в судах прежде всего возникал вопрос о законности их заключения. Статья 59 ТК РФ в прежней редакции прямо не отвечала на данный вопрос. Судебная практика в целом сводилась к тому, что суд выяснял, было ли допущено злоупотребление правом со стороны работодателя при заключении с работающим пенсионером срочного трудового договора.

Пункт 2 части второй ст. 59 ТК РФ в новой редакции устранил данную проблему: "По соглашению сторон срочный трудовой договор может заключаться... С ПОСТУПАЮЩИМИ НА РАБОТУ ПЕНСИОНЕРАМИ ПО ВОЗРАСТУ" (выделено мной. - Е.Е.). Следовательно, исходя из буквального, а не расширительного толкования закона с работниками, ранее заключившими трудовой договор на неопределенный срок и достигшими пенсионного возраста, срочный трудовой договор не может быть заключен.

Ранее часть первая ст. 98 ТК РФ точно не отвечала на важный практический вопрос: как необходимо оформлять трудовые отношения с работниками-совместителями? В части первой ст. 98 ТК РФ было весьма противоречиво записано: "По заявлению работника работодатель имеет право разрешить ему работу по другому трудовому договору". У практических работников возникали обоснованные вопросы. Во-первых, необходимо ли "отбирать" у работника заявление о приеме на работу и заключать трудовой договор? Во-вторых, как можно совместить заключение трудового договора и "разрешение" на работу? Специалисты Российской академии правосудия исходя из систематического толкования ст. 98, 16 и 57 ТК РФ рекомендовали ограничиваться только заключением трудового договора.

Весьма показательно, что такая позиция была воспринята законодателем в ст. 60.1: "Работник имеет право ЗАКЛЮЧАТЬ ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ (выделено мной. - Е.Е.) о выполнении в свободное от основной работы время другой регулярной оплачиваемой работы у того же работодателя (внутреннее совместительство) и (или) у другого работодателя (внешнее совместительство)".

В соответствии со ст. 151 ТК РФ "работнику, выполняющему у одного и того же работодателя наряду со своей основной работой, обусловленной трудовым договором, дополнительную работу ПО ДРУГОЙ ПРОФЕССИИ (ДОЛЖНОСТИ) (выделено мной. - Е.Е.) или исполняющему обязанности временно отсутствующего работника без освобождения от своей основной работы, производится доплата за совмещение профессий (должностей) или исполнение обязанностей временно отсутствующего работника". На практике достаточно часто возникал вопрос: имеет ли право работник выполнять дополнительную работу по аналогичной профессии (должности)? С моей точки зрения, да, поскольку, во-первых, в законе не было прямого запрета, а, во-вторых, пробел в законе прежде всего может преодолеваться правоприменителями по аналогии закона.

Возникший в теории права и на практике спор был обоснованно разрешен законодателем в ст. 60.2: "Для исполнения обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, РАБОТНИКУ МОЖЕТ БЫТЬ ПОРУЧЕНА ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ РАБОТА КАК ПО ДРУГОЙ, ТАК И ПО ТАКОЙ ЖЕ ПРОФЕССИИ (ДОЛЖНОСТИ)" (выделено мной. - Е.Е.).

В реальной жизни граждане нередко утрачивают или повреждают (якобы утрачивают или повреждают) трудовые книжки. Практические работники организаций имели множество проблем в связи с недостаточной правовой урегулированностью возникающих правоотношений. В этой связи представляется весьма своевременным и аргументированным следующее решение законодателя, сформулированное в ст. 65 ТК РФ: "В случае отсутствия у лица, поступающего на работу, трудовой книжки в связи с ее утратой, повреждением или по иной причине работодатель обязан по письменному заявлению этого лица (с указанием причины отсутствия трудовой книжки) оформить новую трудовую книжку".

Статья 74 ТК РФ "Временный перевод на другую работу в случае производственной необходимости" предоставляла работодателям право временного перевода работников на другую работу, в частности, в случае простоя, а также для замещения отсутствующего работника. В то же время в п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" обоснованно подчеркивалось: "При применении ст. 74 Кодекса... следует иметь в виду, что в соответствии с п. 1 ст. 1 Конвенции МОТ N 29 1930 г. о принудительном или обязательном труде (ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1956 г.) Российская Федерация обязалась упразднить применение принудительного или обязательного труда во всех его формах, т.е. всякую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания и для которой это лицо не предложило добровольно своих услуг... Исходя из указанных положений Конвенции МОТ о принудительном или обязательном труде, предусмотренный частью первой ст. 74 Кодекса временный перевод работника без его согласия на не обусловленную трудовым договором работу для предотвращения простоя... уничтожения или порчи имущества, а также для замещения отсутствующего работника может быть признан обоснованным при условии, что это было вызвано чрезвычайными обстоятельствами (подп. "d" п. 2 ст. 2 Конвенции, часть четвертая ст. 4 ТК РФ) или когда непринятие указанных мер могло привести к катастрофе, производственной аварии, стихийному бедствию, несчастному случаю и тому подобным последствиям" <1>. Кроме того, в специальной литературе обсуждался и вопрос о правомерности самого понятия "производственная необходимость" <2>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

<2> См., например: Ершова Е.А. Изменение трудовых правоотношений гражданских служащих // Трудовое право. 2006. N 4. С. 71 - 72.

В части третьей ст. 72.2 "Временный перевод на другую работу" законодатель привел национальное трудовое законодательство в соответствие с международным трудовым правом и принял во внимание критические замечания специалистов: "Перевод работника без его согласия на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя допускается также в случаях простоя... необходимости предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно отсутствующего работника, ЕСЛИ ПРОСТОЙ ИЛИ НЕОБХОДИМОСТЬ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ УНИЧТОЖЕНИЯ ИЛИ ПОРЧИ ИМУЩЕСТВА ЛИБО ЗАМЕЩЕНИЯ ВРЕМЕННО ОТСУТСТВУЮЩЕГО РАБОТНИКА ВЫЗВАНЫ ЧРЕЗВЫЧАЙНЫМИ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМИ, УКАЗАННЫМИ В ЧАСТИ ВТОРОЙ НАСТОЯЩЕЙ СТАТЬИ" (выделено мной. - Е.Е.).

Согласно части второй ст. 72 ТК РФ ранее с работником, нуждающимся в соответствии с медицинским заключением в предоставлении другой работы, при отказе работника от перевода либо отсутствии в организации соответствующей работы трудовой договор прекращался в соответствии с п. 8 ст. 77 ТК РФ.

В новой редакции ТК РФ в большей степени защищает права работников: "Если работник, нуждающийся в соответствии с медицинским заключением во временном переводе на другую работу на срок до четырех месяцев, отказывается от перевода либо соответствующая работа у работодателя отсутствует, то работодатель обязан на весь указанный в медицинском заключении срок отстранить работника от работы с сохранением места работы (должности)" (часть вторая ст. 73 ТК РФ).

Пункт 2 ст. 77 ТК РФ, предусматривавший в качестве одного из оснований прекращения трудового договора истечение срока трудового договора, на мой взгляд, ранее ошибочно ссылался на п. 2 ст. 58 ТК РФ, регулировавший трудовые отношения, связанные с заключением, а не расторжением срочного трудового договора. В то же время в ТК РФ имелась (и имеется) ст. 79 "Расторжение срочного трудового договора". В анализируемом Федеральном законе ошибка справедливо устранена: согласно п. 2 ст. 77 ТК РФ основанием прекращения трудового договора, в частности, является "истечение срока трудового договора (ст. 79 настоящего Кодекса)".

О расторжении срочного трудового договора работник ранее во всех случаях должен был быть предупрежден в письменной форме не менее чем за три дня до увольнения. Зачастую на практике это требование закона нельзя было выполнить. Например, в случае выхода на работу без предупреждения временно отсутствующего работника (в частности, из отпуска по уходу за ребенком) с другим работником, выполняющим обязанности временно отсутствующего работника, необходимо было расторгать трудовой договор в день выхода "основного" работника с нарушением ст. 79 ТК РФ. Эта проблема разрешена в анализируемом законе: "Срочный трудовой договор прекращается с истечением срока его действия. О прекращении трудового договора в связи с истечением срока его действия работник должен быть предупрежден в письменной форме не менее чем за три календарных дня до увольнения, за исключением случаев, когда истекает срок действия срочного трудового договора, заключенного на время исполнения обязанностей отсутствующего работника" (часть первая ст. 79 ТК РФ в новой редакции).

В специальной литературе обсуждался вопрос о конкуренции подп. "а" п. 3 ст. 81 ТК РФ, согласно которому трудовой договор мог быть расторгнут работодателем в случае "состояния здоровья в соответствии с медицинским заключением", и п. 5 ст. 83 ТК РФ, требующего прекратить трудовой договор в результате признания работника полностью нетрудоспособным в соответствии с медицинским заключением, предлагалось подп. "а" п. 3 ст. 81 ТК РФ исключить из ТК РФ как необоснованный и противоречащий логике данной статьи <1>.

<1> См., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. М., 2005. С. 150 - 159.

В анализируемом Федеральном законе такие предложения были приняты. Пункт 3 ст. 81 ТК РФ теперь изложен в следующей редакции: "...несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации". Следовательно, в настоящее время "по состоянию здоровья" трудовой договор возможно прекращать только по п. 5 ст. 83 ТК РФ, т.е. по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон, а не по инициативе работодателя, как это ранее было ошибочно указано в подп. "а" п. 3 ст. 81 ТК РФ.

На практике довольно часто возникают проблемы, связанные с лишением работников какого-то специального права, например водительского удостоверения или диплома о высшем юридическом образовании. В этих случаях, с одной стороны, работник не мог далее продолжать

выполнять свои трудовые обязанности. С другой стороны, у работодателя не было законных оснований для расторжения трудового договора, в ст. 83 ТК РФ "прекращение трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон" имелся пробел. Важно, что ст. 83 ТК РФ была дополнена п. 8, в соответствии с которым основанием прекращения трудового договора также является "дисквалификация или иное административное наказание, исключающее возможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору".

На практике работник часто, во-первых, своевременно не предупреждается о времени начала ежегодного оплачиваемого отпуска; во-вторых, несмотря на то что отпуск работника оплачиваемый в действительности, оплата за отпуск происходит несвоевременно. Часть третья ст. 123 ТК РФ носила по существу декларативный характер: "О времени начала отпуска работник должен быть извещен не позднее чем за две недели до его начала".

В части второй ст. 124 ТК РФ в настоящее время обоснованно установлена ответственность работодателя за нарушение закона: "Если работнику своевременно не была произведена оплата за время ежегодного оплачиваемого отпуска либо работник был предупрежден о времени начала этого отпуска позднее чем за две недели до его начала, то работодатель по письменному заявлению работника обязан перенести ежегодный оплачиваемый отпуск на другой срок, согласованный с работником".

В соответствии с прежней редакцией части второй ст. 142 "в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней" работник имел право, известив работодателя в письменной форме, "приостановить" работу на весь период до выплаты задержанной суммы. На практике возник непростой вопрос: как можно истолковать оценочное понятие "приостановить"? Верховный Суд РФ в п. 57 своего Постановления от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" разъяснил: "Поскольку статья 142 Кодекса не обязывает работника, приостановившего работу, присутствовать на своем рабочем месте в течение периода времени, на который им приостановлена работа, а также принимая во внимание, что в силу части третьей ст. 4 Кодекса нарушение установленных сроков выплаты заработной платы и выплата ее не в полном размере относятся к принудительному труду, он вправе не выходить на работу до выплаты ему задержанной суммы" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Законодатель воспринял толкование Верховного Суда РФ, дополнив ст. 142 ТК РФ частями третьей и четвертой следующего содержания: "В период приостановления работы работник имеет право в свое рабочее время отсутствовать на рабочем месте.

Работник, отсутствовавший в свое рабочее время на рабочем месте в период приостановления работы, обязан выйти на работу не позднее следующего рабочего дня после получения письменного уведомления от работодателя о готовности произвести выплату задержанной заработной платы в день выхода работника на работу".

На практике постоянно возникают проблемы, связанные с постоянным или временным отсутствием на работе работников. Согласно части первой ст. 151 ТК РФ в прежней редакции "работнику, выполняющему у одного и того же работодателя наряду со своей основной работой, обусловленной трудовым договором, дополнительную работу ПО ДРУГОЙ (выделено мной. - Е.Е.) профессии (должности) или исполняющему обязанности временно отсутствующего работника без освобождения от своей основной работы, производится доплата...". У специалистов всегда возникал вопрос: возможно ли совмещение профессий или исполнение обязанностей временно отсутствующего работника не только по "другой", но и по аналогичной профессии (должности)? Многие на этот вопрос отвечали отрицательно, ссылаясь на оценочное понятие "по другой" профессии (должности).

На мой взгляд, исходя из того, что трудовое право основано на дозволительном, а не на разрешительном типе правового регулирования, работа по аналогичной профессии (должности) была возможна (например, профессор - профессор, специалист - специалист и т.п.). Думаю, вечный спор был удачно разрешен в анализируемом Федеральном законе. В соответствии со ст. 151 ТК РФ в новой редакции "при совмещении профессий (должностей), расширении зон обслуживания, увеличении объема работы или исполнении обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, работнику производится доплата". Как представляется, буквальное, а не ограничительное толкование данной правовой нормы позволяет сделать важный теоретический и практический вывод: совмещение профессий (должностей) и исполнение обязанностей временно отсутствующего работника возможно как по другой, так и по аналогичной профессии (должности).

Ранее ст. 40.2 КЗоТ РФ устанавливала необходимость предупреждать работников о предстоящем высвобождении персонально письменно "не менее чем за два месяца". В то же время на практике нередко работники просили расторгнуть с ними трудовой договор досрочно, но по сокращению численности или штата. Впоследствии некоторые из них обращались в суд.

Возникало множество вопросов, например: с каким иском и какое решение может вынести суд? Длительное время суды изменяли дату увольнения с учетом требования закона о предупреждении не менее чем за два месяца. В дальнейшем практика изменилась, поскольку в соответствии с частью первой ст. 213 КЗоТ РФ "в случае увольнения... с нарушением установленного порядка увольнения... работник" должен был быть "восстановлен на прежней работе". В этой связи в специальной литературе обсуждался вопрос о внесении в закон дополнения о возможности сокращения срока предупреждения по соглашению сторон.

К сожалению, это предложение не было учтено и в части второй ст. 180 ТК РФ вновь было повторено: "О предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации, сокращением численности или штата работников организации работники предупреждаются работодателем персонально и под расписку не менее чем за два месяца до увольнения".

В то же время в ТК РФ в прежней редакции появилась часть третья ст. 180: "Работодатель с письменного согласия работника имеет право расторгнуть с ним трудовой договор без предупреждения об увольнении за два месяца с одновременной выплатой дополнительной компенсации в размере двухмесячного среднего заработка".

Наконец, предложения научных и практических работников были учтены в анализируемом Федеральном законе, в котором часть третья ст. 180 ТК РФ изложена в следующей редакции: "Работодатель с письменного согласия работника имеет право расторгнуть с ним трудовой договор до истечения срока, указанного в части второй настоящей статьи, выплатив ему дополнительную компенсацию в размере среднего заработка, исчисленного пропорционально времени, оставшегося до истечения срока предупреждения об увольнении".

Часть седьмая ст. 136 КЗоТ РФ ранее содержала важнейшую гарантию защиты трудовых прав работников: "Орган, рассматривающий трудовой спор, вправе учитывать тяжесть совершенного проступка, обстоятельства, при которых он совершен, предшествующее поведение работника, отношение к труду, а также соответствие дисциплинарного взыскания тяжести совершенного проступка". К сожалению, из ТК РФ данная правовая норма была изъята.

Вместе с тем в ч. 3 ст. 17 Конституции РФ обоснованно подчеркнуто, что "осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц". Полагаю, по межотраслевой аналогии закона можно обращаться и к п. 1 ст. 10 ГК РФ, в соответствии с которым "не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах". В общей теории права и в гражданском праве активно обсуждаются проблемы "шиканы" - недопустимости злоупотребления правом.

В соответствии с Конституцией РФ, общей теорией права и теорией гражданского права Верховный Суд РФ в п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" аргументированно разъяснил: "При рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что при реализации гарантий, предоставляемых Кодексом работникам... должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Анализируемым Федеральным законом данный пробел был частично восполнен, национальное трудовое право в известной степени приведено в соответствие с международным правом, Конституцией РФ и сложившейся судебной практикой. Статья 192 ТК РФ дополнена частью пятой следующего содержания: "При наложении дисциплинарного взыскания должны учитываться тяжесть совершенного проступка и обстоятельства, при которых он был совершен".

В соответствии с частью первой ст. 233 ТК РФ материальная ответственность стороны трудового договора наступает за ущерб, причиненный ею другой стороне этого договора в результате ее виновного противоправного поведения, если иное не предусмотрено ТК РФ и иными федеральными законами. "Иное" ранее прямо ст. 236 ТК РФ предусмотрено не было. На практике постоянно возникал вопрос: возможна ли уплата процентов за задержку выплаты заработной платы независимо от наличия вины работодателя?

Исходя из действовавшего ранее трудового законодательства, в п. 55 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" разъяснено: "При рассмотрении спора, возникшего в связи с отказом работодателя выплатить работнику проценты (денежную компенсацию) за нарушение срока выплаты заработной платы, оплаты отпуска, выплат при увольнении и других выплат, причитающихся работнику, необходимо иметь в виду, что исходя из содержания ст. 236 Кодекса, а также ст. 233 Кодекса, предусматривающей общие условия наступления материальной ответственности стороны трудового договора, суд вправе удовлетворить иск, если работодатель не докажет, что нарушение срока выплаты имело место не по его вине" <1>.

_____

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Наконец, в соответствии со ст. 233 ТК РФ законодатель обоснованно улучшил трудовые права работников, дополнив ст. 236 ТК РФ предложением следующего содержания: "Обязанность выплаты указанной денежной компенсации возникает независимо от наличия вины работодателя".

Недоумение у специалистов вызывала и часть вторая ст. 261 ТК РФ в прежней редакции: "В случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины работодатель обязан по ее заявлению продлить срок трудового договора ДО НАСТУПЛЕНИЯ У НЕЕ ПРАВА НА ОТПУСК ПО БЕРЕМЕННОСТИ И РОДАМ" (выделено мной. - Е.Е.). В подобных случаях у практических работников всегда возникал вопрос: если срок трудового договора продлевается только до наступления у нее права на отпуск по беременности и родам, то как же ей, уже не работнику, а гражданину, предоставлять отпуск?

Часть вторая ст. 261 ТК РФ в новой редакции "сняла" данное противоречие: "В случае истечения срочного трудового договора в период беременности женщины работодатель обязан по ее письменному заявлению и при предоставлении медицинской справки, подтверждающей состояние беременности, ПРОДОЛЖИТЬ СРОК ДЕЙСТВИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ДО ОКОНЧАНИЯ БЕРЕМЕННОСТИ" (выделено мной. - Е.Е.).

Достаточно часто на практике возникал и другой вопрос: какое решение должен был выносить суд, если увольнение было признано им незаконным, а срок трудового договора за время рассмотрения спора судом истек? На мой взгляд, суд мог лишь восстановить работнику нарушенное право, а не создавать для работодателя дополнительные трудовые обязанности, не обусловленные срочным трудовым договором. Восстанавливая работника на работе, суд только восстанавливает положение, существовавшее до нарушения права.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами поддерживаю новую редакцию части шестой ст. 394 ТК РФ: "Если увольнение признано незаконным, а срок трудового договора на время рассмотрения спора судом истек, то суд, рассматривающий индивидуальный трудовой спор, обязан изменить формулировку основания увольнения на увольнение по истечении срока трудового договора".

Длительное время на территории России фактически действовали многочисленные союзные и российские нормативные правовые акты, регулирующие трудовые отношения нередко в нарушение международного трудового права и Конституции РФ. В этой связи важнейшее практическое значение имеет и ст. 2 анализируемого Федерального закона, в соответствии с которой признаны не действующими на территории Российской Федерации 39 союзных нормативных правовых актов и признаны утратившими силу 16 российских нормативных правовых актов, регулирующих трудовые отношения.

II. К сожалению, несмотря на многочисленную и достаточно аргументированную критику в специальной литературе, целый ряд важнейших правовых норм в ТК РФ остался без необходимого изменения. Так, согласно части третьей ст. 4 ТК РФ в новой редакции "к принудительному труду также относится работа, которую работник вынужден выполнять под угрозой применения какого-либо наказания (насильственного воздействия), в то время как в соответствии с настоящим Кодексом или иными федеральными законами он имеет право отказаться от ее выполнения, в том числе в связи с... нарушением установленных сроков выплаты заработной платы или выплатой ее не в полном размере". В то же время, с моей точки зрения, в ТК РФ расширительно истолковано оценочное понятие "принудительный труд" по сравнению с международным трудовым правом. В частности, согласно ст. 2 Конвенции N 29 относительно принудительного или обязательного труда, принятой 28 июня 1930 г., "принудительный или обязательный труд" означает всякую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания или для которой это лицо не предложило добровольно своих услуг. Работник же добровольно "предложил свои услуги" в соответствии с трудовым договором, за невыполнение которого федеральным законом предусмотрена ответственность (ст. 236 ТК РФ).

Часть десятая ст. 5 ТК РФ, как и ранее, устанавливает: "Органы местного самоуправления имеют право принимать нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, в пределах своей компетенции в соответствии с настоящим Кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации". Однако ч. 1 ст. 72 Конституции РФ относит трудовое законодательство к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Органы местного самоуправления только могут наделяться законом отдельными государственными полномочиями с передачей необходимых для их осуществления материальных и финансовых средств (ч. 2 ст. 132 Конституции РФ).

Достаточно часто на практике с фактическими работниками заключают не трудовые, а гражданско-правовые договоры. Часть четвертая ст. 11 ТК РФ в новой редакции по существу вновь не отвечает на многочисленные вопросы, в самом общем виде декларирует: "В тех случаях, когда

судом установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права".

Весьма актуальным является вопрос и о характере правоотношений с членами совета директоров (наблюдательных советов) организаций. Трудовые? Гражданско-правовые? Какие-либо иные? Часть восьмая ст. 11 ТК РФ дает, на мой взгляд, довольно странный ответ на данный вопрос: "Трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, не распространяются на следующих лиц... членов советов директоров (наблюдательных советов) организаций, за исключением лиц, заключивших с данной организацией трудовой договор...".

В ст. 20 ТК РФ в прежней редакции было достаточно спорно установлено: "Работодатель - физическое либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работниками. В случаях, установленных федеральными законами, в качестве работодателя может выступать иной субъект, наделенный правом заключать трудовые договоры". На практике оценочное понятие "иной субъект" обычно толковали расширительно, имея в виду, например, директора филиала, представительства, руководителя структурного подразделения или непосредственного руководителя.

В ст. 20 ТК РФ в новой редакции оценочное понятие "иной субъект" сохранилось. В то же время ГК РФ выделяет только два вида "лиц": "граждане (физические лица)" и "юридические лица" (гл. 3 и 4 ГК РФ). Предлагаю исключить из части четвертой ст. 20 ТК РФ предложение: "В случаях, предусмотренных федеральными законами, в качестве работодателя может выступать иной субъект, наделенный правом заключать трудовые договоры".

Часть вторая ст. 59 ТК РФ, как и прежде, предоставляет право заключать срочный трудовой договор "по соглашению" сторон. Хотя, думаю, на момент заключения трудового договора достаточно сложно доказать "равенство" и "соглашение" сторон. Кроме того, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина только федеральным законом, а не "соглашением" сторон, достигнутым между работодателем и гражданином в непростой для последнего момент приема на работу.

Статья 55 ГК РФ устанавливает возможность образования только двух видов обособленных подразделений юридического лица: представительства или филиала. Вместе с тем в нарушение ст. 55 ГК РФ ст. 70 ТК РФ как в старой, так и в новой редакции предусматривает и "иные" "обособленные структурные подразделения", хотя гражданское право "иных" "обособленных структурных подразделений" не знает. В ст. 55 ГК РФ применяется понятие "обособленные подразделения". Названные противоречия носят не столько языковой, сколько сущностный характер и влияют на степень защиты трудовых прав работников.

Многие специалисты отмечали противоречие между частью третьей ст. 72 ТК РФ и частями второй и четвертой ст. 57 ТК РФ в прежней редакции. Часть третья ст. 72 ТК РФ устанавливала: "Не является переводом на другую постоянную работу и не требует согласия работника перемещение его в той же организации на другое рабочее место, в другое структурное подразделение этой организации".

Части же вторая и четвертая, наоборот, гарантировали, что место работы (с указанием структурного подразделения) является существенным условием трудового договора и может быть изменено только по соглашению сторон и в письменной форме.

К сожалению, данное очевидное противоречие сохранилось в ТК РФ и в новой редакции. Согласно части третьей ст. 72.1 "не требует согласия работника перемещение его у того же работодателя на другое рабочее место, в другое структурное подразделение... если это не влечет за собой изменения определенных сторонами условий трудового договора". В то же время, во-первых, в соответствии со ст. 57 ТК РФ место работы с указанием "обособленного структурного подразделения" является обязательным условием трудового договора; во-вторых, "изменение определенных сторонами условий трудового договора... допускается только по соглашению сторон трудового договора...".

Достаточно часто на практике специалисты не разграничивают расторжение трудового договора в связи с изменением существенных условий трудового договора и сокращением численности или штата работников. Как представляется, данная проблема имела место и в части шестой ст. 73 ТК РФ в прежней редакции: "Если работник отказывается от продолжения работы на условиях соответствующих режимов рабочего времени, то трудовой договор расторгается в соответствии с п. 2 ст. 81 настоящего Кодекса...".

Думаю, аналогичное противоречие воспроизведено и в части шестой ст. 74 ТК РФ в новой редакции: "Если работник отказывается от продолжения работы в режиме неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели, то трудовой договор расторгается в соответствии с п. 2 части первой ст. 81 настоящего Кодекса".

Статья 72 КЗоТ РФ ранее устанавливала достаточно аргументированное правило: в стаж работы, дающий право на оплачиваемый отпуск, включается: 1) фактически проработанное время; 2) время, когда работник фактически не работал по вине работодателя или состоянию здоровья.

Однако часть вторая ст. 121 ТК РФ сделала исключение из данного правила: в стаж включается время предоставляемых по просьбе работников отпусков без сохранения заработной платы продолжительностью менее семи календарных дней. Данное исключение сохранилось и в ст. 121 ТК РФ в новой редакции. Более того, продолжительность такого отпуска увеличена до 14 календарных дней.

Специалисты и работники ожидали от законодателя и разрешения вопроса о каком-то варианте оплаты периода приостановления работы работником в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней по ст. 142 ТК РФ. Судебная практика складывалась ранее самым разным образом. Увы, с таким нетерпением ожидаемого ответа мы не получили.

Множество споров в специальной литературе вызывала и ст. 278 ТК РФ, предоставляющая уполномоченным органам юридического лица, собственникам имущества организации либо уполномоченным собственником лицам (органам) право безмотивно досрочно прекращать трудовой договор с руководителем организации. На мой взгляд, без убедительной правовой аргументации Конституционный Суд РФ своим Постановлением от 15 марта 2005 г. N 3-П признал данную статью соответствующей Конституции РФ <1>.

_____

<1> Российская газета. 2005. 23 марта.

В анализируемом Федеральном законе ст. 278 ТК РФ, к сожалению, претерпела лишь редакционные изменения: "...в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица, либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) решения о прекращении трудового договора. Решение о прекращении трудового договора по указанному основанию в отношении руководителя унитарного предприятия принимается уполномоченным собственником унитарного предприятия органом в порядке, установленном Правительством Российской Федерации".

В новой редакции ст. 278 ТК РФ, к сожалению, не учтен важнейший вывод Конституционного Суда РФ, сформулированный им в п. 4.3 названного выше Постановления от 15 марта 2005 г. N 3-П: "Законодательное закрепление права досрочно прекратить трудовой договор с руководителем организации без указания мотивов увольнения не означает, что собственник обладает неограниченной свободой усмотрения при принятии такого решения, вправе действовать произвольно, вопреки целям предоставления указанного правомочия, не принимая во внимание законные интересы организации, а руководитель организации лишается гарантий судебной защиты от возможного произвола и дискриминации. Общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, как и запрещение дискриминации при осуществлении прав и свобод, включая запрет любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (статья 17, часть 3 статьи 19 Конституции Российской Федерации), в полной мере распространяется на сферу трудовых отношений, определяя пределы дискреционных полномочий собственника" <1>. На мой взгляд, ст. 278 ТК РФ необходимо применять с учетом названного выше ее толкования Конституционным Судом РФ и международного трудового права.

_____

<1> Российская газета. 2005. 23 марта.

Статья 279 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "В случае расторжения трудового договора с руководителем организации до истечения срока его действия по решению уполномоченного органа юридического лица либо собственника имущества организации, либо уполномоченного собственником лица (органа) при отсутствии виновных действий (бездействия) руководителя ему выплачивается компенсация за досрочное расторжение с ним трудового договора в размере, определяемом трудовым договором". На практике достаточно часто ситуация заходила в правовой тупик, поскольку трудовой договор зачастую не определял размер компенсации. Известны случаи и когда в трудовом договоре была записана по меньшей мере удивительная формула: "выплачивается компенсация в размере ноля рублей" (?!).

В анализируемом Федеральном законе, с одной стороны, учли правовую позицию Конституционного Суда РФ, высказанную им в названном выше Постановлении от 15 марта 2005 г. N 3-П, в настоящее время ст. 279 ТК РФ изложена в следующей редакции: "В случае прекращения трудового договора с руководителем организации в соответствии с п. 2 ст. 278 настоящего Кодекса при отсутствии виновных действий (бездействия) руководителя ему выплачивается компенсация в размере, определяемом трудовым договором, но не ниже трехкратного среднего месячного заработка". С другой стороны, думаю, данная редакция статьи оставляет без ответов все вопросы, поставленные выше практическими работниками. Как представляется, в случаях правовой неурегулированности в трудовых договорах с руководителями организаций размеров компенсаций необходимо по аналогии исследовать иные трудовые договоры с другими руководителями организаций.

Достаточно спорной являлась и ст. 288 ТК РФ в прежней редакции, в соответствии с которой "помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, трудовой договор с лицом, работающим по совместительству, может быть прекращен в случае приема на работу работника, для которого эта работа будет являться основной". Во-первых, невозможно практически принять на работу "основного" работника при отсутствии вакансии. Во-вторых, в соответствии с ч. 2 ст. 19 Конституции РФ "все равны перед законом и судом... независимо от... должностного положения... а также других обстоятельств".

В анализируемом Федеральном законе ст. 288 ТК РФ после слов "трудовой договор" дополнили словами "заключенный на неопределенный срок" и "о чем работодатель в письменной форме предупреждает указанное лицо не менее чем за две недели до прекращения трудового договора". С. Неверов называет данную новеллу в числе иных изменений трудового законодательства в пользу работников <1>. В то же время, на мой взгляд, статья стала еще более противоречивой: трудовой договор, заключенный на неопределенный срок, может быть прекращен, а срочный трудовой договор - нет. Как представляется, в соответствии с Конституцией РФ и международным трудовым правом трудовой договор с лицами, работающими по совместительству, может быть прекращен лишь на общих основаниях.

<1> См.: Неверов С. Изменение трудового законодательства в пользу работников // Вопросы трудового права. 2006. N 7. С. 5 - 6.

Статья 392 ТК РФ в прежней редакции по существу не отвечала на важнейший вопрос о том, как должен поступать суд в случае пропуска работником или работодателем срока для обращения в суд без уважительных причин: является ли пропуск срока самостоятельным основанием для отказа в иске? В анализируемом Федеральном законе, к сожалению, сделаны только редакционные изменения: "...в части второй статьи 392 слова "вреда, причиненного организации" заменить словами "ущерба, причиненного работодателю", слова "причиненного вреда" заменить словами "причиненного ущерба".

III. Как представляется, в целом ряде статей в анализируемом Федеральном законе весьма спорно восполнены пробелы в трудовом законодательстве. Так, часть первая ст. 5 ТК РФ в новой редакции к оценочному понятию "трудовое законодательство" относит ТК РФ, иные федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права. Согласно части седьмой ст. 11 ТК РФ "на государственных гражданских служащих и муниципальных служащих действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, РАСПРОСТРАНЯЕТСЯ С ОСОБЕННОСТЯМИ, предусмотренными федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, ЗАКОНАМИ И ИНЫМИ НОРМАТИВНЫМИ ПРАВОВЫМИ АКТАМИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.) о государственной гражданской службе".

Представляется необходимым, во-первых, разграничить в ст. 5 ТК РФ федеральное трудовое законодательство: ТК РФ и федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права. Во-вторых, в ст. 11 ТК РФ установить правило: федеральное законодательство о гражданской и муниципальной службе, а также трудовое законодательство имеют приоритет перед законами субъектов Российской Федерации о гражданской и муниципальной службе, а также содержащими нормы трудового права.

Достаточно противоречивое разрешение в анализируемом Федеральном законе соотношения иерархических и содержательных коллизий на практике может привести к преимущественному применению нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, нарушению федерального законодательства, серьезным ошибкам и многочисленным судебным спорам.

Такой правовой подход, думаю, по меньшей мере является дискуссионным. В теории права выработано следующее предложение: "...наиболее сложным видом коллизий норм является совпадение нескольких видов коллизий. Например, при возникновении темпоральных и иерархических коллизий приоритет необходимо отдавать норме, имеющей более высокую юридическую силу. Противоречие темпоральных и содержательных норм приводит к необходимости отдавать предпочтение специальной норме... в случае совпадения коллизий прежде всего приоритет отдается норме... имеющей более высокую юридическую силу, затем исключающим и специальным нормам и, наконец, нормам, принятым в более позднее время" <1>. Предлагаю уточнить редакцию части седьмой ст. 11 ТК РФ.

<1> Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 32 - 33.

В части четвертой ст. 57 ТК РФ в новой редакции установлено: "В трудовом договоре могут предусматриваться дополнительные условия, не ухудшающие положение работника по сравнению

с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, в частности... об обязанности работника отработать после обучения не менее установленного договором срока, если обучение проводилось за счет средств работодателя".

Вместе с тем, во-первых, "принудительный труд запрещен" (ч. 2 ст. 37 Конституции РФ); во-вторых, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, а не соглашением сторон трудового договора (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

На практике чрезвычайно актуальны споры, связанные со срочными трудовыми договорами. Думаю, количество таких споров может быть увеличено в связи с принятием в новой редакции части второй ст. 58 ТК РФ: "В случаях, предусмотренных частью второй ст. 59 настоящего Кодекса, срочный трудовой договор может заключаться по соглашению сторон трудового договора без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения".

Однако такая редакция части второй ст. 58 ТК РФ, во-первых, практически сводит на нет гарантии, установленные в первом предложении части второй ст. 58 ТК РФ: "Срочный трудовой договор заключается в случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения", поскольку "соглашение" сторон трудового договора при приеме на работу, как правило, по понятным причинам является вынужденным. Во-вторых, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, а не соглашением сторон (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ).

Статья 59 ТК РФ в прежней редакции предоставляла работнику и работодателю только право заключать срочный трудовой договор. Следовательно, в случаях, указанных ранее в ст. 59 ТК РФ, возможно было заключать трудовой договор и на неопределенный срок. Первое предложение ст. 59 ТК РФ изложено в иной редакции: "Срочный трудовой договор ЗАКЛЮЧАЕТСЯ..." (выделено мной. - Е.Е.). Норма сформулирована императивно, устанавливает не право, а обязанность сторон. В то же время, полагаю, буквальное и систематическое толкование части второй ст. 58 и части первой ст. 59 ТК РФ позволяет сделать важный практический вывод: заключение срочного трудового договора в случаях, указанных в части первой ст. 59 ТК РФ, возможно только с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения.

С позиции системного толкования ст. 16, 98 и 151 ТК РФ в прежней редакции специалисты Российской академии правосудия рекомендовали оформлять совмещение профессий или исполнение обязанностей временно отсутствующего работника другим трудовым договором. Часть третья ст. 60.2 "Совмещение профессий (должностей). Расширение зон обслуживания, увеличение объема работы. Исполнение обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором" в новой редакции установила: "Срок, в течение которого работник будет выполнять дополнительную работу, ее содержание и объем устанавливаются работодателем с письменного согласия работника". Естественно, на практике возникнет вопрос: "устанавливается" в какой форме? Думаю, систематическое толкование ст. 16 и 60.2 ТК РФ позволяет сделать вывод: в форме заключения другого трудового договора. При таком подходе вызывает по меньшей мере сомнение и часть четвертая ст. 60.2: "Работник имеет право досрочно отказаться от выполнения дополнительной работы, а работодатель - досрочно отменить поручение о ее выполнении, предупредив об этом другую сторону в письменной форме не позднее чем за три дня".

Не была достаточно понятой и часть четвертая ст. 61 ТК РФ в прежней редакции: "Если работник не приступил к работе в установленный срок без уважительных причин в течение недели, то трудовой договор аннулируется". В теории трудового права возник вопрос: какова правовая природа "аннулирования"? Практические работники постоянно задавали вопрос: как "технически" "аннулировать" трудовой договор?

Часть четвертая ст. 61 ТК РФ в новой редакции породила еще больше вопросов: "Если работник не приступил к работе в день начала работы, установленный в соответствии с частью второй или третьей настоящей статьи, то работодатель имеет право аннулировать трудовой договор. Аннулированный трудовой договор считается незаключенным. Аннулирование трудового договора не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному пенсионному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования".

Новая редакция правовой нормы может вызвать как минимум два дополнительных вопроса. Если трудовой договор считается "незаключенным", то, во-первых, является ли гражданин "работником"; во-вторых, может ли "незаключенный" трудовой договор быть источником прав и обязанностей для его сторон?

Довольно часто стороны не заключают трудовой договор, а гражданин фактически выполняет трудовые обязанности. В этой связи возник вопрос об испытании при фактическом

допущении к работе. В части второй ст. 70 ТК РФ в новой редакции установлено: "Отсутствие в трудовом договоре условия об испытании означает, что работник принят на работу без испытания. В случае, когда работник фактически допущен к работе без оформления трудового договора (часть вторая ст. 67 настоящего Кодекса), условие об испытании может быть включено в трудовой договор, только если стороны оформили его в виде отдельного соглашения до начала работы".

Как представляется, "отдельное соглашение" при фактическом допущении к работе, во-первых, практически маловероятно; во-вторых, по существу ограничивает трудовые права фактического работника. Предлагаю часть вторую ст. 70 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Отсутствие в трудовом договоре условия об испытании или фактическое допущение к работе без оформления трудового договора означает, что работник принят на работу без испытания".

Актуальным на практике является и вопрос об оформлении перевода на другую работу. Часть первая ст. 72 ТК РФ в прежней редакции отвечала на этот вопрос несколько неопределенно: "Перевод на другую постоянную работу... допускается только с письменного согласия работника". На практике "письменное согласие" работника оформляется самым разным образом: заявлениями, дополнительными соглашениями, другими трудовыми договорами и т.п. Статья 72 ТК РФ в новой редакции не "сняла" данный вопрос. Наоборот, появились новые: "Изменение определенных сторонами условий трудового договора, в том числе перевод на другую работу, допускается только по соглашению сторон трудового договора, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. Соглашение об изменении определенных сторонами условий трудового договора заключается в письменной форме". Обострился принципиальный вопрос: перевод на другую работу - разновидность изменения определенных сторонами условий трудового договора? На мой взгляд, нет. Скорее всего при переводе на другую работу по существу изменятся все определенные сторонами условия трудового договора. Отсюда, думаю, как в теоретическом, так и в практическом плане было бы более аргументированно расторгать ранее заключенный трудовой договор и заключать другой трудовой договор.

Спорным в теории и на практике является и вопрос о видах переводов на другую постоянную работу. Часть первая ст. 72 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "Перевод на другую постоянную работу в той же организации по инициативе работодателя, то есть изменение трудовой функции или изменение существенных условий трудового договора, а равно перевод на постоянную работу в другую организацию либо в другую местность вместе с организацией допускается только с письменного согласия работника". В специальной литературе уже анализировались спорные вопросы данной статьи <1>.

<1> См., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. С. 108 - 116.

Часть первая ст. 72.1 в новой редакции способствовала появлению новых вопросов: "Перевод на другую работу - постоянное или временное изменение трудовой функции работника и (или) структурного подразделения, в котором работает работник (если структурное подразделение было указано в трудовом договоре), при продолжении работы у того же работодателя, а также перевод на работу в другую местность вместе с работодателем".

Как представляется, по меньшей мере спорно относить к переводу на другую работу изменение структурного подразделения. Думаю, действительным переводом на другую работу можно рассматривать только постоянное или временное изменение трудовой функции.

На практике нередко возникает вопрос о возможности временного перевода на другую работу на длительный срок. Часть первая ст. 72.2 ТК РФ, с одной стороны, такую возможность предоставляет:

"По соглашению сторон, заключаемому в письменной форме, работник может быть временно переведен на другую работу у того же работодателя на срок до одного года, а в случаях, когда такой перевод осуществляется для замещения временно отсутствующего работника, за которым в соответствии с законом сохраняется место работы, - до выхода этого работника на работу. Если по окончании срока перевода прежняя работа работнику не предоставлена, а он не потребовал ее предоставления и продолжает работать, то условие соглашения о временном характере перевода утрачивает силу и перевод считается постоянным".

К сожалению, в федеральных законах достаточно часто используется оценочное понятие "считается", например: в ст. 58 ТК РФ - "считается заключенным на неопределенный срок"; в ст. 61 ТК РФ - "считается незаключенным" и т.д. На мой взгляд, во-первых, оценочное понятие "считается" достаточно неопределенно и практически мало что разъясняет правоприменителям. Во-вторых, часть первая ст. 72.2 входит в определенное противоречие с частью второй ст. 67 ТК РФ: "При фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позднее трех дней со дня фактического допущения работника к работе". На мой взгляд, во всех вышеназванных и иных аналогичных случаях более обоснованно не "считать", а соответственно заключать или расторгать трудовые договоры.

В процессе подготовки Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" весьма активно обсуждалась проблема предоставления вакансий работнику при отсутствии работы в подразделении, отказе работника от предложенной работы, сокращении численности или штата работников. Многие специалисты полагали, что необходимо предлагать вакансии только в данной местности, где находится подразделение, в котором фактически работает работник. С моей точки зрения, вакансии необходимо было предоставлять в организации в целом, в том числе во всех ее обособленных подразделениях, находящихся в различных населенных пунктах, так как стороной трудового договора является юридическое лицо, а не его подразделения.

В результате последняя точка зрения применительно к части второй ст. 81 ТК РФ победила и в п. 29 названного Постановления было разъяснено: "В соответствии с частью второй ст. 81 Кодекса увольнение работника в связи с сокращением численности или штата работников организации допускается, если невозможно перевести работника с его согласия на другую работу. Исходя из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом (часть 1 ст. 19 Конституции РФ), а также учитывая положения части первой ст. 180 и части третьей ст. 73 Кодекса, работодатель в указанном случае обязан предложить работнику работу (вакантную должность) В ТОЙ ЖЕ ОРГАНИЗАЦИИ..." <1> (выделено мной. - Е.Е.). В этой связи достаточно спорным представляется мнение А. Леонова: "В соответствии с позицией, высказанной Верховным Судом РФ в Постановлении Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г., во всех случаях, когда кодекс предписывает работодателю предлагать работнику перед его увольнением другую работу, эта обязанность ограничивается предложением всех соответствующих вакансий, имеющихся у него в данной местности" <2>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

<2> Леонов А. Новый этап в развитии современного отечественного трудового законодательства // Вопросы трудового права. 2006. N 7. С. 11.

Действительно, в целом ряде статей анализируемого Федерального закона, например в части третьей ст. 81 и в части третьей ст. 74 ТК РФ, используется новая "формула": "Работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие указанным требованиям вакансии, имеющиеся у него в данной местности. Предлагать вакансии в других местностях работодатель обязан, если это предусмотрено коллективным договором, соглашениями, трудовым договором". На мой взгляд, ТК РФ в этой части сделал шаг назад по сравнению с ранее действовавшим трудовым законодательством. Стороной трудового договора, как и ранее, является не подразделение, а юридическое лицо. Кроме того, "в Российской Федерации не должны издаваться законы, отмечающие или умаляющие права и свободы человека и гражданина" (ч. 2 ст. 55 Конституции РФ).

Трудовые правоотношения при реорганизации юридических лиц - одна из сложнейших и недостаточно разработанных законодателем и специалистами проблем в трудовом праве. Достаточно аргументированного ответа не было в части второй ст. 29 КЗоТ РФ. Часть пятая ст. 75 ТК РФ также была весьма неопределенна: "При изменении подведомственности (подчиненности) организации, а равно при ее реорганизации (слиянии, присоединении, разделении, выделении, преобразовании) трудовые отношения с согласия работника продолжаются".

Еще больше вопросов появилось в связи с изложением части пятой ст. 75 в новой редакции: "Изменение подведомственности (подчиненности) организации или ее реорганизация (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование) не может являться основанием для расторжения трудовых договоров с работниками организации".

Вместе с тем реорганизация юридических лиц (за исключением реорганизации в форме присоединения) влечет за собой прекращение деятельности юридических лиц, исключение их из реестра юридических лиц и создание иных юридических лиц. В этой связи, думаю, было бы более обоснованным по соглашению сторон работникам расторгать трудовые договоры с реорганизованными юридическими лицами и заключать трудовые договоры с вновь созданными юридическими лицами.

В специальной литературе постоянно возникал вопрос о возможности расторжения трудового договора по п. 7 и 8 части первой ст. 81 ТК РФ в случае, когда виновные действия, дающие основания для утраты доверия, либо аморальный поступок совершились не по месту работы или по месту работы, но не в связи с исполнением им трудовых обязанностей. Буквальное, а не расширительное толкование п. 7 и 8 ст. 81 ТК РФ, полагаю, позволяло давать лаконичный ответ: невозможно <1>.

<1> Более подробно см., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. С. 180 - 186.

К сожалению, анализируемым Федеральным законом ст. 81 ТК РФ дополнена спорной частью пятой следующего содержания:

"Увольнение работника по основанию, предусмотренному п. 7 и 8 части первой настоящей статьи, в случаях, когда виновные действия, дающие основания для утраты доверия, либо соответственно аморальный проступок совершены работником вне места работы или по месту работы, но не в связи с исполнением им трудовых обязанностей, не допускается позднее одного года со дня обнаружения проступка работодателем".

Вместе с тем, думаю, достаточно очевидно, что за пределами трудовых отношений гражданин, а не работник может быть привлечен лишь к административной или уголовной, но не к дисциплинарной ответственности. В этой связи законодатель был вынужден принять довольно странную часть третью ст. 192 ТК РФ: "К дисциплинарным взысканиям, в частности, относится увольнение работника по основаниям, предусмотренным п. 5, 6, 9 или 10 части первой ст. 81 или п. 1 ст. 336 настоящего Кодекса, а также п. 7 и 8 части первой ст. 81 настоящего Кодекса в случаях, когда виновные действия, дающие основания для утраты доверия, либо соответственно аморальный проступок совершены работником по месту работы и в связи с исполнением им трудовых обязанностей".

На практике всегда возникает вопрос о последнем дне работы в случае, например, совершения работником длительного прогула. Ранее прямого ответа на этот вопрос в ТК РФ не было. В настоящее время ТК РФ дополнен ст. 84.1. Согласно части третьей ст. 84.1 "днем прекращения трудового договора во всех случаях является последний день работы работника, за исключением случаев, когда работник фактически не работал, но за ним, в соответствии с настоящим Кодексом или иным федеральным законом, сохранялось место работы (должность)".

Полагаю, в данной норме имеется определенная "недоговоренность", незавершенность. Предлагаю изложить часть третью ст. 84.1 в следующей редакции: "Днем прекращения трудового договора является последний день работы работника либо день издания приказа о прекращении трудового договора".

Множество споров на практике вызвала ст. 126 ТК РФ "Замена ежегодного оплачиваемого отпуска денежной компенсацией". Ранее ст. 75 КЗоТ РФ прямо запрещала замену отпуска денежной компенсацией. Часть первая ст. 126 ТК РФ далее установила весьма неопределенное правило: "часть отпуска, превышающая 28 календарных дней, по письменному заявлению работника может быть заменена денежной компенсацией". Возник знаменитый вопрос: что же такое "часть отпуска, превышающая 28 календарных дней"?

В части второй ст. 126 ТК РФ в новой редакции делается весьма спорная попытка дать ответ на данный вопрос:

"При суммировании ежегодных оплачиваемых отпусков или перенесении ежегодного оплачиваемого отпуска на следующий рабочий год денежной компенсацией могут быть заменены часть каждого ежегодного оплачиваемого отпуска, превышающая 28 календарных дней, или любое количество дней из этой части".

Вместе с тем, во-первых, перенос ежегодного оплачиваемого отпуска допускается только "в исключительных случаях, когда предоставление отпуска работнику в текущем рабочем году может неблагоприятно отразиться на нормальном ходе работы организации" (часть третья ст. 124 ТК РФ). Во-вторых, часть третью ст. 124 ТК РФ, думаю, довольно трудно соотнести с Конвенцией МОТ N 29 относительно принудительного или обязательного труда и ч. 2 ст. 37 Конституции РФ, запрещающими принудительный труд. В-третьих, предоставление дополнительных или удлиненных основных отпусков не право, а обязанность работодателя (ст. 114 - 116 и 120 ТК РФ). В-четвертых, часть пятая ст. 37 Конституции РФ гарантирует работникам ежегодный оплачиваемый отпуск, а не компенсацию за него.

Статья 151 ТК РФ в прежней редакции содержала два понятия: "совмещение профессий" и "исполнение обязанностей временно отсутствующего работника". На мой взгляд, данные правовые институты по существу позволяли регулировать все возможные варианты одновременного исполнения как своих трудовых обязанностей, так и трудовых обязанностей по вакантным должностям или трудовых обязанностей временно отсутствующих работников.

В то же время на практике достаточно часто применялись незаконные спорные понятия "расширение зон обслуживания" и "увеличение объема работы". К сожалению, в новой редакции ст. 151 ТК РФ восприняла дискуссионную практику отдельных организаций. Статья 151 ТК РФ в настоящее время называется "Оплата труда при совмещении профессий (должностей), расширении зон обслуживания, увеличении объема работы или исполнении обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором". Поскольку законодатель не уточнил оценочные понятия "расширение зон обслуживания" и "увеличение объема работы", постольку на практике неизбежно возникнут вопросы и ошибки. Предлагаю вернуться к названию ст. 151 ТК РФ в прежней редакции.

Как представляется, гл. 32 "Ученический договор" является одной из самых спорных глав в ТК РФ. В самом деле ст. 198 ТК РФ в прежней редакции предусматривала возможность

заключения ученического договора, носящего гражданско-правовой характер, с лицом, ищущим работу. В то же время очевидно, что трудовое законодательство регулирует только трудовые, а не гражданско-правовые отношения.

Анализируемым Федеральным законом в части второй первое предложение "ученический договор с лицом, ищущим работу, является гражданско-правовым и регулируется гражданским законодательством и иными актами, содержащими нормы гражданского права" исключено. Но исключены и слова "и регулируется трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового договора". В части второй ст. 198 ТК РФ осталось только предложение: "Ученический договор с работником данной организации является дополнительным к трудовому договору". Вместе с тем согласно части первой ст. 198 ТК РФ и в новой редакции работодатель - юридическое лицо (организация) имеет право заключать два вида ученических договоров:

1) с лицом, ищущим работу;

2) с работником данной организации на профессиональное обучение без отрыва или с отрывом от работы.

Отсюда остается открытым вопрос о характере правоотношений с лицом, ищущим работу (пока еще не с работником). Судя по редакции статьи, отношения между лицом, ищущим работу, и организацией могут быть скорее всего гражданско-правовыми. Следовательно, трудовой договор не может быть заключен. Отсюда возникает вопрос: может ли ученический договор "дополнять" отсутствующий трудовой договор? Думаю, нет. В этой связи предлагаю изъять из ст. 198 ТК РФ слова о возможности заключения ученического договора с лицом, ищущим работу.

Вызывает сомнение и возможность заключения второго вида ученического договора - с работником данной организации на профессиональное обучение без отрыва или с отрывом от работы. Прежде всего, во-первых, организация-работодатель может заниматься образовательной деятельностью только при наличии специальной правоспособности, подтвержденной лицензией (ст. 49 ГК РФ). Как правило, на практике лицензия отсутствует, но организации занимаются обучением и выдают документы. В случае же если образовательную услугу оказывает иное лицо, то такой договор носит гражданско-правовой характер и предусмотрен гл. 39 "Возмездное оказание услуг" ГК РФ. Лицо, получающее образовательную услугу, - гражданин является заказчиком и должно самостоятельно оплатить услугу. Предлагаю привести ст. 198 ТК РФ в соответствие с ГК РФ. Возникает вопрос и об обоснованности ст. 208 ТК РФ в новой редакции: ученический договор прекращается по окончании срока обучения или по основаниям, предусмотренным этим договором? Полагаю, необходимо обсудить вопрос и в целом о правомерности нахождения в ТК РФ гл. 32 "Ученический договор". Как представляется, объективно необходимые проблемы, связанные с обучением работников, могут быть разрешены в соответствии со ст. 249 ТК РФ.

Согласно ст. 249 ТК РФ в прежней редакции "работник обязан возместить затраты, понесенные работодателем при направлении его на обучение за счет средств работодателя, в случае увольнения без уважительных причин до истечения срока, обусловленного трудовым договором или соглашением об обучении работника за счет средств работодателя".

К сожалению, анализируемым Федеральным законом ст. 249 ТК РФ существенно изменена: "В случае увольнения без уважительных причин до истечения срока, обусловленного трудовым договором или соглашением об обучении за счет средств работодателя, работник обязан возместить затраты, понесенные работодателем на его обучение, исчисленные пропорционально фактически не отработанному после окончания обучения времени, ЕСЛИ ИНОЕ НЕ ПРЕДУСМОТРЕНО ТРУДОВЫМ ДОГОВОРОМ ИЛИ СОГЛАШЕНИЕМ ОБ ОБУЧЕНИИ" (выделено мной. - Е.Е.).

Как представляется, сформулированная законодателем диспозитивная правовая норма - "возмещается, если иное не предусмотрено договором" - на практике может привести к злоупотреблению правом со стороны некоторых должностных лиц работодателя. Предлагаю вернуться к прежней редакции ст. 249 ТК РФ.

Статья 288 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "Помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, трудовой договор с лицом, работающим по совместительству, может быть прекращен в случае приема на работу работника, для которого эта работа будет являться основной".

Анализируемым Федеральным законом ст. 288 ТК РФ после слов "трудовой договор" дополнена словами "заключенный на неопределенный срок, о чем работодатель в письменной форме предупреждает указанное лицо не менее чем за две недели до прекращения трудового договора".

Как представляется, и несколько улучшенный законодателем новый вариант редакции ст. 288 ТК РФ довольно сложно соотнести с Конституцией РФ и другими статьями ТК РФ. Так, в соответствии с ч. 1 и 2 ст. 19 Конституции РФ "все равны перед законом и судом... независимо... от имущественного и должностного положения... а также от других обстоятельств". В этой связи правовую норму, предусматривающую возможность прекращения трудового договора с

работником-совместителем в связи с заключением трудового договора с "основным" работником, думаю, можно рассматривать как не соответствующую Конституции РФ. Кроме того, ст. 56 и 57 ТК РФ предполагают, что на момент заключения трудового договора, в том числе на основную работу, должна быть вакантная должность. Статья же 288 ТК РФ как в прежней, так и в новой редакции предусматривает возможность заключения трудового договора при отсутствии вакантной должности. Предлагаю ст. 288 исключить из ТК РФ.

Часть первая ст. 332 ТК РФ в прежней редакции не отвечала на вопрос о том, как оформляются трудовые отношения при избрании работника по конкурсу на замещение ранее занимаемой им по срочному трудовому договору должности научно-педагогического работника. В анализируемом Федеральном законе ст. 332 ТК РФ дополнена частью восьмой: "При избрании работника по конкурсу на замещение ранее занимаемой им по срочному трудовому договору должности научно-педагогического работника новый трудовой договор МОЖЕТ НЕ ЗАКЛЮЧАТЬСЯ (выделено мной. - Е.Е.). В этом случае действие срочного трудового договора с работником продлевается по соглашению сторон, заключаемому в письменной форме, на определенный срок не более пяти лет или на неопределенный срок".

Представляется, что данная правовая норма вошла в противоречие с другими статьями ТК РФ. Например, в соответствии с п. 2 части первой ст. 77 ТК РФ "основаниями ПРЕКРАЩЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.) являются... истечение срока трудового договора (ст. 79 настоящего Кодекса)...". Срочный трудовой договор потому и называется срочным, что прекращает свое действие по истечении его срока. На мой взгляд, в дальнейшем по соглашению сторон (в последнем случае и избрания по конкурсу) было бы более обоснованно заключать другой трудовой договор, оформлять его приказом и делать об этом запись в трудовую книжку. Другой вариант, предусмотренный законом, - продление по соглашению сторон на практике может вызвать множество проблем и споров, так как права и обязанности трудового договора будут неизбежно изменяться и дополняться.

Предлагаю часть восьмую ст. 332 ТК РФ изложить в следующей редакции: "При избрании работника по конкурсу на замещение ранее занимаемой им по срочному трудовому договору должности научно-педагогического работника заключается новый трудовой договор на определенный срок не более пяти лет или на неопределенный срок".

IV. К сожалению, на мой взгляд, в ТК РФ появились и правовые нормы, ухудшающие права работников по сравнению с ранее действовавшими статьями ТК РФ. Так, ранее в специальной литературе по теории права традиционно оценочное понятие "законодательство" рассматривалось в "широком" смысле как совокупность всех нормативных правовых актов и в "узком" смысле - только собственно законов. На практике это приводило к фактическому низведению законов до уровня подзаконных нормативных актов.

В этой связи, например, заслуживает всяческой поддержки п. 2 ст. 3 ГК РФ: "гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним ИНЫХ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ЗАКОНОВ..." (выделено мной. - Е.Е.). Учитывая столь негативный практический опыт, вызывают сомнение, например, изменения в ст. 13 ТК РФ: "В наименовании слова "законов и иных нормативных правовых" заменить словами "трудового законодательства и иных". Думаю, на практике оценочное понятие "трудовое законодательство" вновь будет толковаться в "широком" смысле слова. Предлагаю вернуться к прежней редакции статьи, так как далеко не все правоприменители на практике будут толковать оценочное понятие "трудовое законодательство" в системе со ст. 5 ТК РФ. Аналогичное предложение можно сделать и по другим статьям ТК РФ, например ст. 16, 50 и т.д.

На практике достаточно часто, полагаю, умышленно в действующие гражданские и трудовые договоры не включают существенные условия договора вообще или "прячут" их в "дополнительных соглашениях, считающихся неотъемлемой частью договора". К сожалению, анализируемый Федеральный закон пошел по данному весьма спорному пути. Статья 57 ТК РФ дополнена частью третьей следующего содержания:

"Если при заключении трудового договора в него не были включены какие-либо сведения и (или) условия из числа предусмотренных частями первой и второй настоящей статьи, то это не является основанием для признания трудового договора незаключенным или его расторжения. Трудовой договор должен быть дополнен недостающими сведениями и (или) условиями. При этом недостающие сведения вносятся непосредственно в текст трудового договора, а недостающие условия определяются приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон, заключаемым в письменной форме, которые являются неотъемлемой частью трудового договора".

На мой взгляд, оценочные понятия "приложение", "неотъемлемая часть" и т.п. являются весьма спорными с точки зрения ГК РФ и иных статей ТК РФ. Согласно ст. 450 ГК РФ гражданские договоры "заключаются", "изменяются" и "расторгаются". Часть первая ст. 9 ТК РФ установила: "...регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться путем ЗАКЛЮЧЕНИЯ, ИЗМЕНЕНИЯ, ДОПОЛНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) работниками и работодателями коллективных договоров, соглашений, трудовых договоров".

С учетом систематического толкования правовых норм ГК РФ и ТК РФ предлагаю, во-первых, исключить из части третьей ст. 57 ТК РФ спорные оценочные понятия "приложение", "отдельное соглашение", "неотъемлемая часть"; во-вторых, исключить последнее предложение из части третьей ст. 57 ТК РФ; в-третьих, дополнить предпоследнее предложение в части третьей ст. 57 ТК РФ после слова "условиями" словами "в форме дополнения к трудовому договору".

Пунктом 3 части первой ст. 81 ТК РФ работодателю предоставлено право расторгать трудовой договор в случае "несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации". На практике возник вопрос: кто и в соответствии с каким нормативным правовым актом определяет необходимость и порядок проведения аттестации? Практика, на мой взгляд, пошла по спорному пути - основания и порядок проведения аттестации устанавливаются локальным нормативным актом.

К сожалению, данная практика была в определенной мере воспринята и законодателем в части второй ст. 81 ТК РФ: "Порядок проведения аттестации (п. 3 части первой настоящей статьи) устанавливается трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, принимаемыми с учетом мнения представительного органа работников".

В то же время ч. 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует: права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом. В этой связи предлагаю часть вторую ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Основание и порядок проведения аттестации (п. 3 части первой настоящей статьи) устанавливаются федеральными законами".

Глава 2. ЗАКЛЮЧЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

§ 1. Заключение трудового договора на неопределенный срок

Трудовой договор - двустороннее соглашение между работодателем и работником, устанавливающее его обязательные условия, определенные законом, и дополнительные условия, выработанные сторонами трудового договора. Часть вторая ст. 57 ТК РФ в прежней редакции предусматривала необходимость определения существенных условий трудового договора. Данная правовая норма по межотраслевой аналогии закона была выработана в соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ: "существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение".

16 июня 2006 г. Государственной Думой РФ был принят Федеральный закон "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>. "Статья 57, определяющая содержание трудового договора, - заметил А. Леонов, - приведена в соответствие с общеправовыми принципами деления договорных условий на обязательные и дополнительные, поскольку гражданско-правовая конструкция, выделяющая "существенные" условия договора и внесенная в Трудовой кодекс при его принятии, привела к большому числу практических проблем. Предлагаемый подход, с одной стороны, расширяет возможности индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений, развивая тем самым одно из основных направлений реформы трудового законодательства, а с другой стороны, позволяет повысить гарантии соблюдения сторонами (прежде всего - работодателями) определенных сторонами условий трудового договора" <2>. Вместе с тем, на мой взгляд, во-первых, введенное законодателем новое оценочное понятие "обязательные условия трудового договора" вместо "существенных условий трудового договора" не "расширяет возможности индивидуального договорного регулирования трудовых отношений", поскольку обязательные условия трудового договора "обязательно" должны быть в заключаемых трудовых договорах. Во-вторых, не только "существенные", но и "обязательные" условия трудового договора, думаю, позволят "повысить гарантии соблюдения сторонами (прежде всего работодателями) определенных сторонами условий трудового договора".

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

<2> Леонов А. Указ. соч. С. 10.

Думаю, анализ ст. 57 ТК РФ в новой редакции позволяет сделать вывод о том, что структурно трудовой договор как минимум должен состоять из трех разделов. Первый: стороны трудового договора. Второй: обязательные условия трудового договора. Третий: дополнительные условия трудового договора. Стороны трудового договора - работник и работодатель. На практике

возникает довольно много спорных теоретических и практических вопросов, связанных со сторонами трудового договора. Так, по общему правилу "заключение трудового договора допускается с лицами, достигшими возраста шестнадцати лет" (часть первая ст. 63 ТК РФ). В то же время "в случаях получения основного общего образования либо продолжения освоения программы основного общего образования по иной, чем очная, форме обучения, либо оставления в соответствии с федеральным законом общеобразовательного учреждения трудовой договор могут заключать лица, достигшие возраста пятнадцати лет, для выполнения легкого труда, не причиняющего вреда их здоровью" (часть вторая ст. 63 ТК РФ). На практике в некоторых случаях возникает необходимость заключать трудовой договор также и с гражданином, достигшим четырнадцати лет. Думаю, в части третьей ст. 63 ТК РФ сформулирована спорная правовая норма: "С СОГЛАСИЯ ОДНОГО ИЗ РОДИТЕЛЕЙ (выделено мной. - Е.Е.) (попечителя) и органа опеки и попечительства трудовой договор может быть заключен с учащимся, достигшим возраста четырнадцати лет, для выполнения в свободное от учебы время легкого труда, не причиняющего вреда его здоровью и не нарушающего процесса обучения".

Вместе с тем с позиции системного толкования трудового, гражданского и семейного права, полагаю, возможно сделать и иной вывод. Так, "несовершеннолетние в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет вправе самостоятельно, без согласия работодателей, усыновителей и попечителя... распоряжаться своим заработком..." (п. 2 ст. 26 ГК РФ). "Родители имеют равные права и несут равные обязанности в отношении своих детей (родительские права)" (п. 2 ст. 61 Семейного кодекса РФ). "Защита прав и интересов детей возлагается на их родителей. РОДИТЕЛИ (выделено мной. - Е.Е.) являются законными представителями своих детей и выступают в защиту их прав и интересов в отношениях с любыми физическими и юридическими лицами, в том числе в судах, без специального полномочия. Родители не вправе представлять интересы своих детей, если органом опеки и попечительства установлено, что между интересами родителей и детей имеются противоречия. В случае разногласия между родителями и детьми орган опеки и попечительства обязан назначить представителя для защиты прав и интересов детей" (ст. 64 Семейного кодекса РФ).

В связи с изложенными правовыми нормами представляется весьма спорным положение части третьей ст. 63 ТК РФ о возможности дачи согласия только одного из родителей на заключение трудового договора с учащимся, достигшим возраста четырнадцати лет. Учитывая правовые нормы, содержащиеся в ГК РФ и Семейном кодексе РФ, предлагаю изложить часть третью ст. 63 ТК РФ в следующей редакции: "С согласия родителей (попечителя) или органа опеки и попечительства трудовой договор может быть заключен с гражданином, достигшим возраста четырнадцати лет, для выполнения в свободное от учебы время легкого труда, не причиняющего вреда его здоровью и не нарушающего процесса обучения. В случае разногласий между родителями или родителями и несовершеннолетними орган опеки и попечительства обязан назначить представителя защиты его прав и законных интересов".

В первом разделе трудового договора (а не в его конце, как это традиционно было ранее) также указываются сведения о документах, удостоверяющих личность работника, - паспорте или ином документе, удостоверяющем личность (ст. 65 ТК РФ). Важно подчеркнуть: перечень документов, предъявляемых при заключении трудового договора, исчерпывающе установлен ст. 65 ТК РФ.

Перечень документов, предъявляемых при заключении трудового договора, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ должен быть исчерпывающе установлен в федеральных законах. Вместе с тем ст. 65 ТК РФ как в прежней, так и в действующей редакции в отдельных случаях допускает необходимость предъявления дополнительных документов в соответствии с подзаконными нормативными правовыми актами.

В этой связи предлагаю ст. 65 ТК РФ "Документы, предъявляемые при заключении трудового договора" изложить в следующей редакции: "При заключении трудового договора гражданин, поступающий на работу, предъявляет работодателю:

- паспорт или иной документ, удостоверяющий личность;
- трудовую книжку, за исключением случаев, когда трудовой договор с гражданином заключается впервые или он поступает на работу на условиях внешнего совместительства;
- страховое свидетельство государственного пенсионного страхования;
- документы воинского учета - для военнообязанных лиц, подлежащих призыву на военную службу;
- документ об образовании, о квалификации или наличии специальных знаний - при поступлении на работу, требующую специальных знаний или специальной подготовки.

В отдельных случаях с учетом специфики работы настоящим Кодексом и иными федеральными законами может предусматриваться необходимость предъявления при заключении трудового договора дополнительных документов.

Требовать от гражданина, поступающего на работу, иные документы запрещается.

При заключении трудового договора с гражданином впервые трудовая книжка и страховое свидетельство государственного пенсионного страхования оформляются работодателем.

В случае отсутствия у лица, поступающего на работу, трудовой книжки в связи с ее утратой, повреждением или по иной причине работодатель обязан по письменному заявлению этого лица (с указанием причины отсутствия трудовой книжки) оформить новую трудовую книжку".

Другой стороной трудового договора является работодатель. Согласно гл. 3 "Граждане (физические лица)" и гл. 4 "Юридические лица" ГК РФ существуют два вида лиц: физические лица и юридические лица. Соответственно исходя из смысла ст. 57 ТК РФ работодателями могут быть только физические или юридические лица. В свою очередь, гл. 3 "Граждане (физические лица)" ГК РФ предусматривает два вида физических лиц: без государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя и с государственной регистрацией в качестве индивидуального предпринимателя.

В этой связи предлагаю п. 1 части первой ст. 57 ТК РФ изложить в следующей редакции:

"В трудовом договоре указываются его стороны - работник и работодатель (фамилия, имя, отчество работника и наименование юридического лица или фамилия, имя, отчество работодателя - физического лица либо индивидуального предпринимателя)".

Достаточно часто трудовой договор с работниками заключают не руководители организаций, а их заместители или иные работники, не имеющие надлежаще оформленных полномочий. С целью снятия в дальнейшем возможных судебных споров необходимо оформлять также полномочия, на мой взгляд, не только в соответствующих приказах, но и в трудовых договорах с данными работниками. Такое предложение можно аргументировать тем, что индивидуальные трудовые права любого работника прежде всего основаны на трудовом договоре (ст. 56 ТК РФ).

Еще больше проблем на практике возникает при заключении трудового договора с юридическими лицами, имеющими обособленные подразделения. Во-первых, согласно п. 1 ст. 55 ГК РФ существуют только два вида обособленных подразделений: представительства и филиалы. Во-вторых, представительства и филиалы не являются юридическими лицами (п. 3 ст. 55 ГК РФ). В-третьих, руководители представительств и филиалов назначаются юридическим лицом, действуют на основании его доверенности от имени и для юридического лица (п. 3 ст. 55 ГК РФ).

К сожалению, ТК РФ как в прежней, так и в настоящей редакции содержал и содержит, полагаю, спорные правовые нормы с позиции ГК РФ. Так, в целом ряде правовых норм, содержащихся в ТК РФ, записано: "...филиалы, представительства или иные обособленные структурные подразделения" (например, в ст. 70 и 81 ТК РФ). Вместе с тем, во-первых, по ГК РФ существуют только два вида подразделений: "структурные" и "обособленные". Структурные подразделения расположены в месте нахождения юридических лиц. Обособленные подразделения располагаются вне места нахождения юридических лиц. (п. 2 ст. 55 ГК РФ). Создание "обособленных структурных подразделений" ГК РФ не предусмотрено. Во-вторых, ст. 55 ГК РФ предусматривает только два вида обособленных подразделений: представительства и филиалы. "Иных" обособленных, тем более "структурных", подразделений ГК РФ не предусматривает.

Наконец, достаточно часто в нарушение ст. 55 ГК РФ руководители обособленных подразделений заключают гражданско-правовые и трудовые договоры не от имени и для юридического лица, а от имени и для обособленного подразделения, принимают на работу собственно в филиал или представительство, а не в юридическое лицо. В результате при переходе работника, например, из одного филиала в другой филиал одного и того же юридического лица с работником, как правило, один трудовой договор расторгается и заключается другой трудовой договор. Вместе с тем, на мой взгляд, в этих случаях в действительности в рамках одного юридического лица и трудового договора лишь изменяются отдельные условия одного трудового договора, заключенного работником и работодателем, в частности место работы и рабочее место. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю п. 4 части первой ст. 57 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Сведения о представителе работодателя, подписавшем трудовой договор, и правоустанавливающих документах, в соответствии с которыми он наделен соответствующими полномочиями".

В трудовом договоре также указываются место и дата заключения трудового договора. Исходя из изложенных выше правовых аргументов, думаю, местом заключения трудового договора, как правило, может быть место нахождения юридического лица (п. 2 ст. 54 ГК РФ) либо его обособленного подразделения или место жительства работника. Кроме того, ранее, как правило, в трудовых договорах указывалась какая-то дата. На практике всегда возникал вопрос: что означает данная дата? Это дата - день заключения трудового договора, вступления трудового договора в силу или начала работы? В этой связи практически важно восполнение законодателем существовавшего в КЗоТ РФ пробела - "дата ЗАКЛЮЧЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) трудового договора". Отсюда даты заключения трудового договора, вступления трудового договора в силу и начала работы могут и не совпадать. Поскольку место и дата заключения трудового договора являются его обязательными условиями и прямо не относятся к сторонам трудового договора,

постольку предлагаю исключить п. 5 из части первой ст. 57 ТК РФ и ввести его в часть вторую ст. 57 ТК РФ.

Действующая часть вторая ст. 57 ТК РФ предусматривает девять обязательных условий трудового договора: место работы, трудовая функция, дата начала работы, условия оплаты труда, режим рабочего времени и времени отдыха (если для данного работника он отличается от общих правил, действующих у данного работодателя), компенсации за тяжкую работу и работу с вредными и (или) опасными условиями труда, условия, определяющие в необходимых случаях характер работы, условия об обязательном социальном страховании работника, другие условия, предусмотренные нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права.

В соответствии с п. 1 части второй ст. 57 ТК РФ в трудовой договор включается "место работы, а в случае, когда работник принимается для работы в филиале, представительстве или ином обособленном структурном подразделении организации, расположенном в другой местности, - место работы с указанием обособленного структурного подразделения и его местонахождения".

Во-первых, необходимо разграничивать два оценочных понятия: "место работы" и "рабочее место". Пункт 1 части второй ст. 57 ТК РФ под "местом работы" понимает "обособленное структурное подразделение". Вместе с тем часть четвертая ст. 57 ТК РФ к "месту работы" относит также и структурное подразделение с указанием его местонахождения. Кроме того, в части шестой ст. 209 ТК РФ законодатель дал аутентичное толкование оценочного понятия "рабочее место": это "место, где работник ДОЛЖЕН НАХОДИТЬСЯ (выделено мной. - Е.Е.) или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя". На мой взгляд, во-первых, в данной правовой норме неудачно использован термин "должен находиться". Очевидно, что в рабочее время работник должен "не находиться" "на рабочем месте", а должен исполнять свои трудовые обязанности. Во-вторых, в законе использована неудачная редакция: "рабочее место - место...". В то же время общепринято раскрывать понятие чего-либо через более широкое понятие. Предлагаю оценочное понятие "рабочее место" определять посредством соотношения его со структурным подразделением организации, в котором и должен работник непосредственно исполнять свои трудовые обязанности.

На мой взгляд, разграничивая в федеральном законе оценочные понятия "место работы" и "рабочее место", необходимо исходить из ГК РФ. "Место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное" (п. 2 ст. 54 ГК РФ). Отсюда если у юридического лица нет обособленных подразделений (филиалов или представительств), то "место работы" работника должно совпадать с местом нахождения юридического лица. В случае, если у юридического лица имеются филиалы или представительства, то на практике они также встают на учет по месту фактического нахождения обособленных подразделений. В этой связи в подобных случаях поскольку обособленные подразделения могут быть созданы только вне места нахождения юридического лица (п. 1 и 2 ст. 55 ГК РФ), постольку под "местом работы" предлагаю также понимать фактическое место нахождения обособленных подразделений. С учетом приведенных правовых доводов предлагаю изложить часть шестую ст. 209 ТК РФ в следующей редакции: "Рабочее место - это индивидуальное определенное пространство <1> с указанием структурного подразделения организации, в котором работник непосредственно и регулярно должен исполнять свои трудовые обязанности, или организации, куда ему необходимо прибыть в связи с его работой, прямо или косвенно находящееся под контролем работодателя в пределах места нахождения юридического лица или его обособленных подразделений".

_____

<1> См.: Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. С. 192.

Кроме того, п. 1 части второй ст. 57 ТК РФ считаю возможным изложить в следующей редакции:

"Место работы - место нахождения юридического лица, определяющееся местом его государственной регистрации, если в соответствии с федеральным законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное. В случае, когда работник принимается для работы в обособленное подразделение юридического лица - филиал или представительство, указывается также место нахождения обособленного подразделения".

В свою очередь, структурное подразделение юридического лица может находиться только в пределах места нахождения юридического лица или его обособленных подразделений. Думаю, в трудовом договоре не может, а должно быть установлено также и "рабочее место" в пределах структурного подразделения. Часть вторая ст. 57 ТК РФ в прежней редакции аргументированно относила указание структурного подразделения к существенным условиям трудового договора.

Учитывая действующие правовые нормы ГК РФ, ст. 57 ТК РФ в прежней редакции и сложившуюся правоприменительную практику, предлагаю, во-первых, исключить из части четвертой ст. 57 ТК РФ п. 1 "об уточнении места работы (с указанием структурного подразделения

и его местонахождения) и (или) о рабочем месте". Во-вторых, дополнить часть вторую ст. 57 ТК РФ, устанавливающую обязательные условия трудового договора, пунктом следующего содержания: "Рабочее место - это индивидуальное определенное пространство с указанием структурного подразделения организации, в котором работник непосредственно и регулярно должен исполнять свои трудовые обязанности, или организации, куда ему необходимо прибыть в связи с его работой, прямо или косвенно находящееся под контролем работодателя в пределах места нахождения юридического лица или его обособленных подразделений".

В соответствии с п. 2 части второй ст. 57 ТК РФ вторым обязательным условием трудового договора является "трудовая функция" - "трудовая функция (работа по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретный вид поручаемой работнику работы). Если в соответствии с федеральными законами с выполнением работ по определенным должностям, профессиям, специальностям связано предоставление компенсаций и льгот либо наличие ограничений, то наименование этих должностей, профессий или специальностей и квалификационные требования к ним должны соответствовать наименованиям и требованиям, указанным в квалификационных справочниках, утверждаемых в порядке, установленном Правительством Российской Федерации".

С точки зрения языкового толкования "должность" - "служебное место в учреждении или на предприятии, связанное с исполнением определенных обязанностей" <1>. "Квалификация" - "степень годности к какому-н. ремеслу, виду труда..." <2>. "Профессия" (от лат. Professio) "характер трудовой деятельности, служащий источником существования" <3>. "Специальность" - "отдельная, обособленная отрасль науки, техники, мастерства, искусства" <4>. Например, должность - руководитель отдела. Квалификация - ведущий специалист 3-го разряда. Профессия - юрист. Специальность - юрисконсульт.

<1> Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. Т. 1. С. 756.

<2> Там же. С. 1344.

<3> Там же. Т. 3. С. 1035.

<4> Там же. Т. 4. С. 432.

На практике существует значительное число правовых проблем, связанных с установлением трудовой функции работника. Так, многие специалисты и руководители организаций делают ошибочный вывод о том, что юридическое лицо может не иметь штатного расписания, утверждают без достаточных правовых аргументов об отсутствии в законе указаний о его наличии в организации. Вместе с тем ст. 57 и п. 2 ст. 81 ТК РФ прямо предусматривают необходимость наличия штатного расписания в организации. Другая типичная ошибка работодателей состоит в игнорировании существующих рекомендаций по точному наименованию должностей, специальностей, профессий, содержащихся в нормативных правовых актах <1>.

<1> См., например: Постановление Госкомтруда СССР и Секретариата ВЦСПС от 31 января 1985 г. N 31/3-30 "Об утверждении "Общих положений Единого тарифно-квалификационного справочника работ и профессий рабочих народного хозяйства СССР"; раздела "Профессии рабочих, общие для всех отраслей народного хозяйства..." (с изм. от 17 мая 2001 г.) // Бюллетень Госкомтруда СССР. 1985. N 6.

Нередко в трудовых договорах и приказах можно встретить такие наименования, как "топ-менеджер", "директор по персоналу", "коммерческий директор" и т.д. Думаю, стороны трудового договора были и ранее свободны в наименовании должностей, специальностей, профессий только в случае отсутствия их точного наименования в нормативных правовых актах (см., например, по межотраслевой аналогии ст. 421 ГК РФ). В период же действия ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ в п. 2 части второй ст. 57 ТК РФ сформулирована императивная правовая норма: "ЕСЛИ В СООТВЕТСТВИИ С ФЕДЕРАЛЬНЫМИ ЗАКОНАМИ (выделено мной. - Е.Е.) с выполнением работ по определенным должностям, профессиям, специальностям связано предоставление компенсаций и льгот либо наличие ограничений, то НАИМЕНОВАНИЕ ЭТИХ ДОЛЖНОСТЕЙ, ПРОФЕССИЙ ИЛИ СПЕЦИАЛЬНОСТЕЙ И КВАЛИФИКАЦИОННЫЕ ТРЕБОВАНИЯ К НИМ ДОЛЖНЫ СООТВЕТСТВОВАТЬ НАИМЕНОВАНИЯМ И ТРЕБОВАНИЯМ, УКАЗАННЫМ В КВАЛИФИКАЦИОННЫХ СПРАВОЧНИКАХ, УТВЕРЖДАЕМЫХ В ПОРЯДКЕ, УСТАНОВЛЕННОМ ПРАВИТЕЛЬСТВОМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ" (выделено мной. - Е.Е.).

Достаточно часто стороны трудового договора приходят к соглашению о необходимости выполнения работником не одной, а двух трудовых функций. Возник непростой правовой вопрос: как правильно оформлять такие "комплексные" трудовые правоотношения? Традиционно работодатели применяют два варианта. Первый: в трудовом договоре указывают две трудовые функции через дефис, например "водитель-экспедитор", "слесарь-сантехник", "дворник-грузчик" и т.д. Подобное правовое регулирование комплексных трудовых правоотношений на практике

неизбежно приводит к многочисленным спорным вопросам, в том числе о размере заработной платы, льготах и компенсациях, рабочем времени и т.п.

Второй вариант еще проще. В трудовом договоре устанавливают одну должность, специальность, профессию или трудовую функцию, а в должностных инструкциях записывают "знаменитую" формулу: "и иные обязанности... отдельные разовые поручения по поручению работодателя и т.д.". Представляется, что с такими вариантами трудно согласиться. На мой взгляд, данная проблема может и должна быть разрешена посредством системного толкования различных правовых норм ТК РФ, предусматривающих работу по совместительству, совмещению профессий (должностей) и исполнению обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором.

В некоторых организациях "прогрессивная" практика идет еще дальше. По факту, как правило, работник выполняет не одну, а целый ряд трудовых функций. В этих случаях "передовые" российские специалисты считают установление трудовой функции работника "не современным", "отсталым", "советским" и т.д. занятием. Вместе с тем современный ТК РФ требует: установление трудовой функции - обязательное условие трудового договора.

Согласно части первой ст. 60.1 ТК РФ "работник имеет право ЗАКЛЮЧАТЬ ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ (выделено мной. - Е.Е.) о выполнении в свободное от основной работы другой регулярной оплачиваемой работы у того же работодателя (внутреннее совместительство) и (или) у другого работодателя (внешнее совместительство)". Кроме того, в основное рабочее время работник также может выполнять другую регулярную оплачиваемую работу у того же работодателя по совмещению профессий (должностей) в случае, если имеется вакансия, или исполнять обязанности временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной "основным" трудовым договором (ст. 60.2 ТК РФ). К сожалению, только в части первой ст. 60.2 ТК РФ точно не установлена форма таких правоотношений: "С ПИСЬМЕННОГО СОГЛАСИЯ РАБОТНИКА (выделено мной. - Е.Е.) ему может быть поручено выполнение в течение установленной продолжительности рабочего дня (смены) наряду с работой, определенной трудовым договором, дополнительной работы по другой ИЛИ ТАКОЙ ЖЕ ПРОФЕССИИ (ДОЛЖНОСТИ) (выделено мной. - Е.Е.) за дополнительную оплату (ст. 151 настоящего Кодекса)".

По существу законодатель в ст. 60.2 ТК РФ допустил пробел, т.е. в данном случае недостаточно полно урегулировал фактические типичные трудовые правоотношения. В соответствии с общей теорией права пробелы в нормативных правовых актах преодолеваются правоприменителями прежде всего по аналогии закона, применения имеющихся правовых норм в данной отрасли права и регулирующих сходные трудовые правоотношения. Во-первых, часть первая ст. 16 ТК РФ устанавливает без каких-либо ограничений: "Трудовые отношения возникают между работником и работодателем НА ОСНОВАНИИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.), заключаемого ими в соответствии с настоящим Кодексом". Во-вторых, ст. 60.1 "Работа по совместительству", регулирующая, на мой взгляд, сходные трудовые правоотношения, также предусматривает необходимость заключения трудового договора. В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами, думаю, и оформление совмещения профессий (должностей), а также исполнение обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, необходимо оформлять не "просто" "с письменного согласия работника", а другим трудовым договором.

Таким образом, полагаю, можно сделать следующие выводы. Во-первых, работник имеет право выполнять две трудовые функции у одного работодателя по совместительству, совмещению профессий (должностей) и посредством исполнения обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором. Во-вторых, более точно и законно в таких случаях заключать два трудовых договора и оформлять трудовые правоотношения двумя приказами.

Третьим обязательным условием трудового договора в соответствии с частью второй ст. 57 ТК РФ является дата начала работы - "дата начала работы, а в случае, когда заключается срочный трудовой договор, - также срок его действия и обстоятельства (причины), послужившие основанием для заключения срочного трудового договора в соответствии с настоящим Кодексом или иным федеральным законом".

В ТК РФ в прежней редакции появилась ст. 61 "Вступление трудового договора в силу", согласно частям первой - третьей которой "трудовой договор вступает в силу со дня его подписания работником и работодателем, если иное не установлено федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или трудовым договором, либо со дня фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. Работник обязан приступить к исполнению трудовых обязанностей со дня, определенного трудовым договором. Если в трудовом договоре не оговорен день начала работы, то работник должен приступить к работе на следующий рабочий день после вступления договора в силу".

В новой редакции части первая и третья ст. 61 ТК РФ претерпели лишь редакционные изменения: часть первую после слова "актами" дополнить словами "Российской Федерации";

в части третьей слово "оговорен" заменить словом "определен".

Таким образом, можно сделать вывод, что существуют разные "даты". Во-первых, "дата заключения трудового договора" (часть первая ст. 57 ТК РФ). Во-вторых, "дата вступления трудового договора в силу" (ст. 61 ТК РФ). В-третьих, "дата (день) начала работы" (ст. 61 ТК РФ). На практике по соглашению сторон трудового договора эти даты могут как совпадать, так и не совпадать (ст. 61 ТК РФ). При таком правовом решении дата заключения трудового договора и дата начала работы могут не совпадать. Например, трудовой договор может быть заключен 1 сентября 2006 г., а работник должен будет приступить к работе только 1 декабря 2006 г. Думаю, такая возможность является для работника и работодателя более предпочтительной, нежели предусмотренное законом право расторгать трудовой договор в связи с переводом к другому работодателю и поступать на работу в порядке перевода. При таком подходе на практике будут сниматься возможные многочисленные судебные споры. В этой связи считаю необходимым ввести в часть вторую ст. 57 ТК РФ пункты о том, что дата вступления трудового договора в силу и дата начала работы являются обязательными условиями трудового договора.

Предлагаю дополнить часть вторую ст. 57 ТК РФ пунктами следующего содержания: "Дата вступления трудового договора в силу (со дня его подписания работником и работодателем, если иное не установлено федеральными законами или трудовым договором, либо со дня фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя).

Дата начала работы (со дня, определенного трудовым договором). Если в трудовом договоре не определен день начала работы, то работник должен приступить к работе на следующий рабочий день после вступления трудового договора в силу".

В ст. 61 ТК РФ в прежней редакции имелась и спорная часть четвертая, согласно которой "если работник не приступил к работе в установленный срок без уважительных причин в течение недели, то ТРУДОВОЙ ДОГОВОР АННУЛИРУЕТСЯ" (выделено мной. - Е.Е.). На практике оценочное понятие "аннулируется" вызвало множество обоснованных сомнений и вопросов. Действительно, как можно "аннулировать" трудовой договор практически? Какова правовая природа "аннулирования" трудового договора? Если по межотраслевой аналогии закона обратиться к ГК РФ, то наиболее приемлемыми представляются следующие способы защиты:

1) расторжение трудового договора (по соглашению сторон, инициативе одной из сторон, в случаях, установленных законом, по решению суда);

2) применение последствий недействительности ничтожной сделки;

3) признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности (ст. 12 ГК РФ). Исходя из существа сложившихся фактических отношений (работник нарушает условия трудового договора - не приступает к работе), думаю, ранее было более предпочтительно не "аннулировать трудовой договор", а расторгать его согласно подп. "а" п. 6 ст. 81 ТК РФ.

Действующая в настоящее время редакция части четвертой ст. 61 ТК РФ вызывает еще больше теоретических и практических вопросов: "Если работник не приступил к работе в день начала работы, установленный в соответствии с частью второй или третьей настоящей статьи, то работодатель имеет право аннулировать трудовой договор. Аннулированный трудовой договор СЧИТАЕТСЯ НЕЗАКЛЮЧЕННЫМ (выделено мной. - Е.Е.). Аннулирование трудового договора не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования".

На практике неизбежно возникает целый ряд вопросов. Во-первых, прежний: какова правовая природа "аннулирования" трудового договора? Во-вторых, что означают весьма спорные слова: трудовой договор "считается незаключенным"? В-третьих, может ли "аннулированный", "незаключенный" трудовой договор тем не менее порождать правовые последствия?

Попытаемся дать правовые ответы на заданные вопросы. Во-первых, исходя из того, что гражданское право не предусматривает возможности "аннулирования" гражданско-правового договора, предполагает право суда только расторгать либо признавать договор недействительным (ст. 12 ГК РФ), полагаю, необходимо отказаться от института "аннулирования" трудового договора как не предусмотренного гражданским правом, так и в достаточной степени не разработанного трудовым правом. Во-вторых, правовая формула "считается незаключенным", на мой взгляд, является весьма спорной с позиции общей теории права и невыполнимой с практической точки зрения. Любой заключенный договор недостаточно "считать незаключенным". Договор может быть расторгнут по соглашению сторон, а также расторгнут или признан недействительным по решению суда (ст. 12 ГК РФ). В-третьих, порождает какие-либо правовые последствия на период его действия только расторгнутый впоследствии договор. Договор, признанный по решению суда недействительным, не порождает правовых последствий: "Недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения" (п. 1 ст. 167 ГК РФ).

В связи с изложенными теоретическими, правовыми и практическими аргументами предлагаю часть четвертую ст. 61 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Если работник не приступил к работе в день начала работы, установленный трудовым договором или федеральным законом, то работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор по подп. "а" п. 6 ст. 81 настоящего Кодекса. Расторжение трудового договора не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня вступления трудового договора в силу по день его расторжения".

Другая обычная проблема, связанная с п. 3 части второй ст. 57 ТК РФ, состоит в том, что на практике весьма часто в срочных трудовых договорах ограничиваются чрезвычайно лапидарной формулой: "например, на один год", забывая указывать дату начала и окончания действия срочного трудового договора, а также предусмотренные федеральным законом основания заключения срочного трудового договора. В этой связи, на мой взгляд, в срочном трудовом договоре может быть использована следующая формула: "...с ... по ... в соответствии со статьей ... федерального закона".

Четвертым обязательным условием трудового договора являются "условия оплаты труда (в том числе размер тарифной ставки или оклада (должностного оклада) работника, доплаты, надбавки и поощрительные выплаты)..." (п. 4 части второй ст. 57 ТК РФ). Несмотря на то что ст. 15 КЗоТ РФ ранее относила "заработную плату" работника к существенным условиям трудового договора, в реальных заявлениях о приеме на работу традиционно можно было встретить такие "знаменитые" формулы, как "с окладом согласно штатному расписанию", "в соответствии с трудовым законодательством" и т.п. Нередко в заявлениях о приеме на работу вообще отсутствовали какие-либо "признаки" заработной платы. Такая тенденция сохранилась во многих случаях и в настоящее время, в период действия ТК РФ. Нередко в трудовых договорах определяется только должностной оклад или размер тарифной ставки. Достаточно часто делается отсылка к несуществующим или абстрактным, сформулированным в самом общем виде локальным нормативным актам работодателей.

На мой взгляд, с одной стороны, непосредственно в трудовом договоре должны быть точно установлены размер тарифной ставки или должностного оклада работника, надбавки, гарантированные, в частности, нормативными правовыми актами, коллективными договорами, соглашениями, локальными нормативными актами работодателей. С другой стороны, "поощрительные (стимулирующие) выплаты", выплачиваемые работникам конечно же не могут быть точно определены в трудовом договоре. Согласно ст. 144 ТК РФ в прежней редакции стимулирующие выплаты могли устанавливаться работодателем в виде различных систем премирования, доплат и надбавок с учетом мнения представительного органа работников. Данные системы могут устанавливаться также коллективным договором. В этой связи, думается, трудовой договор должен содержать "отсылку" к соответствующему источнику трудового права, регулирующему вопросы, связанные с этими выплатами.

Согласно частям первой и второй ст. 135 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ "заработная плата работнику устанавливается трудовым договором в соответствии с действующими у данного работодателя системами оплаты труда. Системы оплаты труда, включая размеры тарифных ставок, окладов (должностных окладов), доплат и надбавок компенсационного характера, в том числе за работу в условиях, отклоняющихся от нормальных, системы доплат и надбавок стимулирующего характера и системы премирования устанавливаются коллективными договорами, соглашениями, локальными нормативными актами в соответствии с трудовым законодательством и актами, содержащими нормы трудового права".

Думаю, части первая и вторая позволяют сделать несколько выводов. Во-первых, заработная плата работника должна быть установлена именно трудовым договором, а не какими-либо локальными нормативными актами работодателя, коллективным договором или соглашениями, содержащими нормы трудового права. Во-вторых, система оплаты труда может состоять из: а) тарифных ставок, окладов (должностных окладов); б) надбавок компенсационного характера; в) надбавок стимулирующего характера; г) системы премирования. На мой взгляд, размеры тарифных ставок, окладов (должностных окладов), надбавок компенсационного и (или) стимулирующего характера должны быть установлены в рублях в трудовом договоре (а не в приказах, как это обычно делается на практике) и их размер не может быть односторонне изменен (тем более выплата надбавок не может быть односторонне прекращена, так как они установлены соглашением сторон трудового договора). В то же время конкретный размер премии, очевидно, не может быть установлен трудовым договором. Коллективные договоры, соглашения, локальные нормативные акты работодателя, содержащие нормы трудового права, могут только устанавливать объективные условия выплаты премии, например наличные прибыли (дохода), качество выполнения работником своих трудовых обязанностей, соблюдение им трудовой дисциплины и т.д. Типичными ошибками на практике являются "депремирование" работников либо уменьшение премии по каким-либо причинам. Вместе с тем часть первая ст. 192 ТК РФ "Дисциплинарные взыскания" содержит исчерпывающий перечень дисциплинарных взысканий:

замечание, выговор и увольнение по соответствующим основаниям. Представляется спорным и использование в ТК РФ оценочного понятия "доплата". На практике постоянно возникают вопросы: "плата до чего", имеет ли оценочное понятие "доплата" право на свое существование? Думаю, нет. Предлагаю исключить оценочное понятие "доплата" из соответствующих статей ТК РФ, ограничившись оценочным понятием "надбавки".

Пятое обязательное условие трудового договора: "режим рабочего времени и времени отдыха" (если для данного работника он отличается от общих правил, действующих у данного работодателя). Следовательно, если режим труда и отдыха данного работника не отличается от общих правил, действующих у данного работодателя, то данный пункт трудового договора обязательным не является. Вместе с тем весьма распространены случаи, когда режим рабочего времени и времени отдыха конкретного работника отличается от общих правил, действующих у данного работодателя, однако данный уже обязательный пункт в трудовом договоре отсутствует. Нетрадиционный режим рабочего времени на практике может выражаться, например, в неполном рабочем дне (смене), отличном от других работников времени начала и окончания работы, чередовании рабочих и нерабочих дней (ст. 100 ТК РФ); ненормированном рабочем дне (ст. 101 ТК РФ); работе в режиме гибкого рабочего времени (ст. 102 ТК РФ); сменной работе (ст. 103 ТК РФ); работе с суммированным учетом рабочего времени (ст. 104 ТК РФ); разделении рабочего дня на части (ст. 105 ТК РФ). Думаю, именно в трудовом договоре должно быть точно установлено конкретное рабочее время данного работника.

Статья 107 ТК РФ устанавливает виды времени отдыха: "перерывы в течение рабочего дня (смены); ежедневный (междусменный) отдых; выходные дни (еженедельный непрерывный отдых); нерабочие праздничные дни; отпуска". Полагаю, буквальное (а не ограничительное) толкование п. 5 части второй ст. 57 ТК РФ также позволяет сделать вывод: отклонение любого вида времени отдыха у данного работника в отличие от общих правил, действующих у данного работодателя, должно найти свое отражение в трудовом договоре. Например, конкретная продолжительность перерыва для отдыха и питания для данного работника, если для других работников установлен перерыв для отдыха и питания иной продолжительности. В противном случае будет практически невозможно привлекать работников к дисциплинарной ответственности за нарушение трудовой дисциплины.

Шестое обязательное условие трудового договора: "компенсации за тяжелую работу и работу с вредными и (или) опасными условиями труда, если принимается на работу в соответствующих условиях, с указанием характеристик условий труда на рабочем месте". Принципиально важно, что минимальные размеры оплаты труда в таких случаях, на мой взгляд, должны быть установлены как минимум в нормативных правовых актах Правительства Российской Федерации, содержащих нормы трудового права. Вместе с тем ст. 147 ТК РФ "Оплата труда работников, занятых на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда" предусматривает для работников определенные гарантии защиты трудовых прав и защищаемых законом интересов, но на более низком уровне: "Оплата труда работников, занятых на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда, устанавливается в повышенном размере по сравнению с тарифными ставками, окладами (должностными окладами), установленными для различных видов работ с нормальными условиями труда, но не ниже размеров, установленных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права.

Минимальные размеры повышения оплаты труда работникам, занятым на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда, и условия указанного повышения устанавливаются в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации, с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений.

Конкретные размеры повышения оплаты труда устанавливаются работодателем с учетом мнения представительного органа работников в порядке, установленном ст. 372 настоящего Кодекса для принятия локальных нормативных актов, либо коллективным договором, трудовым договором".

Вместе с тем, на мой взгляд, имеются определенные противоречия между п. 6 части второй ст. 57 и частью третьей ст. 147 ТК РФ. Неизбежно возникает вопрос: в каком же правовом документе устанавливается конкретный размер заработной платы работников, занятых на тяжелых работах, работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда? Думаю, конкретный размер заработной платы данной категории работников должен устанавливаться в трудовом договоре, а не в локальных нормативных актах, односторонне устанавливаемых работодателем, либо в коллективном договоре, на содержание которого вряд ли может повлиять конкретный работник. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю часть третью ст. 147 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Конкретные размеры повышения оплаты труда устанавливаются в трудовом договоре с учетом мнения представительного органа

работников на основе нормативных правовых актов, локальных нормативных актов, коллективного договора и соглашений".

Седьмое обязательное условие трудового договора: "условия, определяющие в необходимых случаях характер работы (подвижной, разъездной, в пути, другой характер работы)".

Статья 166 в прежней редакции разграничивала служебную командировку, работу в пути и разъездную работу: "Служебная командировка - ПОЕЗДКА РАБОТНИКА по распоряжению работодателя на определенный срок для выполнения служебного поручения ВНЕ МЕСТА ПОСТОЯННОЙ РАБОТЫ (выделено мной. - Е.Е.). Служебные поездки работников, ПОСТОЯННАЯ РАБОТА КОТОРЫХ ОСУЩЕСТВЛЯЕТСЯ В ПУТИ (выделено мной. - Е.Е.) или имеет разъездной характер, служебными командировками не признаются". В новой редакции ТК РФ данная правовая норма осталась без изменений. Статья 166 ТК РФ только дополнена частью второй следующего содержания: "Особенности направления работников в служебные командировки устанавливаются в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации".

С позиции языкового толкования "подвижной" - "двигающийся, не укрепленный в неподвижном положении" <1>; "разъездной" - "служащий для разъездов" <2>; "путь" - "путешествие, поездка, движение" <3>. С целью буквального толкования названных оценочных понятий представляется практически необходимым дать их аутентичное толкование законодателем в тексте правовых норм. Думаю, требует аутентичного толкования и оценочное понятие "другой характер работы". Так, на практике, на мой взгляд, справедливо возник вопрос о необходимости выработки сторонами обязательного условия трудового договора и заключения договора о коллективной (бригадной) материальной ответственности за причинение ущерба при совместном выполнении работниками работ, связанных не только с хранением, но и с обработкой и отпуском переданных им ценностей и созданием работодателем для этого необходимых условий.

<1> Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. Т. 3. С. 370.

<2> Там же. С. 1206.

<3> Там же. С. 1079.

ТК РФ в новой редакции также дополнен ст. 168.1 "Возмещение расходов, связанных со служебными поездками работников, постоянная работа которых осуществляется в пути или имеет разъездной характер", в соответствии с которой "работникам, постоянная работа которых осуществляется в пути или имеет разъездной характер, а также работникам, работающим в полевых условиях или участвующим в работах экспедиционного характера, работодатель возмещает связанные со служебными поездками:

- расходы по проезду;
- расходы по найму жилого помещения;
- дополнительные расходы, связанные с проживанием вне места постоянного жительства (суточные, полевое довольствие);
- иные расходы, произведенные работниками с разрешения или с ведома работодателя".

Исходя из языкового и системного толкования правовых норм, на мой взгляд, можно сделать вывод, что служебная командировка, работа в пути и разъездная работа - это разновидности служебной поездки работников. Служебная командировка - это разновидность служебной поездки работника по распоряжению работодателя на определенный срок для выполнения служебного поручения вне места постоянной работы. Работа в пути - разновидность служебной поездки работника, постоянная работа которого осуществляется в пути, например летчиком, бортпроводником. Разъездная работа - разновидность служебной поездки, связанной с работой в разъездах, например контролером, страховым агентом.

Восьмое обязательное условие трудового договора: "условие об обязательном социальном страховании работника в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами". К сожалению, обязательное социальное страхование работников не нашло необходимого правового регулирования в ТК РФ, в котором, на мой взгляд, необходимо было установить цели, задачи, основные принципы и общеправовые пределы правового регулирования обязательного социального страхования работников. Такой вывод в том числе основан на части третьей ст. 5 ТК РФ: "Нормы трудового права, содержащиеся в иных федеральных законах, должны соответствовать настоящему Кодексу".

Согласно п. 3 ст. 1 Федерального закона от 16 июля 1999 г. N 165-ФЗ "Об основах обязательного страхования" (с последующими изменениями и дополнениями) "обязательное социальное страхование представляет собой систему создаваемых государством правовых, экономических и организационных мер, направленных на компенсацию или минимизацию последствий изменения материального и (или) социального положения работающих граждан, а в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, иных категорий граждан вследствие признания их безработными, трудового увечья или профессионального заболевания,

инвалидности, болезни, травмы, беременности и родов, потери кормильца, а также наступления старости, необходимости получения медицинской помощи, санаторно-курортного лечения и наступления иных установленных законодательством Российской Федерации социальных страховых рисков, подлежащих обязательному социальному страхованию" <1>.

<1> Российская газета. 1999. 21 июля.

Российское законодательство об обязательном социальном страховании состоит из названного Федерального закона, иных федеральных законов и принимаемых в соответствии с ними иных нормативных правовых актов Российской Федерации, а также законов и нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации (ст. 2). Страхователями являются организации любой организационно-правовой формы, а также граждане, обязанные в соответствии с федеральными законами о конкретных видах обязательного социального страхования и законодательством Российской Федерации о налогах и сборах уплачивать страховые взносы и (или) налоги, а в отдельных случаях, установленных федеральными законами, выплачивать отдельные виды социального страхования. Застрахованными лицами - граждане Российской Федерации, а также иностранные граждане и лица без гражданства, работающие по трудовым договорам, лица, самостоятельно обеспечивающие себя работой, или иные категории граждан, у которых отношения по обязательному социальному страхованию возникают в соответствии с федеральными законами о конкретных видах обязательного социального страхования (п. 2 ст. 6).

Видами социальных страховых рисков законом признаются: необходимость получения медицинской помощи, временная нетрудоспособность, трудовое увечье и профессиональное заболевание, материнство, инвалидность, наступление старости, потеря кормильца, признание безработным, смерть застрахованного лица или нетрудоспособных членов его семьи, находящихся на его иждивении (ст. 7). Каждому отдельному виду социального страхового риска соответствует определенный вид страхового обеспечения. Законом установлены следующие виды обязательного социального страхования: 1) оплата медицинскому учреждению расходов, связанных с предоставлением застрахованному лицу необходимой медицинской помощи; 2) пенсия по старости; 3) пенсия по инвалидности; 4) пенсия по случаю потери кормильца; 5) пособие по временной нетрудоспособности; 6) пособие в связи с трудовым увечьем и профессиональным заболеванием; 7) пособие по беременности и родам; 8) ежемесячное пособие по уходу за ребенком до достижения им возраста полутора лет; 9) пособие по безработице; 10) единовременное пособие женщинам, вставшим на учет в медицинских учреждениях в ранние сроки беременности; 11) единовременное пособие по рождению ребенка; 12) пособие на санаторно-курортное лечение; 13) социальное пособие на погребение; 14) оплата путевок на санаторно-курортное лечение и оздоровление работников и членов их семей (ст. 8).

Порядок начисления и выплаты пособий по обязательному социальному страхованию граждан, работающих в организациях и у индивидуальных предпринимателей, применяющих специальные налоговые режимы, и некоторых других категорий граждан, а также порядок уплаты страховых взносов отдельными категориями страхователей устанавливается Федеральным законом от 31 декабря 2002 г. N 190-ФЗ "Об обеспечении пособиями по обязательному социальному страхованию граждан, работающих в организациях и у индивидуальных предпринимателей, применяющих специальные налоговые режимы, и некоторых других категорий граждан" <1>.

<1> Российская газета. 2002. 31 декабря.

В соответствии с п. 9 части второй ст. 57 ТК РФ "другие условия в случаях, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права" также могут быть обязательными условиями трудового договора. Вместе с тем права физических и юридических лиц могут быть ограничены только федеральным законом (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). Однако, во-первых, п. 1 части первой ст. 5 ТК РФ к трудовому законодательству относит не только ТК РФ и иные федеральные законы, но также и законы субъектов Российской Федерации. Во-вторых, к "иным нормативным правовым актам, содержащим нормы трудового права" также, в частности, относятся нормативные правовые акты Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации (часть первая ст. 5 ТК РФ). В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю п. 9 части второй ст. 57 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...другие условия в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и другими федеральными законами".

В теоретическом и практическом плане целый ряд возражений вызывает часть третья ст. 57 ТК РФ: "Если при заключении трудового договора в него не были включены какие-либо сведения и (или) условия из числа предусмотренных частями первой и второй настоящей статьи, то это не является основанием для признания трудового договора незаключенным или его расторжения.

Трудовой договор должен быть дополнен недостающими сведениями и (или) условиями. При этом недостающие СВЕДЕНИЯ ВНОСЯТСЯ НЕПОСРЕДСТВЕННО В ТЕКСТ ДОГОВОРА, А НЕДОСТАЮЩИЕ УСЛОВИЯ ОПРЕДЕЛЯЮТСЯ ПРИЛОЖЕНИЕМ К ТРУДОВОМУ ДОГОВОРУ ЛИБО ОТДЕЛЬНЫМ СОГЛАШЕНИЕМ СТОРОН, ЗАКЛЮЧАЕМЫМ В ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЕ, КОТОРЫЕ ЯВЛЯЮТСЯ НЕОТЪЕМЛЕМОЙ ЧАСТЬЮ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА" (выделено мной. - Е.Е.).

На практике неизбежно возникнет целый ряд вопросов. Первый: можно ли заключенный трудовой договор признавать "незаключенным"? Если да, то на основании какого федерального закона? Второй: имеются ли в этом случае законные основания для расторжения трудового договора? Третий: как на практике можно "дополнить" трудовой договор недостающими сведениями? Четвертый: как практически "вносить" недостающие сведения в трудовой договор? Пятый: почему предлагается разный правовой режим для недостающих сведений и условий? Недостающие сведения предлагается вносить непосредственно в текст трудового договора, а недостающие условия определять приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон, заключаемым в письменной форме, которые являются неотъемлемой частью трудового договора. Шестой: какова правовая природа "приложения" к трудовому договору?

С позиции общей теории права право возможно рассматривать как форму несвободы физических и юридических лиц. Если обратиться по межотраслевой аналогии закона к ГК РФ, то в гражданском праве, думаю, можно найти правовые нормы, разрешающие подобные же проблемы. Так, ст. 445 ГК РФ "Заключение договора в обязательном порядке" предусматривает не право, а обязанность лиц в случаях, установленных в ГК РФ и других федеральных законах, заключать гражданско-правовые договоры. Статья 446 "Преддоговорные споры" ГК РФ предусматривает право при наличии разногласий сторон устанавливать условия гражданско-правового договора. Согласно п. 1 ст. 432 ГК РФ "договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора". Наконец, ст. 450 ГК РФ предусматривает возможность изменения гражданско-правового договора не только по соглашению сторон, но и по решению суда в случае возникновения спора.

ТК РФ в настоящей редакции отказался от понятия "существенные" условия трудового договора. В ТК РФ введено новое оценочное понятие "обязательные" условия трудового договора. Следовательно, условия трудового договора, определенные в части второй ст. 57 ТК РФ, должны быть в каждом трудовом договоре. В случае же их отсутствия в трудовом договоре и наличия спора между сторонами трудового договора возникший спор должен быть разрешен судом. Возникает вопрос: с каким способом защиты трудовых прав в этом случае заинтересованное лицо может обратиться в суд? Думаю, ответ на данный обоснованный вопрос имеется в части первой ст. 9 ТК РФ "Регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в договорном порядке": "В соответствии с трудовым законодательством регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться путем заключения, изменения, ДОПОЛНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) работниками и работодателями коллективных договоров, соглашений, ТРУДОВЫХ ДОГОВОРОВ" (выделено мной. - Е.Е.).

Таким образом, с позиции общей теории права, а также системного толкования гражданского и трудового права, думаю, можно сделать несколько выводов. Первый: трудовой договор может дополняться по соглашению его сторон. Второй: трудовой договор должен дополняться работником и работодателем в случаях, указанных в федеральном законе. Третий: при возникновении между сторонами трудового договора спора суд вправе принять решение о дополнении ранее заключенного трудового договора недостающими сведениями и (или) условиями.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю изложить часть третью ст. 57 ТК РФ в следующей редакции:

"Если при заключении трудового договора в него не были включены какие-либо сведения и (или) условия из числа предусмотренных частями первой и второй настоящей статьи, то это не является основанием для признания заключенного трудового договора недействительным или для его расторжения. Трудовой договор должен быть дополнен недостающими сведениями и (или) условиями его сторонами в месячный срок после обнаружения нарушения ТК РФ. Недостающие сведения и (или) условия вносятся в трудовой договор в форме дополнения к нему, составляются в двух экземплярах, каждый из которых имеет равную силу, и подписываются работником и работодателем. В случае возникновения между сторонами трудового договора спора о внесении недостающих сведений и (или) условий трудового договора суд по заявлению заинтересованного лица вправе вынести решение о дополнении трудового договора недостающими сведениями и (или) условиями".

Часть вторая ст. 57 ТК РФ к существенным условиям трудового договора также ранее относила права и обязанности работника и работодателя. К сожалению, часть вторая ст. 57 ТК РФ

в действующей в настоящее время редакции права и обязанности работника и работодателя не относит к обязательным условиям трудового договора. Статья 21 ТК РФ "Основные права и обязанности работника" и ст. 22 ТК РФ "Основные права и обязанности работодателя" в самом общем виде устанавливают лишь типичные для всех права и обязанности работников и работодателей.

Думаю, не снимает вопроса и часть пятая ст. 57 ТК РФ, устанавливающая в целом: "По соглашению сторон в трудовой договор МОГУТ ТАКЖЕ ВКЛЮЧАТЬСЯ (выделено мной. - Е.Е.) права и обязанности работника и работодателя, установленные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, а также права и обязанности работника и работодателя, вытекающие из условий коллективного договора, соглашений. Невключение в трудовой договор каких-либо из указанных прав и (или) обязанностей работника и работодателя не может рассматриваться как отказ от реализации этих прав или исполнения этих обязанностей".

Прежде всего возникает вопрос: зачем включать ("переписывать") в трудовой договор права и обязанности работника и работодателя, уже установленные нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, коллективными договорами и соглашениями? Справедливость такого вопроса, как представляется, подтверждается последним предложением части пятой ст. 57 ТК РФ: "Невключение в трудовой договор каких-либо из указанных прав и (или) обязанностей работника и работодателя не может рассматриваться как отказ от реализации этих прав или исполнения этих обязанностей". Более того, при заключении трудового договора работника и работодателя должны интересовать не только общеобязательные трудовые права и обязанности для всех, но и индивидуальные трудовые права и обязанности данного конкретного работника и работодателя. По ст. 57 ТК РФ в прежней редакции конкретные трудовые права и обязанности работника и работодателя должны были быть установлены не в должностных инструкциях, "неотъемлемой части трудового договора", каких-либо иных локальных нормативных актах работодателя, соглашениях или в коллективном договоре, а непосредственно в трудовом договоре. Думаю, индивидуальные трудовые права и обязанности работника и работодателя должны являться одним из важнейших обязательных условий трудового договора.

Пункт 7 части четвертой ст. 57 ТК РФ в числе иных возможных условий трудового договора предусматривает право сторон устанавливать дополнительное условие "ОБ УТОЧНЕНИИ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К УСЛОВИЯМ РАБОТЫ ДАННОГО РАБОТНИКА ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ РАБОТНИКА И РАБОТОДАТЕЛЯ (выделено мной. - Е.Е.), установленных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права". Во-первых, вызывает сомнение сам термин "уточнение". С позиции общей теории права, думаю, более точно в этом случае можно было бы применить понятие "конкретизировать", т.е. выработать на основе общеобязательных правовых норм индивидуальные трудовые права и обязанности работника и работодателя. Во-вторых, как показывает практика заключения трудовых договоров, работодатели весьма часто уклоняются от установления конкретных прав и обязанностей работника, а также от своих обязанностей в трудовых договорах. Отсюда на практике обязанности работника могут быть весьма неопределенны и чрезвычайно обширны, а обязанности работодателя установлены в самом общем виде, а значит, неисполнимы.

В связи с изложенными правовыми и практическими аргументами предлагаю, во-первых, исключить из части четвертой ст. 57 ТК РФ п. 7 и часть пятую. Во-вторых, дополнить часть вторую ст. 57 ТК РФ пунктами следующего содержания: "права и обязанности работника; права и обязанности работодателя".

Пункт 6 части второй ст. 57 ТК РФ устанавливает необходимость определять характеристику условий труда только для работников, выполняющих тяжелую работу и работу с вредными и (или) опасными условиями труда. В то же время очевидно, что любая работа индивидуализируется какими-либо "характеристиками". Оценочное понятие "характеристика" с точки зрения языкового толкования означает "описание характерных, отличительных качеств, черт кого-, чего-нибудь" <1>. Отсюда, полагаю, описание характерных, отличительных черт трудовых отношений должно быть обязательным условием трудового договора.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 2001. С. 860.

При этом, на мой взгляд, не снимает вопроса часть третья ст. 68 ТК РФ, предусматривающая что "при приеме на работу (до подписания трудового договора) работодатель обязан ознакомить работника под роспись с правилами внутреннего трудового распорядка, иными локальными нормативными актами, непосредственно связанными с трудовой деятельностью работника, коллективным договором", так как данные источники трудового права не содержат индивидуальных трудовых прав и обязанностей работника и работодателя. Учитывая изложенные

правовые и практические аргументы, предлагаю дополнить часть вторую ст. 57 ТК РФ пунктом следующего содержания: "характеристика условий труда".

Часть четвертая ст. 57 ТК РФ предусматривает семь дополнительных (факультативных) условий трудового договора, которые могут быть установлены его сторонами, если они не ухудшают трудовые права работников по сравнению с правами, установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами. Прежде всего необходимо подчеркнуть: перечень дополнительных условий трудового договора не является исчерпывающим и может быть расширен его сторонами.

Пункт 1 части четвертой ст. 57 ТК РФ предоставляет сторонам трудового договора право предусматривать дополнительное условие "об уточнении места работы (с указанием структурного подразделения и его местонахождения) и (или) о рабочем месте...". Выше уже были высказаны правовые аргументы о данном перечне и было сделано несколько предложений. Во-первых, исключить п. 1 из части четвертой ст. 57 ТК РФ. Во-вторых, дополнить часть вторую ст. 57 ТК РФ пунктом, устанавливающим структурное подразделение и рабочее место в качестве обязательного условия трудового договора.

Условие об испытании установлено в п. 2 части четвертой ст. 57 ТК РФ как возможное дополнительное условие трудового договора. Испытание может быть установлено только при заключении трудового договора (часть первая ст. 70 ТК РФ). Отсюда, на мой взгляд, является типичной ошибкой установление испытания в процессе работы, например при переводе на другую работу. Испытание может быть установлено только по соглашению сторон в форме дополнительного условия трудового договора (часть первая ст. 70, п. 2 части четвертой ст. 57 ТК РФ). "Отсутствие в трудовом договоре условия об испытании означает, что работник принят на работу без испытания" (часть вторая ст. 70 ТК РФ). Отсюда испытание не может быть установлено только приказом руководителя, односторонне, в процессе трудовой деятельности.

Учитывая изложенные правовые аргументы, вызывает серьезные сомнения второе предложение части второй ст. 70 ТК РФ: "В случае, когда работник фактически допущен к работе без оформления трудового договора (часть вторая ст. 67 настоящего Кодекса), условие об испытании может быть включено в трудовой договор, только если стороны оформили его в виде отдельного соглашения до начала работы". На практике представляется маловероятной ситуация, когда стороны не заключили трудовой договор, но подписали соглашение об испытании. Предлагаю исключить данное предложение из части второй ст. 70 ТК РФ.

Цель испытания - проверка соответствия работника поручаемой работе (часть первая ст. 70 ТК РФ). Следовательно, в процессе испытания проверяются только профессиональные качества работника, определяется возможность исполнения им своих трудовых обязанностей.

"В период испытания на работника распространяются положения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективного договора, соглашений, локальных нормативных актов" (часть третья ст. 70 ТК РФ). В то же время на практике в нарушение ТК РФ зачастую работник в период испытания не получает какие-либо надбавки, премию, иные льготы на основании подзаконных нормативных правовых актов, локальных нормативных актов работодателя, соглашений и коллективного договора.

Часть четвертая ст. 70 ТК РФ устанавливает открытый перечень лиц, для которых испытание при приеме на работу не устанавливается. Вместе с тем весьма часто в реальных трудовых договорах испытание фактически устанавливается и для лиц, названных в части четвертой ст. 70 ТК РФ. В подобных случаях суды могут принимать решения в соответствии с частью второй ст. 9 ТК РФ: "Коллективные договоры, соглашения, трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права. Если такие условия включены в коллективный договор, соглашение или трудовой договор, то ОНИ НЕ ПОДЛЕЖАТ ПРИМЕНЕНИЮ" (выделено мной. - Е.Е.). В судебной практике возник вопрос: как можно толковать оценочное понятие "не подлежат применению"?

Так, В.В. Ершов справедливо подчеркивает: "С позиции системного исследования федеральных органов государственной власти представляются весьма спорными... устоявшиеся в специальной литературе понятия "нормоконтроль" и "судебный контроль"... в действительности суд "контролирует" не правовые нормы как результат работы правотворческих органов, а федеральные органы законодательной и исполнительной власти, принимающие нормативные правовые акты. Отсюда категории, определяемые в специальной литературе как "нормоконтроль" или "судебный контроль", с позиции теории систем более обоснованно рассматривать как объективно необходимый непрерывный процесс взаимного влияния и сдерживания федеральных органов государственной власти посредством прямых и обратных связей с целью подвижного равновесия, гомеостазиса системы федеральных органов государственной власти, эффективной защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц" <1>.

<1> Ершов В.В. Суд в системе органов государственной власти // Российское правосудие. 2006. N 1. С. 45.

Как правило, в специальной литературе выделяют два вида "нормоконтроля": "конкретный" и "абстрактный". На мой взгляд, с позиции общей теории права и теории систем В.В. Ершов обоснованно возражает: "Конкретным" "нормоконтролем" как способом защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц следует считать неприменение судом в конкретном споре (ad hoc) правовой нормы, не соответствующей правовой норме, имеющей более высокую юридическую силу... преодоление судом иерархических коллизий. "Абстрактный" нормоконтроль как один из способов защиты права законных интересов физических и юридических лиц есть признание в установленном законом судебном порядке правовой нормы, не соответствующей правовой норме, имеющей более высокую юридическую силу" <1>.

<1> Там же. С. 46.

Следовательно, с учетом положений и выводов общей теории права и теории систем оценочное понятие "не подлежат применению", содержащееся в части второй ст. 9 ТК РФ, возможно рассматривать в виде своеобразного "конкретного" "нормоконтроля", осуществляемого судом за правотворческими органами в случае принятия ими правовых норм, не соответствующих правовым нормам, имеющим более высокую юридическую силу. В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю часть вторую ст. 9 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Коллективные договоры, соглашения и трудовые договоры не могут содержать правовых норм, не соответствующих правовым нормам, имеющим более высокую юридическую силу, и снижающих уровень правовых гарантий работников по сравнению с трудовыми правами, установленными международным трудовым правом, Конституцией РФ, иными федеральными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, и нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации, содержащими нормы трудового права. В случае установления таких противоречий неправовые условия, включенные в коллективный договор, и соглашения могут быть признаны по решению суда не соответствующими правовым нормам, имеющим более высокую юридическую силу, и (или) не должны применяться при рассмотрении трудовых споров. Условия трудового договора, не соответствующие международному трудовому праву, Конституции РФ, иным нормативным правовым актам, содержащим нормы трудового договора, не подлежат применению".

"Срок испытания не может превышать трех месяцев, а для руководителей организации и их заместителей, главных бухгалтеров и их заместителей, руководителей филиалов, представительств или иных обособленных структурных подразделений организации - шести месяцев, если иное не установлено федеральным законом" (часть пятая ст. 70 ТК РФ).

Во-первых, срок, установленный в трудовом договоре, не может быть продлен в процессе работы даже по "соглашению" сторон (часть первая ст. 70 ТК РФ). Во-вторых, вызывает сомнения возможность установления разного срока испытания для различных категорий работников. Часть 2 ст. 19 Конституции РФ устанавливает: "Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... должностного положения...". В-третьих, ст. 55 ГК РФ не предусматривает "иных обособленных структурных подразделений организации".

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю часть пятую ст. 70 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Срок испытания не может превышать трех месяцев, если меньший срок не установлен федеральным законом". Такое предложение вполне корреспондирует и с частью шестой ст. 70 ТК РФ: "При заключении трудового договора на срок от двух до шести месяцев испытание не может превышать двух недель".

Вполне обоснованной и практически необходимой представляется часть седьмая ст. 70 ТК РФ: "В срок испытания не засчитываются период временной нетрудоспособности работника и другие периоды, когда он фактически отсутствовал на работе".

На практике всегда возникает множество проблем с основаниями для расторжения трудового договора по ст. 71 ТК РФ "Результат испытания при приеме на работу". "ПРИ НЕУДОВЛЕТВОРИТЕЛЬНОМ РЕЗУЛЬТАТЕ ИСПЫТАНИЯ РАБОТОДАТЕЛЬ ИМЕЕТ ПРАВО ДО ИСТЕЧЕНИЯ СРОКА ИСПЫТАНИЯ РАСТОРГНУТЬ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР С РАБОТНИКОМ, ПРЕДУПРЕДИВ ЕГО ОБ ЭТОМ В ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЕ НЕ ПОЗДНЕЕ ЧЕМ ЗА ТРИ ДНЯ С УКАЗАНИЕМ ПРИЧИН, ПОСЛУЖИВШИХ ОСНОВАНИЕМ ДЛЯ ПРИЗНАНИЯ ЭТОГО РАБОТНИКА НЕ ВЫДЕРЖАВШИМ ИСПЫТАНИЕ (выделено мной. - Е.Е.). Решение работодателя работник имеет право обжаловать в суд".

Что же может послужить основанием для признания работника не выдержавшим испытание? На практике большинство работодателей не представляют в суд достоверных доказательств для расторжения трудового договора по ст. 71 ТК РФ. Традиционно в суд представляются только

докладные записки непосредственных руководителей работника, не подтвержденные какими-либо объективными доказательствами. Думаю, более предпочтительно доказывать в суде причину, послужившую основанием для признания этого работника не выдержавшим испытание, посредством предъявления результатов работы самого работника, например проектов незаконных приказов, договоров, других документов, бракованной продукции и т.д. При таком подходе в случае спора при необходимости суд может назначить экспертизу и по совокупности доказательств вынести не только законное, но также объективное и справедливое решение. Поскольку бремя доказывания того, что работник не прошел испытание, лежит на работодателе, постольку, полагаю, в суде работодатель должен доказать несоответствие работника получаемой работе исходя из установленной в трудовом договоре цели испытания.

"Если срок испытания истек, а работник продолжает работу, то он СЧИТАЕТСЯ ВЫДЕРЖАВШИМ ИСПЫТАНИЕ (выделено мной. - Е.Е.) и последующее расторжение трудового договора допускается только на общих основаниях" (часть третья ст. 71 ТК РФ). Примененная законодателем формула "считается выдержавшим испытание" позволяет сделать вывод о том, что не требуется какого-либо документа об успешном прохождении работником испытания.

Часть четвертая ст. 71 ТК РФ предусматривает своеобразное "испытание" и для работодателя: "Если в период испытания работник придет к выводу, что предложенная ему работа не является для него подходящей, то ОН ИМЕЕТ ПРАВО РАСТОРГНУТЬ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР ПО СОБСТВЕННОМУ ЖЕЛАНИЮ, ПРЕДУПРЕДИВ ОБ ЭТОМ РАБОТОДАТЕЛЯ В ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЕ ЗА ТРИ ДНЯ" (выделено мной. - Е.Е.).

Пункт 3 части четвертой ст. 57 ТК РФ, на мой взгляд, предусматривает достаточно спорное возможное дополнительное условие трудового договора: "о неразглашении охраняемой законом тайны (государственной, служебной, коммерческой и иной)". Думаю, если работник допущен к информации, составляющей какую-либо охраняемую законом тайну, то в трудовом договоре не может, а должно быть обязательно достигнуто сторонами соглашение о неразглашении тайны. Примерно такова логика законодателя в случаях, если отдельные работники выполняют тяжелую работу или работу с вредными и (или) опасными условиями труда. В этом случае п. 6 части второй ст. 57 ТК РФ обоснованно относит такие условия трудового договора к обязательным.

Принимая во внимание изложенные правовые аргументы, предлагаю, во-первых, исключить п. 3 из части четвертой ст. 57 ТК РФ. Во-вторых, дополнить часть вторую ст. 57 ТК РФ пунктом следующего содержания: "...о неразглашении охраняемой законом тайны - государственной, служебной, коммерческой или иной, если работник принимается на работу, связанную с охраняемой законом тайной".

Спорным представляется и п. 4 части четвертой ст. 57 ТК РФ, в соответствии с которым трудовой договор может быть дополнен условием "об обязанности работника отработать после обучения не менее установленного договором срока, если обучение производилось за счет средств работодателя".

Как представляется, данная правовая норма прежде всего является дискуссионной с позиции Конституции РФ. Так, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ устанавливает: права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом "только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Думаю, ограничения трудовых прав работников, установленные в п. 4 части четвертой ст. 57 ТК РФ, не соответствуют ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. Кроме того, ч. 2 ст. 37 Конституции РФ гарантирует, что "принудительный труд запрещен". Отсюда лишение работника права на расторжение трудового договора по своей инициативе в случае обучения за счет средств работодателя является частным случаем принудительного труда.

Как представляется, в случае обучения работника за счет средств работодателя возможно только установление правовых последствий, предусмотренных ст. 249 ТК РФ: "В случае увольнения без уважительных причин до истечения срока, обусловленного трудовым договором или соглашением об обучении за счет средств работодателя, работник обязан возместить затраты, понесенные работодателем на его обучение, исчисленные пропорционально фактически не отработанному после окончания обучения времени, если иное не предусмотрено трудовым договором или соглашением об обучении". В соответствии с Конституцией РФ и изложенными правовыми аргументами предлагаю исключить п. 4 из части четвертой ст. 57 ТК РФ как не соответствующий Конституции РФ и другим правовым нормам ТК РФ.

Пункт 5 части четвертой ст. 57 ТК РФ предусматривает возможность включения в трудовой договор дополнительного условия о "видах и условиях дополнительного страхования работника". Статья 927 ГК РФ "Добровольное и обязательное страхование" устанавливает: "Страхование осуществляется на основании договоров имущественного или личного страхования, заключаемых гражданином или юридическим лицом (страхователем) со страховой организацией (страховщиком)... В случаях, когда законом на указанных в нем лиц возлагается обязанность страховать в качестве страхователей жизнь, здоровье или имущество других лиц либо свою

гражданскую ответственность перед другими лицами за свой счет или за счет заинтересованных лиц (ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ СТРАХОВАНИЕ) (выделено мной. - Е.Е.), страхование осуществляется путем заключения договоров в соответствии с правилами настоящей главы". Следовательно, отсюда добровольное страхование можно рассматривать как страхование, осуществляемое на основании отдельных договоров имущественного или личного страхования, заключаемых гражданином или юридическим лицом со страховой организацией (страховщиком) за пределами обязательного страхования жизни, здоровья или имущества других лиц либо своей гражданской ответственности перед другими лицами за свой счет или за счет заинтересованных лиц.

В связи с изложенными гражданско-правовыми нормами, думаю, в самом трудовом договоре не может содержаться дополнительное условие о "видах и условиях дополнительного страхования работника". На мой взгляд, в трудовом договоре стороны могут только достичь соглашения, в соответствии с которым работодатель должен будет заключить гражданско-правовой договор со страховой организацией (страховщиком) о каких-либо видах и условиях добровольного страхования жизни, здоровья или имущества работника перед другими лицами за свой счет. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю изложить п. 5 части четвертой ст. 57 ТК РФ в следующей редакции: "...о заключении гражданско-правового договора о дополнительном страховании жизни, здоровья или имущества работника перед другими лицами за свой счет". На практике достаточно часто в трудовых договорах устанавливаются дополнительные права и обязанности работника и работодателя об обеспечении работника какими-либо социальными условиями, например жилым помещением, детским садом, дачей и т.д. Возникает довольно сложный теоретический и практический вопрос: возможно ли установление дополнительных прав и обязанностей сторон трудового договора за пределами трудовых правоотношений? Пункт 6 части четвертой ст. 57 ТК РФ отвечает на этот вопрос утвердительно: в трудовом договоре могут устанавливаться дополнительные условия, в том числе "об улучшении социально-бытовых условий работника и членов его семьи".

Вместе с тем системное толкование трудового и гражданского права, думаю, позволяет сделать иной вывод. Трудовое право регулирует только трудовые отношения - "отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации, конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором".

Гражданское право прежде всего регулирует гражданско-правовые отношения. Характерно также, что ГК РФ достаточно строго разграничивает гражданско-правовые и трудовые отношения. Так, ст. 2 ГК РФ устанавливает отношения, регулируемые гражданским законодательством, в том числе связанные с возмездным или безвозмездным пользованием имуществом, принадлежащим другому лицу, отчуждением частного имущества в собственность другого лица и т.д. В частности, ст. 684 ГК РФ "Преимущественное право нанимателя на заключение договора на новый срок" обоснованно не связывает преимущественное право нанимателя на заключение договора на новый срок с продолжением работником трудовых отношений с работодателем, являющимся одновременно и наймодателем. Отсюда можно сделать важный теоретический и практический вывод: гражданско-правовые, жилищные и иные правоотношения не являются взаимозависимыми с трудовыми правоотношениями. Строго говоря, данные различные виды правоотношений могут и должны существовать вне зависимости друг от друга и у них совершенно различная и самостоятельная правовая природа, а потому они могут быть урегулированы различными договорами.

При таком правовом подходе улучшение социально-бытовых условий работника и членов его семьи относится не к трудовым, а к гражданско-правовым или жилищным правоотношениям и может регулироваться самостоятельными гражданско-правовыми или жилищными договорами, например найма жилого помещения, дарения, ссуды, займа и т.д. В этой связи предлагаю исключить п. 6 из части четвертой ст. 57 ТК РФ. Думаю, такое предложение подтверждается и буквальным толкованием части четвертой ст. 57 ТК РФ: "В трудовом договоре могут предусматриваться дополнительные условия, не ухудшающие положение РАБОТНИКА" (выделено мной. - Е.Е.). Работника, а не гражданина, т.е. дополнительные условия трудового договора могут регулировать только трудовые правоотношения.

Таким образом, можно сделать вывод, что трудовой договор, заключаемый на неопределенный срок структурно, как минимум состоит из трех разделов: первый - стороны трудового договора; второй - обязательные условия трудового договора, предусмотренные федеральным законом; третий - дополнительные условия трудового договора, установленные по соглашению сторон. Следовательно, в силу ст. 72 ТК РФ "Изменение определенных сторонами условий трудового договора" "изменение определенных сторонами условий трудового договора, в

том числе перевод на другую работу, допускается только по соглашению сторон трудового договора, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. Соглашение об изменении определенных сторонами условий трудового договора заключается в письменной форме".

Законодатель в ст. 72 ТК РФ не устанавливает конкретную письменную форму изменения определенных сторонами условий трудового договора. Полагаю, в этих случаях необходимо обращаться к части первой ст. 9 ТК РФ "Регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в договорном порядке", в соответствии с которой "регулирование трудовых отношений, иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться ПУТЕМ ЗАКЛЮЧЕНИЯ, ИЗМЕНЕНИЯ, ДОПОЛНЕНИЯ РАБОТНИКАМИ И РАБОТОДАТЕЛЯМИ КОЛЛЕКТИВНЫХ ДОГОВОРОВ, СОГЛАШЕНИЙ, ТРУДОВЫХ ДОГОВОРОВ" (выделено мной. - Е.Е.). Поскольку часть четвертая ст. 57 ТК РФ предусматривает возможные дополнительные условия трудового договора, которые могут быть установлены только по соглашению сторон, постольку перечень дополнительных условий может быть и продолжен.

§ 2. Заключение срочного трудового договора

Заключение срочного трудового договора - одна из актуальнейших тем трудового права как в теоретическом, так и в практическом плане. Прежде всего хотелось бы остановиться на истории развития трудового законодательства, регулирующего трудовые отношения, связанные с заключением срочного трудового договора. Статья 17 КЗоТ РСФСР до 6 октября 1992 г. устанавливала: "Трудовые договоры заключаются:

1) на неопределенный срок;

2) на определенный срок не более трех лет;

3) на время определенной работы".

Следовательно, сам закон, строго говоря, не определял каких-либо правовых ограничений (условий) для заключения срочного трудового договора. Поэтому на практике многие работодатели и предлагали работникам писать "добровольные" заявления с просьбой о заключении с ними срочного трудового договора, который впоследствии "законно" и в соответствии с "собственным" письменным волеизъявлением работника расторгали по истечении срока трудового договора. Вместе с тем в Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 19 октября 1971 г. (в ред. от 18 апреля 1980 г.) подчеркивалось: "Заключение с работником срочного трудового договора на выполнение работы, которая носит постоянный характер, недопустимо, ЕСЛИ ЭТО УХУДШАЕТ ПОЛОЖЕНИЕ РАБОТНИКА ПО СРАВНЕНИЮ С ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ ССР И СОЮЗНЫХ РЕСПУБЛИК О ТРУДЕ" (выделено мной. - Е.Е.) <1>.

<1> Комментарий к законодательству о труде. М.: Юрид. лит., 1981. С. 35.

22 июня 1982 г. МОТ приняла Рекомендацию N 166 "О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя". В соответствии с подп. 1 и 2 п. 3 данной Конвенции "1) необходимо предусмотреть соответствующие гарантии против использования договоров о найме на определенный срок, ЦЕЛЬ КОТОРЫХ УКЛОНИТЬСЯ ОТ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ЗАЩИТЫ, ПРЕДУСМОТРЕННОЙ КОНВЕНЦИЕЙ 1982 Г. О ПРЕКРАЩЕНИИ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ И НАСТОЯЩЕЙ РЕКОМЕНДАЦИЕЙ (выделено мной. - Е.Е.), 2) с этой целью можно, например, предусмотреть одну или более из следующих мер: a) ограничить использование договоров о найме на определенный срок случаями, когда, учитывая ХАРАКТЕР ПРЕДСТОЯЩЕЙ РАБОТЫ ИЛИ УСЛОВИЯ ЕЕ ВЫПОЛНЕНИЯ ИЛИ ИНТЕРЕСЫ ТРУДЯЩЕГОСЯ (выделено мной. - Е.Е.), эти трудовые отношения не могут устанавливаться на неопределенный срок; b) считать договоры о найме на определенный срок, за исключением случаев, указанных в подп. 2 "a" настоящего пункта, договорами о найме на неопределенный срок; c) считать договоры о найме на определенный срок и продлевающиеся один или несколько раз, за исключением случаев, указанных в подп. 2 "a" настоящего пункта, договорами о найме на неопределенный срок" <1>.

<1> Конвенции и Рекомендации, принятые МОТ. Т. II: Международное бюро труда. Женева, 1957 - 1990 гг.

Законом Российской Федерации от 25 сентября 1992 г. N 3543-1, вступившим в силу 6 октября 1992 г., ст. 17 КЗоТ РФ была дополнена частью второй следующего содержания: "Срочный трудовой договор (контракт) заключается в случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок С УЧЕТОМ ХАРАКТЕРА ПРЕДСТОЯЩЕЙ РАБОТЫ, ИЛИ УСЛОВИЙ ЕЕ ВЫПОЛНЕНИЯ, ИЛИ ИНТЕРЕСОВ РАБОТНИКА (выделено мной. - Е.Е.), а также в случаях, непосредственно предусмотренных законом" <1>. Как видно из текста ст. 17 КЗоТ РФ, законодатель практически текстуально воспроизвел три основания заключения срочного трудового

договора, указанные в Рекомендации МОТ N 166: 1) характер предстоящей работы; 2) условия ее выполнения; 3) интерес работника. Кроме того, в соответствии с международным трудовым правом и Конституцией РФ (ч. 3 ст. 55) в КЗоТ РФ было установлено четвертое основание заключения срочного трудового договора: "в случаях, непосредственно предусмотренных законом".

<1> Ведомости РФ. 1992. N 41. Ст. 2254.

В то же время правоприменительная практика показала, что работодатели стремились заключать с работниками незаконные срочные трудовые договоры, как правило, по "соглашению" сторон. Во многих трудовых договорах применялась формула: "с ... по ..." либо "на ... года" без каких-либо ссылок на правовые основания, установленные в международном трудовом праве и КЗоТ РФ. Весьма распространена была и практика заключения срочного трудового договора с учетом "интересов" работника. Причем обычно работодатели под "интересом" работника понимали не его интерес собственно в заключении срочного трудового договора, а естественное желание каждого работника в получении более высокой заработной платы, каких-либо социально-бытовых льгот и т.д. Работникам, согласившимся подписать срочный трудовой договор, такие льготы действительно предоставлялись. С работниками, отказавшимися подписывать срочный трудовой договор, заключали трудовой договор на неопределенный срок без дополнительных льгот. Следовательно, на практике нарушался фундаментальный конституционный принцип трудового права: за равный труд равное вознаграждение (ст. 37 Конституции РФ). Более того, на мой взгляд, довольно сложно назвать хотя бы один пример подлинного "интереса" работника именно в заключении срочного трудового договора. Как представляется, в случае, если работник профессионально выполняет свои трудовые обязанности и не нарушает трудовой дисциплины, также и работодатель имеет обратный действительный интерес - сохранить такого работника, а не расторгнуть с ним трудовой договор. Нарушение же работником своих трудовых обязанностей и трудовой дисциплины является основанием для расторжения трудового договора по инициативе работодателя (ст. 81 ТК РФ).

Весьма показательно, что принятый Государственной Думой РФ 21 декабря 2001 г. Трудовой кодекс РФ уже не включил "интерес" в число оснований для заключения срочного трудового договора. Согласно части второй ст. 58 ТК РФ "срочный трудовой договор заключается в случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом и иными федеральными законами". Вместе с тем в ТК РФ появилась, на мой взгляд, спорная ст. 59 "Срочный трудовой договор", содержащая 19 дополнительных оснований, в соответствии с которыми работники и работодатели имели право заключать срочные трудовые договоры.

17 марта 2004 г. Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации". Применив системное толкование международного трудового права, Конституции РФ, ст. 58 и 59 ТК РФ, Пленум в п. 13 Постановления теоретически аргументированно выработал важнейшую правовую позицию: "Решая вопрос об обоснованности заключения с работником срочного трудового договора, следует учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, если иное не предусмотрено Трудовым кодексом РФ и иными федеральными законами (ст. 58 ТК РФ).

Поскольку ст. 59 Кодекса предусматривает право, а не обязанность работодателя заключать срочный трудовой договор в случаях, предусмотренных этой нормой (в отличие, например, от абзаца второго п. 3 ст. 25 Федерального закона "Об основах государственной службы Российской Федерации", допускающего возможность государственного служащего, достигшего возраста 65 лет, продолжать работу в государственных органах лишь на условиях срочного трудового договора), работодатель может реализовать это право при условии соблюдения общих правил заключения срочного трудового договора, установленных ст. 58 Кодекса.

При этом в силу ст. 56 ГПК РФ обязанность доказать наличие обстоятельств, делающих невозможным заключение трудового договора с работником на неопределенный срок, возлагается на работодателя. При недоказанности работодателем таких обстоятельств следует исходить из того, что трудовой договор с работником заключен на неопределенный срок" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

28 декабря 2006 г. Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской

Федерации", в соответствии с новой редакцией п. 13 которого, также "решая вопрос об обоснованности заключения с работником срочного трудового договора, следует учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, в частности в случаях, установленных Кодексом или иными федеральными законами (часть вторая ст. 58, часть первая ст. 59 ТК РФ)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

16 июня 2006 г. был принят Федеральный закон N 90-ФЗ "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

Часть первая ст. 58 ТК РФ осталась в прежней редакции: "Трудовые договоры могут заключаться:

1) на неопределенный срок;

2) на определенный срок не более пяти лет (срочный трудовой договор), если иной срок не установлен настоящим Кодексом и иными федеральными законами".

Полагаю, примененная законодателем формула "могут заключаться" совсем не означает произвольную возможность для сторон в выборе вида трудового договора - на неопределенный срок или срочного трудового договора. Как представляется, такой вывод подтверждается и основан на международном трудовом праве, Конституции РФ (ч. 3 ст. 55), последующих правовых нормах ТК РФ и развитии трудового законодательства в СССР и России.

Весьма характерно первое предложение части второй ст. 58 ТК РФ: "Срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок С УЧЕТОМ ХАРАКТЕРА ПРЕДСТОЯЩЕЙ РАБОТЫ ИЛИ УСЛОВИЙ ЕЕ ВЫПОЛНЕНИЯ, А ИМЕННО В СЛУЧАЯХ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ЧАСТЬЮ ПЕРВОЙ СТАТЬИ 59 НАСТОЯЩЕГО КОДЕКСА" (выделено мной. - Е.Е.).

Часть первая ст. 59 ТК РФ в прежней редакции начиналась с предложения: "Срочный трудовой договор МОЖЕТ ЗАКЛЮЧАТЬСЯ ПО ИНИЦИАТИВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ ИЛИ РАБОТНИКА" (выделено мной. - Е.Е.). Следовательно, стороны трудового договора "могли", а не были обязаны заключать срочный трудовой договор в случаях, указанных в ст. 59 ТК РФ в прежней редакции. Вместе с тем первое предложение части первой ст. 59 ТК РФ в действующей редакции сформулировано как императивная правовая норма: "СРОЧНЫЙ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР ЗАКЛЮЧАЕТСЯ" (выделено мной. - Е.Е.). Отсюда заключение срочного трудового договора по основаниям, указанным в части первой ст. 59 ТК РФ в действующей редакции, является не правом, а обязанностью сторон. Таким образом, системный анализ ст. 58 и 59 позволяет сделать вывод: действующий закон предусматривает два вида оснований (условий) для заключения срочного трудового договора: обязательные (законные), установленные частью второй ст. 58 и частью первой ст. 59 ТК РФ, и возможные (договорные), установленные частью второй ст. 59 ТК РФ.

Обязательные основания (условия) заключения срочного трудового договора исчерпывающе определены в части второй ст. 58 и в части первой ст. 59 ТК РФ. Обращает на себя внимание то, что часть вторая ст. 58 ТК РФ сформулирована как абсолютно определенная правовая норма: "...с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, а ИМЕННО В СЛУЧАЯХ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ЧАСТЬЮ ПЕРВОЙ СТАТЬИ 59 НАСТОЯЩЕГО КОДЕКСА" (выделено мной. - Е.Е.). Думаю, такое разрешение законодателем данной сложнейшей правовой проблемы основано на требованиях Конституции РФ. Часть 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует: права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены лишь федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

В части первой ст. 59 ТК РФ имеется 12 пунктов, содержащих обязательные (законные) основания (условия) заключения срочного трудового договора. Пункт 1 части первой ст. 59 ТК устанавливает: срочный трудовой договор заключается "на время исполнения обязанностей отсутствующего работника, за которым в соответствии с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором сохраняется место работы". В данном случае необходимо подчеркнуть форму таких правоотношений - срочный трудовой договор. На практике весьма часто исполнение трудовых обязанностей отсутствующего

работника как-либо вообще не оформляется и соответственно не оплачивается. Как следует из закона, такие трудовые правоотношения нельзя оформлять в виде докладных записок непосредственных руководителей, только приказом и т.д. Таким образом, на мой взгляд, в подобных случаях должен быть заключен срочный трудовой договор, оформленный приказом.

Обязанности отсутствующего работника может выполнять гражданин, ранее не состоявший с работодателем в трудовых правоотношениях и заключивший срочный трудовой договор. Достаточно часто обязанности отсутствующего работника выполняет другой работник, находящийся с данным работодателем в трудовых правоотношениях, в форме исполнения обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором (ст. 60.2 ТК РФ), или внутреннего совместительства (ст. 60.1 ТК РФ).

Много споров на практике вызывал ранее и, думаю, будет порождать в будущем п. 2 части первой ст. 59 ТК РФ, в соответствии с которым срочный трудовой договор заключается "на время выполнения временных (до двух месяцев) работ". В ТК РФ имеется гл. 45 "Особенности регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев". Вместе с тем, к сожалению, в данной главе законодателем не дается аутентичное толкование оценочного понятия "временная работа". В то же время, например, ст. 293 ТК РФ дает аутентичное толкование оценочного понятия "сезонная работа". На практике это обычно приводит к тому, что трудовой договор заключают на срок до двух месяцев с целью своеобразного и незаконного "испытания" работника, хотя работа по своему характеру является постоянной. На мой взгляд, в случае установления в суде подобных фактов и расторжения с работником трудового договора по истечении его срока работник должен быть на работе восстановлен.

В этой связи, во-первых, полагаю, срочный трудовой договор может быть заключен по закону на время выполнения временных (до двух месяцев) работ лишь в том случае, если работа по своим характеристикам действительно носит временный характер. Во-вторых, с целью избежания возможного злоупотребления работодателем правом на заключение срочного трудового договора на время выполнения временных (до двух месяцев) работ предлагаю в гл. 45 ТК РФ дать аутентичное толкование оценочного понятия "временная работа".

С позиции языкового толкования оценочное понятие "временный" означает "ограниченный временем, не вечный, преходящий, не постоянный" <1>. Исходя из языкового толкования оценочного понятия "временный", предлагаю в ст. 289 ТК РФ, находящейся в гл. 45 "Особенности регулирования труда работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев", дать следующее аутентичное толкование оценочного понятия "временная работа": "Временными признаются работы, которые в силу объективных организационных, технологических, профессиональных и иных условий выполняются в течение периода, не превышающего двух месяцев".

<1> Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. Т. 1. С. 895.

Например, думаю, возможно, заключать срочный трудовой договор на время выполнения временных (до двух месяцев) работ с "дополнительными" "временными" работниками для подготовки и сдачи баланса, подготовки и проведения юбилея организации, обеспечения временной работы в приемной комиссии вуза и т.д.

Пункт 3 части первой ст. 59 ТК РФ установил третье обязательное основание (условие) заключения срочного трудового договора: "для выполнения сезонных работ, когда в силу природных условий работа может производиться только в течение определенного периода (сезона)".

В отличие от гл. 45 в гл. 46 ТК РФ "Особенности регулирования труда работников, занятых на сезонных работах" в части первой ст. 293 ТК РФ дается аутентичное толкование законодателем оценочного понятия "сезонные работы":

"Сезонными признаются работы, которые в силу климатических и иных природных условий выполняются в течение определенного периода (сезона), не превышающего, как правило, шести месяцев".

Таким образом, срочный трудовой договор прекращается в связи с окончанием сезона. На практике всегда возникает вопрос: кто устанавливает конкретную дату окончания сезона? Достаточно часто такое решение, думаю, незаконно принимает работодатель исходя из собственного усмотрения, не основанного на каких-либо объективных факторах. Более того, в срочном трудовом договоре нередко устанавливается дата окончания сезона. Вместе с тем, на мой взгляд, из аутентичного толкования оценочного понятия "сезонные работы" следует другой вывод: период (начало и окончание) сезонных работ определяется не субъективной волей работодателя, оформленной в виде "соглашения" сторон срочного трудового договора, а объективными климатическими и иными условиями. Например, срок отопительного или полевого сезона зависит от погодных и температурных условий в данном году.

Согласно п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" "при рассмотрении споров работников, с которыми были заключены срочные трудовые договоры на срок до двух месяцев либо на время выполнения сезонных работ, необходимо учитывать особенности регулирования отношений по этим договорам, установленные гл. 45 и 46 Кодекса. В частности, при приеме на работу на срок до двух месяцев работникам не может быть установлено испытание (ст. 289 ТК РФ); в случае досрочного расторжения трудового договора указанные работники, а также работники, занятые на сезонных работах, обязаны в письменной форме предупредить об этом работодателя за три календарных дня (часть первая ст. 292, часть первая ст. 296 ТК РФ); на работодателя возложена обязанность предупредить о предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации, сокращением численности или штата работников в письменной форме под расписку: работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, - не менее чем за три календарных дня (часть вторая ст. 292 ТК РФ), а работников, занятых на сезонных работах, - не менее чем за семь календарных дней (часть вторая ст. 296 ТК РФ)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Пункт 4 части первой ст. 59 ТК РФ устанавливает четвертое обязательное основание (условие) срочного трудового договора: "с лицами, направляемыми на работу за границу". Как представляется, данный пункт требует своей дальнейшей конкретизации-уточнения и детализации. Во-первых, возникает вопрос: что означает оценочное понятие "направляемые на работу за границу"? Направляемые кем и куда? Работодатель может создать за границей обособленное подразделение - представительство или филиал. В этом случае, думаю, ранее заключенный трудовой договор с работником, который будет работать в обособленном подразделении работодателя за границей, должен не расторгаться и заключаться другой срочный трудовой договор, а по соглашению сторон необходимо изменять его обязательные условия. Работодатель также может создать за границей другое юридическое лицо. Однако в данном случае скорее всего, во-первых, будет действовать не российское трудовое и гражданское право, а право страны места нахождения юридического лица. Работник может направляться работодателем на работу в иностранное юридическое лицо. Полагаю, в этом случае также по общему правилу применяется право страны места нахождения юридического лица. Обратное может быть установлено только в межгосударственных договорах. Работник также может быть направлен на работу за границу, например в российское посольство или консульство, на территории которых действует специальный экстерриториальный правовой режим. Однако в этом случае применяется гл. 53 "Особенности регулирования труда работников, направляемых на работу в дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации, а также в представительства федеральных органов исполнительной власти и государственных учреждений Российской Федерации за границей". Так, согласно ст. 338 ТК РФ "с работником, направляемым на работу в представительство Российской Федерации за границей, заключается трудовой договор на срок до трех лет. По окончании указанного срока трудовой договор может быть перезаключен на новый срок".

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю, во-первых, провести дальнейшее системное изучение всех нормативных правовых актов, регулирующих данные спорные правоотношения. Во-вторых, конкретизировать п. 4 части первой ст. 59 ТК РФ с учетом гл. 53 ТК РФ и других нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права.

Пункт 5 части первой ст. 59 ТК РФ предусматривает пятое обязательное основание (условие) для заключения срочного трудового договора: "...для проведения работ, выходящих за рамки обычной деятельности работодателя (реконструкция, монтажные, пусконаладочные и другие работы), а также работ, связанных с заведомо временным (до одного года) расширением производства или объема оказываемых услуг".

Во-первых, по существу в п. 5 части первой ст. 59 ТК РФ установлено не одно, а два разных основания (условия) трудового договора. На мой взгляд, с позиции надлежащей юридической техники такое решение законодателя нельзя рассматривать как желательное и возможное. На практике это будет неизбежно способствовать нарушению трудовых прав и законных интересов работников. Во-вторых, примененное законодателем весьма абстрактное оценочное понятие "обычная деятельность" без его аутентичного толкования также может привести к серьезным нарушениям трудовых прав и законных интересов работников. Кроме того, ст. 49 ГК РФ не содержит оценочного понятия "обычная деятельность". Согласно ст. 49 ГК РФ "юридическое лицо может иметь гражданские права, СООТВЕТСТВУЮЩИЕ ЦЕЛЯМ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (выделено мной. - Е.Е.), предусмотренным в его учредительных документах, и нести связанные с этой деятельностью обязанности.

Коммерческие организации, за исключением унитарных предприятий и иных видов организаций, предусмотренных законом, могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления ЛЮБЫХ ВИДОВ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, НЕ ЗАПРЕЩЕННЫХ ЗАКОНОМ (выделено мной. - Е.Е.).

Отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии)".

Отсюда юридическое лицо выполняет не "обычную" деятельность, а деятельность, соответствующую уставным целям. Кроме того, поскольку, как правило, юридическое лицо имеет право заниматься "любыми видами деятельности, не запрещенными законом", постольку на практике всегда будет возникать вопрос: выходит ли юридическое лицо за рамки "обычной" деятельности? В результате такое законодательное решение может способствовать возникновению множества трудовых споров и нарушению действительных трудовых прав и законных интересов работников.

Вызывает сомнение и второе основание (условие) заключения срочного трудового договора, установленное п. 5 части первой ст. 59 ТК РФ: для работ, "связанных с заведомо временным (до одного года) расширением производства или объема оказываемых услуг". Во-первых, п. 2 части первой ст. 59 ТК РФ устанавливает другой срок "временных" работ - до двух месяцев. Во-вторых, как подчеркивалось выше, по своему характеру действительно временные работы не могут быть основаны на выполнении работодателем постоянных уставных функций. В-третьих, примененное законодателем оценочное понятие "заведомо временное" расширение производства или объема оказываемых услуг также является весьма дискуссионным. В действительности работодатель, приступая к выполнению каких-либо работ или услуг, вряд ли может "заведомо" с абсолютной точностью определить их "временный" характер. Только рынок сможет подтвердить необходимость и рентабельность выполнения тех или иных работ либо услуг. В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами и возражениями предлагаю п. 5 части первой ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Пункт 6 части первой ст. 59 ТК РФ установил шестое обязательное основание (условие) для заключения срочного трудового договора: "с лицами, поступающими на работу в организации, созданные на заведомо определенный период или для выполнения заведомо определенной работы". Исходя из п. 2 ст. 61 ГК РФ "Ликвидация юридического лица", юридические лица могут быть созданы как без указания срока их действия, так и на определенный срок для достижения цели, ради которой они созданы. В последнем случае юридическое лицо может быть ликвидировано по решению его учредителей (участников) либо органа юридического лица, уполномоченного на то учредительными документами. Ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо прекратившим свое существование после внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц (п. 8 ст. 63 ГК РФ). Отсюда, на мой взгляд, во-первых, срок срочного трудового договора, заключенного с работником на основании п. 6 части первой ст. 59 ТК РФ, истекает не в день, произвольно установленный работодателем, а в день, определенный какими-либо юридическими фактами, например подписанием акта о приемке работ либо оказании услуг или внесением в Единый государственный реестр юридических лиц записи о ликвидации юридического лица. Во-вторых, в уставных документах юридического лица должно быть указано, что оно создано на определенный срок.

Пункт 7 части первой ст. 59 ТК РФ установил седьмое обязательное основание (условие) для заключения срочного трудового договора: срочный трудовой договор заключается "с лицами", принимаемыми для выполнения заведомо определенной работы, в случаях, когда ее завершение не может быть определено конкретной датой. Думаю, срочный трудовой договор может быть заключен с лицами, принимаемыми для выполнения заведомо определенной работы, но не "в случаях, когда ее завершение не может быть определено конкретной датой", а только с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, как этого требует часть вторая ст. 58 ТК РФ. Весьма характерно, что согласно п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" "при заключении срочного трудового договора с лицами, поступающими на работу в организации, созданные на заведомо определенный период времени или для выполнения заведомо определенной работы (абзац седьмой части первой ст. 59 ТК РФ), срок трудового договора определяется сроком, на который создана такая организация. Поэтому прекращение трудового договора с указанными работниками по основанию истечения срока трудового договора может быть произведено, если данная организация действительно прекращает свою деятельность в связи с истечением срока, на который она была создана, или достижением цели, ради которой она создана, без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам (ст. 61 ГК РФ)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю п. 7 части первой ст. 59 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...с лицами, принимаемыми для выполнения заведомо определенной работы с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения".

Кроме того, полагаю, "заведомо" определенный характер работы должен устанавливаться не субъективной волей руководителя, а объективными фактами. Например, для празднования юбилея субъекта Российской Федерации с целью длительной (более двух месяцев) подготовки к проведению праздника необходимо было принять на работу определенное число дополнительных работников. Отсюда срок истечения срочного трудового договора определяется не субъективной волей работодателя, а объективным юридическим фактом - завершением подготовки юбилея и проведением этого юбилея.

Пункт 8 части первой ст. 59 ТК РФ установил восьмое, на мой взгляд, весьма спорное обязательное основание (условие) для заключения срочного трудового договора: "для выполнения работ, непосредственно связанных со стажировкой и с профессиональным обучением работника". Вместе с тем системное толкование ТК РФ и ГК РФ, полагаю, позволяет сделать другой вывод. Так, во-первых, "ТРУДОВОЙ ДОГОВОР - СОГЛАШЕНИЕ МЕЖДУ РАБОТОДАТЕЛЕМ И РАБОТНИКОМ, В СООТВЕТСТВИИ С КОТОРЫМ РАБОТОДАТЕЛЬ ОБЯЗУЕТСЯ ПРЕДОСТАВИТЬ РАБОТНИКУ РАБОТУ ПО ОБУСЛОВЛЕННОЙ ТРУДОВОЙ ФУНКЦИИ" (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 56 ТК РФ). Таким образом, работник поступает на работу для выполнения трудовой функции, обусловленной трудовым договором, а не для "выполнения работ, непосредственно связанных со стажировкой и с профессиональным обучением работника". К сожалению, как в п. 8 части первой ст. 59 ТК РФ, так и в гл. 32 ТК РФ "Ученический договор", как представляется, происходит весьма спорное отождествление трудовых и гражданско-правовых правоотношений. На мой взгляд, необходимо разграничивать трудовые правоотношения работника и работодателя с гражданско-правовыми правоотношениями юридического лица с гражданином, направленным на стажировку или иную форму обучения. Поскольку стажировка - это форма обучения, а не работы, постольку, полагаю, она должна быть оформлена не трудовым, а гражданско-правовым договором. Если же стороны приходят к соглашению также и о выполнении стажером какой-либо трудовой функции, то в этом случае, по-моему, кроме гражданско-правового договора об обучении может быть также заключен и трудовой договор на общих основаниях.

Во-вторых, весьма дискуссионным представляется и возможность "выполнения работ, непосредственно связанных... с профессиональным обучением работника". Профессиональное обучение работника скорее можно связать не с "выполнением работ", а с какой-либо формой обучения с отрывом или без отрыва от работы. В связи с изложенными правовыми возражениями предлагаю п. 8 части первой ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Пункт 9 части первой ст. 59 ТК РФ установил девятое обязательное основание (условие) для заключения срочного трудового договора: "в случаях избрания на определенный срок в состав выборного органа или на выборную должность на оплачиваемую работу, а также поступления на работу, связанную с непосредственным обеспечением деятельности членов избираемых органов или должностных лиц в органах государственной власти и органах местного самоуправления, в политических партиях и других общественных объединениях".

Как представляется, во-первых, такие случаи должны быть исчерпывающе установлены в федеральных законах (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). Во-вторых, в срочных трудовых договорах, на мой взгляд, нельзя устанавливать конкретную дату истечения срочного трудового договора, поскольку, например, деятельность в составе выборного органа может быть прекращена и досрочно по решению суда или добровольно. Поэтому, полагаю, практически более точно в таких срочных трудовых договорах писать: "на период избрания...". В-третьих, думаю, данные доводы имеют прямое отношение и для лиц, поступающих на работу, связанную с непосредственным обеспечением деятельности членов избираемых органов или должностных лиц.

Пункт 10 части первой ст. 59 ТК РФ определил десятое обязательное основание (условие) для заключения срочного трудового договора: срочный трудовой договор заключается "с лицами, направляемыми органами службы занятости населения на работы временного характера и общественные работы".

В ТК РФ в разд. XII "Особенности регулирования труда отдельных категорий работников" имеется ст. 349 "Регулирование труда лиц, работающих в организациях Вооруженных Сил Российской Федерации и федеральных органах исполнительной власти, в которых законодательством Российской Федерации предусмотрена военная служба, а также работников, проходящих замещающую военную службу альтернативную гражданскую службу". В то же время в ТК РФ отсутствует глава или даже одна статья о специфике трудовых отношений лиц, направленных органами службы занятости населения на работы временного характера и общественные работы. С одной стороны, работа таких лиц, безусловно, носит срочный характер. Следовательно, с такими работниками по закону должен быть заключен срочный трудовой договор. С другой стороны, отсутствие в ТК РФ соответствующей главы может привести к

нарушению трудовых прав и законных интересов таких работников. Предлагаю разработать и ввести в ТК РФ необходимую главу о специфике трудовых правоотношений лиц, направленных органами службы занятости населения на работы временного характера и общественные работы.

В соответствии с п. 1 и 2 ст. 24 Закона Российской Федерации от 19 апреля 1991 г. N 1032-1 "О занятости населения в Российской Федерации" (с последующими изменениями и дополнениями) "органы службы занятости организуют в целях обеспечения временной занятости населения проведение оплачиваемых общественных работ. Под общественными работами понимается трудовая деятельность, имеющая социально полезную направленность и организуемая в качестве дополнительной социальной поддержки граждан, ищущих работу. К общественным работам не относится деятельность, связанная с необходимостью срочной ликвидации последствий аварии, стихийных бедствий, катастроф и других чрезвычайных ситуаций и требующая специальной подготовки работников, а также их квалифицированных и ответственных действий в кратчайшие сроки. Право на участие в общественных работах имеют граждане, зарегистрированные в органах службы занятости в целях поиска подходящей работы, безработные граждане. Преимущественным правом на участие в общественных работах пользуются безработные граждане, не получившие пособия по безработице, безработные граждане, состоящие на учете в органах службы занятости свыше шести месяцев. Участие граждан в общественных работах допускается только с их согласия. При направлении на общественные работы учитываются состояние здоровья, возрастные, профессиональные и другие индивидуальные особенности граждан. С лицами, желающими участвовать в общественных работах, ЗАКЛЮЧАЕТСЯ СРОЧНЫЙ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР (выделено мной. - Е.Е.). Срочный трудовой договор об участии гражданина в общественных работах может быть расторгнут им досрочно при устройстве на постоянную или временную работу" <1>.

<1> Российская газета. 1996. 6 мая.

Пункт 11 части первой ст. 59 ТК РФ определил одиннадцатым обязательным основанием (условием) для заключения трудового договора направление граждан для прохождения альтернативной гражданской службы. Названная выше ст. 349 ТК РФ в своей первой части устанавливает лишь соотношение ТК РФ и специального федерального закона: "На работников, заключивших трудовой договор о работе в воинских частях, учреждениях, военных образовательных учреждениях высшего и среднего профессионального образования, иных организациях Вооруженных Сил Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти, в которых законодательством Российской Федерации предусмотрена военная служба, а также на работников, проходящих заменяющую военную службу альтернативную гражданскую службу, распространяются трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, с особенностями, установленными настоящим Кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации".

Поскольку часть третья ст. 5 ТК РФ устанавливает приоритет ТК РФ над федеральными законами, постольку в ТК РФ не могут не быть установлены основополагающие принципы, правовые пределы, которые должны быть конкретизированы в федеральных законах. К сожалению, ст. 349 ТК РФ не отвечает данным требованиям. В этой связи предлагаю разработать необходимые правовые нормы и дополнить ТК РФ соответствующей главой.

Федеральный закон "Об альтернативной гражданской службе", принятый 28 июня 2002 г. (с последующими изменениями и дополнениями) <1>, установил специальный правовой статус лиц, проходящих альтернативную гражданскую службу. "Альтернативная гражданская служба - особый вид трудовой деятельности в интересах общества и государства, осуществляемый гражданами взамен военной службы по призыву" (п. 1 ст. 1). "Статус граждан, проходящих альтернативную гражданскую службу, устанавливается настоящим Федеральным законом в соответствии с Конституцией Российской Федерации. Трудовая деятельность граждан, проходящих альтернативную гражданскую службу, регулируется Трудовым кодексом Российской Федерации с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Федеральным законом" (п. 3 ст. 1). "Работодатель, к которому гражданин прибыл из военного комиссариата для прохождения альтернативной гражданской службы, ОБЯЗАН ЗАКЛЮЧИТЬ С НИМ СРОЧНЫЙ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР (выделено мной. - Е.Е.) на период прохождения альтернативной гражданской службы в этой организации..." (п. 2 ст. 16). "Время прохождения альтернативной гражданской службы засчитывается в общий трудовой стаж и в стаж работы по специальности" (п. 2 ст. 19). "Продолжительность рабочего времени граждан, проходящих альтернативную службу, а также правила охраны труда, техники безопасности и производственной санитарии устанавливаются в соответствии с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права" (п. 1 ст. 20).

<1> Российская газета. 2002. 30 июля.

Наконец, п. 12 части первой ст. 59 ТК РФ установил: срочный трудовой договор заключается "в других случаях, предусмотренных настоящим Кодексом или иными федеральными законами". Например, согласно части четырнадцатой ст. 332 ТК РФ "с проректорами высшего учебного заведения заключается срочный трудовой договор. Срок окончания срочного трудового договора, заключаемого с проректором, совпадает со сроком окончания полномочий ректора". Как представляется, в случае заключения срочного трудового договора с работником в соответствии с п. 12 части первой ст. 59 в трудовом договоре необходимо точно указывать соответствующие статьи ТК РФ и других федеральных законов. Поскольку трудовые права работников могут быть ограничены только федеральным законом (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ), постольку срочный трудовой договор нельзя заключать по основаниям (условиям), предусмотренным подзаконными нормативными правовыми актами и законами субъектов Российской Федерации, содержащими нормы трудового права.

Кроме обязательных оснований (условий) для заключения срочного трудового договора часть вторая ст. 59 ТК РФ предусматривает также 10 возможных оснований (условий), в соответствии с которыми по "соглашению" сторон может заключаться срочный трудовой договор. Более того, второе предложение части второй ст. 58 ТК РФ, думаю, весьма спорно устанавливает, что "в случаях, предусмотренных частью второй ст. 59 настоящего Кодекса, срочный трудовой договор может заключаться по соглашению сторон трудового договора БЕЗ УЧЕТА ХАРАКТЕРА ПРЕДСТОЯЩЕЙ РАБОТЫ И УСЛОВИЙ ЕЕ ВЫПОЛНЕНИЯ" (выделено мной. - Е.Е.).

Думаю, данные правовые нормы нарушают как международное трудовое право, так и Конституцию РФ. Во-первых, Рекомендация МОТ N 166, принятая 22 июня 1982 г., "О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя" предлагает ограничивать срочные трудовые договоры только случаями, когда необходимость их заключения основывается на характере предстоящей работы, условиях ее выполнения или интересах работника. Во-вторых, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует: права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, а не "соглашением" сторон. Очевидно, что при заключении трудового договора гражданину достаточно сложно спорить с потенциальным работодателем об условиях и виде трудового договора. Весьма часто трудовой договор представляет собой своеобразный договор присоединения, условия которого разрабатываются работодателем односторонне. "Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом" (п. 1 ст. 428 ГК РФ). Доказать же впоследствии, что трудовой договор совершен под влиянием насилия, угрозы или стечения для работника тяжелых обстоятельств (ст. 179 ГК РФ), весьма сложно.

Весьма характерным представляется п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации": "В соответствии с частью второй ст. 58 ТК РФ в случаях, предусмотренных частью второй ст. 59 Кодекса, срочный трудовой договор может заключаться без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения. При этом необходимо иметь в виду, что такой договор может быть признан правомерным, если имелось соглашение сторон (часть вторая ст. 59 ТК РФ), т.е. если он заключен на основе добровольного согласия работника и работодателя. Если судом при разрешении спора о правомерности заключения срочного трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю второе предложение части второй ст. 58 ТК РФ признать утратившим силу как не соответствующее международному трудовому праву и Конституции РФ.

Пункт 1 части второй ст. 59 ТК РФ предусматривает право сторон заключать срочный трудовой договор "с лицами, ПОСТУПАЮЩИМИ НА РАБОТУ (выделено мной. - Е.Е.) к работодателям - субъектам малого предпринимательства (включая индивидуальных предпринимателей), численность работников которых не превышает 35 человек (в сфере розничной торговли и быстрого обслуживания - 20 человек)".

Данная правовая норма вызывает сомнение с позиции Конституции РФ. Согласно ч. 2 ст. 19 Конституции РФ "государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола... и от других обстоятельств". На мой взгляд, оценочное понятие "независимо от других обстоятельств" позволяет возражать против разных трудовых прав, во-первых, у "поступающих на работу" и уже работающих лиц; во-вторых, у работников, состоящих в трудовых

отношениях с различными видами работодателей - субъектов малого предпринимательства (включая индивидуальных предпринимателей), например в сфере розничной торговли и бытового обслуживания. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю п. 1 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Пункт 2 части второй ст. 59 ТК РФ установил почему-то сразу два различных возможных основания (условия) для заключения срочного трудового договора: по соглашению сторон срочный трудовой договор может заключаться "С ПОСТУПАЮЩИМИ НА РАБОТУ (выделено мной. - Е.Е.) пенсионерами по возрасту, а также с лицами, которым по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, разрешена работа исключительно временного характера".

Ранее в КЗоТе РСФСР имелся п. 1.1, в соответствии с которым работодатель имел право по своей инициативе расторгать трудовой договор с работниками, достигшими пенсионного возраста и имевшими право на получение полной пенсии. Однако Законом Российской Федерации от 12 марта 1992 г. п. 1.1 ст. 33 КЗоТ РСФСР был признан утратившим силу <1>, на мой взгляд, в связи с несоответствием с действовавшей в то время Конституцией и сложившейся судебной практикой. Нарушенные трудовые права пенсионеров нередко восстанавливались по решению суда.

_____

<1> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 14. Ст. 712.

В то же время в ТК РФ появилась ст. 59, в соответствии с которой срочный трудовой договор можно было заключать по инициативе работодателя либо работника, в частности, также с "пенсионерами по возрасту". Наконец, в настоящее время п. 2 части второй ст. 59 ТК РФ предоставляет такую возможность только в случае заключения срочного трудового договора с "ПОСТУПАЮЩИМИ НА РАБОТУ (выделено мной. - Е.Е.) пенсионерами по возрасту".

Действующая в настоящее время правовая норма также представляется спорной с позиции Конституции РФ. Часть 2 ст. 19 Конституции РФ устанавливает: "Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола... а также других обстоятельств". Конституционное оценочное понятие "от других обстоятельств", полагаю, во-первых, позволяет сделать вывод по меньшей мере о спорности дифференциации всех пенсионеров на "поступающих на работу" и уже работающих. По буквальному смыслу п. 2 части второй ст. 59 ТК РФ с работником, достигшим пенсионного возраста и заключившим ранее трудовой договор на неопределенный срок, теперь заключать срочный трудовой договор нельзя. В то же время с поступающим на работу пенсионером по возрасту можно. Во-вторых, несмотря на гарантированное ч. 2 ст. 19 Конституции РФ равенство всех граждан независимо "от других обстоятельств", все граждане, поступающие на работу, п. 2 части второй ст. 59 ТК РФ практически разделены на две категории: "поступающие на работу пенсионеры по возрасту" и поступающие на работу иные физические лица. Исходя из исторического толкования действовавшего ранее трудового законодательства, коллизии данной правовой нормы с Конституцией РФ и принимая во внимание сложившуюся судебную практику, предлагаю из п. 2 части второй ст. 59 ТК РФ исключить слова "с поступающими на работу пенсионерами по возрасту".

В п. 2 части второй ст. 59 ТК РФ имеется и второе основание (условие) для заключения срочного трудового договора, не имеющее какой-либо взаимосвязи с первым: "с лицами, которым по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, разрешена работа исключительно временного характера".

"Законодательство Российской Федерации об охране здоровья граждан состоит из соответствующих положений Конституции Российской Федерации и Конституций (уставов) субъектов Российской Федерации, настоящих Основ, иных федеральных законов и федеральных нормативных правовых актов, законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации" (ст. 3 Основ законодательства Российской Федерации "Об охране здоровья граждан" от 22 июля 1993 г. N 5487-1 с последующими изменениями и дополнениями) <1>. "Экспертиза временной нетрудоспособности производится лечащими врачами государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения, которые единолично выдают гражданам листки нетрудоспособности сроком до 30 дней, а на больший срок листки нетрудоспособности выдаются врачебной комиссией, назначаемой руководителем медицинского учреждения. При экспертизе временной нетрудоспособности определяются необходимость и сроки временного или постоянного перевода работника по состоянию здоровья на другую работу, а также принимается решение о направлении гражданина в установленном порядке на медико-социальную экспертную комиссию, в том числе при наличии у этого гражданина признаков инвалидности" (ст. 49 Основ).

_____

<1> Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. N 33. Ст. 1318.

Согласно ст. 7 Федерального закона "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации", принятого 20 июля 1995 г. <1> (с последующими изменениями и дополнениями), "медико-социальная экспертиза - определение в установленном порядке потребностей освидетельствуемого лица в мерах социальной защиты, включая реабилитацию, на основе оценки ограничений жизнедеятельности, вызванных стойким расстройством функций организма". Медико-социальная экспертиза проводится федеральными учреждениями медико-социальной экспертизы, подведомственными уполномоченному органу, определяемому Правительством Российской Федерации. "На федеральные учреждения медико-социальной экспертизы возлагаются:

<1> Российская газета. 1995. 2 декабря.

1) установление инвалидности, ее причин, сроков, времени наступления инвалидности, потребности инвалида в различных видах социальной защиты...

2) разработка индивидуальных программ реабилитации инвалидов;

3) изучение уровня и причин инвалидности населения;

4) участие в разработке комплексных программ реабилитации инвалидов, профилактики инвалидности и социальной защиты инвалидов...

5) определение степени утраты профессиональной трудоспособности...

6) определение причины смерти инвалида в случаях, когда законодательством Российской Федерации предусматривается предоставление мер социальной поддержки семье умершего...

Решение учреждения медико-социальной экспертизы является обязательным для исполнения соответствующими органами государственной власти, органами местного самоуправления, а также организациями независимо от организационно-правовых форм и форм собственности" (ст. 8 Закона).

Важное практическое значение имеет аутентичное толкование законодателем оценочного понятия "инвалид", данное в ст. 1 названного Закона: "Инвалид - лицо, которое имеет нарушение здоровья со стойким расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, последствиями травм или дефектами, приводящее к ограничению жизнедеятельности и вызывающее необходимость его социальной защиты. Ограничение жизнедеятельности - полная или частичная утрата лицом способности или возможности осуществлять самообслуживание, самостоятельно передвигаться, ориентироваться, общаться, контролировать свое поведение, обучаться и заниматься трудовой деятельностью. В зависимости от степени расстройства функций организма и ограничения жизнедеятельности лицам, признанным инвалидами, устанавливается группа инвалидности, а лицам в возрасте до 18 лет устанавливается категория "ребенок-инвалид".

В соответствии с п. 1, 3, 7 и 9 Правил признания лица инвалидом, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 20 февраля 2006 г. N 95 "О порядке и условиях признания лица инвалидом", "...Правила определяют в соответствии с Федеральным законом "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации" порядок и условия признания лица инвалидом. Признание лица (далее - гражданин) инвалидом осуществляется федеральными государственными учреждениями медико-социальной экспертизы: Федеральным бюро медико-социальной экспертизы (далее - Федеральное бюро), главным бюро медико-социальной экспертизы (далее - главное бюро), а также бюро медико-социальной экспертизы в городах и районах (далее - бюро), являющимися филиалами главных бюро... Медико-социальная экспертиза проводится для установления структуры и степени ограничения жизнедеятельности гражданина (в том числе степени ограничения способности к трудовой деятельности) и его реабилитационного потенциала... В зависимости от степени ограничения жизнедеятельности, обусловленного стойким расстройством функций организма, возникшего в результате заболеваний, последствий травм или дефектов, гражданину, признанному инвалидом, устанавливается I, II или III группа инвалидности, а гражданину в возрасте до 18 лет - категория "ребенок-инвалид"... Инвалидность I группы устанавливается на 2 года, II и III групп - на 1 год. Степень ограничения способности к трудовой деятельности (отсутствие ограничения способности к трудовой деятельности) устанавливается на такой же срок, что и группа инвалидности" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 28 февраля.

Классификации и временные критерии, ранее использовавшиеся при проведении медико-социальной экспертизы, были утверждены Постановлением Минтруда РФ и Минздрава РФ от 29 января 1997 г. N 1/30 "Об утверждении классификаций и временных критериев, используемых при

осуществлении медико-социальной экспертизы" <1>. Согласно п. 1.5.4 данного Постановления прежде были установлены три степени ограничения способности к трудовой деятельности:

<1> Бюллетень Минтруда РФ. 1997. N 2.

"1 степень - способность к выполнению трудовой деятельности при условии СНИЖЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ ИЛИ УМЕНЬШЕНИЯ ОБЪЕМА ПРОИЗВОДСТВЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, НЕВОЗМОЖНОСТИ ВЫПОЛНЕНИЯ РАБОТЫ ПО СВОЕЙ ПРОФЕССИИ (выделено мной. - Е.Е.);

2 степень - способность к выполнению трудовой деятельности В СПЕЦИАЛЬНО СОЗДАННЫХ УСЛОВИЯХ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ ВСПОМОГАТЕЛЬНЫХ СРЕДСТВ И (ИЛИ) СПЕЦИАЛЬНО ОБОРУДОВАННОГО РАБОЧЕГО МЕСТА С ПОМОЩЬЮ ДРУГИХ ЛИЦ (выделено мной. - Е.Е.);

3 степень - неспособность к трудовой деятельности" <1>.

<1> Там же.

Названным Постановлением также ранее были выработаны критерии определения групп инвалидности. "Критерием для установления второй группы инвалидности является... недостаточность, требующая социальной защиты или помощи, вследствие нарушения здоровья со стойким выраженным расстройством функций организма, обусловленным заболеваниями, последствиями травм или дефектами, приводящими к выраженному ограничению одной или следующих категорий жизнедеятельности либо их сочетанию:

- способности к самообслуживанию второй степени;
- способности к передвижению второй степени;
- способности к трудовой деятельности третьей, второй степени" <1>.

<1> Там же.

Пунктами 10, 11 и 12 действующего в настоящее время Приказа Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 22 августа 2005 г. N 535 "Об утверждении классификаций и критериев, используемых при осуществлении медико-социальной экспертизы граждан федеральными государственными учреждениями медико-социальной экспертизы" определены новые критерии установления степени ограничения способности к трудовой деятельности, в соответствии с которыми "критерием установления 1 степени ограничения способности к трудовой деятельности является нарушение здоровья со стойким умеренно выраженным расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, последствиями травм или дефектами, приводящее к снижению квалификации, объема, тяжести и напряженности выполняемой работы, НЕВОЗМОЖНОСТИ ПРОДОЛЖАТЬ РАБОТУ ПО ОСНОВНОЙ ПРОФЕССИИ (выделено мной. - Е.Е.) при возможности выполнения других видов работ более низкой квалификации в обычных условиях труда в следующих случаях:

при выполнении работы в обычных условиях труда по основной профессии с уменьшением объема производственной деятельности не менее чем в 2 раза, снижением тяжести труда не менее чем на два класса;

при переводе на другую работу более низкой квалификации в обычных условиях труда в связи с невозможностью продолжать работу по основной профессии...

Критерием установления 2 степени ограничения способности к трудовой деятельности является нарушение здоровья со стойким выраженным расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, последствиями травм или дефектами, при котором возможно осуществление выполнения трудовой деятельности в специально созданных условиях труда, с использованием вспомогательных технических средств и (или) с помощью других лиц...

Критерием установления 3 степени ограничения способности к трудовой деятельности является нарушение здоровья со стойким значительно выраженным расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, последствиями травм или дефектами, ПРИВОДЯЩЕЕ К ПОЛНОЙ НЕСПОСОБНОСТИ К ТРУДОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (выделено мной. - Е.Е.), в том числе в специально созданных условиях, или противопоказанности трудовой деятельности" <1>.

<1> Российская газета. 2005. 21 сентября.

В правоприменительной практике скорее всего могут сложиться две ситуации. Первая: работник, заключивший трудовой договор на неопределенный срок, нуждающийся в соответствии с медицинским заключением во временном переводе на другую работу на срок до четырех месяцев, может отказаться от перевода на другую работу. Вторая: соответствующая работа у работодателя отсутствует. В этих случаях работодатель обязан на весь указанный в медицинском

заключении срок отстранить работника от работы с сохранением места работы (должности). В период отстранения работника от работы заработная плата ему не начисляется, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом, иными федеральными законами, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором (часть вторая ст. 73 ТК РФ).

Вместе с тем данная правовая норма не отвечает на важнейший практический вопрос: как оформляются трудовые правоотношения с работником, согласившимся на временный перевод? Исходя из системного толкования ст. 16 ТК РФ, части второй ст. 59 ТК РФ, предлагаю дополнить часть вторую ст. 73 ТК РФ следующим предложением:

"С работником, нуждающимся в соответствии с медицинским заключением во временном переводе на другую работу на срок до четырех месяцев, по соглашению сторон заключается срочный трудовой договор на период, указанный в медицинском заключении, с оплатой труда по выполняемой работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе с сохранением прежнего места работы (должности). Действие ранее заключенного трудового договора приостанавливается на период временного перевода на другую работу".

В соответствии с медицинским заключением работник может нуждаться и в более длительном временном переводе на другую работу либо в постоянном переводе. "Если в соответствии с медицинским заключением работник нуждается во временном переводе на другую работу на срок более четырех месяцев или в постоянном переводе, то при его отказе от перевода либо отсутствии у работодателя соответствующей работы трудовой договор прекращается в соответствии с п. 8 части первой ст. 77 настоящего Кодекса" (часть третья ст. 73 ТК РФ).

Однако, к сожалению, в части третьей ст. 73 ТК РФ также отсутствует ответ на важный практический вопрос: как оформляются трудовые правоотношения в случае согласия работника? Исходя из системного толкования названных выше статей ТК РФ, предлагаю дополнить часть третью ст. 73 ТК РФ следующей правовой нормой:

"С работником, нуждающимся в соответствии с медицинским заключением во временном переводе на другую работу на срок более четырех месяцев, по соглашению сторон заключается срочный трудовой договор на период, указанный в медицинском заключении, с сохранением прежнего места работы (должности) и оплатой труда по выполняемой работе. Действие ранее заключенного трудового договора приостанавливается на период временного перевода работника на другую работу.

С работником, нуждающимся в соответствии с медицинским заключением в постоянном переводе на другую работу, по соглашению сторон заключается другой трудовой договор (срочный или на неопределенный срок) с оплатой труда по выполняемой работе без сохранения прежнего места работы (должности). Ранее заключенный трудовой договор расторгается по соглашению сторон без прекращения трудовых правоотношений".

На практике может сложиться и другая, полагаю, весьма редкая ситуация, когда будет рассматриваться вопрос о заключении срочного трудового договора с гражданином, не состоящим с данным работодателем в трудовых правоотношениях и нуждающимся в соответствии с медицинским заключением в заключении срочного трудового договора по состоянию здоровья. Думаю, и в данном случае трудовые правоотношения должны быть оформлены срочным трудовым договором. В связи с изложенными правовыми аргументами и системным толкованием нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, предлагаю, во-первых, п. 2 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу. Во-вторых, дополнить часть первую ст. 59 ТК РФ пунктом следующего содержания: "с лицами, нуждающимися в соответствии с медицинским заключением во временной работе, на срок, указанный в медицинском заключении, выданном в порядке, установленном настоящим Кодексом и другими федеральными законами".

Пункт 3 части второй ст. 59 ТК РФ установил третье договорное основание (условие) заключения срочного трудового договора по соглашению сторон: "с лицами, поступающими на работу в организации, расположенные в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, если это связано с переездом к месту работы".

В то же время мотив, указанный в законе: "если это связано с переездом", вызывает серьезные сомнения с учетом прямого применения Конституции РФ, международного трудового права и системного толкования данной правовой нормы с иными статьями ТК РФ. Во-первых, ч. 2 ст. 19 Конституции РФ гарантирует "равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... места жительства... а также от других обстоятельств". Во-вторых, в Рекомендации МОТ N 166 "О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя" установлены только три основания (условия) для заключения срочного трудового договора: 1) характер предстоящей работы; 2) условия ее выполнения; 3) интересы трудящегося. В ТК РФ возможность заключения срочного трудового договора с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения предусмотрена частью второй ст. 58 и частью первой ст. 59 ТК РФ.

В-третьих, на мой взгляд, в настоящее время в соответствии с гарантированным Конституцией РФ равенством прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 19) у лиц, поступающих на работу в организации, расположенные в районах Крайнего Севера и

приравненных к ним местностях, в зависимости от вида трудового договора (срочный или заключенный на неопределенный срок) не может быть различных трудовых прав и обязанностей (как было ранее), в том числе и в связи с переездом к месту работы.

В-четвертых, ст. 326 ТК РФ и не дифференцирует размер компенсации расходов, иные права и обязанности работников в зависимости от вида трудового договора (срочного или заключенного на неопределенный срок). Часть первая ст. 326 ТК РФ гарантирует, что "лицам, ЗАКЛЮЧИВШИМ ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ (выделено мной. - Е.Е.) (следовательно, как срочный, так и на неопределенный срок) о работе в организациях, финансируемых из бюджета, расположенных в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, и прибывшим в соответствии с этими договорами из других регионов Российской Федерации, за счет средств работодателя предоставляются следующие гарантии и компенсации...".

С одной стороны, согласно части пятой ст. 326 ТК РФ "размер, условия и порядок компенсации расходов, связанных с переездом лицам, работающим в организациях, финансируемых из бюджетов субъектов Российской Федерации, устанавливаются органами государственной власти субъектов Российской Федерации, в организациях, финансируемых из местных бюджетов, - органами местного самоуправления, у работодателей, не относящихся к бюджетной сфере, - коллективными договорами, локальными нормативными актами, принимаемыми с учетом мнения выборных органов первичных профсоюзных организаций, трудовыми договорами". Вместе с тем, с другой стороны, на мой взгляд, в соответствии с Конституцией РФ и в организациях, финансируемых не из федерального бюджета, работники, заключившие срочные трудовые договоры, и работники, заключившие трудовые договоры на неопределенный срок, не могут иметь различные минимальные (установленные федеральным законом) трудовые права и обязанности, в частности размер компенсаций расходов, связанных с переездом. В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю п. 3 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Пункт 4 части второй ст. 59 ТК РФ предусматривает возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон "для проведения неотложных работ по предотвращению катастроф, аварий, несчастных случаев, эпидемий, эпизоотий, а также для устранения последствий указанных и других чрезвычайных обстоятельств".

Как представляется, с одной стороны, в исключительных случаях, связанных с чрезвычайными обстоятельствами, в частности, указанными в п. 4 части второй ст. 59 ТК РФ, действительно необходимо заключать срочные трудовые договоры для выполнения неотложных временных работ. С другой стороны, возникают как минимум три вопроса. Первый: почему срочный трудовой договор может заключаться, только если возникли чрезвычайные обстоятельства? Второй: достаточно ли только п. 4 части второй ст. 59 ТК РФ для регулирования подобных специфических трудовых правоотношений? На мой взгляд, нет. Третий: почему для выполнения временных работ, связанных с чрезвычайными обстоятельствами, может быть заключен не только срочный трудовой договор, но и трудовой договор на неопределенный срок?

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю, во-первых, подготовить и принять Федеральный закон с условным названием "О регулировании правоотношений в процессе проведения неотложных работ по предотвращению катастроф, аварий, несчастных случаев, эпидемий, эпизоотий, а также устранения последствий данных и других чрезвычайных обстоятельств". Во-вторых, п. 4 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу. В-третьих, заключать с работниками в подобных случаях срочные трудовые договоры в соответствии с п. 12 части первой ст. 59 ТК РФ и будущим федеральным законом.

Пункт 5 части второй ст. 59 ТК РФ установил пятое договорное возможное основание (условие) для заключения срочного трудового договора: "с лицами, избранными по конкурсу на замещение соответствующей должности, проведенному в порядке, установленном трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права".

В то же время, на мой взгляд, само оценочное понятие "конкурс" предполагает выбор работодателем из ряда возможных претендентов профессионально наиболее подготовленного работника. С позиции языкового толкования "конкурс" (от лат. concursus) - "соревнование, соискательство нескольких лиц в области искусства, наук, спорта с целью выделить наиболее выдающихся" <1>. Отсюда, на мой взгляд, для регулярного выявления "наиболее выдающихся" работников на данном этапе конкурс необходимо проводить с определенной периодичностью, установленной федеральным законом. При таком подходе с лицами, избранными по конкурсу, может быть заключен только срочный трудовой договор.

<1> Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. Т. 1. С. 1438.

Вместе с тем, например, часть первая ст. 332 ТК РФ предусматривает, что "трудовые договоры на замещение должностей научно-педагогических работников в высшем учебном

заведении могут заключаться как на неопределенный срок, так и на срок, определенный сторонами трудового договора". "Конкурс" на замещение должности научно-педагогического работника, занимаемой работником, с которым заключен трудовой договор на неопределенный срок, проводится один раз в пять лет (часть третья ст. 332 ТК РФ). Дополнительным основанием прекращения трудового договора с педагогическим работником является "неизбрание по конкурсу на должность научно-педагогического работника или истечение срока избрания по конкурсу" (часть седьмая ст. 332, п. 4 ст. 336 ТК РФ).

Однако, на мой взгляд, с одной стороны, заключение с научно-педагогическим работником трудового договора на неопределенный срок (т.е. предоставление ему правовой гарантии работать бессрочно) и проведение конкурса один раз в пять лет (следовательно, возвращение к поиску наиболее подготовленного специалиста) находятся в существенном правовом и логическом противоречии.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю, во-первых, п. 5 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу. Во-вторых, дополнить часть первую ст. 59 ТК РФ пунктом следующего содержания: "с лицами, избранными по конкурсу на замещение соответствующей должности, проведенному в порядке, установленном настоящим Кодексом и иными федеральными законами".

В-третьих, предлагаю исключить из ТК РФ и иных соответствующих федеральных законов правовые нормы, согласно которым с лицами, избранными по конкурсу, может быть заключен трудовой договор на неопределенный срок. На мой взгляд, с такими лицами может быть заключен только срочный трудовой договор до проведения очередного конкурса. Последующий конкурс вновь должен выявить из всех возможных претендентов на данную должность наиболее подготовленное лицо. Причем участники конкурса должны находиться в равном правовом положении. Полагаю, работник, с которым заключен трудовой договор на неопределенный срок, и иные лица, не состоящие с организацией, проводящей конкурс, в трудовых правоотношениях, изначально в нарушение Конституции РФ имеют неравные права и возможности.

Пункт 6 части второй ст. 59 ТК РФ предусматривает возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон "с творческими работниками средств массовой информации, организаций кинематографии, театров, театральных и концертных организаций, цирков и иными лицами, участвующими в создании и (или) исполнении (экспонировании) произведений, профессиональными спортсменами в соответствии с перечнем работ, профессий, должностей этих работников, утверждаемыми Правительством Российской Федерации с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений".

Вместе с тем, на мой взгляд, в данной правовой норме имеется целый ряд противоречий с другими статьями ТК РФ. Во-первых, если данная работа по своему характеру является срочной, то почему срочный трудовой договор может быть заключен только по соглашению сторон? Во-вторых, если работа с отдельными творческими работниками является по своему характеру бессрочной, то законно ли с ними заключать срочный трудовой договор "по соглашению" сторон? В-третьих, не является ли срочный трудовой договор с творческими работниками разновидностью заведомо определенной срочной работы, предусмотренной п. 6 части первой ст. 59 ТК РФ?

Как представляется, изложенные правовые аргументы и имеющиеся коллизии между названными правовыми нормами позволяют сделать следующие выводы и предложения. Во-первых, с творческими работниками в зависимости от характера работы может быть заключен как трудовой договор на неопределенный срок, так и срочный трудовой договор. Во-вторых, с учетом характера выполняемой работы срочный трудовой договор с творческими работниками можно рассматривать как вид обязательного срочного трудового договора для выполнения заведомо определенной работы (п. 6 части первой ст. 59 ТК РФ). Например, работа, связанная со съемками в конкретном фильме или с участием в постановке какого-либо одного спектакля в театре. В этой связи предлагаю п. 6 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу и заключать с творческими работниками в зависимости от характера работы трудовые договоры на неопределенный срок или срочные трудовые договоры для выполнения заведомо определенной работы (п. 6 части первой ст. 59 ТК РФ).

Множество дискуссий и споров в судах вызвал и п. 7 части второй ст. 59 ТК РФ, в соответствии с которым срочный трудовой договор может заключаться по соглашению сторон "с руководителями, заместителями руководителей и главными бухгалтерами организаций независимо от их организационных форм и форм собственности".

Во-первых, ч. 2 ст. 19 Конституции РФ гарантирует гражданам равенство прав независимо от должностного положения. Во-вторых, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает возможность ограничения прав гражданина только федеральным законом, а не вынужденным "соглашением" сторон при заключении трудового договора. В-третьих, по закону "срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, а именно в случаях, предусмотренных частью первой ст. 59 настоящего Кодекса". В-четвертых, Рекомендация МОТ N

166 "О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя" также прямо не предусматривает возможность заключения срочного трудового договора с данными категориями работников. В-пятых, на мой взгляд, достаточно сложно аргументировать право на заключение срочного трудового договора с данными работниками и с учетом характера предстоящей работы, условий ее выполнения или интересов работника, ограничивающими Рекомендацией МОТ N 166 основания заключения со всеми работниками срочного трудового договора. Изложенные правовые аргументы и доводы, по-моему, позволяют сделать вывод о несоответствии п. 7 части второй ст. 59 ТК РФ Конституции РФ и международному трудовому праву. В этой связи предлагаю п. 7 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Пункт 8 части второй ст. 59 ТК РФ установил возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон "с лицами, обучающимися по очной форме обучения". Вместе с тем, во-первых, ч. 2 ст. 19 Конституции РФ гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от каких-либо обстоятельств. Полагаю, к таким "обстоятельствам" относится и форма обучения студентов - дневная, вечерняя или заочная. Кроме того, во-вторых, возникает вопрос: если п. 8 части второй ст. 59 ТК РФ предусматривает только право заключения срочного трудового договора по соглашению сторон, то не означает ли это возможность заключения со студентами, обучающимися по дневной форме обучения, также и трудового договора на неопределенный срок? Думаю, ответ на этот вопрос, исходя из буквального текста части второй ст. 59 ТК РФ, может быть только положительным. Отсюда с одними студентами, обучающимися по дневной форме обучения, "по соглашению сторон" может быть заключен срочный трудовой договор, а с другими в соответствии с частью 3 ст. 55 Конституции РФ и не согласными с ограничением их трудовых прав "по соглашению сторон" - трудовой договор на неопределенный срок. По-моему, такая дифференциация студентов, обучающихся по дневной форме обучения, на "согласных" и "не согласных" находится в противоречии с Конституцией РФ.

В-третьих, возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон, на мой взгляд, вряд ли можно согласовать и с Рекомендацией МОТ N 166 "О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя". В-четвертых, п. 8 части второй ст. 59 ТК РФ, полагаю, находится в противоречии и с частью второй ст. 58 ТК РФ: "Срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, а именно в случаях, предусмотренных частью первой ст. 59 настоящего Кодекса". В связи с изложенными правовыми аргументами, как представляется, можно сделать вывод о несоответствии п. 8 части второй ст. 59 ТК РФ Конституции РФ, международному трудовому праву и другим статьям ТК РФ. Предлагаю п. 8 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Пункт 9 части второй ст. 59 ТК РФ предусматривает возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон "с лицами, поступающими на работу по совместительству". По меньшей мере представляется спорным включение в ТК РФ целого ряда правовых норм, ограничивающих трудовые права работников-совместителей по сравнению с работниками по "основному" месту работы (часть третья ст. 282). Кроме п. 9 части второй ст. 59 ТК РФ такие ограничения в правах работников-совместителей имеются также и в других статьях ТК РФ, например в ст. 287, 288 и 325.

На мой взгляд, названные и иные ограничения трудовых прав работников-совместителей не соответствуют Конституции РФ, международному трудовому праву и другим статьям ТК РФ. Во-первых, ч. 2 ст. 19 Конституции РФ гарантирует гражданам равенство прав независимо от каких-либо обстоятельств. В том числе, на мой взгляд, и от того, где находится трудовая книжка работника. Трудно согласиться с тем, что у работника может быть "основная", а отсюда, значит, и "не основная" работа. Во-вторых, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ установила, что "права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Полагаю, ни одно из возможных оснований ограничения федеральным законом прав и свобод человека и гражданина не подходит для ограничения трудовых прав работников-совместителей. В-третьих, п. 9 части второй ст. 59 ТК РФ, по-моему, вошел в противоречие и с Рекомендацией МОТ N 166 "О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя". В-четвертых, п. 9 части второй ст. 59 ТК РФ коллидирует и с частью второй ст. 58 ТК РФ. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю п. 9 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Пункт 10 части второй ст. 59 ТК РФ установил возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон также и "в других случаях, предусмотренных настоящим Кодексом или иными федеральными законами". Вместе с тем ч. 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, а не "соглашением" сторон в случаях, установленных в федеральных законах. Думаю, подобная бланкетная правовая норма может привести к нарушению трудовых прав работников. В этой связи предлагаю п. 10 части второй ст. 59 ТК РФ признать утратившим силу.

Проведенный выше анализ десяти пунктов части второй ст. 59 ТК РФ, как представляется, позволяет сделать следующие итоговые предложения и выводы. Во-первых, учитывая изложенные выше теоретические, правовые и иные аргументы, считаю необходимым часть вторую ст. 59 ТК РФ в целом признать утратившей силу как не соответствующую Конституции РФ и международному трудовому праву. Во-вторых, предлагаю изложить часть вторую ст. 58 ТК РФ в следующей редакции: "Срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, а именно в случаях, предусмотренных ст. 59 настоящего Кодекса".

В-третьих, полагаю обоснованным дополнение действующей части первой ст. 59 ТК РФ следующими обязательными законными основаниями (условиями) заключения срочного трудового договора, предусмотренными в настоящее время п. 2 части второй ст. 59 ТК РФ ("с лицами, которым по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральным законом, разрешена работа временного характера"), а также п. 5 части второй ст. 59 ТК РФ ("с лицами, избранными по конкурсу на замещение соответствующей должности, проведенному в порядке, установленном настоящим Кодексом или иным федеральными законами").

В-четвертых, считаю необходимым в ТК РФ в целом отказаться от договорных оснований (условий) заключения срочного трудового договора по соглашению сторон, ограничившись только законными обязательными основаниями (условиями) заключения срочного трудового договора, предусмотренными ТК РФ и иными федеральными законами.

§ 3. Спорные правовые проблемы заключения трудового договора

В действующем ТК РФ имеется целый ряд дискуссионных правовых норм, связанных с заключением трудового договора. Хотелось бы остановиться на наиболее актуальных теоретических и практических спорных правовых вопросах, связанных с заключением трудового договора, не нашедших необходимого правового регулирования в трудовом праве, достаточного доктринального толкования и порождающих противоречивую судебную практику.

Так, множество споров в теории и на практике возникло в связи с проблемой гарантий "права" граждан на труд при заключении трудового договора и обоснованностью (необоснованностью) отказа в заключении трудового договора. Часть первая ст. 16 КЗоТ РФ ранее устанавливала: запрещается "необоснованный отказ в приеме на работу". Практически аналогичная правовая норма имелась и в части первой ст. 64 ТК РФ в прежней редакции: "Запрещается необоснованный отказ в заключении трудового договора". Наконец, часть первая ст. 64 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ также осталась без каких-либо изменений: "Запрещается необоснованный отказ в заключении трудового договора". В этой связи в специальной литературе и на практике возник вопрос: как можно толковать оценочное понятие "необоснованный"?

В соответствии с п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" "при рассмотрении споров, связанных с отказом в приеме на работу, необходимо иметь в виду, что труд свободен и каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, а также иметь равные возможности при заключении трудового договора без какой-либо дискриминации, т.е. какого бы то ни было прямого или косвенного ограничения прав или установления прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, семейного, социального и должностного положения, возраста, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом (ст. 19, 37 Конституции РФ, ст. 2, 3, 64 Кодекса, ст. 1 Конвенции МОТ N 111 1958 г. о дискриминации в области труда и занятий, ратифицированной Указом Президиума Верховного Совета СССР от 31 января 1961 г.).

Между тем при рассмотрении дел данной категории в целях оптимального согласования интересов работодателя и лица, желающего заключить трудовой договор, и с учетом того, что исходя из содержания ст. 8, ч. 1 ст. 34, ч. 1 и 2 ст. 35 Конституции РФ и абзаца второго части первой ст. 22 Кодекса работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом самостоятельно, под свою ответственность принимает необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала) и ЗАКЛЮЧЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА С КОНКРЕТНЫМ ЛИЦОМ, ИЩУЩИМ РАБОТУ, ЯВЛЯЕТСЯ ПРАВОМ, А НЕ ОБЯЗАННОСТЬЮ РАБОТОДАТЕЛЯ (выделено мной. - Е.Е.), а также того, что Кодекс не

содержит норм, обязывающих работодателя заполнять вакантные должности или работы немедленно по мере их возникновения, необходимо проверить, делалось ли работодателем предложение об имеющихся у него вакансиях (например, сообщение о вакансиях передано в органы службы занятости, помещено в газете, объявлено по радио, оглашено во время выступлений перед выпускниками учебных заведений, размещено на доске объявлений), велись ли переговоры о приеме на работу с данным лицом и по каким основаниям ему было отказано в заключении трудового договора.

При этом необходимо учитывать, что запрещается отказывать в заключении трудового договора по обстоятельствам, носящим дискриминационный характер, в том числе женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей (части вторая и третья ст. 64 Кодекса); работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы (часть четвертая ст. 64 Кодекса).

Поскольку действующее законодательство содержит лишь примерный перечень причин, по которым работодатель не вправе отказать в приеме на работу лицу, ищущему работу, вопрос о том, имела ли место дискриминация при отказе в заключении трудового договора, решается судом при рассмотрении конкретного дела.

ЕСЛИ СУДОМ БУДЕТ УСТАНОВЛЕНО, ЧТО РАБОТОДАТЕЛЬ ОТКАЗАЛ В ПРИЕМЕ НА РАБОТУ ПО ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ, СВЯЗАННЫМ С ДЕЛОВЫМИ КАЧЕСТВАМИ ДАННОГО РАБОТНИКА, ТАКОЙ ОТКАЗ ЯВЛЯЕТСЯ ОБОСНОВАННЫМ (выделено мной. - Е.Е.).

Под деловыми качествами работника следует, в частности, понимать способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли).

Кроме того, работодатель вправе предъявить к лицу, претендующему на вакантную должность или работу, и иные требования, обязательные для заключения трудового договора в силу прямого предписания федерального закона либо которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В то же время согласно, например, ст. 2 ГПК РФ "Задачи гражданского судопроизводства" "задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел В ЦЕЛЯХ ЗАЩИТЫ НАРУШЕННЫХ ИЛИ ОСПАРИВАЕМЫХ ПРАВ, СВОБОД И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ ГРАЖДАН (выделено мной. - Е.Е.)... гражданское судопроизводство должно способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду". В исковом заявлении в суд, в частности, должно быть указано, "в чем заключается нарушение либо угроза нарушения прав, свобод и законных интересов истца..." (ч. 2 ст. 131 ГПК РФ). Часть 1 ст. 46 Конституции РФ гарантирует каждому судебную защиту только "прав и свобод". Статья же 37 Конституции РФ не установила "права" граждан на труд у любого работодателя.

В ст. 134 ГПК РФ "Отказ в принятии искового заявления" не установлено такое основание для отказа в принятии заявления, как отсутствие у истца права или защищаемого законом интереса. Следовательно, в подобных случаях судья должен принимать заявление, рассматривать спор по существу и, на мой взгляд, выносить решение об отказе в иске в соответствии с частью 1 ст. 46 Конституции РФ.

Статья 16 ТК РФ "Основания возникновения трудовых отношений" определила: "Трудовые отношения возникают между работником и работодателем на основании трудового договора...". Трудовой договор - это добровольное "соглашение между работодателем и работником" (ст. 56 ТК РФ). Исходя из изложенных правовых норм, на мой взгляд, суд, рассматривая трудовые споры, связанные с заключением трудовых договоров, вряд ли должен входить в обсуждение вопросов "обоснованности" или "необоснованности" отказа в заключении трудового договора. В соответствии с Конституцией РФ и ГПК РФ суд может защищать лишь нарушенные трудовые права и защищаемые законом интересы граждан.

В теории права имеются три различных по своему содержанию оценочных понятия: "права", "защищаемые законом интересы" и "интересы". Трудовые "права" в соответствии со ст. 16 ТК РФ возникают "между работником и работодателем на основании трудового договора, заключаемого ими в соответствии с настоящим Кодексом. В случаях и порядке, которые установлены трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового

права, или уставом (положением) организации, трудовые отношения возникают на основании трудового договора в результате...

- избрания на должность...
- избрания по приказу на замещение соответствующей должности;
- назначения на должность или утверждения в должности;
- направления на работу уполномоченными в соответствии с федеральным законом органами в счет установленной квоты...
- судебного решения о заключении трудового договора...

Трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен...".

"Законные интересы" истца подлежат судебной защите (ст. 131 ГПК РФ). Гражданин, обращаясь в суд, должен указать, каким федеральным законом защищаются его интересы и в чем состоит их нарушение. Согласно ч. 1 ст. 7 Конституции РФ "Российская Федерация - социальное государство". В связи с этим законодатель имеет право устанавливать определенную защиту отдельных категорий граждан (в частности, определять квоты при поступлении на работу), например несовершеннолетних, инвалидов, беременных женщин и т.д. Граждане, "законные интересы" которых были нарушены, имеют право обращаться в суд с исковым заявлением "о заключении трудового договора" (ст. 16 ТК РФ). Суд, установив нарушение "законных интересов" истца, может вынести решение о заключении с ним трудового договора. Таким образом, "защищаемые законом интересы" возникают лишь в случаях, установленных федеральными законами. Например, согласно ст. 21 Федерального закона от 24 ноября 1995 г. N 181-ФЗ "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации" (с последующими изменениями и дополнениями) "организациям, численность работников в которых составляет более 30 человек, устанавливается квота для приема на работу инвалидов в процентах к среднесписочной численности работников (но не менее 2 и не более 4 процентов)" <1>. Наконец, "интерес" с позиции языкового толкования (от лат. interest) - внимание к кому-, чему-нибудь полезному, нужда в чем-нибудь <2>.

<1> Российская газета. 1995. 2 декабря.

<2> См.: Толковый словарь русского языка / Под ред. Д.Н. Ушакова. Т. 1. С. 1216.

Отсюда, на мой взгляд, во-первых, ст. 64 ТК РФ было бы точнее назвать "Трудовые споры, связанные с заключением трудового договора", так как суды рассматривают споры, связанные не с "необоснованностью", а с нарушением трудовых прав и защищаемых законом интересов граждан. Во-вторых, предлагаю часть первую ст. 64 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Запрещается отказ в заключении трудового договора, нарушающий трудовые права и защищаемые законом интересы граждан".

Представляется дискуссионной также и часть вторая ст. 64 ТК РФ: "...какое бы то ни было прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального или должностного положения, возраста, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, НЕ СВЯЗАННЫХ С ДЕЛОВЫМИ КАЧЕСТВАМИ РАБОТНИКОВ (выделено мной. - Е.Е.), не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом...".

На мой взгляд, в данной правовой норме весьма спорно говорится о "правах" "работников" "при заключении трудового договора". Трудовые права у "работников" могут появиться не "до", а "после" заключения трудового договора. Спорным представляется и сохранение в данной статье оценочного понятия "преимущества", поскольку правовой статус работника определяется не "преимуществами", а правами и обязанностями. В этой связи предлагаю изложить часть вторую ст. 64 ТК РФ в следующей редакции: "Не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами, установление в трудовых договорах различных трудовых прав и обязанностей в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, возраста, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания)".

Многие работники предпочитают прекращать трудовой договор не по своей инициативе (ст. 80 ТК РФ) или по соглашению сторон (п. 1 части первой ст. 77 ТК РФ), а в порядке "перевода" к другому работодателю (п. 5 части первой ст. 77 ТК РФ). С одной стороны, часть четвертая ст. 64 ТК РФ, казалось бы, гарантирует: "Запрещается отказывать в заключении трудового договора РАБОТНИКАМ (выделено мной. - Е.Е.), приглашенным в письменной форме в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы".

В то же время, с другой стороны, во-первых, на практике, как правило, в "письмах" на перевод не указываются обязательные условия будущего трудового договора, сроки возникновения и прекращения обязательств между сторонами и т.д. В результате в судах возникает множество самых разнообразных споров в связи с приемом работников на работу в порядке перевода. Во-вторых, думаю, весьма спорно в части четвертой ст. 64 ТК РФ записано: "Запрещается отказывать в заключении трудового договора РАБОТНИКАМ" (выделено мной. - Е.Е.). Правовой статус "работника" лицо получает только после заключения трудового договора и вступления его в силу. В этой связи, на мой взгляд, прежде всего с позиции большей гарантированности будущих трудовых прав работников более перспективно заключать трудовой договор с будущим работодателем еще в период действия трудового договора с настоящим работодателем с установлением дня начала работы и вступления нового трудового договора, не совпадающего с днем заключения трудового договора (ст. 61 ТК РФ).

Учитывая изложенные правовые аргументы, предлагаю часть четвертую ст. 64 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Запрещается отказывать в заключении трудового договора лицам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого физического или юридического лица, в течение месяца со дня расторжения трудового договора. В соглашении между заинтересованными лицами о заключении трудовых договоров в порядке перевода на другую работу указываются обязательные условия будущего трудового договора, сроки возникновения и прекращения трудовых правоотношений".

Больше всего споров в специальной литературе и на практике вызывают части пятая и шестая ст. 64 ТК РФ: "По требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме. Отказ в заключении трудового договора может быть обжалован в суд".

Данная правовая норма породила множество дискуссий. Среди многочисленных спорных вопросов прежде всего можно выделить следующие. Первый: имеются ли правовые пределы судебной защиты физических лиц при заключении трудовых договоров? Второй: если да, то где находятся правовые границы этих пределов? Третий: с каким именно способом защиты может обратиться в суд заявитель в случае возникновения спора о заключении трудового договора? Четвертый: как может быть изложена резолютивная часть судебного решения в случае удовлетворения иска?

Отвечая на первый и второй вопросы, необходимо еще раз подчеркнуть: суд может защищать только нарушенные трудовые "права" и "защищаемые законом интересы" на заключение трудового договора с данным работодателем. "Просто" "интересы" суд не защищает. Поэтому заявитель, обращаясь в суд, должен указать правовые основания его трудовых "прав" на заключение трудового договора с данным работодателем либо каким федеральным законом гарантирован его соответствующий "законный интерес". Таким образом, только "право" и "законный интерес" на заключение трудового договора с данным работодателем, а не "обоснованность" отказа в приеме на работу, "интерес" являются, на мой взгляд, предметом судебного спора, правовым пределом судебной защиты физических лиц при заключении трудовых договоров.

В случае отказа в приеме на работу, заключении трудового договора заявители на практике обращаются в суд с самыми разными исками, например о признании трудового договора "действительным", "заключенным", "состоявшимся" и т.п. Отсюда, во-первых, даже в случае удовлетворения искового заявления неизбежно возникают проблемы, связанные с исполнением такого судебного решения. Действительно, какое правовое и практическое значение может иметь судебное решение о признании трудового договора, в частности, "действительным" при отсутствии самого трудового договора, приказа о его оформлении, должности в штатном расписании, запланированных средств на оплату труда работника и т.д.?

Во-вторых, например, ст. 12 ГК РФ "Способы защиты гражданских прав" предусматривает возможность применения способов защиты гражданских прав, предусмотренных только ст. 12 ГК РФ и другими федеральными законами. Аналогичные требования содержатся и в ст. 11 ЖК РФ. По межотраслевой аналогии закона предлагаю, во-первых, дополнить ТК РФ статьей "Способы защиты трудовых прав", изложив способы защиты трудовых прав в данной статье и ограничив возможность их дополнения только другими федеральными законами. При таком подходе исходя из ст. 12 ГК РФ и ст. 16 ТК РФ "Основания возникновения трудовых правоотношений" можно сделать вывод: трудовые правоотношения могут возникать в том числе и на основании судебного решения о заключении трудового договора. Следовательно, в подобных случаях заявитель должен обратиться в суд с иском "о заключении трудового договора".

Наконец, отвечая на четвертый поставленный вопрос, возможно заметить, что в ГК РФ имеется ст. 445 "Заключение договора в обязательном порядке", согласно ч. 1 которой "в случаях, когда в соответствии с настоящим Кодексом или иными законами для стороны, которой направлена оферта (проект договора), заключение договора обязательно, эта сторона должна направить другой стороне извещение об акцепте, либо об отказе от акцепта, либо об акцепте

оферты на иных условиях (протокол разногласий к проекту договора) в течение тридцати дней со дня получения оферты". Если же у сторон возникают разногласия при заключении гражданско-правового договора, в том числе по содержанию условий договора, спор разрешается решением суда (ст. 446 ГК РФ).

В соответствии с межотраслевой аналогией закона, во-первых, предлагаю дополнить ТК РФ статьями, аналогичными ст. 445 и 446 ГК РФ. Во-вторых, принимая во внимание то, что в трудовом договоре должны содержаться обязательные условия трудового договора (часть вторая ст. 57 ТК РФ), полагаю необходимым в исковом заявлении формулировать их содержание по мнению заявителя. В случае несогласия с ними ответчик может высказать свои возражения. Отсюда, наконец, в-третьих, при таком подходе резолютивная часть судебного решения может быть сформулирована следующим образом: "Обязать (кого) заключить трудовой договор (какой, с кем) со следующими обязательными условиями...".

К сожалению, в настоящее время в России широко распространена практика заключения гражданско-правовых договоров, например подряда, возмездного оказания услуг, трудового соглашения, агентского договора, "просто" договора, вместо трудовых договоров. Трудовое законодательство в необходимой мере не регулирует возникающие споры между фактическими работниками и работодателями. Так, часть третья ст. 11 ТК РФ в прежней редакции определяла: "В тех случаях, когда в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства". Часть четвертая ст. 11 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ претерпела лишь редакционные изменения: "В тех случаях, когда судом установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права".

Поскольку суд является правоприменительным, а не правотворческим органом государственной власти, постольку п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" по существу лишь воспроизводит часть четвертую ст. 11 ТК РФ: "Если между сторонами заключен договор гражданско-правового характера, однако в ходе судебного разбирательства будет установлено, что этим договором фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям в силу части четвертой ст. 11 ТК РФ должны применяться положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

На практике возник важнейший вопрос: как же реально "применяются" положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права? Многие специалисты на этот вопрос отвечают весьма просто: в каждом конкретном случае фактический работник может обращаться в суд с соответствующим исковым заявлением, например о взыскании заработной платы, предоставлении ежегодного оплачиваемого отпуска, выплате пособия по временной нетрудоспособности и т.п. В то же время, на мой взгляд, при вынесении и исполнении судебного решения, в частности, о взыскании фактическому работнику заработной платы неизбежно будут возникать неразрешенные судом более "общие" вопросы о надлежащем оформлении трудовых правоотношений, отсутствии необходимого фонда заработной платы и т.д.

Поскольку ТК РФ не регулирует данные правоотношения, постольку, на мой взгляд, по межотраслевой аналогии закона возможно обращаться к правовым нормам ГК РФ, регулирующим сходные правоотношения. Думаю, прежде всего необходимо уяснить для себя и разъяснить для других - истолковать фактические правоотношения, сложившиеся между сторонами, и заключенный лицами гражданско-правовой договор, руководствуясь по межотраслевой аналогии закона ст. 431 ГК РФ "Толкование договора". В случае, если в судебном заседании будет установлено, что между сторонами сложились длящиеся, стабильные, повторяющиеся и нуждающиеся в соблюдении дисциплины фактически трудовые правоотношения, полагаю, по межотраслевой аналогии закона возможно обратиться к ч. 2 ст. 170 ГК РФ, согласно которой "притворная сделка, то есть сделка, которая совершена с целью прикрыть другую сделку, ничтожна. К сделке, которую стороны действительно имели в виду, с учетом существа сделки, применяются относящиеся к ней правила". Наконец, согласно ст. 12 ГК РФ в случае заключения ничтожной сделки заинтересованное лицо может обратиться в суд с иском о применении последствий недействительности ничтожной сделки.

При таком подходе предлагаю, во-первых, дополнить ТК РФ статьей, аналогичной ст. 431 ГК РФ. Во-вторых, при исследовании материалов гражданского дела "идти" от "факта" к "праву", от

действительных правоотношений, сложившихся между сторонами договора, к их надлежащему правовому оформлению, а не ограничиваться только анализом заключенного договора. Отсюда при установлении в судебном заседании сложившихся между сторонами фактических трудовых правоотношений и "притворного" оформления данных отношений каким-либо гражданско-правовым договором прежде всего необходимо провести двустороннюю реституцию - возвращение сторон в первоначальное положение. Таким образом, первый способ защиты нарушенных трудовых прав фактического работника - иск о применении последствий недействительности ничтожной сделки.

В-третьих, согласно части третьей ст. 16 ТК РФ "трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен". Важное значение для исследования данной проблемы имеет и часть вторая ст. 16 ТК РФ: "В случаях и в порядке, которые установлены трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, или уставом (положением) организации, трудовые отношения возникают на основании трудового договора в результате... СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ О ЗАКЛЮЧЕНИИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.)". Отсюда, на мой взгляд, вторым способом защиты нарушенных прав фактического работника можно рассматривать иск о заключении трудового договора со дня фактического допущения заявителя к работе.

В-четвертых, часть вторая ст. 57 ТК РФ предусматривает в трудовом договоре "обязательные условия". Как представляется, по межотраслевой аналогии со ст. 446 ГК РФ "Преддоговорные споры" в случае возникновения у сторон будущего трудового договора разногласий при выработке "законных" "обязательных условий" трудового договора условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, устанавливаются решением суда. В-пятых, предлагаю дополнить ТК РФ статьей, аналогичной ст. 446 ГК РФ.

Еще больше распространена практика незаключения не только трудовых договоров, но и каких-либо гражданско-правовых договоров с фактическими работниками. Прежде всего этим злоупотребляют фактические работодатели - физические лица и индивидуальные предприниматели. На первом этапе, возможно, даже фактические работники и удовлетворены размером оплаты за свой труд и другими его условиями. Но в дальнейшем, как правило, возникают споры, связанные с уклонением фактическим работодателем от оплаты труда, выплатой "заработной платы" в меньшем размере, предоставлением ежегодного оплачиваемого отпуска, оплатой пособия по временной нетрудоспособности и т.д. Как представляется, фактический работник исходя из частей второй и третьей ст. 16, части второй ст. 57 и части второй ст. 67 ТК РФ может обратиться в суд с иском о заключении трудового договора со дня его допущения к работе с указанием "законных" "обязательных условий" трудового договора. Суд, установив, что между истцом и ответчиком сложились длящиеся, устойчивые, повторяемые и требующие соблюдения дисциплины фактически трудовые правоотношения, может вынести решение: "обязать (кого) заключить трудовой договор (какой, с кем и с какого числа), указав обязательные условия трудового договора". Думаю, такое судебное решение будет исполнено и эффективно защитит нарушенные фактическим работодателем права фактического работника.

Актуальной для теории и практики также является и работа по совместительству. Как конкретно должны быть письменно оформлены трудовые правоотношения работника-совместителя с работодателем? На практике трудовые правоотношения работников-совместителей обычно оформлялись заявлением работника о приеме на работу, "визой" руководителя - "в приказ", докладной запиской непосредственного руководителя и приказом. Подобная правоприменительная практика была основана, думаю, на дискуссионной части первой ст. 98 ТК РФ в прежней редакции: "По заявлению работника работодатель ИМЕЕТ ПРАВО РАЗРЕШИТЬ (выделено мной. - Е.Е.) ему работу по другому трудовому договору в этой же организации по иной профессии, специальности или должности за пределами нормальной продолжительности рабочего времени в порядке внутреннего совместительства". В специальной литературе возник вопрос: как можно совместить противоречивые оценочные понятия "по заявлению", "разрешить", "по другому трудовому договору", если часть первая ст. 16 ТК РФ в прежней редакции устанавливала, что "трудовые отношения возникают между работником и работодателем на основании трудового договора..."? Законодателем критика специалистов была учтена и Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ ст. 98 ТК РФ была признана утратившей силу.

Согласно ст. 60.1 ТК РФ "Работа по совместительству" в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ "РАБОТНИК ИМЕЕТ ПРАВО ЗАКЛЮЧАТЬ ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ О ВЫПОЛНЕНИИ В СВОБОДНОЕ ОТ ОСНОВНОЙ РАБОТЫ (выделено мной. - Е.Е.) время другой регулярной оплачиваемой работы у того же работодателя (внутреннее совместительство) и (или) другого работодателя (внешнее совместительство)". В то же время и данная статья вызывает определенные возражения. Во-первых, за пределами трудовых правоотношений "работник"

является не "работником", а физическим лицом. В ст. 37 Конституции РФ используется оценочное понятие "каждый". Во-вторых, весьма трудно согласиться и с понятием "основная работа". Отсюда можно сделать весьма сомнительный вывод о том, что работа по совместительству является "не основной".

С учетом изложенных правовых аргументов предлагаю изложить ст. 60.1 "Работа по совместительству" в следующей редакции: "Каждый имеет право заключать трудовые договоры о выполнении в свободное от работы время другой регулярной оплачиваемой работы у того же работодателя (внутреннее совместительство) и (или) у другого работодателя (внешнее совместительство). Особенности регулирования труда лиц, работающих по совместительству, определяются главой 44 настоящего Кодекса".

Принимая во внимание названные правовые доводы, представляется спорной и часть первая ст. 282 ТК РФ: "Совместительство - выполнение работником другой регулярной оплачиваемой работы на условиях трудового договора в свободное от основной работы время". Предлагаю изложить часть первую ст. 282 ТК РФ "Общие положения о работе по совместительству" в следующей редакции: "Совместительство - выполнение каждым другой регулярной оплачиваемой работы на основании трудового договора в свободное от работы время".

Невозможно согласиться и с частью второй ст. 282 ТК РФ: "Заключение трудовых договоров о работе по совместительству ДОПУСКАЕТСЯ С НЕОГРАНИЧЕННЫМ ЧИСЛОМ РАБОТОДАТЕЛЕЙ (выделено мной. - Е.Е.), если иное не предусмотрено федеральным законом". Каждый человек в силу даже естественных ограниченных физических возможностей "ограничен" необходимым временем отдыха и возможным рабочим временем. На практике данная правовая норма, как правило, приводит к злоупотреблению правом со стороны работников и работодателей, заключению множества мнимых (совершенных лишь для вида) трудовых договоров, припискам, получению не заработанной "заработной платы" и т.п. В этой связи, учитывая действительный законный интерес каждого на отдых, предлагаю части вторую и третью ст. 282 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Заключение трудовых договоров о работе по совместительству допускается только с одним работодателем.

Работа по совместительству может выполняться каждым по месту его работы или у другого работодателя".

Статья 283 ТК РФ "Документы, предъявляемые при приеме на работу по совместительству" определила: "При приеме на работу по совместительству к другому работодателю РАБОТНИК (выделено мной. - Е.Е.) обязан предъявить паспорт или иной документ, удостоверяющий личность...". Данная статья ТК РФ вызывает, как минимум, два вопроса. Первый: является ли при "приеме на работу" каждый "работником"? Очевидно, что нет. Второй: в перечне документов, которые работодатель может требовать от каждого при приеме на работу, нет не справки-разрешения (как это было раньше), а "просто" справки с другого места работы. На практике она крайне необходима, например, для выяснения режима работы, наличия каких-либо обязательств (в частности, выплаты алиментов), времени предоставления ежегодного оплачиваемого отпуска и т.п.

В связи с изложенными правовыми аргументами и возникающими практическими проблемами предлагаю ст. 283 ТК РФ "Документы, предъявляемые при приеме на работу по совместительству" изложить в следующей редакции: "При заключении трудового договора по совместительству с другим работодателем каждый обязан предъявить паспорт или иной документ, удостоверяющий личность, а также справку с места работы с необходимой для работодателя информацией. При приеме на работу по совместительству, требующую специальных знаний, работодатель имеет право потребовать от работника предъявления диплома или иного документа об образовании или профессиональной подготовке либо их надлежаще заверенных копий, а при приеме на тяжелую работу, работу с вредными и (или) опасными условиями труда - справку о характере и условиях труда по месту работы".

Работа по совместительству ранее частью третьей ст. 98 ТК РФ ограничивалась законом: "Работа за пределами нормальной продолжительности рабочего времени не может превышать четырех часов в день и 16 часов в неделю". В настоящее время часть первая ст. 284 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ установила более сложный режим рабочего времени работников-совместителей: "Продолжительность рабочего времени при работе по совместительству не должна превышать четырех часов в день. В дни, когда по основному месту работы работник свободен от исполнения трудовых обязанностей, он может работать по совместительству полный рабочий день (смену). В течение одного месяца (другого учетного периода) продолжительность рабочего времени при работе по совместительству не должна превышать половины месячной нормы рабочего времени (нормы рабочего времени за другой учетный период), установленной для соответствующей категории работников".

Вместе с тем установление в трудовом договоре работника-совместителя только определенного рабочего времени в день или в неделю - "не может превышать четырех часов в

день и 16 часов в неделю" не "снимает" всех практических вопросов. На практике, более того, обычно в трудовых договорах ограничиваются лапидарной фразой: принят на 0,25; 0,4 или 0,5 ставки. Очевидно, что такая правовая "формула" не соответствует ТК РФ. Так, согласно части первой ст. 93 ТК РФ "Неполное рабочее время" "по соглашению между работником и работодателем могут устанавливаться как при приеме на работу, так и впоследствии неполный рабочий день (смена) или неполная рабочая неделя".

Кроме того, согласно п. 5 части второй ст. 57 ТК РФ режим рабочего времени является обязательным (законным) условием трудового договора, если для данного работника он отличается от общих правил, действующих у работодателя. Очевидно, что к таким работникам, в частности, необходимо относить и работников-совместителей.

Принимая во внимание названные правовые аргументы, предлагаю часть первую ст. 284 ТК РФ изложить в следующей редакции: "По соглашению между работником-совместителем и работодателем в трудовом договоре при его заключении устанавливается неполный рабочий день (смена) или неполная рабочая неделя. Режим неполного рабочего времени является обязательным условием трудового договора. Продолжительность рабочего времени работника-совместителя не должна превышать четырех часов в день. В дни, когда по другому месту работы работник-совместитель свободен от исполнения трудовых обязанностей, он может работать по совместительству полный рабочий день (смену). В течение одного месяца (другого учетного периода) продолжительность рабочего времени при работе по совместительству не должна превышать половины месячной нормы рабочего времени (нормы рабочего времени за другой учетный период), установленной для соответствующей категории работников".

Наконец, при заключении трудовых договоров с работниками-совместителями вызывает существенные сомнения и массовые споры также и часть первая ст. 286 ТК РФ "Отпуск при работе по совместительству": "Лицам, работающим по совместительству, ежегодные оплачиваемые отпуска предоставляются одновременно с отпуском по основной работе. Если на работе по совместительству работник не отработал шести месяцев, то ОТПУСК ПРЕДОСТАВЛЯЕТСЯ АВАНСОМ" (выделено мной. - Е.Е.).

Как представляется, предоставление ежегодного оплачиваемого отпуска "авансом", во-первых, вряд ли можно признать "правовым"; во-вторых, порождает значительное число трудовых споров в судах, которых вполне можно было бы и избежать. На мой взгляд, в настоящее время, заключая трудовой договор с работником-совместителем, во-первых, необходимо получать письменную информацию о времени предоставления ему ежегодного оплачиваемого отпуска по "основному" месту работы. Во-вторых, по соглашению сторон производить деление ежегодного оплачиваемого отпуска на части (часть первая ст. 125 ТК РФ), предоставляя работнику-совместителю ежегодный оплачиваемый отпуск только за отработанный период. С целью совпадения сроков отпусков по "основному" месту работы и при работе по совместительству работнику-совместителю может быть предоставлен отпуск без сохранения заработной платы необходимой продолжительности.

Исходя из изложенных правовых и практических аргументов, предлагаю ст. 286 ТК РФ "Отпуск при работе по совместительству" изложить в следующей редакции: "Ежегодные оплачиваемые отпуска работникам-совместителям предоставляются за отработанный период рабочего времени одновременно с отпуском по другой работе.

Если на работе по совместительству продолжительность ежегодного оплачиваемого отпуска работника меньше (больше), чем продолжительность ежегодного оплачиваемого отпуска по другой работе, соответствующий работодатель предоставляет ему отпуск без сохранения заработной платы необходимой продолжительности".

На практике еще более распространены случаи одновременного исполнения трудовых обязанностей, определенных трудовым договором, и трудовых обязанностей временно отсутствующего работника, а также трудовых обязанностей по вакантной профессии (должности). Статья 151 ТК РФ в прежней редакции называлась "Оплата труда при совмещении профессии и исполнении обязанностей временно отсутствующего работника". Статья 151 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ называется иначе - "Оплата труда при совмещении профессий (должностей), расширении зон обслуживания, увеличении объема работы или исполнении обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором". Кроме того, ТК РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ дополнен ст. 60.2 ТК РФ "Совмещение профессий (должностей). Расширение зон обслуживания, увеличение объема работы. Исполнение обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором".

Как представляется, совмещение профессий (должностей) - это выполнение дополнительной работы без освобождения от работы, определенной трудовым договором, как по другой, так и по такой же вакантной профессии (должности) в рабочее время у данного работодателя по другому трудовому договору; исполнение обязанностей временно отсутствующего работника - это выполнение трудовых обязанностей временно отсутствующего

работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, в рабочее время у данного работодателя по другому трудовому договору.

На мой взгляд, спорным является дополнение ТК РФ оценочными понятиями "расширение зон обслуживания" и "увеличение объема работы". Так, часть первая ст. 160 ТК РФ "Нормы труда" устанавливает не "зоны обслуживания" или "объем работы", а "нормы труда - нормы выработки, времени, нормативы численности и другие нормы...". Отсюда с увеличением "зон обслуживания" или "объема работы", видимо, точнее с учетом норм труда изменять и численность работников у работодателя либо вводить новые должности. Например, исполнение работником трудовых обязанностей по вновь введенной вакантной должности можно рассматривать как совмещение профессий (должностей).

С учетом указанных правовых аргументов, ранее действующего трудового законодательства и сложившейся правоприменительной практики предлагаю, во-первых, название ст. 60.2 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Совмещение профессий (должностей). Исполнение обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором". Соответственно ст. 151 ТК РФ - "Оплата труда при совмещении профессий (должностей) и исполнении обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором". Во-вторых, дать в ст. 60.2 ТК РФ соответствующее аутентичное толкование оценочным понятиям "совмещение профессий (должностей)" и "исполнение обязанностей временно отсутствующего работника".

Ранее на практике постоянно возникал вопрос: имеет ли право работник совмещать либо исполнять обязанности временно отсутствующего работника не только по другой, но и по такой же профессии (должности)? Исключительно важно, что части первая и вторая ст. 60.2 ТК РФ ответили на данный вопрос. Например, согласно части второй ст. 60.2 ТК РФ "для исполнения обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, РАБОТНИКУ МОЖЕТ БЫТЬ ПОРУЧЕНА ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ РАБОТА КАК ПО ДРУГОЙ, ТАК И ПО ТАКОЙ ЖЕ ПРОФЕССИИ (ДОЛЖНОСТИ)" (выделено мной. - Е.Е.). Вместе с тем как прежнее, так и действующее трудовое законодательство не отвечает на важнейший практический вопрос: как оформляются трудовые правоотношения с работниками, совмещающими профессии (должности) либо исполняющими обязанности временно отсутствующего работника? В действительности, как правило, трудовые правоотношения оформляются "по старинке", в соответствии с докладными записками непосредственных руководителей, заявлениями работников и "визами" ("в приказ") руководителей. Поскольку ст. 151 ТК РФ в прежней редакции и ст. 60.2 ТК РФ в настоящее время не отвечают на данный вопрос, постольку можно сделать вывод о том, что в трудовом законодательстве имеется пробел. В теории права выработано устойчивое мнение о том, что в случае пробела в законодательстве правоприменительные органы могут его преодолевать прежде всего по аналогии закона, т.е. посредством нахождения правовых норм в данной отрасли законодательства, регулирующих сходные (близкие) правоотношения.

Отсюда возможно по аналогии закона прежде всего обратиться к ст. 60.1 ТК РФ, регулирующей трудовые правоотношения по совместительству. Как представляется, выполнение другой работы за пределами рабочего времени (совместительство) и выполнение другой работы в течение рабочего времени (совмещение профессии (должности) либо исполнение обязанностей временно отсутствующего работника) - весьма близкие юридические институты по своей правовой природе. Кроме того, часть первая ст. 16 ТК РФ без каких-либо исключений установила: "Трудовые правоотношения возникают между работником и работодателем на основании трудового договора, заключаемого ими в соответствии с настоящим Кодексом". В связи с теоретическими и правовыми аргументами предлагаю оформлять совмещение профессий (должностей) или исполнение обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, другим трудовым договором.

При таком подходе дискуссионными также представляются части первая и третья ст. 60.2 ТК РФ: "С ПИСЬМЕННОГО СОГЛАСИЯ РАБОТНИКА (выделено мной. - Е.Е.) ему может быть поручено выполнение в течение установленной продолжительности рабочего дня (смены) наряду с работой, определенной трудовым договором, дополнительной работы по другой или такой же профессии (должности) за дополнительную оплату (ст. 151 настоящего Кодекса)...

Срок, в течение которого работник будет выполнять дополнительную работу, ее содержание и объем устанавливаются работодателем с письменного согласия работника".

С учетом указанных теоретических и правовых аргументов предлагаю, во-первых, объединить части первую и третью ст. 60.2 ТК РФ; во-вторых, изложить объединенную часть в следующей редакции:

"В соответствии с трудовым договором работник может выполнять в течение установленной продолжительности рабочего дня (смены) наряду с работой, определенной трудовым договором, иную работу по другой или такой же вакантной профессии (должности) либо исполнять обязанности временно отсутствующего работника за дополнительную оплату (ст. 151 настоящего Кодекса)".

Трудно согласиться и с частью четвертой ст. 60.2 ТК РФ: "Работник имеет право досрочно отказаться от выполнения дополнительной работы, а работодатель - ДОСРОЧНО ОТМЕНИТЬ ПОРУЧЕНИЕ (выделено мной. - Е.Е.) о ее выполнении, предупредив об этом другую сторону в письменной форме не позднее чем за три рабочих дня". Трудовой договор - это двустороннее соглашение между работником и работодателем (ст. 56 ТК РФ), которое, на мой взгляд, может быть изменено или прекращено только по соглашению сторон либо по основаниям, предусмотренным федеральными законами (ст. 72, 77 ТК РФ). В этой связи предлагаю часть четвертую ст. 60.2 ТК РФ признать утратившей силу.

К сожалению, ст. 151 ТК РФ как в прежней, так и в действующей редакции по существу не отвечает и на другой важнейший вопрос: каков же размер оплаты труда при совмещении профессий или исполнении обязанностей временно отсутствующего работника? Согласно ст. 151 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ "при совмещении профессий (должностей), расширении зон обслуживания, увеличении объема работы или исполнении обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, РАБОТНИКУ ПРОИЗВОДИТСЯ ДОПЛАТА (выделено мной. - Е.Е.).

Размер доплаты устанавливается по соглашению сторон трудового договора с учетом содержания и (или) объема дополнительной работы (ст. 60.2 настоящего Кодекса)".

Вместе с тем, во-первых, за выполненную работу работник должен получать заработную плату (ст. 135 ТК РФ), а не доплату. На мой взгляд, "доплату" работник может получать не за собственно выполненную работу, а за работу, например, в местностях с особыми климатическими условиями (ст. 148 и 320 ТК РФ).

Во-вторых, думаю, размер заработной платы не может зависеть от произвольного (субъективного) соглашения сторон. На практике весьма часто совмещение профессий или исполнение обязанностей временно отсутствующего работника как-либо не оформляется и не оплачивается. Весьма распространена, думаю, и незаконная практика установления в коллективных договорах, соглашениях или локальных нормативных актах верхнего предела оплаты труда за совмещение профессий либо исполнение обязанностей временно отсутствующего работника. Обычно он не превышает какой-то части тарифной ставки или оклада. Все это, на мой взгляд, грубо нарушает трудовые права работников.

С учетом изложенных выше теоретических, правовых и практических аргументов предлагаю изложить ст. 151 ТК РФ в следующей редакции:

"При совмещении профессий (должностей) или исполнении обязанностей временно отсутствующего работника без освобождения от работы, определенной трудовым договором, работнику выплачивается заработная плата в соответствии с трудовым договором.

Условия оплаты труда (в том числе размер тарифной ставки или оклада (должностного оклада), надбавки и поощрительные выплаты) устанавливаются в соответствии с трудовой функцией, объемом выполняемой работы и другими условиями труда, предусмотренными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, соглашениями, коллективным договором и трудовым договором".

КЗоТ РФ ранее не отвечал на вопрос о дате вступления трудового договора в силу. Отсюда на практике возникали трудовые споры, связанные с датой начала работы и вступления трудового договора в силу. Статья 61 ТК РФ "Вступление трудового договора в силу" в прежней редакции частично "сняла" возникавшие проблемы: "Трудовой договор вступает в силу со дня его подписания работником и работодателем, если иное не установлено федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или трудовым договором, либо со дня фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. Работник обязан приступить к исполнению трудовых обязанностей со дня, определенного трудовым договором. Если в трудовом договоре не оговорен день начала работы, то работник должен приступить к работе на следующий рабочий день после вступления договора в силу".

Вместе с тем часть четвертая ст. 61 ТК РФ в прежней редакции стала источником новых споров: "Если работник не преступил к работе в установленный срок без уважительных причин в течение недели, то ТРУДОВОЙ ДОГОВОР АННУЛИРУЕТСЯ" (выделено мной. - Е.Е.). Возник вопрос: как можно "аннулировать" трудовой договор? Некоторые научные и практические работники отвечают: необходимо издать приказ об "аннулировании" трудового договора. Однако можно ли приказом работодателя аннулировать двустороннюю сделку между работником и работодателем?

К сожалению, часть четвертая ст. 61 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не только не ответила на возникшие вопросы, но по существу способствовала появлению и других спорных вопросов: "Если работник не преступил к работе в день начала работы, установленный в соответствии с частью второй или третьей настоящей статьи, то работодатель имеет право аннулировать трудовой договор. АННУЛИРОВАННЫЙ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР СЧИТАЕТСЯ НЕЗАКЛЮЧЕННЫМ (выделено мной. - Е.Е.). Аннулирование трудового договора не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному социальному

страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования".

Данная правовая норма вызывает несколько вопросов. Первый: как же все-таки на практике "аннулировать" трудовой договор? Второй: какое правовое значение имеют слова "считается незаключенным"? Третий: аннулирование трудового договора - это его расторжение или признание недействительным? Четвертый: может ли "аннулированный" трудовой договор, который "считается незаключенным", порождать какие-либо права и обязанности физических и юридических лиц?

Действующий ГК РФ не предусматривает "аннулирование" гражданско-правового договора как способ защиты гражданских прав. Статья 12 ГК РФ называет три других способа защиты гражданских прав: прекращение правоотношения, применение последствий недействительности ничтожной сделки, признание оспоримой сделки недействительной и применение последствий ее недействительности (ст. 12 ГК РФ). Исходя из смысла части четвертой ст. 61 ТК РФ, нет оснований признавать заключенный трудовой договор оспоримой либо ничтожной сделкой. Думаю, скорее всего в данном случае одна сторона трудового договора, работник, не выполняет взятые на себя обязательства. Отсюда, на мой взгляд, было бы более обоснованно трудовой договор в таких случаях не аннулировать, а прекращать по инициативе работодателя.

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю, во-первых, часть четвертую ст. 61 ТК РФ признать утратившей силу. Во-вторых, изложить часть четвертую ст. 61 ТК РФ в следующей редакции: "Если работник не приступил к работе без уважительных причин в день начала работы, установленный в соответствии с частью второй или третьей настоящей статьи, то работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор по подп. "а" п. 6 части первой ст. 81 настоящего Кодекса".

Согласно части первой ст. 67 ТК РФ "Форма трудового договора" в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ "трудовой договор заключается в письменной форме, составляется в двух экземплярах, каждый из которых подписывается сторонами. Один экземпляр трудового договора передается работнику, другой хранится у работодателя. Получение работником экземпляра трудового договора должно подтверждаться подписью работника на экземпляре трудового договора, хранящемся у работодателя".

В то же время многие работодатели оформляют трудовые правоотношения "по старинке" - в виде заявления гражданина о приеме на работу и "визы" руководителя - "в приказ". Нередко работники кадровых служб, нарушая ТК РФ, наряду с заключением трудового договора по "инерции" настаивают на написании гражданином заявления о приеме на работу.

"При заключении трудовых договоров с отдельными категориями работников трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, может быть предусмотрена НЕОБХОДИМОСТЬ СОГЛАСОВАНИЯ ВОЗМОЖНОСТИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ТРУДОВЫХ ДОГОВОРОВ ЛИБО ИХ УСЛОВИЙ (выделено мной. - Е.Е.) с соответствующими лицами или органами, не являющимися работодателями по этим договорам..." (часть третья ст. 67 ТК РФ). Однако распространенной ошибкой в таких случаях является заключение трудовых договоров до необходимого согласования и обращение к соответствующим лицам или органам только после заключения трудового договора. В случае возражений данных лиц или органов возникает непростой вопрос: что делать с заключенным трудовым договором? На мой взгляд, в подобных случаях трудовой договор может быть прекращен по ст. 84 ТК РФ "Прекращение трудового договора вследствие нарушения установленных настоящим Кодексом или иным федеральным законом правил заключения трудового договора".

На практике нередко возникает несоответствие приказа трудовому договору. Возникает вопрос: что является первичным? Односторонний приказ работодателя о приеме на работу, который объявляется работнику под роспись в трехдневный срок (часть вторая ст. 68 ТК РФ), или трудовой договор - двустороннее соглашение между работодателем и работником (ст. 56 ТК РФ)? Полагаю, исчерпывающий ответ на данный вопрос дает часть первая ст. 68 ТК РФ: "Прием на работу оформляется приказом (распоряжением) работодателя, ИЗДАННЫМ НА ОСНОВАНИИ ЗАКЛЮЧЕННОГО ТРУДОВОГО ДОГОВОРА. СОДЕРЖАНИЕ ПРИКАЗА (РАСПОРЯЖЕНИЯ) РАБОТОДАТЕЛЯ ДОЛЖНО СООТВЕТСТВОВАТЬ УСЛОВИЯМ ЗАКЛЮЧЕННОГО ТРУДОВОГО ДОГОВОРА" (выделено мной. - Е.Е.).

Условия труда работника определяются не только трудовым договором, но и локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором и соглашениями. Часть третья ст. 68 ТК РФ лишь предусматривает, что "при приеме на работу (до подписания трудового договора) работодатель обязан ознакомить работника под роспись с правилами внутреннего трудового распорядка, иными локальными нормативными актами, непосредственно связанными с трудовой деятельностью работника, коллективным договором".

В то же время данная правовая норма вызывает несколько возражений и вопросов. Первый: трудно согласиться с тем, что физическое лицо может получить правовой статус "работника" до подписания трудового договора. Второй: регулирование трудовых правоотношений производится

также и соглашениями, которые почему-то отсутствуют в части третьей ст. 68 ТК РФ. Третий: п. 9 части второй ст. 57 ТК РФ называет в числе иных обязательных условий трудового договора также и "другие условия в случаях, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права". Часть вторая ст. 5 ТК РФ к нормативным правовым актам, содержащим нормы трудового права, в частности, относит коллективные договоры, соглашения и локальные нормативные акты.

Таким образом, на мой взгляд, системное толкование названных правовых норм позволяет, во-первых, сделать вывод о том, что физическое лицо при приеме на работу должно быть не "просто" ознакомлено "под роспись" с коллективным договором, соглашениями и локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права и непосредственно связанными с его будущей трудовой деятельностью. Отсюда считаю необходимым часть третью ст. 68 ТК РФ признать утратившей силу. Во-вторых, предлагаю конкретизировать действующий п. 9 части второй ст. 57 ТК РФ, изложив его в следующей редакции: "...другие условия, предусмотренные настоящим Кодексом, федеральными законами, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, в том числе коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами". При таком подходе последующие изменения и (или) дополнения коллективного договора, соглашений и (или) локальных нормативных актов будут вызывать необходимость не только ознакомления работника под роспись, а изменения обязательных условий трудового договора по соглашению его сторон (часть вторая ст. 74 ТК РФ).

Множество споров в судах вызывают также установление испытания при приеме на работу и расторжение трудового договора с работником, не выдержавшим испытание (ст. 70 и 71 ТК РФ). Статья 70 ТК РФ называется "Испытание при приеме на работу". Вместе с тем, во-первых, гл. 11 ТК РФ, которая содержит ст. 70, называется "Заключение трудового договора". Во-вторых, испытание "при приеме на работу", думаю, провести невозможно. Испытывать работника можно только в процессе его работы. В этой связи предлагаю ст. 70 ТК РФ назвать "Испытание работника".

Часть первая ст. 70 ТК РФ установила: "При заключении трудового договора в нем по соглашению сторон может быть предусмотрено условие об испытании работника в целях проверки его соответствия поручаемой работе". Вместе с тем, во-первых, трудовой договор - это "соглашение между работодателем и работником..." (ст. 56 ТК РФ). Отсюда, по-моему, "соглашение" по "соглашению" редакционно весьма неудачно. Во-вторых, согласно п. 2 части четвертой ст. 57 ТК РФ испытание - это не просто "условие", а "дополнительное условие" трудового договора. В-третьих, часть первая ст. 70 ТК РФ, на мой взгляд, не очень точно определяет цель испытания - проверку его "соответствия поручаемой работе". В этой связи на практике возникает множество ошибок при исследовании вопроса о том, выдержал ли работник испытание либо нет? Согласно ст. 56 ТК РФ работник обязан лично выполнять определенную соглашением трудовую функцию и соблюдать правила внутреннего трудового распорядка. Поэтому, думаю, действительной целью испытания и является проверка способности работника качественно и своевременно выполнять свои трудовые обязанности.

С учетом системного толкования названных правовых норм предлагаю часть первую ст. 70 ТК РФ изложить в следующей редакции: "При заключении трудового договора в нем может быть предусмотрено дополнительное условие об испытании работника в целях проверки его способности качественно и своевременно выполнять свои трудовые обязанности".

Определенные сомнения и возражения вызывает и часть вторая ст. 70 ТК РФ: "Отсутствие в трудовом договоре условия об испытании означает, что работник принят на работу без испытания. В случае, когда работник фактически допущен к работе без оформления трудового договора (часть вторая ст. 67 настоящего Кодекса), условие об испытании может быть включено в трудовой договор, только если стороны оформили его в виде отдельного соглашения до начала работы".

Прежде всего, как было отмечено выше, испытание является не "просто" условием трудового договора, а его дополнительным условием. Кроме того, представляется практически невероятной ситуация фактического допущения физического лица к работе без оформления трудового договора и заключения с ним отдельного письменного соглашения об испытании. В связи с приведенными правовыми аргументами предлагаю часть вторую изложить в следующей редакции: "Отсутствие в трудовом договоре дополнительного условия об испытании означает, что работник принят на работу без испытания".

К сожалению, весьма часто в период испытания права работников ограничиваются работодателем, например, коллективными договорами, соглашениями, локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права. Такая правоприменительная практика не соответствует части третьей ст. 70 ТК РФ: "В период испытания на работника распространяются положения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, коллективного договора, соглашений, локальных нормативных актов". Однако прямо в нарушение федерального закона в период испытания многие работники, в частности, получают меньшую заработную плату и т.д.

В связи с изложенными проблемами, возникающими в правоприменительной практике, предлагаю, во-первых, более категорично и точно изложить часть третью ст. 70 ТК РФ: "В период испытания запрещается ограничивать трудовые права работника подзаконными актами, нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами". Во-вторых, установить дополнительную административную и дисциплинарную ответственность виновных лиц в ограничении трудовых прав работников в период испытания.

Вызывает сомнение и часть пятая ст. 70 ТК РФ: "Срок испытания не может превышать трех месяцев, а для руководителей организаций и их заместителей, главных бухгалтеров и их заместителей, руководителей филиалов, представительств ИЛИ ИНЫХ ОБОСОБЛЕННЫХ СТРУКТУРНЫХ ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ ОРГАНИЗАЦИЙ (выделено мной. - Е.Е.) - шести месяцев, если иное не установлено федеральным законом".

В то же время, во-первых, ч. 2 ст. 19 Конституции РФ устанавливает: "Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... должностного положения". В этой связи представляется спорным установление в ТК РФ неравного срока испытания для различных категорий работников в зависимости от их должностного положения. Во-вторых, на мой взгляд, согласно ст. 55 ГК РФ существует родовое оценочное понятие "подразделение" юридического лица и два его вида: "обособленное подразделение" и "структурное подразделение". "Обособленное подразделение" располагается вне места нахождения юридического лица (ст. 55 ГК РФ). "Структурное подразделение" - в пределах места нахождения юридического лица. Действующий ГК РФ не предусматривает "обособленных структурных подразделений". В-третьих, ст. 55 ГК РФ устанавливает возможность создания только двух видов "обособленных подразделений": филиалов и представительств. Образование на практике "иных" обособленных подразделений, на мой взгляд, нарушает ГК РФ.

В результате системного толкования ГК РФ и ТК РФ предлагаю части пятую и шестую ст. 70 ТК РФ объединить и изложить в следующей редакции: "Срок испытания работника устанавливается в трудовом договоре, но не может превышать трех месяцев, если иное не установлено другими федеральными законами. При заключении трудового договора на срок от двух до шести месяцев испытание не может превышать двух недель".

Больше всего споров и проблем на практике возникает в связи с тем, что весьма часто работодатель незаконно и необоснованно расторгает трудовой договор с работником по ст. 71 ТК РФ "Результат испытания при приеме на работу". Работодатели традиционно ограничиваются только докладными записками непосредственных руководителей, субъективно полагающих, что работник "не соответствует выполняемой работе", "не справляется", "не тянет" и т.д.

Думаю, частично этому способствует и неудачная редакция части первой ст. 71 ТК РФ: "При неудовлетворительном результате испытания работодатель имеет право до истечения срока испытания расторгнуть трудовой договор с работником, ПРЕДУПРЕДИВ ЕГО ОБ ЭТОМ В ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЕ (выделено мной. - Е.Е.) не позднее чем за три дня с указанием причин, послуживших основанием для признания этого работника не выдержавшим испытание. Решение работодателя работник имеет право обжаловать в суд".

Вместе с тем п. 4 части первой ст. 77 ТК РФ относит расторжение трудового договора по ст. 71 ТК РФ к виду расторжения трудового договора по инициативе работодателя. Отсюда, во-первых, думаю, в приказе о расторжении трудового договора работодатель должен указывать две правовые нормы: п. 4 части первой ст. 77 и ст. 71 ТК РФ. Во-вторых, по общим правилам расторжения трудового договора по инициативе работодателя за виновные действия работника на работодателе лежит бремя доказывания виновного невыполнения работником своих трудовых обязанностей в период испытания, а не "просто" "предупреждения" работника.

В связи с представленными правовыми аргументами предлагаю изложить часть первую ст. 71 ТК РФ в следующей редакции: "Работодатель имеет право до истечения срока испытания расторгнуть трудовой договор с работником (пункт 4 части первой статьи 77 настоящего Кодекса), предупредив его об этом в письменной форме не позднее чем за три дня с указанием фактических и правовых оснований для признания работника не выдержавшим испытание. Работник имеет право обжаловать приказ о расторжении трудового договора в суд. Бремя доказывания неудовлетворительного результата испытания работником лежит на работодателе".

Поскольку испытание - это дополнительное условие трудового договора (п. 2 части четвертой ст. 57 ТК РФ), постольку примененная в части третьей ст. 71 ТК РФ правовая формула "считается выдержавшим испытание" представляется дискуссионной. В связи с указанными правовыми аргументами предлагаю изложить часть третью ст. 71 ТК РФ в следующей редакции: "Если работник выдержал испытание или работодатель в течение срока испытания не издал приказ о расторжении трудового договора по пункту 4 части первой статьи 77 и части первой статьи 71 ТК РФ, а срок испытания истек, то дополнительное условие трудового договора об испытании признается утратившим силу. Удовлетворительный результат испытания работника при

приеме на работу не оформляется. Последующее прекращение трудового договора допускается только на общих основаниях (статья 77 настоящего Кодекса)".

В пределе ТК РФ, на мой взгляд, должен стремиться к установлению равных прав работодателей и работников (ст. 20 ТК РФ). Может быть, одним из подобных правотворческих доказательств является часть четвертая ст. 71 ТК РФ: "Если в период испытания работник придет к выводу, что ПРЕДЛОЖЕННАЯ ЕМУ РАБОТА НЕ ЯВЛЯЕТСЯ ДЛЯ НЕГО ПОДХОДЯЩЕЙ (выделено мной. - Е.Е.), то он имеет право расторгнуть трудовой договор по собственному желанию, предупредив об этом работодателя в письменной форме за три дня".

В то же время, во-первых, оценочное понятие "подходящая" работа, на мой взгляд, применено в данной норме весьма неудачно. Работодатель должен предоставить работнику не "подходящую" работу, а соответствующую условиям трудового договора. Во-вторых, п. 3 части первой ст. 77 ТК РФ "Общие основания прекращения трудового договора" предусматривает расторжение трудового договора не "по собственному желанию" работника, а по "инициативе работника". В связи с указанными правовыми аргументами предлагаю изложить часть четвертую ст. 71 ТК РФ в следующей редакции: "Если в период испытания работодатель будет нарушать свои трудовые обязанности, предусмотренные ст. 56 ТК РФ, то работник имеет право расторгнуть трудовой договор по своей инициативе, предупредив об этом работодателя в письменной форме не менее чем за три дня (пункт 3 части первой статьи 77, часть первая статьи 80, часть четвертая статьи 71 настоящего Кодекса)".

Может быть, больше всего споров у специалистов вызывает гл. 32 ТК РФ "Ученический договор". Согласно ст. 198 ТК РФ в прежней редакции "работодатель имеет право заключать С ЛИЦОМ, ИЩУЩИМ РАБОТУ (выделено мной. - Е.Е.), ученический договор на профессиональное обучение, а с работником данной организации - ученический договор на переобучение без отрыва от работы.

Ученический договор с лицом, ищущим работу, является гражданско-правовым и регулируется гражданским законодательством и иными актами, содержащими нормы гражданского права. Ученический договор с работником данной организации является дополнительным к трудовому договору и регулируется трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права".

Данная статья вызвала несколько возражений с позиции ГК РФ и других статей ТК РФ. Первое: лицо, еще ищущее работу, очевидно, не является работником, о чем справедливо отмечалось в части второй ст. 198 ТК РФ. Отсюда возник вопрос: почему данный вид договора упоминается в ТК РФ? Второе: согласно ст. 779 ГК РФ оказание образовательных услуг регулируется гражданско-правовым договором "возмездного оказания услуг", а не "ученическим договором на профессиональное обучение". Третье: оказывать образовательные услуги имеет право не любой работодатель, а лишь лицо, обладающее специальной правоспособностью и имеющее лицензию на данный вид деятельности (ст. 49 ГК РФ). Четвертое: образовательное учреждение, на мой взгляд, также не имеет права заключать "ученический договор на переобучение без отрыва от работы", являющийся "дополнительным" к трудовому договору. Согласно ст. 56 ТК РФ в прежней редакции трудовой договор - это соглашение между работодателем и работником, содержащее только трудовые права и обязанности его сторон.

В ст. 198 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ обоснованная критика специалистов была принята во внимание лишь частично: "Работодатель - юридическое лицо (организация) имеет право заключать с лицом, ищущим работу, ученический договор на профессиональное обучение, а с работником данной организации - ученический договор на профессиональное обучение или переобучение без отрыва или с отрывом от работы.

Ученический договор с работником данной организации является дополнительным к трудовому договору".

На мой взгляд, во-первых, в связи с противоречием гл. 32 "Ученический договор" ГК РФ необходимо в целом признать ее утратившей силу. В соответствии со ст. 21 Закона Российской Федерации от 10 июля 1992 г. N 3266-1 "Об образовании" (с последующими изменениями и дополнениями) "профессиональная подготовка имеет целью приобретение обучающимся навыков, необходимых для выполнения определенной работы, группы работ. Профессиональная подготовка не сопровождается повышением образовательного уровня обучающегося... ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ПОДГОТОВКА МОЖЕТ БЫТЬ ПОЛУЧЕНА В ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ УЧРЕЖДЕНИЯХ, А ТАКЖЕ В ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫХ ПОДРАЗДЕЛЕНИЯХ ОРГАНИЗАЦИЙ, ИМЕЮЩИХ СООТВЕТСТВУЮЩИЕ ЛИЦЕНЗИИ (выделено мной. - Е.Е.), и в порядке индивидуальной подготовки у специалистов, обладающих соответствующей квалификацией" <1>. Начальное, среднее, высшее, послевузовское и дополнительное профессиональное образование (ст. 22 - 26 названного Закона) также может быть получено только в образовательных учреждениях, имеющих соответствующую лицензию.

<1> Российская газета. 1992. 31 июля.

Глава 3. ИЗМЕНЕНИЕ ТРУДОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Трудовые правоотношения, с одной стороны, характеризуются стабильностью и определенностью трудовых прав и обязанностей работника и работодателя; с другой стороны - изменением в связи с динамически развивающимися правами и обязанностями сторон трудового договора в соответствии с принимаемыми нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, и соглашениями сторон.

К сожалению, в трудовом законодательстве РСФСР и Российской Федерации, на мой взгляд, не имелось ранее и нет в настоящее время необходимых и достаточных ответов на обоснованные вопросы научных и практических работников. Так, ранее в КЗоТ РСФСР была только гл. III "Трудовой договор (контракт)", содержащая статьи, в целом регулировавшие трудовые правоотношения, связанные с заключением, изменением и расторжением трудового договора. В более разработанном ТК РФ уже появился разд. III "Трудовой договор", состоящий из гл. 10 "Общие положения", гл. 11 "Заключение трудового договора", гл. 12 "Изменение трудового договора" и гл. 13 "Прекращение трудового договора".

16 июня 2006 г. был принят Федеральный закон N 90-ФЗ "О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>, не внесший каких-либо изменений и дополнений в названия разд. III ТК РФ и гл. 10 - 13 ТК РФ. В частности, гл. 12 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ называется "Изменение трудового договора". Вместе с тем в теории трудового права и на практике возник вопрос о том, является ли перевод на другую работу разновидностью "изменения трудового договора" или в этих случаях теоретически более обоснованно и практически необходимо по соглашению сторон расторгать ранее заключенный трудовой договор и заключать другой трудовой договор. Если перевод на другую работу не является разновидностью "изменения трудового договора", то, возможно, правомерно введение в ТК РФ дополнительного оценочного понятия "изменение трудовых правоотношений", родового по отношению к оценочному понятию "изменение трудового договора", которое, в частности, может включать в себя расторжение одного трудового договора в случае перевода на другую работу и заключение другого трудового договора без прекращения трудовых правоотношений между работником и работодателем?

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

Традиционно в специальной литературе ранее исследовались только проблемы "изменения трудового договора", которые дифференцировались на перемещение, изменение существенных условий трудового договора и переводы <1>. Такая классификация основывалась на действовавшем в то время трудовом законодательстве. Так, в соответствии со ст. 25 КЗоТ РФ перевод на другую работу предполагал изменение специальности, должности или квалификации работников. Изменение существенных условий труда работников связывалось с изменением условий труда, в том числе названных в ч. 3 ст. 25 КЗоТ РФ, коллективном или трудовом договорах и локальных нормативных актах организации. Перемещение в соответствии с ч. 2 ст. 25 КЗоТ РФ также характеризовалось изменением трудовых правоотношений, но не оговоренных в нормативных правовых актах, локальных нормативных актах организаций, соглашениях, коллективном или трудовом договорах. Например, ч. 2 ст. 25 КЗоТ РФ устанавливала: "Не считается переводом на другую работу, и не требует согласия работника НА ПЕРЕМЕЩЕНИЕ (выделено мной. - Е.Е.) его на том же предприятии, в учреждении, организации на другое рабочее место, в другое структурное подразделение в той же местности, поручение работы на другом механизме или агрегате в пределах специальности, квалификации или должности, обусловленной трудовым договором (контрактом)".

<1> См., например: Ершов В.В., Ершова Е.А. Трудовой договор. М.: Дело, 2000. С. 117 - 131.

Вместе с тем такие перемещения, основанные на законе, зачастую приводили к ограничению трудовых прав работников. Поэтому в специальной литературе рекомендовали как можно более детально регулировать в трудовом договоре трудовые права и обязанности работников <1>. По этому магистральному пути развивалось и трудовое законодательство. В ст. 57 ТК РФ в прежней редакции были значительно расширены существенные условия трудового договора в соответствии с законом. Так, ст. 57 ТК РФ в прежней редакции в отличие от ч. 2 ст. 25 КЗоТ РФ прямо относила рабочее место, структурное подразделение, характеристику условий труда к существенным условиям труда, которые могли быть изменены только по соглашению сторон трудового договора. Часть четвертая ст. 57 ТК РФ в прежней редакции гарантировала: "Условия

трудового договора могут быть изменены только по соглашению сторон и в письменной форме". Статья 9 ТК РФ в прежней редакции также устанавливала: "Регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться путем заключения, ИЗМЕНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.), дополнения работниками и работодателями коллективных договоров, соглашений, трудовых договоров".

<1> См.: Ершов В.В., Ершова Е.А. Трудовой договор. С. 118.

Однако, к сожалению, в нарушение ст. 57 ТК РФ в прежней редакции часть третья ст. 72 ТК РФ гласила: "Не является переводом на другую постоянную работу и не требует согласия работника перемещение его в той же организации на другое рабочее место, в другое структурное подразделение этой организации в той же местности, поручение работы на другом механизме или агрегате, если это не влечет за собой изменения трудовой функции и изменения существенных условий трудового договора". Часть третья ст. 72 ТК РФ практически полностью воспроизводила часть вторую ст. 25 КЗоТ РФ. Как же возможно было преодолевать возникавшие противоречия между ст. 57 и 72 ТК РФ в прежней редакции? Частично ответ на этот вопрос давал п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", в соответствии с которым "если в трудовом договоре место работы работника было определено с указанием конкретного структурного подразделения, то необходимо исходить из того, что изменение структурного подразделения организации возможно лишь с письменного согласия работника, поскольку в указанном случае это влечет за собой изменение существенного условия трудового договора (часть вторая ст. 57 ТК РФ). Под структурным подразделением организации следует понимать как филиалы, представительства, так и отделы, цеха, участки и т.д." <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Поскольку существенные условия трудового договора в соответствии с законом устанавливала ст. 57 ТК РФ в прежней редакции, постольку как специальная норма она, на мой взгляд, имела приоритет перед частью третьей ст. 72 ТК РФ в прежней редакции. В этой связи в тот период нами предлагалось часть третью ст. 72 ТК РФ в прежней редакции признать утратившей силу как не соответствующую специальной норме - ст. 57 ТК РФ (в прежней редакции).

16 июня 2006 г. был принят Федеральный закон "О внесении изменений и дополнений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" <1>, "снявший" лишь некоторые спорные теоретические и практические вопросы, связанные с изменением трудовых правоотношений. Так, как и ранее, гл. 12 ТК РФ называется "Изменение трудового договора". Отсюда последовательно ст. 72 ТК РФ, называющаяся "Изменение определенных сторонами условий трудового договора", гласит: "Изменение определенных сторонами условий трудового договора, В ТОМ ЧИСЛЕ ПЕРЕВОД НА ДРУГУЮ РАБОТУ (выделено мной. - Е.Е.), допускается только по соглашению сторон трудового договора, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом. Соглашение об изменении определенных сторонами условий трудового договора заключается в письменной форме".

<1> Российская газета. 2006. 7 июля.

Данная статья вызывает как минимум три вопроса. Первый: можно ли теоретически и практически рассматривать перевод на другую работу как разновидность изменения определенных сторонами условий трудового договора? Второй: соответствует ли Конституции РФ и международному трудовому праву изменение определенных сторонами условий трудового договора без согласия работника? Третий: как конкретно "в письменной форме" необходимо оформлять соглашение сторон об изменении определенных сторонами условий трудового договора?

Отвечая на первый вопрос, как представляется, необходимо обсудить предложение о возможности введения в ТК РФ нового оценочного понятия "изменение трудовых правоотношений" - родового по отношению к оценочному понятию "изменение трудового договора". При таком подходе, во-первых, гл. 12 ТК РФ возможно было бы назвать "Изменение трудовых правоотношений". Во-вторых, в ТК РФ как минимум установить три вида изменения трудовых правоотношений:

1) перевод на другую работу, оформляемый по соглашению сторон расторжением ранее заключенного трудового договора и заключением другого трудового договора без прекращения трудовых правоотношений;

2) изменение по соглашению сторон обязательных (предусмотренных федеральными законами) и (или) дополнительных (выработанных по инициативе работника либо работодателя) условий трудового договора;

3) перемещение - изменение работодателем трудовых правоотношений без дополнительного согласования с работником в соответствии с источниками трудового права в России и трудовым договором.

При таком подходе соответственно необходимо, в частности, изменить и наименование гл. 13 ТК РФ "Прекращение трудового договора" на "Прекращение трудовых правоотношений", а также наименование ст. 77 ТК РФ "Общие основания прекращения трудового договора" на "Общие основания прекращения трудовых правоотношений". Сделанные предложения можно подтвердить теоретическими, правовыми и практическими аргументами.

Так, Р.О. Халфина обоснованно подчеркивала: "В правовой науке разработана теория юридического факта - обстоятельств, с которыми норма права связывает ДВИЖЕНИЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.): его возникновение, РАЗВИТИЕ (выделено мной. - Е.Е.) и прекращение" <1>. Отвечая на неизбежный следующий вопрос о форме развития правоотношений, Р.О. Халфина далее писала: "...наиболее важное значение для возникновения и развития правоотношений имеют юридические действия, являющиеся выражением или последствием волевого поведения... Наиболее широким и емким понятием в числе правомерных действий являются... сделки" <2>.

<1> Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 285.

<2> Там же. С. 290 - 291.

Необходимо также заметить, что действующий ТК РФ связывает возникновение и развитие трудовых правоотношений не только с заключением трудового договора, но и с фактическим допущением к работе: "Трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен" (часть третья ст. 16 ТК РФ); "трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя. При фактическом допущении работника к работе работодатель обязан оформить с ним трудовой договор в письменной форме не позже трех рабочих дней со дня фактического допущения к работе" (часть вторая ст. 67 ТК РФ).

По межотраслевой аналогии закона весьма характерной является и ст. 431 ГК РФ "Толкование договора": "При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, ДОЛЖНА БЫТЬ ВЫЯСНЕНА ДЕЙСТВИТЕЛЬНАЯ ОБЩАЯ ВОЛЯ СТОРОН С УЧЕТОМ ЦЕЛИ ДОГОВОРА (выделено мной. - Е.Е.). При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон".

Как представляется, ст. 431 ГК РФ лишь конкретизирует ст. 8 ГК РФ "Основания возникновения гражданских прав и обязанностей", согласно части первой которой "гражданские права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных законом и иными правовыми актами, А ТАКЖЕ ИЗ ДЕЙСТВИЙ ГРАЖДАН И ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ (выделено мной. - Е.Е.), которые хотя и не предусмотрены законом или иными актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности".

Исходя из изложенных выше теоретических и правовых аргументов, по-моему, можно сделать несколько предложений и выводов. Во-первых, считаю необходимым дополнить ТК РФ статьями, аналогичными ст. 8 и 431 ГК РФ. Во-вторых, думаю, возможно рассматривать трудовые правоотношения первичными по отношению к трудовому договору, который только должен их оформлять, на практике по различным причинам может быть и не заключен. Следовательно, можно сделать вывод: необходимо идти от факта (возникших трудовых правоотношений) к праву (трудовому договору), а не наоборот. В-третьих, трудовые правоотношения могут быть основаны не только на нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права, но и на действиях участников трудовых правоотношений. В-четвертых, отсюда трудовые правоотношения могут продолжаться (а не прекращаться и возникать вновь) в соответствии и с другими трудовыми договорами, а также с фактическим продолжением трудовых правоотношений, например в случае продолжения работы по истечении срочного трудового договора. Весьма показательной в этом смысле, думаю, является только не очень удачно "выписанная" часть четвертая ст. 58 ТК РФ: "В случае, когда ни одна из сторон не потребовала расторжения срочного трудового договора в связи

с истечением срока его действия и работник продолжает работу после истечения срока действия трудового договора, условие О СРОЧНОМ ХАРАКТЕРЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА УТРАЧИВАЕТ СИЛУ И ТРУДОВОЙ ДОГОВОР СЧИТАЕТСЯ ЗАКЛЮЧЕННЫМ НА НЕОПРЕДЕЛЕННЫЙ СРОК" (выделено мной. - Е.Е.). На мой взгляд, было бы точнее не "считать" трудовой договор заключенным на неопределенный срок, а заключать трудовой договор на неопределенный срок, поскольку в данном случае только истек срок срочного трудового договора, но трудовые правоотношения фактически не прекратились в соответствии с частью третьей ст. 16 и частью второй ст. 67 ТК РФ.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми аргументами предлагаю изложить часть четвертую ст. 58 ТК РФ в следующей редакции: "В случае, когда ни одна из сторон не потребовала расторжения срочного трудового договора в связи с истечением срока его действия, а работник фактически продолжает работу после истечения срока действия трудового договора, заключается трудовой договор на неопределенный срок со следующего дня после истечения срока срочного трудового договора".

В пользу предложенной точки зрения можно привести и практические аргументы. В действительности многие работники кадровых подразделений оформляют перевод на другую работу в "письменной форме" в виде многочисленных "изменений и дополнений" к ранее заключенным трудовым договорам. В случае многолетних трудовых правоотношений, во-первых, такие трудовые договоры с бесчисленными изменениями и дополнениями весьма сложно читать. Во-вторых, отдельные пункты трудовых договоров бесконечно увеличиваются, становятся противоречивыми и в конечном счете приводят к нарушению трудовых прав работников. В-третьих, на практике традиционно возникает по существу неразрешимый вопрос: как оформлять в виде "изменений и дополнений" ранее заключенного трудового договора перевод на другую работу в случае изменения всех обязательных и дополнительных условий трудового договора? Например, с работником, заключившим трудовой договор в качестве доцента образовательного учреждения, и избранным трудовым коллективом ректором этого же образовательного учреждения?

Как представляется, проанализированные выше теоретические, правовые и практические аргументы позволяют сделать вывод: в ТК РФ необходимо вводить новое оценочное понятие "изменение трудовых правоотношений", отдельными видами которого возможно, в частности, рассматривать: 1) перевод на другую работу; 2) изменение обязательных и (или) дополнительных условий трудового договора; 3) перемещение - изменение трудовых правоотношений без дополнительного согласования с работником в соответствии с источниками трудового права в России и трудовым договором. При таком подходе предлагаю, во-первых, гл. 12 ТК РФ назвать "Изменение трудовых правоотношений". Во-вторых, правовые нормы гл. 12 ТК РФ изложить в следующей логической последовательности: 1) переводы на другую работу (постоянные и временные); 2) изменение трудового договора; 3) перемещение.

В связи с изложенными теоретическими и правовыми доводами, отвечая на второй, поставленный выше вопрос, с позиции Конституции РФ (часть третья ст. 55) и международного трудового права представляется спорным и предусмотренная ст. 72 ТК РФ возможность изменения определенных сторонами условий трудового договора без соглашения сторон. Видимо, более точно в этом случае исходить из того, что, например, согласно частям второй и третьей ст. 72.2 работника можно временно без его согласия в соответствии не с трудовым договором, а с федеральным законом перевести на другую работу, оформив временный перевод в случае возражения работника не трудовым договором, а приказом со ссылкой на часть вторую ст. 72.2 ТК РФ. Следовательно, правовым основанием "движения" трудового правоотношения в случаях, предусмотренных частями второй и третьей ст. 72.2 ТК РФ, будет являться уже не "сделка" - трудовой договор и не фактическое допущение к работе, а приказ работодателя, основанный на федеральном законе, соответствующем Конституции РФ и международному трудовому праву. Думаю, на период действия данного приказа работодателя ранее заключенный трудовой договор должен быть приостановлен, а не изменен без согласия работника, как это предусматривает ст. 72 ТК РФ.

Предложение о введении в ТК РФ оценочного понятия "изменение трудовых правоотношений" позволяет ответить и на третий поставленный выше вопрос: как конкретно "в письменной форме" необходимо оформлять "соглашение об изменении определенных сторонами условий трудового договора", а точнее, на мой взгляд, об изменении трудовых правоотношений? Как представляется, во-первых, более обоснованно перевод на другую работу оформлять письменным соглашением работника и работодателя о расторжении ранее заключенного трудового договора и заключать другой трудовой договор без прекращения трудовых правоотношений (например, без расчета при расторжении трудового договора - ст. 140 ТК РФ, выплаты денежной компенсации за все неиспользованные отпуска - часть первая ст. 127 ТК РФ и т.д.). Во-вторых, изменение обязательных и (или) дополнительных условий трудового договора - письменным соглашением сторон об изменении определенных законом и сторонами условий

трудового договора. Характерно, что часть первая ст. 9 ТК РФ установила: "...РЕГУЛИРОВАНИЕ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ (выделено мной. - Е.Е.) и иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться путем... ИЗМЕНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.)... работниками и работодателями... трудовых договоров". В-третьих, поскольку перемещение - это изменение трудовых правоотношений без дополнительного согласования с работником в соответствии с источниками трудового права в России и трудовым договором, постольку оно может производиться без письменного или устного соглашения сторон трудового договора.

В связи с изложенными теоретическими, правовыми и практическими аргументами предлагаю первую статью возможной гл. 12 ТК РФ "Изменение трудовых правоотношений" изложить в следующей редакции: "Статья 72 "Виды изменения трудовых правоотношений": "Изменение трудовых правоотношений допускается в виде перевода на другую работу, изменения определенных законом и (или) сторонами условий трудового договора и перемещения". Вторую статью - "Постоянные переводы на другую работу". Третью статью - "Временные переводы на другую работу". Четвертую статью - "Изменение определенных сторонами условий трудового договора". Пятую статью - "Перемещение".

Действующие части первая и вторая ст. 72.1 ТК РФ "Перевод на другую работу. Перемещение" предусматривают: "Перевод на другую работу - постоянное или временное изменение трудовой функции работника и (или) структурного подразделения, в котором работает работник (если структурное подразделение было указано в трудовом договоре), при продолжении работы у того же работодателя, а также перевод на работу в другую местность вместе с работодателем. Перевод на другую работу допускается только с письменного согласия работника, за исключением случаев, предусмотренных частями второй и третьей ст. 72.2 настоящего Кодекса. По письменной просьбе работника или с его письменного согласия может быть осуществлен перевод работника на постоянную работу к другому работодателю. При этом трудовой договор по прежнему месту работы прекращается (п. 5 части первой ст. 77 настоящего Кодекса)".

Отсюда действующий ТК РФ предусматривает фактически четыре вида постоянных переводов на другую работу:

1) в случае постоянного или временного изменения трудовой функции;

2) в другое структурное подразделение (если оно было указано в трудовом договоре);

3) в другую местность вместе с работодателем;

4) на постоянную работу к другому работодателю.

Можно ли с этим согласиться с учетом изложенных выше теоретических и правовых аргументов, а также иных правовых доводов? Думаю, нет. Во-первых, структурное подразделение - одно из возможных дополнительных условий трудового договора (п. 1 части четвертой ст. 57 ТК РФ). Следовательно, в случае его изменения по соглашению сторон более точно его оформлять "не постоянным переводом на другую работу", а изменением определенных сторонами дополнительных условий трудового договора. Во-вторых, думаю, спорно классифицировать в качестве именно "перевода" и "перевод на работу в другую местность вместе с работодателем". Пункт 1 части второй ст. 57 ТК РФ в качестве одного из законных обязательных условий трудового договора называет место работы. Часть вторая ст. 54 ГК РФ устанавливает: "Место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное". Отсюда, думаю, в случае "перевода на работу в другую местность вместе с работодателем" в действительности происходит не собственно "перевод" на другую работу, а изменение обязательных (законных) условий трудового договора с согласия работника.

В-третьих, полагаю, достаточно спорно относить к одному из видов постоянных переводов на другую работу и "перевод работника на постоянную работу к другому работодателю". По существу, на мой взгляд, часть вторая ст. 72.1 ТК РФ противоречит п. 5 части первой ст. 77 ТК РФ, в соответствии с которым одним из оснований не "перевода на другую работу", а "прекращения трудового договора" является "перевод" работника по его просьбе или с его согласия на работу к другому работодателю. Как представляется, исходя из языкового оценочного понятия "изменение трудового договора" действительный перевод на другую работу возможен только в рамках трудовых правоотношений (в том числе трудового договора) с данным работодателем.

Учитывая приведенные правовые аргументы, предлагаю, во-первых, изложить п. 5 части первой ст. 77 ТК РФ в следующей редакции: письменное "соглашение заинтересованных лиц о расторжении трудового договора и о заключении трудового договора с другим работодателем". Во-вторых, вторую статью предлагаемой гл. 12 "Изменение трудовых правоотношений" - "Постоянный перевод на другую работу" изложить в следующей редакции:

"Постоянный перевод на другую работу - постоянное изменение трудовой функции (профессии, должности) допускается только с письменного согласия работника и работодателя. Постоянный перевод на другую работу оформляется письменным соглашением сторон о расторжении ранее заключенного трудового договора и заключением другого трудового договора без прекращения трудовых правоотношений".

В ТК РФ в новой редакции имеются ст. 72.2 "Временный перевод на другую работу" и ст. 73 "Перевод работника на другую работу в соответствии с медицинским заключением о временных переводах на другую работу". Множество споров у научных и практических работников вызвала часть первая ст. 72.2 ТК РФ, согласно которой "по соглашению сторон, заключаемому в письменной форме, работник может быть временно переведен на другую работу у того же работодателя на срок до одного года, а в случае, когда такой перевод осуществляется для замещения временно отсутствующего работника, за которым в соответствии с законом сохраняется место работы, - до выхода этого работника на работу. Если по окончании срока прежняя работа работнику не предоставлена, а он не потребовал ее предоставления и продолжает работать, то условие соглашения о временном характере перевода утрачивает силу и перевод считается постоянным".

В то же время, во-первых, возникает вопрос о том, почему в случае вакантной должности временный перевод на другую работу может быть только на срок до одного года, а не на неопределенный срок. Во-вторых, неясно, как может условие соглашения о временном характере перевода "утрачивать" силу и перевод "считаться" постоянным. В-третьих, часть первая ст. 72.2 оставляет открытым и вопрос о том, сохраняет ли силу ранее заключенный трудовой договор. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю часть первую ст. 72.2 ТК РФ признать утратившей силу.

На мой взгляд, все временные переводы необходимо классифицировать на две группы: 1) по закону; 2) по соглашению сторон. В этой связи предлагаю дополнить возможную будущую гл. 12 ТК РФ "Изменение трудовых правоотношений" статьей "Временные переводы на другую работу" в следующей редакции: "Временные переводы на другую работу допускаются в соответствии с настоящим Кодексом и другими федеральными законами, а также соглашением сторон.

Временные переводы на другую работу оформляются другим трудовым договором и приказом. Действие ранее заключенного трудового договора приостанавливается на период действия вновь заключенного временного трудового договора".

На мой взгляд, временные переводы на другую работу могут быть: 1) по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон; 2) по инициативе работодателя; 3) по инициативе работника.

Так, согласно части второй ст. 72.2 ТК РФ "в случае катастрофы природного или техногенного характера, производственной аварии, несчастного случая на производстве, пожара, наводнения, голода, землетрясения, эпидемии или эпизоотии и в любых исключительных случаях, ставящих под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего населения или его части, работник может быть переведен БЕЗ ЕГО СОГЛАСИЯ (выделено мной. - Е.Е.) на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя для предотвращения указанных случаев или устранения их последствий".

С одной стороны, законодателем была учтена обоснованная критика, содержавшаяся ранее в специальной литературе в отношении действовавшей прежде ст. 74 ТК РФ "Временный перевод на другую работу в случае производственной необходимости". В настоящее время в ТК РФ нет ст. 74 в прежней редакции и понятия "производственная необходимость", нарушавших международное трудовое право и Конституцию РФ. Законодателем учтен и п. 17 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", в соответствии с которым "при применении ст. 74 Кодекса, допускающей временный перевод работника по инициативе работодателя на не обусловленную трудовым договором работу в той же организации в случае производственной необходимости, следует иметь в виду, что в соответствии с п. 1 ст. 1 Конвенции МОТ N 29 1930 г. о принудительном или обязательном труде (ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1956 г.) Российская Федерация обязалась упразднить применение принудительного или обязательного труда во всех формах, т.е. всякую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания и для которой это лицо не предложило добровольно своих услуг (п. 1 ст. 2 Конвенции). При этом в силу подп. "д" п. 2 ст. 2 названной Конвенции, а также части четвертой ст. 4 Кодекса не является принудительным трудом всякая работа или служба, требуемая в условиях чрезвычайных обстоятельств, т.е. в случаях объявления чрезвычайного или военного положения, бедствия или угрозы бедствия, как-то: пожары, наводнения, голод, землетрясения, сильные эпидемии или эпизоотии, нашествия вредных животных, насекомых или паразитов растений, а также в иных случаях, ставящих под угрозу или могущих поставить под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего или части населения.

Учитывая названные положения, работодатель вправе переводить работника на не обусловленную трудовым договором работу для предотвращения катастрофы, производственной аварии или устранения последствий катастрофы, аварии или стихийного бедствия; для предотвращения несчастных случаев (часть первая ст. 74 ТК РФ).

Вместе с тем исходя из указанных положений Конвенции МОТ о принудительном и обязательном труде предусмотренный частью первой ст. 74 Кодекса временный перевод

работника без его согласия на не обусловленную трудовым договором работу по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера), уничтожения или порчи имущества, а также для замещения отсутствующего работника может быть признан обоснованным при условии, что это было вызвано чрезвычайными обстоятельствами (подп. "д" п. 4 Конвенции, часть четвертая ст. 4 ТК РФ), или когда непринятие указанных мер могло привести к катастрофе, производственной аварии, стихийному бедствию, несчастному случаю и тому подобным последствиям" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Изложенная правовая позиция подтверждена и п. 17 и 18 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", согласно которым "при применении частей второй и третьей ст. 72.2 Кодекса, допускающих временный перевод работника на другую работу без его согласия, судам следует иметь в виду, что обязанность доказать наличие обстоятельств, с которыми закон связывает возможность такого перевода, возлагается на работодателя.

Судам необходимо учитывать, что в соответствии с частями первой и четвертой ст. 72.1, частью первой ст. 72.2 Кодекса работник может быть временно переведен на другую работу лишь у того же работодателя, с которым он состоит в трудовых отношениях, и работа не должна быть противопоказана ему по состоянию здоровья.

Если при переводе на другую работу в случае простоя, необходимости предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно отсутствующего работника работник должен будет выполнять работу более низкой квалификации, то такой перевод в силу части третьей ст. 72.2 Кодекса возможен лишь с письменного согласия работника" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В то же время, на мой взгляд, часть вторая ст. 72.2 ТК РФ нуждается в дальнейшем изменении и дополнении с учетом изложенных выше теоретических, правовых и практических аргументов. Предлагаю, во-первых, признать утратившими силу части вторую - четвертую ст. 72.2 ТК РФ. Во-вторых, дополнить ТК РФ статьей "Временный перевод на другую работу в исключительных случаях". Часть первую данной статьи предлагаю изложить в следующей редакции: "В случае катастрофы природного или техногенного характера, производственной аварии, несчастного случая на производстве, пожара, наводнения, голода, землетрясения, эпидемии или эпизоотии и в любых исключительных случаях, ставящих под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего населения или его части, работник может быть переведен без его согласия на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя для предотвращения указанных случаев или устранения их последствий".

В связи с изложенными правовыми аргументами считаю возможным существенно изменить содержание и части третьей действующей ст. 72.1 ТК РФ "Временный перевод на другую работу", признать ее утратившей силу, дополнить предлагаемую статью "Временный перевод на другую работу в исключительных случаях" частью второй в следующей редакции:

"Перевод работника без его согласия на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу у того же работодателя в случае простоя (временной приостановки работы по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера) допускается только в случаях необходимости предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно отсутствовавшего работника, если простой или необходимость предотвращения уничтожения или порчи имущества либо замещения временно отсутствующего работника вызваны чрезвычайными обстоятельствами, указанными в части первой настоящей статьи".

Важно в данной статье определить порядок и другие правовые условия такого перевода. Поэтому полагаю необходимым дополнить предлагаемую статью "Временный перевод на другую работу в исключительных случаях" частью третьей следующего содержания: "Временный перевод оформляется приказом со ссылкой на соответствующую часть данной статьи федерального закона, с которым работник знакомится под роспись в день издания приказа. По требованию работника работодатель обязан выдать ему надлежаще заверенную копию указанного приказа. Если работник отказывается от росписи под приказом, то составляется соответствующий акт. При временных переводах, осуществляемых в случаях, предусмотренных частями первой и второй настоящей статьи, оплата труда работника производится по выполняемой работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе. Работник не может быть переведен на другую работу, противопоказанную ему по состоянию здоровья. На период временного перевода работника на

другую работу действие ранее заключенного трудового договора приостанавливается. Временный перевод на работу, требующую более низкой квалификации, допускается только с письменного согласия работника".

Временный перевод работника на другую работу по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон трудового договора, может также вызываться состоянием здоровья работника. В гл. 12 ТК РФ в прежней редакции отсутствовала соответствующая статья. В ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ появилась ст. 73 "Перевод работника на другую работу в соответствии с медицинским заключением", к сожалению, не "снявшая" наиболее актуальные теоретические и практические вопросы. Так, согласно части первой ст. 73 ТК РФ "работника, нуждающегося в переводе на другую работу в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, с его письменного согласия работодатель обязан перевести на другую имеющуюся у работодателя работу, не противопоказанную работнику по состоянию здоровья".

Вместе с тем данная правовая норма оставляет "открытыми" несколько важнейших теоретических и практических вопросов. Думаю, необходимых ответов не дает и часть вторая ст. 73 ТК РФ: "Если работник, НУЖДАЮЩИЙСЯ В СООТВЕТСТВИИ С МЕДИЦИНСКИМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ ВО ВРЕМЕННОМ ПЕРЕВОДЕ НА ДРУГУЮ РАБОТУ НА СРОК ДО ЧЕТЫРЕХ МЕСЯЦЕВ (выделено мной. - Е.Е.), отказывается от перевода либо соответствующая работа у работодателя отсутствует, то работодатель обязан на весь указанный в медицинском заключении срок ОТСТРАНИТЬ (выделено мной. - Е.Е.) работника от работы с сохранением места работы (должности). В период отстранения от работы заработная плата работнику не начисляется, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом, иными федеральными законами, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором".

Как представляется, части первая и вторая ст. 73 ТК РФ не отвечают как минимум на три актуальных вопроса. Первый: как правильно оформлять трудовые правоотношения с работником, согласившимся на временный перевод? Второй: какие трудовые права и обязанности имеются у работника в случае отказа работника от временного перевода? Третий: что могут делать стороны трудового договора при отсутствии у работодателя соответствующей работы?

С целью возможных ответов на поставленные вопросы предлагаю изложить части первую и вторую ст. 73 ТК РФ в следующей редакции:

"Работника, нуждающегося в переводе на другую работу в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, работодатель обязан с письменного согласия работника перевести на другую имеющуюся у работодателя работу, не противопоказанную работнику по состоянию здоровья.

С работником, нуждающимся в соответствии с медицинским заключением во временном переводе на другую работу на срок до четырех месяцев, по соглашению сторон заключается срочный трудовой договор на период, указанный в медицинском заключении, с оплатой труда по выполняемой работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе с сохранением прежнего места работы (должности). Действие ранее заключенного трудового договора приостанавливается на период временного перевода работника на другую работу.

В случае отказа работника от временного перевода либо отсутствия у работодателя соответствующей работы действие трудового договора приостанавливается на срок, указанный в медицинском заключении; работодатель обязан отстранить работника от работы на срок, указанный в медицинском заключении, с сохранением места работы (должности). В период отстранения работника от работы в связи с отсутствием у работодателя соответствующей работы работнику выплачивается средняя заработная плата. В период отстранения работника от работы в связи с отказом работника от временного перевода заработная плата работнику не начисляется, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом, иными федеральными законами, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором".

Целый ряд теоретических и практических вопросов вызывает и часть третья ст. 73 ТК РФ: "Если в соответствии с медицинским заключением РАБОТНИК НУЖДАЕТСЯ ВО ВРЕМЕННОМ ПЕРЕВОДЕ НА ДРУГУЮ РАБОТУ НА СРОК БОЛЕЕ ЧЕТЫРЕХ МЕСЯЦЕВ ИЛИ В ПОСТОЯННОМ ПЕРЕВОДЕ (выделено мной. - Е.Е.), то при его отказе от перевода либо отсутствии у работодателя соответствующей работы трудовой договор прекращается в соответствии с пунктом 8 части первой статьи 77 настоящего Кодекса".

К сожалению, как в части второй, так и в части третьей ст. 73 ТК РФ нет ответа на важный практический вопрос: как необходимо оформлять трудовые правоотношения в случае согласия работника? С целью "снятия" данного и других правовых вопросов предлагаю изложить часть третью ст. 73 ТК РФ в следующей редакции: "С работником, нуждающимся в соответствии с медицинским заключением во временном переводе на другую работу на срок более четырех месяцев, по соглашению сторон заключается срочный трудовой договор на период, указанный в

медицинском заключении, с сохранением прежнего места работы (должности) и оплатой труда по выполняемой работе. Действие ранее заключенного трудового договора приостанавливается на период временного перевода работника на другую работу.

С работником, нуждающимся в соответствии с медицинским заключением в постоянном переводе на другую работу, по соглашению сторон заключается другой трудовой договор (срочный или на неопределенный срок) с оплатой труда по выполняемой работе без сохранения прежнего места работы (должности). Ранее заключенный трудовой договор расторгается по соглашению сторон без прекращения трудовых правоотношений.

В случае отказа работника, нуждающегося в соответствии с медицинским заключением во временном переводе на другую работу на срок более четырех месяцев или в постоянном переводе, либо отсутствии у работодателя соответствующей работы трудовой договор прекращается в соответствии с пунктом 8 части первой статьи 77 настоящего Кодекса".

С позиции действующей Конституции РФ вызывает сомнение и часть четвертая ст. 73 ТК РФ: "Трудовой договор с руководителями организаций (филиалов, представительств или иных обособленных структурных подразделений), их заместителями и главными бухгалтерами, нуждающимися в соответствии с медицинским заключением во временном или в постоянном переводе на другую работу, при отказе от перевода либо отсутствии у работодателя соответствующей работы прекращается в соответствии с пунктом 8 части первой статьи 77 настоящего Кодекса. Работодатель имеет право с письменного согласия указанных работников не прекращать с ними трудовой договор, а отстранить их от работы на срок, определяемый соглашением сторон. В период отстранения от работы заработная плата указанным работникам не начисляется, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом, иными федеральными законами, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором".

Во-первых, данная правовая норма представляется весьма спорной исходя из части второй ст. 19 Конституции РФ, гарантирующей равенство прав и свобод человека и гражданина "независимо от... должностного положения...". Во-вторых, в самой анализируемой правовой норме имеется внутреннее противоречие: трудовой договор прекращается либо работники с их письменного согласия отстраняются от работы на срок, определяемый соглашением сторон. Отсюда, в-третьих, на мой взгляд, часть четвертая ст. 73 ТК РФ вошла в противоречие и с частью второй ст. 9 ТК РФ: "...соглашения, трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников по сравнению с установленными трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права. Если такие условия включены в... соглашение или трудовой договор, то они не подлежат применению". В-четвертых, на практике постоянно будет возникать вопрос о добровольности такого соглашения со стороны работника. Полагаю, заявители в суде нередко по межотраслевой аналогии закона будут утверждать, что такое соглашение по своей правовой природе тождественно кабальной сделке, совершенной под влиянием угрозы прекращения трудового договора или стечения тяжелых обстоятельств (часть первая ст. 179 ГК РФ); работник был вынужден присоединиться к предложению, выработанному работодателем, заключив по существу договор присоединения (ст. 428 ГК РФ).

В связи с противоречием части четвертой ст. 73 ТК РФ Конституции РФ и иным статьям ТК РФ предлагаю, во-первых, часть четвертую ст. 73 ТК РФ признать утратившей силу. Во-вторых, на общих основаниях регулировать трудовые правоотношения с руководителями организаций (филиалов или представительств), их заместителями и главными бухгалтерами, нуждающимися в соответствии с медицинским заключением во временном или в постоянном переводе на другую работу.

Согласно частям первой - четвертой ст. 74 ТК РФ "Изменение определенных сторонами условий трудового договора по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда" "в случае, когда по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда (изменение в технике и технологии производства, структурная реорганизация производства, другие причины), определенные сторонами условия трудового договора не могут быть сохранены, допускается их изменение по инициативе работодателя, за исключением изменения трудовой функции работника.

О предстоящих изменениях определенных сторонами условий трудового договора, а также о причинах, вызвавших необходимость таких изменений, работодатель обязан уведомить работника в письменной форме не позднее чем за два месяца, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом.

Если работник не согласен работать в новых условиях, то работодатель обязан в письменной форме предложить ему другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья. При этом работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие указанным требованиям ВАКАНСИИ, ИМЕЮЩИЕСЯ У НЕГО В ДАННОЙ МЕСТНОСТИ (выделено

мной. - Е.Е.). Предлагать вакансии в других местностях работодатель обязан, если это предусмотрено коллективным договором, соглашениями, трудовым договором.

При отсутствии указанной работы или отказе работника от предложенной работы трудовой договор прекращается в соответствии с пунктом 7 части первой статьи 77 настоящего Кодекса".

Прежде всего в принципиальном плане необходимо подчеркнуть: без соглашения сторон трудового договора его нельзя изменять, а можно только прекращать по основаниям, предусмотренным ТК РФ и другими федеральными законами, поскольку принудительный (обязательный) труд запрещен (ч. 2 ст. 37 Конституции РФ). Кроме того, данные правовые нормы вызывают также и целый ряд теоретических и практических вопросов. Первый: почему изменение определенных сторонами условий трудового договора может быть только по инициативе работодателя? Второй: возможно ли ограничивать основания изменений определенных сторонами условий трудового договора только причинами, перечисленными в части четвертой ст. 74 ТК РФ? Третий: как аргументировать возможность изменения одних обязательных условий трудового договора и невозможность изменения других обязательных условий трудового договора - трудовой функции работника (часть первая ст. 74 ТК РФ)? Четвертый: если у работодателя - стороны трудового договора имеются обособленные подразделения за пределами места нахождения юридического лица, то почему вакансии должны предлагаться только по месту нахождения юридического лица?

Как представляется, во-первых, изменение определенных сторонами условий трудового договора по соглашению сторон может происходить по инициативе как работодателя, так и работника. Во-вторых, думаю, по соглашению сторон трудового договора возможны изменения любых без исключения обязательных и (или) договорных (дополнительных) его условий, а не только связанных с изменением организационных или технологических условий труда. В-третьих, представительства и филиалы не являются юридическими лицами, совершают сделки от имени и для юридического лица (ст. 55 ГК РФ). Отсюда, по-моему, весьма спорно предлагать работнику вакансии, только "имеющиеся у него в данной местности" (часть третья ст. 74 ТК РФ).

В связи с изложенными возражениями и правовыми аргументами предлагаю, во-первых, ст. 74 ТК РФ назвать "Изменение определенных сторонами обязательных и (или) дополнительных условий трудового договора по инициативе работника либо работодателя".

Во-вторых, предлагаю изложить части первую - четвертую ст. 74 ТК РФ в следующей редакции:

"Изменение определенных сторонами обязательных и (или) дополнительных условий трудового договора возможно только по соглашению сторон.

О предстоящих изменениях определенных сторонами условий трудового договора работник или работодатель обязаны уведомлять другую сторону трудового договора в письменной форме не позднее чем за два месяца, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом и другими федеральными законами.

Если работник не согласен работать в новых условиях, то работодатель обязан в письменной форме предложить ему другую соответствующую имеющуюся работу, которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья. В этом случае по соглашению сторон трудовой договор может быть расторгнут без прекращения трудовых правоотношений и заключен иной трудовой договор в связи с переводом работника на другую работу.

При отсутствии соответствующей работы или отказе работника от предложенной работы трудовой договор прекращается в соответствии с пунктом 7 части первой ст. 77 настоящего Кодекса".

Определенные сомнения вызывает и часть пятая ст. 74 ТК РФ: "В случае, когда причины, указанные в части первой настоящей статьи, могут повлечь за собой массовое увольнение работников, работодатель в целях сохранения рабочих мест имеет право с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации и в порядке, установленном статьей 372 настоящего Кодекса для принятия локальных нормативных актов, вводить режим неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели на срок до шести месяцев". На мой взгляд, в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ без согласия работников их трудовые права не могут быть ограничены даже с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации. В этой связи предлагаю часть пятую ст. 74 ТК РФ признать утратившей силу.

На мой взгляд, трудно согласиться и с частью шестой ст. 74 ТК РФ: "Если работник отказывается от продолжения работы в режиме неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели, то трудовой договор расторгается в соответствии с пунктом 2 части первой ст. 81 настоящего Кодекса...". Пункт 2 части первой ст. 81 ТК РФ предусматривает возможность расторжения трудового договора по инициативе работодателя в случае "сокращения численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя". В то же время установление работодателем режима неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели, на мой взгляд, вряд ли является действительно законным основанием для расторжения трудового договора в соответствии с п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ. Думаю, скорее всего в этих

случаях трудовой договор мог бы быть расторгнут в результате отказа работника от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора - п. 7 части первой ст. 77 ТК РФ. В то же время, принимая во внимание дискуссионность части пятой ст. 74 ТК РФ, предоставляющей право работодателю односторонне, в указанных в ней случаях, вводить режим неполного рабочего дня (смены) и (или) неполной рабочей недели на срок до шести месяцев, предлагаю не только часть пятую, но и часть шестую ст. 74 ТК РФ признать утратившей силу.

В связи с изложенными правовыми аргументами вызывает сомнение и часть седьмая ст. 74 ТК РФ: "Отмена режима неполного рабочего дня и (или) неполной рабочей недели ранее срока, на который они были установлены, производится работодателем с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации". Принимая во внимание названные выше доводы, предлагаю часть седьмую ст. 74 ТК РФ также признать утратившей силу.

В соответствии с частью восьмой ст. 74 ТК РФ "изменения определенных сторонами условий трудового договора, вводимые в соответствии с настоящей статьей, не должны ухудшать положение работника по сравнению с установленным коллективным договором, соглашениями". В то же время, во-первых, на мой взгляд, данная правовая норма не в полной мере соответствует части второй ст. 9 ТК РФ: "...трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников по сравнению с установленными ТРУДОВЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ И ИНЫМИ НОРМАТИВНЫМИ ПРАВОВЫМИ АКТАМ, СОДЕРЖАЩИМИ НОРМЫ ТРУДОВОГО ПРАВА (выделено мной. - Е.Е.). Если такие условия включены в... трудовой договор, то они не подлежат применению". Во-вторых, к источникам трудового права в России, гарантирующим трудовые права работников, также необходимо отнести Конституцию РФ, международное трудовое право и федеральные конституционные законы.

Принимая во внимание названные правовые доводы, предлагаю часть восьмую ст. 74 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Изменения определенных сторонами обязательных и (или) дополнительных условий трудового договора по инициативе работника либо работодателя не должны ухудшать трудовые права работника по сравнению с трудовыми правами работников, установленными Конституцией РФ, международным трудовым правом, российскими нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, коллективным договором и соглашениями".

Множество споров на практике вызывает и перемещение - возможность изменения трудовых правоотношений между работником и работодателем без дополнительного согласования с работником. Согласно частям третьей и четвертой ст. 72.1 "Перевод на другую оплачиваемую работу. Перемещение" "не требует согласия работника перемещение его у того же работодателя на другое рабочее место, в другое структурное подразделение, расположенное в той же местности, поручение ему работы на другом механизме или агрегате, если это не влечет за собой изменения определенных сторонами условий трудового договора. Запрещается... перемещать работника на работу, противопоказанную ему по состоянию здоровья".

Однако, во-первых, в части третьей ст. 72.1 ТК РФ не дается аутентичного толкования оценочного понятия "перемещение". Во-вторых, п. 1 части четвертой ст. 57 ТК РФ в числе иных дополнительных условий трудового договора также предусматривает установление места работы (с указанием структурного подразделения и его местонахождения) и (или) рабочего места и иных условий труда. Весьма характерно, что часть вторая ст. 57 ТК РФ в прежней редакции относила "место работы (с указанием структурного подразделения)" и "характеристики условий труда" к существенным условиям трудового договора. В-третьих, думаю, маловероятно действительное буквальное сохранение условий труда в случае изменения рабочего места, структурного подразделения, поручения работы на другом механизме или агрегате.

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю, во-первых, ввести в ТК РФ самостоятельную статью "Перемещение"; во-вторых, дать аутентичное толкование оценочному понятию "перемещение"; в-третьих, изложить статью "Перемещение" в следующей редакции: "Перемещение - изменение работодателем трудовых правоотношений без дополнительного согласования с работником в соответствии с источниками трудового права в России и трудовым договором.

Перемещение производится работодателем без предварительного предупреждения работника.

Запрещается устанавливать иные условия труда работника (перемещать работника) на работу, противопоказанную ему по состоянию здоровья".

В действующей гл. 12 "Изменение трудового договора" также имеется и ст. 75 ТК РФ "Трудовые отношения при смене собственника имущества организации, изменении подведомственности организации ее реорганизации". Прежде всего само название гл. 12 "Изменение трудового договора", на мой взгляд, предполагает наличие в данной главе лишь статей, регулирующих трудовые правоотношения, связанные только с изменением обязательных и

(или) дополнительных условий трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон трудового договора, либо по инициативе работодателя или работника.

Вместе с тем части первая и вторая ст. 75 ТК РФ, во-первых, не предусматривают изменений трудовых договоров: "При смене собственника имущества организации новый собственник НЕ ПОЗДНЕЕ ТРЕХ МЕСЯЦЕВ (выделено мной. - Е.Е.) со дня возникновения у него права собственности имеет право РАСТОРГНУТЬ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР С РУКОВОДИТЕЛЕМ ОРГАНИЗАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.), его заместителями и главным бухгалтером. Смена собственника имущества организации не является основанием для РАСТОРЖЕНИЯ ТРУДОВЫХ ДОГОВОРОВ (выделено мной. - Е.Е.) с другими работниками организации".

Во-вторых, части третья и четвертая ст. 75 ТК РФ также не регулируют трудовые правоотношения, связанные с изменением трудового договора: "В случае отказа работника от продолжения работы в связи со сменой собственника имущества организации ТРУДОВОЙ ДОГОВОР ПРЕКРАЩАЕТСЯ (выделено мной. - Е.Е.) в соответствии с п. 6 ст. 77 настоящего Кодекса.

При смене собственника имущества организации СОКРАЩЕНИЕ ЧИСЛЕННОСТИ ИЛИ ШТАТА РАБОТНИКОВ (выделено мной. - Е.Е.) допускается только после государственной регистрации перехода права собственности".

В-третьих, часть пятая ст. 75 ТК РФ также не установила возможность изменения трудовых договоров в связи с изменением подведомственности (подчиненности) организации или ее реорганизации: "Изменение подведомственности (подчиненности) организации или ее реорганизация (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование) НЕ МОЖЕТ ЯВЛЯТЬСЯ ОСНОВАНИЕМ ДЛЯ РАСТОРЖЕНИЯ ТРУДОВЫХ ДОГОВОРОВ (выделено мной. - Е.Е.) с работниками организации".

Вместе с тем, на мой взгляд, в части пятой ст. 75 ТК РФ необходимо не объединять, а разграничивать два совершенно разных по своему правовому содержанию оценочных понятия: 1) изменение подведомственности (подчиненности) организации; 2) реорганизация юридического лица. Как представляется, ранее в части второй ст. 29 КЗоТ РФ было обоснованно установлено, что "передача предприятия, учреждения, организации из подчинения одного органа в подчинение другого НЕ ПРЕКРАЩАЕТ ДЕЙСТВИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА" (выделено мной. - Е.Е.), поскольку стороны и условия трудового договора, определенные его сторонами, в этих случаях не изменялись; трудовые правоотношения продолжались, а не прекращались и не возникали вновь.

Отсюда вызывает возражение и соответствующая фраза в п. 6 части первой ст. 77 ТК РФ, согласно которой, в частности, основанием прекращения трудового договора является "отказ работника от продолжения работы в связи... с изменением подведомственности (подчиненности) организации...". Предлагаю изложить п. 6 части первой ст. 77 ТК РФ в следующей редакции: "отказ работника от заключения договора в связи с созданием другого юридического лица в случае продажи имущества организации либо ее реорганизации".

Напротив, реорганизация юридического лица (за исключением случаев реорганизации в форме присоединения) влечет за собой прекращение деятельности юридического лица. Характерен п. 6 части первой ст. 77 ТК РФ: одним из оснований прекращения трудового договора (а не его изменения) является "отказ работника от продолжения работы в связи с реорганизацией" юридического лица. Учитывая изложенные правовые возражения, предлагаю признать ст. 75 ТК РФ утратившей силу. Думаю, более обоснованно многочисленные спорные теоретические и практические вопросы, связанные с трудовыми правоотношениями при смене собственника имущества организации и ее реорганизации, необходимо разрешить в соответствующих статьях гл. 13 ТК РФ "Прекращение трудового договора".

Вызывает сомнение и включение в гл. 12 ТК РФ "Изменение трудового договора" ст. 76 "Отстранение от работы". Согласно части первой ст. 76 ТК РФ при отстранении от работы происходит не изменение определенных сторонами условий трудового договора, а временное приостановление действия трудового договора. Работник от работы "отстраняется", "не допускается к работе". Отсюда предлагаю, во-первых, исключить ст. 76 "Отстранение от работы" из гл. 12 ТК РФ "Изменение трудового договора" как не соответствующую необходимому правовому содержанию данной главы. Во-вторых, ввести в ТК РФ самостоятельную главу "Приостановление трудового договора". При таком подходе, на мой взгляд, в ТК РФ возможно было бы выстроить следующий логический ряд в разд. III "Трудовой договор": гл. 1 "Общие положения"; гл. 2 "Заключение трудового договора"; гл. 3 "Изменение трудового договора"; гл. 4 "Приостановление трудового договора"; гл. 5 "Прекращение трудового договора".

Глава 4. РАСТОРЖЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ПО ИНИЦИАТИВЕ РАБОТНИКА

Расторжение трудового договора по инициативе работника - наиболее распространенное основание прекращения трудового договора. Многие работодатели, думаю, ошибочно полагают,

что расторжение трудового договора по инициативе работника ("по собственному желанию" - как обычно не достаточно точно пишут работники в своем заявлении об увольнении) является наиболее "простым" способом прекращения трудового договора, "избавления" от работника. Как представляется, с этим трудно согласиться. Наоборот, в процессе расторжения трудового договора по инициативе работника возникает множество дискуссионных практических и теоретических вопросов.

Наиболее популярным среди практических работников является вопрос о том, в соответствии с какой нормой права возможно прекращать трудовой договор по инициативе работника. В соответствии с п. 15 Постановления Правительства РФ от 16 апреля 2003 г. N 225 "О трудовых книжках" "при прекращении трудового договора по основаниям, предусмотренным ст. 77 Трудового кодекса Российской Федерации (за исключением случаев расторжения трудового договора по инициативе работодателя и по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (пункты 4 и 10 этой статьи)), в трудовую книжку вносится запись об увольнении (прекращении трудового договора) СО ССЫЛКОЙ НА СООТВЕТСТВУЮЩИЙ ПУНКТ УКАЗАННОЙ СТАТЬИ" <1> (выделено мной. - Е.Е.). Постановлением Минтруда РФ от 10 октября 2003 г. N 69 "Об утверждении Инструкции по заполнению трудовых книжек" была принята Инструкция по заполнению трудовых книжек. Согласно п. 5.2 данной Инструкции "при прекращении трудового договора по основаниям, предусмотренным ст. 77 Трудового кодекса Российской Федерации (за исключением случаев расторжения трудового договора по инициативе работодателя и по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (пункты 4 и 10 этой статьи)), в трудовую книжку вносится запись об увольнении (прекращении трудового договора) СО ССЫЛКОЙ НА СООТВЕТСТВУЮЩИЙ ПУНКТ УКАЗАННОЙ СТАТЬИ (выделено мной. - Е.Е.). Например: "уволен по соглашению сторон, п. 1 ст. 77 Трудового кодекса Российской Федерации" или "уволен по собственному желанию, п. 3 ст. 77 Трудового кодекса Российской Федерации" <2>.

<1> Российская газета. 2003. 22 апреля.

<2> Российская газета. 2003. 19 ноября.

17 марта 2004 г. Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" <1>. Для удобства практического применения Постановление разделено на ряд разделов, каждый из которых имеет собственное название. Характерно название разд. IV: "Расторжение трудового договора по соглашению сторон (ПУНКТ 1 СТАТЬИ 77, СТАТЬЯ 78 ТК РФ) (выделено мной. - Е.Е.) вследствие отказа работника от продолжения работы в связи с изменением существенных условий трудового договора (пункт 7 статьи 77 ТК РФ) по инициативе работника (ПУНКТ 3 СТАТЬИ 77, СТАТЬЯ 80 ТК РФ)" <2> (выделено мной. - Е.Е.).

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

<2> Там же.

В этой связи, на мой взгляд, возникает целый ряд теоретических и практических вопросов. Первый: почему в Инструкции Минтруда РФ от 10 октября 2003 г. N 69 используется понятие "уволен"? В ст. 77 ТК РФ такого термина нет. Имеются родовое понятие "прекращение трудового договора" и его виды, в частности "расторжение трудового договора по инициативе работника". Минтруда РФ, разрабатывая и утверждая Инструкцию по заполнению трудовых книжек, в силу своего правового статуса имело право лишь буквально толковать ТК РФ (уяснять для себя и разъяснять для других ТК РФ в точном соответствии с его смыслом и использовать терминологию, установленную федеральным законом), а также конкретизировать (уточнять, детализировать) правовые нормы, имеющиеся в ТК РФ. В то же время вместо установленного ТК РФ понятия "расторжение трудового договора по инициативе работника" Минтруда РФ применило термин "уволен", действительно широко распространенный в обычной практике работодателей. Следовательно, в данном случае Минтруда РФ фактически выполнило не свойственную ему функцию законодателя. Данный вывод, по-моему, вытекает и из п. 4 Постановления Правительства РФ от 16 апреля 2003 г. N 225 "О трудовых книжках", в соответствии с которым Министерству труда и социального развития Российской Федерации было поручено лишь "ДАВАТЬ РАЗЪЯСНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) по вопросам применения Правил, утвержденных настоящим Постановлением". В этой связи предлагаю отказаться от термина "уволен", не предусмотренного ТК РФ, а использовать термин, соответствующий ТК РФ: "расторгнуть трудовой договор по пункту ... статьи ...".

Второй вопрос: правомерна ли последующая формулировка "по собственному желанию", не предусмотренная п. 3 ст. 77 ТК РФ, на которую предлагает ссылаться Минтруда РФ? Как представляется, формулировка приказа должна точно соответствовать терминологии правовой нормы. Да, ст. 80 ТК РФ рассматривает два термина "расторжение трудового договора по

инициативе работника" и "по собственному желанию" как синонимы. Но Минтруда РФ не рекомендовало в случае увольнения по данному основанию ссылаться на ст. 80 ТК РФ. Отсюда, как представляется, возможно отказаться от действительно широко распространенного на практике термина "по собственному желанию" и ограничиться классическим понятием, воспринятым п. 3 ст. 77 ТК РФ из гражданского права, "расторжение договора" <1>. При таком подходе предлагаю изменить п. 5.2 Инструкции по заполнению трудовых книжек в той его части, где дается пример: "уволен по собственному желанию", и изложить его в следующей редакции: "трудовой договор расторгнут по инициативе работника по ...".

<1> См., например: ст. 450 ГК РФ.

Третий вопрос (самый обсуждаемый научными и практическими работниками): какую статью необходимо указывать в приказе в случае расторжения трудового договора по инициативе работника? Только п. 3 ст. 77 ТК РФ - по Инструкции Минтруда РФ? Ссылаться на две нормы (п. 3 ст. 77 и ст. 80 ТК РФ), как разъяснил Пленум Верховного Суда РФ? Руководствоваться только одной статьей - ст. 80 ТК РФ? Последнюю позицию разделяют многие специалисты теории права, считая, что при наличии общей (п. 3 ст. 77 ТК РФ) и специальной нормы (ст. 80 ТК РФ) применяется специальная норма.

Аналогичная проблема существовала и в период действия КЗоТ РФ. Статья 29 КЗоТ РФ называлась "Основания прекращения трудового договора (контракта)", а ст. 31 КЗоТ РФ - "Расторжение трудового договора (контракта), заключенного на неопределенный срок, по инициативе работника". Напомню: в случае расторжения трудового договора по инициативе работника во время действия КЗоТ РФ в приказах ссылались не на п. 4 ст. 29 КЗоТ РФ ("расторжение трудового договора (контракта) по инициативе работника (ст. 31 - 32), по инициативе администрации (ст. 33) либо по требованию профсоюзного органа (ст. 37)", а на ст. 31 КЗоТ РФ ("Расторжение трудового договора (контракта), заключенного на неопределенный срок, по инициативе работника").

В настоящее время в данном вопросе обращает на себя внимание очевидная непоследовательность, противоречивость Инструкции Минтруда РФ по заполнению трудовых книжек. Так, ст. 77 ТК РФ содержит два пункта: а) п. 3 "Расторжение трудового договора по инициативе работника (статья 80)"; б) п. 4 "Расторжение трудового договора по инициативе работодателя (статья 81)". На мой взгляд, казалось бы логичным, чтобы стороны трудового договора расторгали трудовой договор по инициативе одной из сторон по общим правилам. Вместе с тем Минтруда РФ в Инструкции по заполнению трудовых книжек почему-то исходило из разных теоретических подходов к расторжению трудового договора по инициативе работника и работодателя. "При расторжении трудового договора по инициативе работодателя в трудовую книжку вносится запись об увольнении (прекращении трудового договора) со ссылкой на соответствующий пункт ст. 81 ТК РФ... Например: "уволен в связи с ликвидацией организации, п. 1 ст. 81 Трудового кодекса Российской Федерации" (п. 5.3 Инструкции по заполнению трудовых книжек Минтруда РФ от 10 октября 2003 г. N 69). Вместе с тем "при прекращении трудового договора по основаниям, предусмотренным ст. 77 Трудового кодекса Российской Федерации (за исключением случаев расторжения трудового договора по инициативе работодателя и по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (пункты 4 и 10 этой статьи)) (почему за исключением? - Е.Е.), в трудовую книжку вносится запись об увольнении (прекращении трудового договора) со ссылкой на соответствующий пункт указанной статьи... Например: "уволен по собственному желанию, п. 3 ст. 77 Трудового кодекса Российской Федерации". В самом деле возникает вопрос: почему в случае расторжения трудового договора по инициативе работника Минтруда РФ рекомендует ссылаться на общую норму (п. 3 ст. 77 ТК РФ), а по инициативе работодателя - на специальную норму (соответствующий пункт ст. 81 ТК РФ)? Само Минтруда РФ на этот вопрос какого-либо ответа не дает.

На мой взгляд, независимо от основания прекращения трудового договора должны быть выработаны предложения, основанные на единых теоретических подходах. Считаю необходимым внести изменения в действующую Инструкцию по заполнению трудовых книжек исходя из следующих теоретических подходов. Первый: терминология приказов должна точно соответствовать ТК РФ. Второй: в случае, если имеется только общее основание прекращения трудового договора, предлагаю ссылаться на общую норму. Например: "прекратить трудовой договор в связи с переводом работника по его просьбе на работу к другому работодателю, п. 5 ст. 77 ТК РФ". Третий: при наличии общей и специальной (специальных) норм в приказе необходимо руководствоваться специальной нормой, предусматривающей возможность прекращения трудовых отношений по данному основанию. Например: "расторгнуть трудовой договор по инициативе работника, статья 80 ТК РФ".

Такой вывод в том числе основан и на новейшем законодательстве. Например, согласно ст. 73 Федерального закона от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе

Российской Федерации" "федеральные законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной настоящим Федеральным законом" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 31 июля.

Действующий ТК РФ содержит часть четвертую, разд. XII "Особенности регулирования труда", ст. 251 - 351, в соответствии с которыми могут быть установлены также и особенности расторжения трудового договора по инициативе работника. Например: "работник, заключивший трудовой договор на срок до двух месяцев, обязан в письменной форме предупредить работодателя за три календарных дня о досрочном расторжении трудового договора" (ст. 292 ТК РФ). В таких случаях, на мой взгляд, необходимо в приказах ссылаться не только на ст. 80, но и на другую соответствующую статью ТК РФ, отражающую "особенности регулирования труда" отдельных категорий работников в том числе при расторжении трудового договора по инициативе работника (например, на ст. 292 ТК РФ).

Данный вывод, полагаю, можно обосновать следующими аргументами. Во-первых, правовые особенности расторжения трудового договора по инициативе работника установлены ст. 80, а не п. 3 ст. 77 ТК РФ. Думаю, суд и работодатель в случае возникновения трудовых споров должны руководствоваться нормой трудового права, регулирующей данные спорные трудовые отношения, а не общей нормой трудового права, не устанавливающей конкретных прав и обязанностей сторон трудового договора при расторжении трудового договора по инициативе работника или работодателя. Во-вторых, при наличии норм трудового права, содержащих особенности расторжения трудового договора по инициативе работника, как представляется, необходимо в приказах ссылаться на ст. 80 ТК РФ и соответствующие нормы ТК РФ. Например, "сроки предупреждения об увольнении, а также случаи и размеры выплачиваемых при прекращении трудового договора выходного пособия и других компенсационных выплат определяются трудовым договором", заключаемым работником и работодателем - физическим лицом (ст. 307 ТК РФ). Очевидно, что в этом случае ст. 307 ТК РФ можно рассматривать как специальную норму по отношению к ст. 80 ТК РФ. При таком теоретическом подходе ст. 80 ТК РФ может применяться правоприменителями лишь к трудовым отношениям, не урегулированным ст. 307 ТК РФ. Следовательно, расторжение трудового договора по инициативе работника, работающего у работодателя - физического лица, регулируется, во-первых, ст. 307 ТК РФ, во-вторых, ст. 80 ТК РФ.

В этой связи предлагаю дополнить Инструкцию по заполнению трудовых книжек, в частности, двумя примерами: 1) "расторгнуть трудовой договор по инициативе работника, статья 80 ТК РФ" (в случае отсутствия особенностей расторжения трудового договора отдельных категорий работников); 2) "расторгнуть трудовой договор по инициативе работника, статья 307 ТК РФ (например), статья 80 ТК РФ" (при наличии особенностей расторжения трудового договора отдельных категорий работников). Аналогичная практика давно применяется при вынесении судебных решений: суд в решении должен указать только те нормы материального и процессуального права, на основе которых им был рассмотрен спор. "Решение суда состоит из вводной, описательной, мотивировочной и резолютивной частей... В мотивировочной части решения суда должны быть указаны обстоятельства дела, установленные судом; доказательства, на которых основаны выводы суда об этих обстоятельствах; доводы, по которым суд отвергает те или иные доказательства; ЗАКОНЫ, КОТОРЫМИ РУКОВОДСТВОВАЛСЯ СУД" (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 198 ГПК РФ).

Такой вывод основан и на теории права: классическое понимание процесса применения права всегда заключалось в подведении конкретных общественных отношений под абстрактные нормы права по методу логического умозаключения силлогизма, в котором роль большей посылки играло право, а меньшей - конкретный казус <1>.

<1> См., например: Ершов В.В. Судебная власть в правовом государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 154.

Длительное время был дискуссионным и другой вопрос: допустимо ли расторжение срочного трудового договора по инициативе работника? Статья 31 КЗоТ РФ предусматривала возможность расторжения по инициативе работника только трудового договора, заключенного на неопределенный срок. Срочный трудовой договор по инициативе работника подлежал расторжению лишь "в случае его болезни или инвалидности, препятствующих выполнению работы по договору (контракту), нарушения администрацией законодательства о труде, коллективного или трудового договора (контракта) и по другим уважительным причинам" (ст. 32 КЗоТ РФ). Как представляется, ст. 32 КЗоТ РФ очевидно не соответствовала ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, в

соответствии с которой трудовые права работников могли быть ограничены федеральным законом о труде только в той мере, "в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Кроме того, согласно ч. 2 разд. II "Заключительные и переходные положения" Конституции РФ "законы и другие правовые акты, действовавшие на территории Российской Федерации до вступления в силу настоящей Конституции, применяются в части, не противоречащей Конституции Российской Федерации".

Характерно, что п. 3 ст. 77 ТК РФ предусматривает возможность расторжения по инициативе работника "трудового договора". Думаю, п. 3 ст. 77 и ст. 80 ТК РФ необходимо толковать в системе со ст. 58 ТК РФ. В соответствии с последней существует два вида трудовых договоров: а) заключенные на неопределенный срок; б) ...на определенный срок не более пяти лет (срочный трудовой договор). Следовательно, систематическое толкование названных трудовых норм позволяет сделать важный вывод: по п. 3 ст. 77 и ст. 80 ТК РФ возможно расторжение как срочного трудового договора, так и трудового договора, заключенного на неопределенный срок. К такому же выводу, полагаю, позволяет прийти и буквальное толкование понятия "трудовой договор", содержащееся в п. 3 ст. 77 и ст. 80 ТК РФ. Такой вывод также подтверждается и п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации": "При рассмотрении споров о расторжении по инициативе работника трудового договора, заключенного на неопределенный срок, а также срочного трудового договора (п. 3 ст. 77, ст. 80 ТК РФ) судам необходимо..." <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

"Работник имеет право расторгнуть трудовой договор, предупредив об этом работодателя в письменной форме за две недели. По соглашению между работником и работодателем трудовой договор может быть расторгнут и до истечения срока предупреждения об увольнении" (ст. 80 ТК РФ).

На практике возникает целый ряд споров, связанных с неточным толкованием и применением названных выше норм ст. 80 ТК РФ. Думаю, в идеале в заявлении работника о расторжении трудового договора должны быть указаны две даты: дата написания заявления и дата расторжения трудового договора без предлога "с". Например: "Прошу расторгнуть трудовой договор 16 декабря 2004 г. 1 декабря 2004 г. Подпись". Однако практическая действительность далеко не всегда идеальна. Во-первых, довольно часто работник пишет только одну дату - дату написания заявления. Например: "Прошу расторгнуть трудовой договор. 1 декабря 2004 г. (дата написания заявления). Подпись". Возникает вопрос: когда может быть расторгнут трудовой договор? Многие работодатели, думаю, ошибочно полагают: в любой день на усмотрение руководителя организации.

На мой взгляд, в этих случаях необходимо систематически толковать ст. 80 и 14 ТК РФ. "Течение сроков, с которыми настоящий Кодекс связывает прекращение трудовых прав и обязанностей, начинается на следующий день после календарной даты, которой определено окончание трудовых отношений. Сроки, исчисляемые годами, месяцами, неделями, истекают в соответствующее число последнего года, месяца или недели срока. В срок, исчисляемый в календарных неделях или днях, включаются и нерабочие дни.

Если последний день срока приходится на нерабочий день, то днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день" (ст. 14 ТК РФ).

Практически работники достаточно часто задают и другой вопрос: "соглашение сторон" относится к сроку или к основанию прекращения трудового договора? Как представляется, прекращение трудового договора по соглашению сторон п. 1 ст. 77, ст. 78 ТК РФ предполагают соглашение сторон трудового договора как по основанию, так и по срокам прекращения трудового договора. Действительно, с позиции "инициатора" прекращения трудового договора ТК РФ предусматривает: прекращение трудового договора по соглашению сторон (п. 1 ст. 77, ст. 78 ТК РФ), расторжение трудового договора по инициативе работника (ст. 80 ТК РФ), расторжение трудового договора по инициативе работодателя (ст. 81 ТК РФ), прекращение трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (ст. 83 ТК РФ).

Вместе с тем "работник имеет право расторгнуть трудовой договор, предупредив об этом работодателя в письменной форме за две недели. ПО СОГЛАШЕНИЮ МЕЖДУ РАБОТНИКОМ И РАБОТОДАТЕЛЕМ (выделено мной. - Е.Е.) трудовой договор может быть расторгнут и до истечения срока предупреждения об увольнении" (п. 1 и 2 ст. 80 ТК РФ). В данном случае, думаю, "соглашение сторон" предполагает только достижение договоренности о сроке расторжения трудового договора. Инициатива же расторжения трудового договора, безусловно, принадлежит не сторонам трудового договора, а работнику. Следовательно, трудовой договор подлежит прекращению по ст. 80 ТК РФ, а не по п. 1 ст. 77 и ст. 78 ТК РФ.

Нередко возникает и другая непростая проблема. Работник обращается со следующим заявлением: "Прошу расторгнуть трудовой договор 1 декабря 2004 г. Подпись. 1 декабря 2004 г." (дата написания заявления). Если работодатель согласен расторгнуть трудовой договор без "отработки", то споров не возникает. Однако, как правило, работодатель не согласен на досрочное расторжение трудового договора. В какой день может быть прекращен трудовой договор в таком случае? В любой день на усмотрение работодателя? В расторжении договора может быть отказано?

Частично на этот вопрос отвечает п. 3 ст. 80 ТК РФ: "В случае, когда заявление работника об увольнении по его инициативе (собственному желанию) обусловлено невозможностью продолжения им работы (зачисление в образовательное учреждение, выход на пенсию и другие случаи), а также в случаях установленного нарушения работодателем законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, условий коллективного договора, соглашения или трудового договора РАБОТОДАТЕЛЬ ОБЯЗАН РАСТОРГНУТЬ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР В СРОК, УКАЗАННЫЙ В ЗАЯВЛЕНИИ РАБОТНИКА" (выделено мной. - Е.Е.).

Необходимо подчеркнуть: согласно ст. 9 Закона Российской Федерации "Об образовании" существуют следующие виды профессиональных образовательных программ:

1) начального профессионального образования;
2) среднего профессионального образования;
3) высшего профессионального образования;
4) послевузовского профессионального образования <1>.

<1> Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 30. Ст. 1797.

Кроме того, в соответствии со ст. 5 Федерального закона от 15 декабря 2001 г. N 166-ФЗ "О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации" (с последующими изменениями и дополнениями) "назначаются следующие виды пенсий по государственному пенсионному обеспечению:

пенсия за выслугу лет;
пенсия по старости;
пенсия по инвалидности;
социальная пенсия" <1>.

<1> СЗ РФ. 2001. 17 декабря.

Больше всего на практике возникает вопросов, связанных с толкованием оценочного понятия "другие случаи". Думаю, в порядке индивидуального судебного регулирования в каждом конкретном споре, исходя из объективных материалов дела те или иные основания можно отнести (или нет) к "другим случаям". Например, на мой взгляд, к другим случаям возможно отнести длительную задержку заработной платы, болезнь работника и (или) членов его семьи, отсутствие жилой площади и т.д. С другой стороны, вряд ли можно отнести к "другим случаям" переход на другую работу с целью повышения заработной платы, должности, квалификации и т.п. Таким образом, работодатель обязан расторгать трудовой договор с работником в срок, указанный в заявлении, в случаях, предусмотренных п. 3 ст. 80 ТК РФ.

Данный вывод основан и на подп. "б" п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", в соответствии с которым "трудовой договор может быть расторгнут по инициативе работника и до истечения двухнедельного срока предупреждения об увольнении по соглашению между работником и работодателем. Если заявление работника обусловлено невозможностью продолжения им работы (зачисление в образовательное учреждение, выход на пенсию либо наличие иных уважительных причин, в силу которых работник не может продолжать работу, например направление мужа (жены) на работу за границу, к новому месту службы), а также в других случаях установленного нарушения работодателем законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, условий коллективного договора, соглашения или трудового договора, работодатель обязан расторгнуть трудовой договор в срок, указанный в заявлении работника. При этом необходимо иметь в виду, что названные нарушения могут быть установлены, в частности, органами, осуществляющими государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства, профессиональными союзами, комиссиями по трудовым спорам, судом..." <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Вместе с тем зачастую работодатель полагает, что у работника нет "уважительных причин", отсутствуют "другие случаи" для расторжения трудового договора по инициативе работника в срок, указанный в его заявлении. Возникает трудовой спор. На мой взгляд, типичная ошибка работодателя в этих случаях состоит в том, что работодатель расторгает трудовой договор в другой срок, не указанный в заявлении работника. Как представляется, в этих случаях работодатель вправе "наложить", например, следующую резолюцию: "Возражаю против расторжения трудового договора без предупреждения за две недели, так как у работника отсутствуют основания, установленные пунктом 3 ст. 80 ТК РФ". В этом случае работник (если он согласен с позицией работодателя) вправе написать другое заявление о расторжении трудового договора с "отработкой" в течение двух недель. Второе заявление работника будет для работодателя обязательным. Если между работником и работодателем возникает спор о необходимости "отработки" в течение двух недель, то работник вправе обратиться в суд с заявлением о расторжении трудового договора.

"До истечения срока предупреждения об увольнении работник имеет право в любое время отозвать свое заявление. Увольнение в этом случае не производится, если на его место не приглашен в письменной форме другой работник, которому в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами не может быть отказано в заключении трудового договора" (п. 4 ст. 80 ТК РФ). С одной стороны, поскольку расторжение трудового договора по ст. 80 ТК РФ производится "по инициативе работника", постольку очевидно: работник вправе отозвать свое заявление в любое время. В этом случае, конечно, расторжение трудового договора невозможно. Вместе с тем, с другой стороны, работодатель обязан заниматься в том числе организацией труда, обеспечивать выполнение других обязательств и соблюдение законодательства. Поэтому после получения заявления работника о расторжении трудового договора работодатель должен принять все возможные меры по заключению трудового договора с другим гражданином, обеспечить непрерывность трудового процесса.

В этой связи возникает вопрос: как можно толковать оценочное понятие "если на его место не приглашен в письменной форме другой работник, которому в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами не может быть отказано в заключении трудового договора"? На практике традиционно имелось в виду письменное согласование между работодателем и другим гражданином о приеме на работу последнего в "порядке перевода". Думаю, сегодня можно рассматривать в качестве "приглашения" другого гражданина и заключение с ним трудового договора в порядке ст. 61 ТК РФ. Действительно, на мой взгляд, систематическое толкование п. 4 ст. 80 и ст. 61 ТК РФ позволяет сделать вывод: "приглашение" на работу гражданина после написания работником заявления о расторжении трудового договора может также выражаться и в форме заключения с гражданином трудового договора с обязательным условием - необходимостью приступить к исполнению трудовых обязанностей не ранее чем на следующий день по истечении срока "отработки" работника.

Частично изложенные выше выводы подтверждаются и подп. "в" п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", согласно которому исходя из содержания части четвертой ст. 80 и части четвертой ст. 127 ТК РФ работник, предупредивший работодателя о расторжении трудового договора, вправе до истечения срока предупреждения (а при предоставлении отпуска с последующим увольнением - до дня начала отпуска) отозвать свое заявление, и увольнение в этом случае не производится при условии, что на его место в письменной форме не приглашен другой работник, которому в соответствии с Кодексом и иными федеральными законами не может быть отказано в заключении трудового договора (например, в силу части четвертой ст. 64 ТК РФ запрещается отказывать в заключении трудового договора работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы). Если по истечении срока предупреждения трудовой договор не был расторгнут и работник не настаивает на увольнении, действие трудового договора считается продолженным (часть шестая ст. 80 ТК РФ) <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

"По истечении срока предупреждения об увольнении работник имеет право прекратить работу. В последний день работы работодатель обязан выдать работнику трудовую книжку, другие документы, связанные с работой, по письменному заявлению работника и произвести с ним окончательный расчет" (п. 5 ст. 80 ТК РФ).

На практике в этой связи возник вопрос: в случае спора между работником и работодателем, уклонения последним от расторжения трудового договора, с каким способом защиты нарушенных трудовых прав может работник обращаться в суд? В ТК РФ ответа на этот вопрос нет. К

сожалению, в ТК РФ вообще отсутствует статья, аналогичная ст. 12 ГК РФ "Способы защиты гражданских прав".

Полагаю, ТК РФ по межотраслевой аналогии закона со ст. 12 ГК РФ должен быть дополнен статьей "Способы защиты трудовых прав". Думаю, способы защиты трудовых прав должны быть исчерпывающе установлены ТК РФ и другими федеральными законами о труде. В том числе по межотраслевой аналогии закона со ст. 450 ГК РФ предлагаю, в частности, установить и такой способ защиты трудовых прав, как расторжение трудового договора по решению суда. При таком подходе, полагаю, в случае уклонения работодателя от расторжения трудового договора по инициативе работника последний вправе обратиться в суд с заявлением "о расторжении трудового договора по статье 80 ТК РФ".

"Если по истечении срока предупреждения об увольнении трудовой договор не был расторгнут и работник не настаивает на увольнении, то действие трудового договора продолжается" (п. 6 ст. 80 ТК РФ). На мой взгляд, данная норма является весьма дискуссионной. В самом деле, во-первых, исходя из буквального толкования п. 3 ст. 77 и ст. 80 ТК РФ расторжение трудового договора по инициативе работника является для работодателя не правом, а обязанностью. А во-вторых, по-моему, оценочное понятие "если работник не настаивает на увольнении, то действие трудового договора продолжается" на практике может привести к разнообразному толкованию и многочисленным судебным спорам. В-третьих, как представляется, если работник действительно "не настаивает на увольнении", то его воля должна быть точно выражена, например, в соответствующем письменном заявлении. В этой связи предлагаю: во-первых, исключить п. 6 из ст. 80 ТК РФ; во-вторых, п. 4 ст. 80 ТК РФ начать со следующего предложения: "Работодатель обязан расторгнуть трудовой договор по инициативе работника в соответствии с настоящей статьей. В случае спора решение о расторжении трудового договора принимается судом". Далее по тексту.

Может быть, больше всего трудовых споров в судах в связи с расторжением трудового договора по инициативе работника возникает в результате принуждения работника кем-либо со стороны работодателя написать заявление об "увольнении по собственному желанию". В соответствии с подп. "а" п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" "расторжение трудового договора по инициативе работника допустимо в случае, КОГДА ПОДАЧА ЗАЯВЛЕНИЯ ОБ УВОЛЬНЕНИИ ЯВЛЯЛАСЬ ДОБРОВОЛЬНЫМ ЕГО ВОЛЕИЗЪЯВЛЕНИЕМ (выделено мной. - Е.Е.), если истец утверждает, что работодатель вынудил его подать заявление об увольнении по собственному желанию, то это обстоятельство подлежит проверке и обязанность доказывать его возлагается на работника..." <1>.

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

К сожалению, соответствующей нормы не было в ст. 31 КЗоТ РФ. Отсутствует такое положение и в ст. 80 ТК РФ. В этой связи предлагаю дополнить ст. 80 ТК РФ пунктом следующего содержания: "Расторжение трудового договора по инициативе работника возможно, когда волеизъявление работника являлось добровольным; в случае расторжения трудового договора по инициативе работника, совершенного в результате насилия, угрозы или обмана со стороны работодателя или стечения для работника тяжелых обстоятельств, суд может вынести решение о восстановлении работника на работе; обязанность доказывать данные обстоятельства возлагается на работника".

До восполнения Госдумой РФ очевидного пробела в ТК РФ, думаю, возможно по межотраслевой аналогии закона руководствоваться ст. 179 ГК РФ, в соответствии с которой сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы, а также сделка, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка), может быть признана судом недействительной.

Поскольку в ТК РФ имеется целый ряд статей, устанавливающих меньшее количество дней для "отработки" работника (например, "если в период испытания работник придет к выводу, что предложенная работа не является для него подходящей, то он имеет право расторгнуть трудовой договор по собственному желанию, предупредив об этом работодателя в письменной форме за три дня" - п. 4 ст. 71 ТК РФ), постольку в ст. 80 ТК РФ для удобства правоприменителей представляется необходимым внести необходимые дополнения. Предлагаю п. 1 ст. 80 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Работник имеет право расторгнуть трудовой договор, предупредив об этом работодателя в письменной форме за две недели, кроме случаев, установленных федеральным законом (пунктом 4 статьи 71 ТК РФ, пунктом 1 статьи 292 ТК РФ, пунктом 2 статьи 307 ТК РФ...)".

Вызывает также удивление и то обстоятельство, что п. 3 ст. 77 ТК РФ отсылает правоприменителей только к ст. 80 ТК РФ, тогда как в ТК РФ имеются и иные специальные нормы

трудового права, регулирующие специфику трудовых отношений, связанных с расторжением трудового договора по инициативе работника. Поэтому предлагаю изложить п. 3 ст. 77 ТК РФ в следующей редакции: "Расторжение трудового договора по инициативе работника (ст. 80, 71, 280, 292, 296, 307, 312...)".

В период действия КЗоТ РФ на практике всегда возникал важный вопрос: прекращение трудового договора в связи с переводом работника, с его согласия, в другую организацию - это право или обязанность работодателя? В ст. 29 КЗоТ РФ ответа на этот вопрос не было. КЗоТ РФ не устанавливал и срок "отработки" работника, с которым трудовой договор прекращался в связи с его переводом в другую организацию. Более того, п. 4 ст. 18 КЗоТ РФ устанавливал, что "работнику, приглашенному на работу в порядке перевода из другого предприятия, учреждения, организации ПО СОГЛАСОВАНИЮ МЕЖДУ РУКОВОДИТЕЛЯМИ ПРЕДПРИЯТИЙ, УЧРЕЖДЕНИЙ, ОРГАНИЗАЦИЙ (выделено мной. - Е.Е.), не может быть отказано в заключении трудового договора". Таким образом, для прекращения трудового договора в порядке перевода на другое предприятие, в учреждение, организацию было необходимо достижение трех воль: двух руководителей организаций и работника. На практике достаточно часто такое согласование было недостижимым.

В гл. 11 ТК РФ "Заключение трудового договора" (ст. 63 - 71) не содержится обязательного требования - согласования между работодателями в случае прекращения трудового договора в связи с переводом работника или по его просьбе или с его согласия на работу к другому работодателю. Вместе с тем остались не "снятыми" другие вопросы. Первый: прекращение трудового договора в "порядке перевода" - это право или обязанность работодателя? Второй: должен ли работник в этом случае "отрабатывать"? Если да, то сколько дней (две недели, три дня)? Возникает и третий вопрос: прекращение трудового договора в порядке перевода - это разновидность прекращения трудового договора по соглашению сторон или расторжения трудового договора по инициативе работника? Либо прекращение трудового договора в порядке перевода действительно имеет свою правовую специфику? Если да, то в чем она выражается?

Как представляется, если рассматривать только проблему прекращения трудового договора в "порядке перевода" к другому работодателю (без обычной связи с заключением трудового договора с другим работодателем), то можно сделать следующий вывод: прекращение трудового договора в "порядке перевода" к другому работодателю - разновидность расторжения трудового договора по инициативе работника, не зависит от воли работодателя, является для последнего не правом, а обязанностью расторгать трудовой договор в срок, установленный федеральным законом. Такой вывод, на мой взгляд, можно сделать в связи с тем, что основанием прекращения трудового договора в "порядке перевода" является не "соглашение трех воль (двух работодателей и работника, как требовал КЗоТ РФ); не "соглашение сторон" (п. 1 ст. 77, ст. 78 ТК РФ), а самостоятельное волеизъявление работника.

При таком подходе предлагаю исключить п. 5 ст. 77 ТК РФ и дополнить ст. 80 ТК РФ пунктом следующего содержания: "Работник имеет право расторгнуть трудовой договор в порядке перевода к другому работодателю или перехода на выборную работу (должность), предупредив об этом работодателя в письменной форме за две недели. В соответствии с федеральным законом или соглашением сторон договор может быть расторгнут и до истечения срока предупреждения об увольнении. Расторжение трудового договора по инициативе работника в порядке его перевода к другому работодателю является обязанностью работодателя". Принятие Госдумой РФ данной нормы позволит восполнить пробел в трудовом праве и разрешать судам многочисленные трудовые споры в соответствии с законом.

Широко распространены случаи незаконного отказа работодателями в расторжении трудового договора по основаниям, не соответствующим федеральным законам: в связи с тем, что работником не сданы материальные ценности, нет замены, не оформлен "бегунок", не освобождено общежитие и т.п. Необходимо подчеркнуть: на мой взгляд, невыполнение работником даже законных требований работодателя не является достаточным правовым основанием для отказа работнику в расторжении трудового договора в срок, установленный законом. Каждая сторона трудового договора должна выполнять свои обязательства независимо от того, выполняет ли добровольно другая сторона трудового договора обязательства, возложенные на нее законом. Если у работодателя имеются законные требования к работнику, от добровольного выполнения которых он уклоняется, то возникший спор должен разрешить суд. Например, вынести решение о выселении из общежития, привлечении работника к материальной ответственности за ущерб, причиненный работодателю, и т.д. В противном случае работник вправе прекратить работу и обратиться в суд с заявлением о расторжении трудового договора.

Работодатель вправе привлечь работника к дисциплинарной ответственности и в период с момента предупреждения работника о расторжении трудового договора до истечения срока предупреждения, так как трудовой договор еще не прекращен и работник обязан соблюдать трудовую дисциплину.

Самостоятельное оставление работником работы до истечения установленного законом срока предупреждения может рассматриваться как отсутствие на рабочем месте без уважительных причин - прогул (подп. "а" п. 6 ст. 81 ТК РФ). Вместе с тем по истечении срока предупреждения работодатель не имеет право расторгать трудовой договор по ст. 81 ТК РФ.

Необходимо подчеркнуть: расторжение трудового договора по инициативе работника может быть произведено лишь на основании письменного заявления самого работника. Какие-либо иные доказательства "собственного желания" работника недопустимы, в частности показания свидетелей, заявления, написанные и (или) подписанные иными лицами, заявления, изготовленные другими гражданами и подписанные работником, увольняющимся по "собственному желанию". Такой вывод, думаю, позволяет сделать буквальное толкование п. 1 ст. 80 ТК РФ: "РАБОТНИК ИМЕЕТ ПРАВО РАСТОРГНУТЬ ТРУДОВОЙ ДОГОВОР, ПРЕДУПРЕДИВ ОБ ЭТОМ РАБОТОДАТЕЛЯ В ПИСЬМЕННОЙ ФОРМЕ (выделено мной. - Е.Е.) за две недели". В противном случае работник может быть восстановлен на работе.

В судебной практике нередки случаи, когда почерковедческая экспертиза не может достоверно установить лицо, написавшее и (или) подписавшее заявление; утрачено, уничтожено, якобы "надиктовано" работником заявление о расторжении трудового договора и т.д. Во всех этих случаях установить, было ли у работника собственное волеизъявление на расторжение трудового договора, практически невозможно. В результате в подобных и аналогичных им случаях работник может быть восстановлен на работе.

Актуальным является и вопрос о расторжении трудового договора по инициативе работника, страдающего каким-либо общим или психическим заболеванием. На мой взгляд, во-первых, работодатель вправе расторгнуть трудовой договор по инициативе работника в период его временной нетрудоспособности в результате общего заболевания лишь в том случае, если работник в последний день предупреждения подтвердит свою волю. Например, в связи с тяжелым заболеванием, несчастным случаем и т.п. работник в силу своего состояния здоровья не может "отозвать" свое заявление о расторжении трудового договора. В последующем это обстоятельство может привести к восстановлению работника на работе. Во-вторых, в результате заболевания работника каким-либо психическим заболеванием, например шизофренией, возникает другой вопрос: отдает ли работник отчет своим действиям и может ли он руководить ими? Достоверный ответ на этот вопрос могут дать только соответствующие специалисты. Отсюда в подобных случаях, полагаю, работодателям необходимо обращаться с соответствующими запросами в медицинские учреждения, а суду - назначать экспертизу.

Глава 5. РАСТОРЖЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ПО ИНИЦИАТИВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ

§ 1. Гарантии работникам, связанные с расторжением трудового договора по инициативе работодателя

Наибольшее количество теоретических и практических проблем возникает в процессе рассмотрения в судах споров о расторжении трудового договора по инициативе работодателя. Целый ряд работников имеют правовые гарантии при расторжении трудового договора по инициативе работодателя, нарушение которых является основанием для восстановления работников на работе.

"Гарантия" (от франц. garantie) - "обеспечение осуществления чего-либо, выполнение каких-либо обязательств и т.п.; поручительство, ручательство, порука в чем-либо" <1>. ТК РФ в прежней редакции рассматривал гарантии как "средства, способы и условия, с помощью которых обеспечивается осуществление предоставленных работникам прав в области социально-трудовых отношений. Компенсации - денежные выплаты, установленные в целях возмещения работникам затрат, связанных с исполнением ими трудовых или иных предусмотренных федеральным законом обязанностей" (ст. 164 ТК РФ). Статья 164 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ дает аналогичное толкование оценочного понятия "гарантии" и лишь незначительно изменяет редакцию толкования оценочного понятия "компенсации" - это "денежные выплаты, установленные в целях возмещения работникам затрат, связанных с исполнением ими трудовых или иных обязанностей, предусмотренных настоящим Кодексом и другими федеральными законами". Однако, например, ст. 181 ТК РФ в прежней редакции, к сожалению, необоснованно по существу отождествляла понятия "гарантия" и "компенсация". Статья 181 ТК РФ в прежней редакции называлась "ГАРАНТИИ (выделено мной. - Е.Е.) руководителю организации, его заместителям и главному бухгалтеру при расторжении трудового договора в связи со сменой собственника организации". В то же время в самой статье по существу регулировались вопросы компенсации: "В случае расторжения трудового договора с руководителем организации, его заместителями и главными бухгалтерами в связи со сменой собственника организации новый

собственник обязан выплатить указанным работникам КОМПЕНСАЦИЮ (выделено мной. - Е.Е.) в размере не ниже трех средних месячных заработков работника".

<1> Большой толковый словарь русского языка. СПб., 2001. С. 194.

Статья 181 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ также называется "Гарантии руководителю организации, его заместителям и главному бухгалтеру при расторжении трудового договора в связи со сменой собственника имущества организации". Сама же статья претерпела лишь незначительные изменения: "В случае расторжения трудового договора с руководителем организации, его заместителями и главным бухгалтером в связи со сменой собственника имущества организации новый собственник ОБЯЗАН ВЫПЛАТИТЬ УКАЗАННЫМ РАБОТНИКАМ КОМПЕНСАЦИЮ (выделено мной. - Е.Е.) в размере не ниже трех средних месячных заработков работника".

В то же время "компенсация" (от лат. compensatio) - это "возмещение, вознаграждение за что-либо; сумма, выплачиваемая как возмещение, вознаграждение" <1>. В связи с изложенными правовыми и языковыми аргументами предлагаю название ст. 181 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Компенсация руководителю организации, его заместителям и главному бухгалтеру при расторжении трудового договора в связи со сменой собственника имущества организации".

<1> Большой толковый словарь русского языка. С. 446.

Вместе с тем в ТК РФ в прежней и действующей редакции есть целый ряд правовых норм, действительно определяющих правовые "гарантии" работников в процессе расторжения трудового договора по инициативе работодателя. Так, часть третья ст. 81 ТК РФ в прежней редакции устанавливала: "Не допускается увольнение работника по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации либо прекращения деятельности работодателем - физическим лицом) в период его временной нетрудоспособности и в период пребывания в отпуске". Часть шестая ст. 81 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ содержит незначительные изменения: "Не допускается увольнение работника по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем) в период его временной нетрудоспособности и в период пребывания в отпуске".

К сожалению, весьма часто работодатель не выясняет, трудоспособен ли работник в день расторжения трудового договора. В этой связи представляется, что работодатель обязан в день расторжения трудового договора по ст. 81 ТК РФ принять все возможные меры по выяснению действительного состояния здоровья работника. Необходимо подчеркнуть, что "доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. Эти сведения могут быть получены из объяснений сторон и третьих лиц, показаний свидетелей, письменных и вещественных доказательств, аудио- и видеозаписей, заключений экспертов" (ч. 1 ст. 55 ГПК РФ). Только "обстоятельства дела, КОТОРЫЕ В СООТВЕТСТВИИ С ЗАКОНОМ (выделено мной. - Е.Е.) должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами" (ст. 60 ГПК РФ). Статьи 81 и 183 ТК РФ не требуют в качестве единого допустимого доказательства нетрудоспособности работника предъявления в суд только больничного листка. Следовательно, нетрудоспособность работника может быть подтверждена любыми средствами доказывания, полученными в соответствии со ст. 55 ГПК РФ.

Пункт 8 Постановления СМ СССР и ВЦСПС от 23 февраля 1984 г. N 191 "О пособиях по государственному социальному страхованию" (с последующими изменениями и дополнениями) по существу не отвечал на данный вопрос: "Основанием для назначения пособия по временной нетрудоспособности является выданный в установленном порядке больничный листок (листок нетрудоспособности)" <1>.

<1> Собрание постановлений Правительства СССР. 1984. N 8.

В пункте же 9 Постановления Президиума Всесоюзного Центрального Совета профессиональных союзов от 12 ноября 1984 г. N 13-6 "Об утверждении Положения о порядке обеспечения пособиями по государственному социальному страхованию и внесении изменений в Инструкцию ВЦСПС и Наркомздрава СССР о порядке выдачи застрахованным больничных листков", на мой взгляд, весьма спорно была выработана правовая норма, по существу ограничивавшая трудовые права работников: "Основанием для назначения пособия по временной нетрудоспособности является выданный в установленном порядке больничный листок (листок

нетрудоспособности; в дальнейшем именуется "больничный листок"). ДРУГИЕ ДОКУМЕНТЫ НЕ МОГУТ СЛУЖИТЬ ОСНОВАНИЕМ ДЛЯ ВЫПЛАТЫ ПОСОБИЯ (выделено мной. - Е.Е.). В случае утери больничного листка пособие может быть выдано по дубликату" <1>.

<1> Библиотека "Российской газеты". 1995. N 4.

В ГК РФ имеется ст. 8 "Основания возникновения гражданских прав и обязанностей", в соответствии с которой гражданские права и обязанности физических и юридических лиц возникают не только из закона и иных нормативных правовых актов, но также и "из судебного решения, установившего гражданские права и обязанности", "вследствие иных действий граждан и юридических лиц", "вследствие событий, с которыми закон или иной правовой акт связывает наступление гражданско-правовых последствий". К сожалению, ТК РФ содержит только ст. 16 "Основания возникновения трудовых отношений", согласно которой "трудовые отношения возникают между работником и работодателем на основании трудового договора, заключенного ими в соответствии с настоящим Кодексом". В этой связи предлагаю дополнить ТК РФ статьей "Возникновение трудовых прав и обязанностей, осуществление и защита трудовых прав", изложив ее в следующей редакции: "Трудовые права и обязанности возникают из оснований, предусмотренных международным трудовым правом, Конституцией РФ, федеральными законами, иными нормативными правовыми актами о труде, а также из действий граждан (работников) и работодателей, не предусмотренных нормативными правовыми актами о труде, но в силу принципов, общих начал и смысла трудового права порождающих трудовые права и обязанности.

В связи с этим трудовые права и обязанности в том числе возникают вследствие:

1) трудовых договоров;

2) фактических трудовых отношений;

3) коллективных договоров и соглашений;

4) локальных нормативных актов;

5) судебных решений, установивших трудовые права и обязанности;

6) причинения материального ущерба;

7) иных действий работников и работодателей;

8) событий, с которыми трудовое право связывает возникновение трудовых прав и обязанностей;

9) иных оснований...".

Другая дискуссионная правовая норма в данном Постановлении Президиума ВЦСПС, на мой взгляд, содержалась в п. 100, согласно которому "пособия назначаются по месту работы рабочего или служащего (ГДЕ НАХОДИТСЯ ЕГО ТРУДОВАЯ КНИЖКА)" <1> (выделено мной. - Е.Е.). Как представляется, во-первых, поскольку суд имеет право устанавливать факты, от которых зависит возникновение, изменение, прекращение личных или имущественных прав граждан и организаций и закон не содержит исчерпывающих фактов, имеющих юридическое значение (ст. 264 ГПК РФ), постольку суд имеет право устанавливать юридический факт нахождения работника в состоянии временной нетрудоспособности на основании доказательств, предусмотренных ст. 55 ГПК РФ. В этом случае решение суда может быть "другим документом", являющимся основанием для выплаты пособия по временной нетрудоспособности.

<1> Библиотека "Российской газеты". 1995. N 4.

Во-вторых, совместитель как "внутренний", так и "внешний" является работником. "Работник имеет право заключать трудовые договоры о выполнении в свободное от основной работы время другой регулярной оплачиваемой работы у того же работодателя (внутреннее совместительство) и (или) у данного работодателя (внешнее совместительство)" (ст. 60.1 ТК РФ).

Согласно ст. 238 КЗоТ РФ "работники (без каких-либо исключений. - Е.Е.)... обеспечиваются за счет средств государственного социального страхования пособиями по временной трудоспособности...". Глава 27 ТК РФ в прежней редакции называлась "Гарантии и компенсации РАБОТНИКАМ (выделено мной. - Е.Е.), связанные с расторжением трудового договора". Глава 27 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ называется также. Глава 28 ТК РФ как в прежней, так и в действующей редакции называлась и называется "Другие гарантии и компенсации". Статья 183 ТК РФ "Гарантии работнику при временной нетрудоспособности" в прежней редакции устанавливала: "При временной нетрудоспособности работодатель выплачивает работнику пособие по временной нетрудоспособности в соответствии с федеральным законом". Статья 183 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ сохранила свое название и претерпела лишь незначительные изменения по содержанию: "При временной нетрудоспособности РАБОТОДАТЕЛЬ ВЫПЛАЧИВАЕТ РАБОТНИКУ (выделено мной. - Е.Е.) пособие по временной нетрудоспособности в соответствии с федеральными законами".

Изложенные правовые аргументы, на мой взгляд, позволяют сделать вывод: названные выше пункты Постановления Президиума ВЦСПС от 12 ноября 1984 г. N 13-6 противоречили КЗоТ РФ и ТК РФ, а потому не подлежали применению в соответствии с буквальным и системным толкованием проанализированных статей КЗоТ РФ и ТК РФ. Во-первых, как "внешний", так и "внутренний" совместители являются работниками. Во-вторых, согласно ст. 183 ТК РФ "совместители", как и другие работники, имеют право при временной нетрудоспособности на правовую гарантию - выплату пособия по временной нетрудоспособности.

В-третьих, согласно части первой ст. 423 ТК РФ "Применение законов и иных нормативных правовых актов" "впредь до приведения законов и иных нормативных правовых актов, действующих на территории Российской Федерации, в соответствие с настоящим Кодексом законы и иные правовые акты Российской Федерации, а также законодательные и иные нормативные правовые акты бывшего Союза ССР, действующие на территории Российской Федерации в пределах и в порядке, которые предусмотрены Конституцией Российской Федерации, Постановлением Верховного Суда РСФСР от 12 декабря 1991 г. N 2014-1 "О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств", применяются постольку, поскольку они не противоречат настоящему Кодексу".

В-четвертых, права гражданина России (в том числе трудовые права работника) могут быть ограничены только федеральными законами, а не подзаконными нормативными правовыми актами (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). В-пятых, "законы и другие правовые акты, действовавшие на территории Российской Федерации до вступления в силу настоящей Конституции, применяются в части, не противоречащей Конституции Российской Федерации" (разд. II "Заключительные и переходные положения" Конституции РФ). Проанализированные правовые нормы, как представляется, позволяют сделать вывод: работник-совместитель имеет право на гарантии, предусмотренные частью шестой ст. 81 ТК РФ.

Важный и длительный спор был разрешен законодателем в 2006 г. Согласно ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2006 г. N 255-ФЗ "Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беременности и родам граждан, подлежащих обязательному социальному страхованию" "в случае, если застрахованное лицо работает у нескольких работодателей, пособия назначаются и выплачиваются ему каждым работодателем" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Фондом социального страхования быстро и весьма просто был "снят" ранее длительное время не разрешавшийся вопрос, состоящий в том, что один больничный листок "невозможно" предоставить нескольким работодателям. Согласно п. 3 письма Фонда социального страхования Российской Федерации от 11 января 2007 г. N 02-18/07-132 "О пособиях по временной нетрудоспособности, по беременности и родам" в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2006 г. N 255-ФЗ "Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беременности и родам граждан, подлежащих обязательному социальному страхованию" "поскольку Законом предусмотрены выплата пособия по временной нетрудоспособности, по беременности и родам по всем местам работы застрахованного лица, осуществление расчета пособий в календарных днях, определение размера пособия в зависимости от продолжительности страхового статуса, то листок нетрудоспособности следует заполнять с учетом этих особенностей. Так, на обратной стороне вместо рабочих дней следует учитывать заработок и вести расчет пособий в календарных днях; вместо непрерывного трудового стажа следует определять размер пособия в зависимости от продолжительности страхового стажа... лицам, работающим на условиях внешнего совместительства, предусмотрена выдача второго листка нетрудоспособности с отметкой на лицевой стороне листка нетрудоспособности "внешний совместитель" <1>.

<1> Экономика и жизнь. 2007. N 6. Февраль.

К сожалению, весьма часто работники недобросовестно скрывают от работодателей факт своей нетрудоспособности. Как представляется, работники обязаны сообщать работодателю о своей временной нетрудоспособности. В противном случае уклонение работников от своей обязанности, на мой взгляд, возможно рассматривать как разновидность злоупотребления правом. К сожалению, как работники, так и работодатели злоупотребляют трудовыми правами и гарантиями, предоставляемыми им федеральным законом. Например, работники зачастую не ставят работодателя в известность о своем членстве в профессиональном союзе, воспитании детей без матери, беременности и т.д. Работодатели в свою очередь нередко привлекают работников к дисциплинарной ответственности, не учитывая тяжесть совершенного дисциплинарного проступка, качество и продолжительность предшествующей работы работника и т.п.

Специалисты в области теории права, исследуя теоретические и практические проблемы "шиканы" - злоупотребления физическими и юридическими лицами правами, предоставленными им законом, приходят к выводу о необходимости установления правовых запретов на злоупотребление правом. В самом общем виде правовое положение о запрещении злоупотребления правом нашло свое закрепление в Конституции РФ: "Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц" (ч. 3 ст. 17). В ГК РФ имеется ст. 10, согласно которой "не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах... В случае несоблюдения требований, предусмотренных пунктом 1 настоящей статьи, суд... может отказать лицу в защите принадлежащего ему права".

В связи с изложенными теоретическими, правовыми и практическими аргументами предлагаю дополнить ТК РФ статьей следующего содержания: "Запрещаются действия работников и работодателей, причиняющие вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. В случае нарушения требований, предусмотренных законом, суд может отказать работникам и (или) работодателям в защите принадлежащих им прав".

При таком подходе представляется аргументированным п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", в соответствии с которым "при рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что при реализации гарантий, предоставляемых Кодексом работникам в случае расторжения с ними трудового договора, должен соблюдаться общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом и со стороны самих работников. В частности, недопустимо сокрытие работником временной нетрудоспособности на время его увольнения с работы либо того обстоятельства, что он является членом профессионального союза или руководителем (его заместителем) выборного коллегиального органа первичной профсоюзной организации, выборного коллегиального органа профсоюзной организации структурного подразделения организации (не ниже цехового и приравненного к нему), не освобожденным от основной работы, когда решение вопроса об увольнении должно производиться с соблюдением процедуры учета мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации либо соответственно с предварительного согласия вышестоящего выборного профсоюзного органа.

При установлении судом факта злоупотребления работником правом суд может отказать в удовлетворении его иска о восстановлении на работе (изменив при этом по просьбе работника, уволенного в период временной нетрудоспособности, дату увольнения), поскольку в указанном случае работодатель не должен отвечать за неблагоприятные последствия, наступившие вследствие недобросовестных действий со стороны работника" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В то же время необходимо подчеркнуть: право - равная мера для всех (не только для работников, но и для работодателей). Поэтому все то, что было справедливо сказано в отношении работника, в определенной степени можно (и нужно) отнести и к работодателю. Отсюда представляется обоснованным вывод: в равной степени запрещено злоупотреблять правом как работникам, так и работодателям.

Согласно части первой ст. 56 ГПК РФ "каждая сторона должна доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений". Поэтому в случае спора в суде о факте временной нетрудоспособности работника в период расторжения трудового договора по инициативе работодателя бремя доказывания соответствующего факта лежит на работнике.

Женщины в период беременности и родов также являются нетрудоспособными и им выплачивается пособие по государственному социальному страхованию в установленном законном порядке (ст. 255 ТК РФ). Следовательно, работодатель в случае расторжения трудового договора по ст. 81 ТК РФ с женщиной должен принять все возможные меры для установления факта ее возможной беременности.

"Расторжение трудового договора по инициативе работодателя с беременными женщинами не допускается, за исключением случаев ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем" (часть первая ст. 261 ТК РФ). Статья 61 ГК РФ предусматривает возможность ликвидации только юридического лица. Однако на практике часто "ликвидируют" структурные подразделения и обособленные подразделения организации - представительства и филиалы. Спорная правоприменительная практика была воспринята и законодателем в части четвертой ст. 81 ТК РФ в прежней редакции: "В случае прекращения деятельности филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения организации, расположенных в другой местности, расторжение трудовых договоров с работниками

этих структурных подразделений производится по ПРАВИЛАМ, ПРЕДУСМОТРЕННЫМ ДЛЯ СЛУЧАЕВ ЛИКВИДАЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ" (выделено мной. - Е.Е.).

К сожалению, часть четвертая ст. 81 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не претерпела существенных изменений: "В случае прекращения деятельности филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения организации, РАСПОЛОЖЕННОГО В ДРУГОЙ МЕСТНОСТИ (выделено мной. - Е.Е.), расторжение трудовых договоров с работниками этого подразделения производится по правилам, предусмотренным для случаев ликвидации организации".

Вместе с тем, во-первых, согласно ст. 49 ГК РФ "деятельностью" может заниматься только лицо - юридическое или физическое, имеющее соответствующую правоспособность. Отсюда, на мой взгляд, невозможно "прекращение" "деятельности" "структурных и обособленных подразделений организации". Во-вторых, в соответствии со ст. 55 ГК РФ "в другой местности" могут быть созданы только обособленные подразделения организации - представительства и (или) филиалы. В-третьих, поскольку представительства и филиалы не являются юридическими лицами, постольку не существует работников "этих подразделений". Напротив, физические лица, работающие в обособленных подразделениях организации, являются работниками юридического лица. Отсюда, в-четвертых, думаю, в случае исключения каких-либо обособленных подразделений из уставных документов организаций с работниками, работающими в представительствах и филиалах, трудовые договоры могут быть расторгнуты только по сокращению численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя (п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ), а не по ликвидации организации (п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ). В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю часть четвертую ст. 81 ТК РФ в действующей редакции признать утратившей силу.

Глава 19 ТК РФ "Отпуска" в прежней редакции подразделяла отпуска работников на ежегодные оплачиваемые отпуска, состоящие из ежегодного основного оплачиваемого отпуска (продолжительностью 28 календарных дней или удлиненного основного отпуска) и ежегодных дополнительных оплачиваемых отпусков, и отпуска без сохранения зарплаты. Кроме того, отдельные работники имели право на получение отпусков по иным основаниям в соответствии с федеральными законами. Например, работники, совмещающие работу с обучением (ст. 173 - 177 ТК РФ), женщины (ст. 256 ТК РФ), работники, усыновившие ребенка (ст. 257 ТК РФ), лица, осуществляющие уход за детьми (ст. 263 ТК РФ), и т.д.

Глава 19 ТК РФ "Отпуска" в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ и соответствующие статьи ТК РФ в целом сохранили трудовые права работников. Буквальное и языковое толкование оценочного понятия "в период пребывания в отпуске", полагаю, позволяет сделать вывод: не допускается расторжение трудового договора по инициативе работодателя в период пребывания работника в любом отпуске без каких-либо исключений, предусмотренном как трудовым законодательством, так и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, соглашениями, коллективным договором и трудовым договором.

"Расторжение трудового договора с женщинами, имеющими детей в возрасте до трех лет, одинокими матерями, воспитывающими ребенка в возрасте до 14 лет (ребенка-инвалида до 18 лет), другими лицами, воспитывающими указанных детей без матери, по инициативе работодателя не допускается (за исключением увольнения по пункту 1, подпункту "а" п. 3, п. 5 - 8, 10 и 11 статьи 81 настоящего Кодекса)" (часть третья ст. 261 ТК РФ в прежней редакции). На практике всегда возникал вопрос: кого можно отнести к "одиноким матерям"? Отсутствие аутентичного исчерпывающего толкования законодателем оценочного понятия "одинокая мать" позволяло правоприменителям (в том числе судьям) толковать данное оценочное понятие при рассмотрении конкретного спора. Например, думаю, к категории "одинокая мать" можно было относить вдов, женщин, родивших ребенка, в актовой записи о рождении которых в графе "отец" была сделана запись об отце со слов матери (в том числе женщин, вступивших впоследствии в брак, при условии, если муж не усыновил (удочерил) ребенка женщины и т.д.).

К сожалению, часть четвертая ст. 261 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ оставила многие возникшие на практике вопросы открытыми: "Расторжение трудового договора с женщинами, имеющими детей в возрасте до трех лет, одинокими матерями, воспитывающими ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида до восемнадцати лет), другими лицами, воспитывающими указанных детей без матери, по инициативе работодателя не допускается (за исключением увольнения по основаниям, предусмотренным п. 1, 5 - 8, 10 или 11 части первой ст. 81 или пунктом 2 ст. 336 настоящего Кодекса)". С целью избежания возможных многочисленных ошибок в правоприменительной практике предлагаю разработать и ввести в ст. 261 ТК РФ аутентичное толкование оценочных понятий "одинокая мать" и "другое лицо".

"Гарантии и льготы, предоставляемые женщинам в связи с материнством (ограничение работы в ночное время и сверхурочных работ, привлечение к работам в выходные и нерабочие

праздничные дни, направление в служебные командировки, предоставление дополнительных отпусков, установление льготных режимов труда И ДРУГИЕ ГАРАНТИИ И ЛЬГОТЫ, УСТАНОВЛЕННЫЕ ЗАКОНАМИ И ИНЫМИ НОРМАТИВНЫМИ И ПРАВОВЫМИ АКТАМИ) (выделено мной. - Е.Е.), распространяются на отцов, воспитывающих детей без матери, а также на опекунов (попечителей) несовершеннолетних" (ст. 264 ТК РФ в прежней редакции). Как представляется, системное толкование оценочного понятия "и другие гарантии и льготы" частью третьей ст. 261 ТК РФ позволяло сделать вывод: лица, указанные в ст. 264 ТК РФ, имели гарантии и льготы, предусмотренные для женщин частью третьей ст. 261 ТК РФ. Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ редакция ст. 264 ТК РФ не изменена. Следовательно, и в настоящее время отцы, воспитывающие детей без матери, а также опекуны (попечители) сохранили соответствующие трудовые права.

К сожалению, в ст. 264 ТК РФ дан исчерпывающий перечень лиц, воспитывающих детей без матери: отцы и опекуны (попечители). Однако на практике имеются и иные лица, воспитывающие детей без матери: родственники, друзья, соседи и т.п. В этой связи предлагаю, во-первых, дополнить в законе перечень лиц, воспитывающих детей без матери, и сделать его "открытым", используя возможности относительно определенной нормы. Во-вторых, до соответствующего дополнения и изменения ст. 264 ТК РФ, думаю, по аналогии закона гарантии и льготы, предоставляемые женщинам в связи с материнством, возможно распространять на всех без исключения лиц, фактически воспитывающих детей без матери.

В случае спора заинтересованные лица имеют право обратиться в суд с заявлением об установлении факта, имеющего юридическое значение, - воспитания ими указанных детей без матери (ст. 262, 264 - 268 ГПК РФ).

"Расторжение трудового договора с работником в возрасте до восемнадцати лет по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации) помимо соблюдения общего порядка допускается только с согласия соответствующей государственной инспекции труда и комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав" (ст. 269 ТК РФ в прежней редакции). Статья 269 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ изменена незначительно: "Расторжение трудового договора с работником в возрасте до восемнадцати лет по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации или прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем) помимо соблюдения общего порядка допускается только с согласия соответствующей государственной инспекции труда и комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав".

"Федеральная инспекция труда - единая централизованная система, состоящая из федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на проведение государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, и его территориальных органов (государственных инспекций труда)" (часть первая ст. 354 ТК РФ).

Государственный надзор за безопасным ведением работ в промышленности (ст. 366 ТК РФ), государственный энергетический надзор (ст. 367 ТК РФ), государственный санитарно-эпидемиологический надзор (ст. 368 ТК РФ), государственный надзор за ядерной и радиационной безопасностью (ст. 369 ТК РФ) осуществляются специальными органами. Поэтому работодатели должны обращаться в "соответствующую государственную инспекцию труда" с учетом ст. 354, 366 - 369 ТК РФ. Согласие государственных инспекций труда и комиссии по делам несовершеннолетних и защита их прав должно быть предварительным (полученным до, а не после расторжения трудового договора по инициативе работодателя), безусловным и мотивированным.

"При принятии решения о сокращении численности или штата работников организации и возможном расторжении трудовых договоров с работниками в соответствии с пунктом 2 ст. 81 работодатель обязан в письменной форме сообщить об этом выборному профсоюзному органу данной организации не позднее чем за два месяца до начала проведения соответствующих мероприятий, а в случае, если решение о сокращении численности или штата работников организации может привести к массовому увольнению работников, - не позднее чем за три месяца до начала проведения соответствующих мероприятий. Критерии массового увольнения определяются в отраслевых и (или) территориальных соглашениях" (часть первая ст. 82 ТК РФ в прежней редакции).

Часть первая ст. 82 ТК РФ (в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ) претерпела незначительные изменения: "При принятии решения о сокращении численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя и возможном расторжении трудовых договоров с работниками в соответствии с п. 2 части первой ст. 81 настоящего Кодекса работодатель обязан в письменной форме сообщить об этом выборному органу первичной профсоюзной организации не позднее чем за два месяца до начала проведения соответствующих мероприятий, а в случае, если решение о сокращении численности или штата работников может привести к массовому увольнению работников, - не позднее чем за три месяца до начала

проведения соответствующих мероприятий. Критерии массового увольнения определяются в отраслевых и (или) территориальных соглашениях".

На практике возникают как минимум два вопроса. Первый: каковы последствия нарушения работодателем требований, установленных частью первой ст. 82 ТК РФ? Статья 213 КЗоТ РФ ранее прямо предусматривала: "В случае увольнения без законного основания или С НАРУШЕНИЕМ УСТАНОВЛЕННОГО ПОРЯДКА УВОЛЬНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) либо незаконного перевода на другую работу работник должен быть восстановлен на прежней работе органом, рассматривающим трудовой спор".

Часть первая ст. 394 ТК РФ в прежней редакции на первый взгляд не давала достаточно определенного ответа на данный вопрос: "В случае признания увольнения или перевода на другую работу незаконными работник должен быть восстановлен на прежней работе органом, рассматривающим индивидуальный трудовой спор". На мой взгляд, все же более широкая правовая формулировка: "в случае признания увольнения незаконным" в соответствии с буквальным и историческим толкованием позволяла предположить, что нарушение работодателем части первой ст. 82 ТК РФ в прежней редакции являлось основанием для восстановления работника на работе. Такой вывод косвенно подтверждался и частью седьмой ст. 394 ТК РФ: "В случаях увольнения без законного основания или С НАРУШЕНИЕМ УСТАНОВЛЕННОГО ПОРЯДКА УВОЛЬНЕНИЯ (выделено мной. - Е.Е.) либо незаконного перевода на другую работу суд может по требованию работника вынести решение о возмещении работнику денежной компенсации морального вреда, причиненного ему указанными действиями".

Часть первая ст. 394 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ осталась без изменений. Часть девятая ст. 394 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ изменилась незначительно: "В случаях увольнения без законного основания или с нарушением установленного порядка увольнения либо незаконного перевода на другую работу суд может по требованию работника вынести решение о взыскании в пользу работника денежной компенсации морального вреда, причиненного ему указанными действиями. Размер этой компенсации определяется судом".

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю часть первую ст. 394 ТК РФ изложить в следующей редакции: "В случае признания расторжения трудового договора или перевода на другую работу неправовым, нарушения гарантий работников при расторжении трудового договора по инициативе работодателя, установленных настоящим Кодексом, федеральными законами, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, соглашениями, коллективным договором, трудовым договором и другими источниками трудового права в России, работник должен быть восстановлен на работе".

Второй вопрос: как можно толковать оценочное понятие "массовое увольнение работников"? Законодатель полагает: "Критерии массового увольнения определяются в отраслевых и (или) территориальных соглашениях" (часть первая ст. 82 ТК РФ). "Соглашение - правовой акт, регулирующий социально-трудовые отношения и устанавливающий общие принципы регулирования связанных с ними экономических отношений и заключаемый между полномочными представителями работников и работодателей на федеральном, межрегиональном, региональном, отраслевом (межотраслевом) и территориальном уровнях социального партнерства в пределах их компетенции" (часть первая ст. 45 ТК РФ). Следовательно, заключение (или незаключение) соглашения зависит от воли его сторон. Отсюда соглашения может и не быть. В этой связи трудно согласиться с императивной бланкетной правовой нормой, содержащейся в части первой ст. 82 ТК РФ: "КРИТЕРИИ МАССОВОГО УВОЛЬНЕНИЯ ОПРЕДЕЛЯЮТСЯ В ОТРАСЛЕВЫХ И (ИЛИ) ТЕРРИТОРИАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЯХ" (выделено мной. - Е.Е.). В данном случае возможны три решения. Первое: в соответствии со ст. 5 ТК РФ Госдума РФ может поручить Правительству РФ дать легальное толкование оценочного понятия "массовое увольнение работников". Второе: предоставить правоприменителям право толковать оценочное понятие "массовое увольнение работников" в каждом конкретном споре - ad hoc, исходя из числа работников в организации и других объективных доказательств. Третье: дать аутентичное толкование оценочного понятия "массовое увольнение работников" и установить его минимальный уровень в ТК РФ. В соответствии с Конституцией РФ, полагаю, третий вариант наиболее предпочтительнее.

"Увольнение работников, являющихся членами профсоюза, по пункту 2, подпункту "б" пункта 3 и пункту 5 ст. 81 настоящего Кодекса производится с учетом мотивированного мнения выборного профсоюзного органа данной организации в соответствии со статьей 373 настоящего Кодекса" (часть вторая ст. 82 ТК РФ в прежней редакции). Часть вторая ст. 82 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ претерпела незначительные изменения: "Увольнение работников, являющихся членами профсоюза, по основаниям, предусмотренным пунктами 2, 3 или 5 части первой статьи 81 настоящего Кодекса, производится с учетом мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации в соответствии со ст. 373 настоящего Кодекса".

Согласно подп. "в" п. 23 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" "увольнение работников, являющихся членами профсоюза, по основаниям, предусмотренным пунктами 2, 3 или 5 части первой статьи 81 Кодекса, производится с соблюдением процедуры учета мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации в соответствии со статьей 373 Кодекса (часть вторая ст. 82 ТК РФ). При этом исходя из содержания части второй статьи 373 Кодекса увольнение по указанным основаниям может быть произведено без учета мнения выборного органа первичной профсоюзной организации, если он не представит такое мнение в течение семи рабочих дней со дня получения от работодателя проекта приказа и копий документов, а также в случае если он представит свое мнение в установленный срок, но не мотивирует его, т.е. не обоснует свою позицию по вопросу увольнения данного работника..." <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

На практике возник вопрос: как можно истолковать оценочное понятие "немотивированное мнение профсоюзного органа"? Как отсутствие мотивов вообще либо приведение доводов, с которыми суд не может согласиться? На мой взгляд, более обоснованным является первый ответ. Как представляется, суд не вправе обсуждать мотивы возражения выборного профсоюзного органа, признавать возможными одни доводы и отрицать другие.

"В случае, если выборный профсоюзный орган выразил несогласие с предполагаемым решением работодателя, он в течение трех рабочих дней проводит с работодателем или его представителем дополнительные консультации, результаты которых оформляются протоколом. При недостижении общего согласия по результатам консультаций работодатель по истечении десяти рабочих дней со дня направления в выборный профсоюзный орган проекта приказа и копий документов имеет право принять окончательное решение, которое может быть обжаловано в соответствующую государственную инспекцию труда. Государственная инспекция труда в течение десяти дней со дня получения жалобы (заявления) рассматривает вопрос об увольнении и в случае признания его незаконным выдает работодателю обязательное для исполнения предписание о восстановлении работника на работе с оплатой вынужденного прогула" (часть третья ст. 373 ТК РФ в прежней редакции).

Часть третья ст. 373 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ претерпела незначительные изменения: "В случае, если выборный орган первичной профсоюзной организации выразил несогласие с предполагаемым решением работодателя, он в течение трех рабочих дней проводит с работодателем или его представителем дополнительные консультации, результаты которых оформляются протоколом. При недостижении общего согласия по результатам консультаций работодатель по истечении десяти рабочих дней со дня направления в выборный орган первичной профсоюзной организации проекта приказа и копий документов имеет право принять ОКОНЧАТЕЛЬНОЕ (выделено мной. - Е.Е.) решение, которое может быть обжаловано в соответствующую государственную инспекцию труда. Государственная инспекция труда в течение десяти дней со дня получения жалобы (заявления) рассматривает вопрос об увольнении и в случае признания его незаконным выдает работодателю обязательное для исполнения предписание о восстановлении работника на работе с оплатой вынужденного прогула".

В то же время, по-моему, данные правовые нормы являются спорными с позиции Конституции РФ. Часть 1 ст. 46 Конституции РФ гарантирует судебную защиту прав и свобод каждого. Отсюда представляются дискуссионными, во-первых, оценочное понятие "окончательное решение" и, во-вторых, обращение в государственную инспекцию труда, а не в суд. В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю второе предложение части третьей ст. 373 ТК РФ изложить в следующей редакции: "При недостижении общего согласия по результатам консультаций работодатель по истечении десяти рабочих дней со дня направления в выборный профсоюзный орган проекта приказа и копий документов имеет право принять решение, которое может быть обжаловано в суд". Соответственно часть четвертую ст. 373 ТК РФ предлагаю признать утратившей силу.

"Увольнение по инициативе работодателя в соответствии с пунктом 2, подпунктом "б" пункта 3 и пунктом 5 статьи 81 настоящего Кодекса руководителей (их заместителей) выборных профсоюзных коллегиальных органов организации, ее структурных подразделений (не ниже цеховых и приравненных к ним), не освобожденных от основной работы, допускается помимо общего порядка увольнения только с предварительного согласия соответствующего вышестоящего выборного профсоюзного органа" (часть первая ст. 374 ТК РФ в прежней редакции).

Часть первая ст. 374 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ изменилась незначительно: "Увольнение по инициативе работодателя в соответствии с пунктами

2, 3 или 5 части первой статьи 81 настоящего Кодекса руководителей (их заместителей) выборных коллективных органов первичных профсоюзных организаций, выборных коллегиальных органов профсоюзных организаций структурных подразделений организаций (не ниже цеховых и приравненных к ним), не освобожденных от основной работы, допускается помимо общего порядка увольнения только с предварительного согласия соответствующего вышестоящего выборного профсоюзного органа".

На практике возник вопрос о сроке действия согласия вышестоящего выборного профсоюзного органа. В частности, в том случае, если работник после получения мотивированного мнения выборного профсоюзного органа данной организации по уважительным или неуважительным причинам отсутствует на работе. Представляется необходимым восполнить данный пробел, дополнив ст. 374 ТК РФ частью следующего содержания: "Работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор не позднее одного месяца со дня получения мотивированного мнения выборного профсоюзного органа". До восполнения законодателем пробела в трудовом праве суды имеют право преодолевать пробел в каждом конкретном споре - ad hoc по аналогии закона, принимая во внимание п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. N 68 "О внесении изменений и дополнений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации", согласно которому "судам необходимо иметь в виду, что в соответствии с частью пятой статьи 373 ТК РФ работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор не позднее одного месяца со дня получения мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации и в указанный период не засчитываются периоды временной нетрудоспособности работника, пребывания его в отпуске и другие периоды отсутствия работника, когда за ним сохраняется место работы (должность).

Учитывая, что Кодекс не установил срок, в течение которого работодатель вправе расторгнуть трудовой договор с работником, согласие на увольнение которого дано вышестоящим выборным профсоюзным органом, судам применительно к правилам части пятой статьи 373 Кодекса следует исходить из того, что увольнение также может быть произведено не позднее одного месяца со дня получения согласия вышестоящего выборного профсоюзного органа на увольнение" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Думаю, в случае нарушения работодателем порядка расторжения трудового договора, предусмотренного ст. 373 и 374 ТК РФ, суд вправе признать "увольнение" работника незаконным и восстановить на работе (часть первая ст. 394 ТК РФ).

"В организации коллективным договором может быть установлен иной порядок обязательного участия выборного профсоюзного органа данной организации в рассмотрении вопросов, связанных с расторжением трудового договора по инициативе работодателя" (часть четвертая ст. 82 ТК РФ в прежней редакции).

Часть четвертая ст. 82 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ претерпела лишь незначительные изменения: "Коллективным договором может быть установлен иной порядок обязательного участия выборного органа первичной профсоюзной организации в рассмотрении споров, связанных с расторжением трудового договора по инициативе работодателя".

На первый взгляд, диспозитивная норма "коллективным договором может быть установлен иной порядок" является вполне правомерной. Но на практике всегда возникает вопрос: может ли коллективный договор ограничивать трудовые права работников по сравнению с федеральными законами о труде?

Ответ на этот вопрос имеется как в Конституции РФ, так и в ТК РФ: "Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государств" (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ); "коллективные договоры, соглашения, трудовые договоры не могут содержать условий, ограничивающих права и снижающих уровень гарантий работников, по сравнению с установленными трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права. Если такие условия включены в коллективный договор, соглашение или трудовой договор, то они не подлежат применению" (часть вторая ст. 9 ТК РФ).

В этой связи предлагаю часть четвертую ст. 82 ТК РФ изложить в следующей редакции: "В организации коллективным договором может быть установлен иной порядок обязательного участия выборного профсоюзного органа данной организации, повышающий уровень трудовых прав и гарантий работников, установленных трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, в рассмотрении вопросов, связанных с расторжением трудового договора по инициативе работодателя".

"Представители работников, участвующие в коллективных переговорах, в период их ведения не могут быть без предварительного согласия органа, уполномочившего их на представительство, подвергнуты дисциплинарному взысканию, переведены на другую работу или уволены по инициативе работодателя, за исключением случаев расторжения трудового договора за совершение проступка, за который в соответствии с настоящим Кодексом, иными федеральными законами предусмотрено увольнение с работы" (часть третья ст. 39 ТК РФ в прежней редакции). Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не изменил редакцию части третьей ст. 39 ТК РФ.

Данная норма является весьма дискуссионной. Во-первых, "увольнение по соответствующим основаниям" является одним из видов дисциплинарного взыскания (ст. 192 ТК РФ). Во-вторых, например, в ст. 81 ТК РФ имеется достаточно много оснований, предусмотренных федеральным законом, которые можно "использовать" с целью "наказания" представителей работников, участвующих в коллективных переговорах.

В этой связи предлагаю часть третью ст. 39 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Представители работников, участвующие в коллективных переговорах, в период их ведения не могут быть без предварительного согласия органа, уполномочившего их на представительство, подвергнуты дисциплинарному взысканию или переведены на другую работу".

Нельзя не проанализировать также и гарантии работников в связи с проведением забастовок. "Участие работника в забастовке не может рассматриваться в качестве нарушения трудовой дисциплины и основания для расторжения трудового договора..." (часть первая ст. 414 ТК РФ в прежней редакции). Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не изменил редакцию части первой ст. 414 ТК РФ. В то же время, во-первых, дисциплинарный проступок - это неисполнение или ненадлежащее исполнение работником по его вине возложенных на него трудовых обязанностей (часть первая ст. 192 ТК РФ). Во-вторых, в ст. 77 ТК РФ действительно в числе иных "оснований" прекращения трудового договора нет такого основания, как "участие работника в забастовке".

Чтобы избежать вполне возможных противоречий, предлагаю изложить часть первую ст. 414 ТК РФ в следующей редакции: "Участие работника в забастовке не может рассматриваться в качестве основания для его привлечения к дисциплинарной ответственности, в том числе расторжения трудового договора по инициативе работодателя".

§ 2. Расторжение трудового договора в случае ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуального предпринимателя (п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ)

Пункт 1 части первой ст. 81 ТК РФ в прежней редакции устанавливал: трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае "ликвидации организации либо прекращения деятельности работодателем - физическим лицом". Законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ приведен в более точное соответствие с ГК РФ: трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае "ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем".

Статья 61 ГК РФ предусматривает возможность ликвидации только юридического лица. Юридическое лицо может быть ликвидировано, во-первых, по решению его учредителей (участников) либо органа управления юридического лица, уполномоченного учредительными документами; во-вторых, по решению суда в результате осуществления деятельности, запрещенной законом, без лицензии, неоднократными или грубыми нарушениями закона и иных нормативных правовых актов. Нередко решение о ликвидации юридического лица принимает руководитель исполнительного органа организации, не имеющий необходимых полномочий. Следовательно, в этом случае расторжение трудового договора с работником в связи с "ликвидацией" может быть признано судом противоречащим закону.

Компетентный орган юридического лица или суд, приняв решение о ликвидации юридического лица, обязан совершить действия, установленные ст. 62 - 64 ГК РФ. На практике компетентный орган юридического лица достаточно часто принимает такое решение: "1. Ликвидировать организацию. 2. На "базе" имущества ликвидированной организации создать... организацию...". В этих случаях суд должен проверить, не злоупотребил ли орган юридического лица своим правом на ликвидацию организации, не является ли совершенная "ликвидация" притворной сделкой, скрывающей в действительности реорганизацию? (ст. 10, 57 - 64 ГК РФ).

Необходимо также подчеркнуть: во-первых, "с момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят полномочия по управлению делами юридического лица" (п. 3 ст. 62 ГК РФ), в том числе и обязанности, связанные с расторжением трудового договора с работниками по п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ; во-вторых, "ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо - прекратившим существование после внесения об этом записи в единый государственный реестр юридических лиц" (п. 8 ст. 63 ГК РФ).

Поскольку ст. 61 ГК РФ устанавливает возможность ликвидации только юридического лица, постольку весьма спорной представлялась часть четвертая ст. 81 ТК РФ в прежней редакции: "В случае прекращения деятельности филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения организации, расположенных в другой местности, расторжение трудовых договоров с работниками этих структурных подразделений производится ПО ПРАВИЛАМ, ПРЕДУСМОТРЕННЫМ ДЛЯ СЛУЧАЕВ ЛИКВИДАЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ" (выделено мной. - Е.Е.).

К сожалению, Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ изменена лишь редакция части четвертой ст. 81 ТК РФ: "В случае прекращения деятельности филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения организации, расположенного в другой местности, расторжение трудовых договоров с работниками этого подразделения производится по правилам, предусмотренным для случаев ликвидации организации".

Данная правовая норма вызывает целый ряд возражений. Во-первых, какое-либо подразделение организации не может заниматься "деятельностью". Действовать от своего имени может только лицо - физическое или юридическое (ст. 48 ГК РФ). Во-вторых, ГК РФ не предусматривает "обособленных структурных подразделений организации". По ГК РФ существуют два вида "подразделений" организации: "обособленные" и "структурные". Обособленные подразделения организации находятся вне места нахождения организации, которое определяется местом его государственной организации (ст. 54 и 55 ГК РФ). Структурные подразделения организации - в пределах места нахождения организации. Статья 55 ГК РФ не предусматривает и "иных" обособленных подразделений организации, кроме филиалов и представительств.

Согласно ст. 55 ГК РФ филиалы и представительства не являются юридическими лицами. Отсюда весьма спорным представляется предусмотренная частью четвертой ст. 81 ТК РФ возможность в подобных случаях производить расторжение трудовых договоров "по правилам, предусмотренным для случаев ликвидации организации". Думаю, поскольку обособленные подразделения организации не являются юридическими лицами, а работник состоит в трудовых отношениях с организацией, а не с ее обособленным подразделением, постольку в этих случаях работодатель вправе расторгать с работниками трудовые договоры в связи с сокращением численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя. Разумеется, с соблюдением гарантий работников, предусмотренных, в частности, ст. 179 и 180 ТК РФ.

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю изложить часть четвертую ст. 81 ТК РФ в следующей редакции: "В случае исключения из уставных документов организации ее обособленных подразделений расторжение трудовых договоров с работниками может производиться по правилам, предусмотренным п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ, с соблюдением гарантий работников, установленных настоящим Кодексом и иными федеральными законами".

"Признание юридического лица банкротом судом влечет его ликвидацию" (п. 1 ст. 65 ГК РФ). "Юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, а также юридическое лицо, действующее в форме потребительского кооператива либо благотворительного или иного фонда, может совместно с кредиторами принять решение об объявлении о своем банкротстве и о добровольной ликвидации" (п. 2 ст. 65 ГК РФ). В этих случаях с работниками организации также может быть расторгнут трудовой договор по п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ после вступления решения суда в силу или внесения записи о ликвидации в Единый государственный реестр юридических лиц. В случае спора суд должен проверить, не злоупотребили ли юридические лица и кредиторы правом принять решение о своем банкротстве и добровольной ликвидации (ст. 10 ГК РФ).

В соответствии с п. 28 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "обстоятельством, имеющим значение для правильного разрешения исков о восстановлении на работе лиц, трудовой договор с которыми расторгнут в связи с ликвидацией организации либо прекращением деятельности индивидуальным предпринимателем (п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ), обязанность доказать которое возлагается на ответчика, в частности, является действительное прекращение деятельности организацией или индивидуальным предпринимателем.

Основанием для увольнения работников по п. 1 части первой ст. 81 Кодекса может служить решение о ликвидации юридического лица, т.е. решение о прекращении его деятельности без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам, принятое в установленном законом порядке (ст. 61 ГК РФ).

Если работодателем являлось физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, то трудовой договор с работником может быть расторгнут по п. 1 части первой ст. 81 Кодекса, в частности, когда прекращается деятельность индивидуальным предпринимателем на основании им самим принятого решения, вследствие признания его несостоятельным (банкротом) по решению суда (п. 1 ст. 25 ГК РФ), в связи с истечением срока

действия свидетельства о государственной регистрации, отказа в продлении лицензии на определенные виды деятельности.

Под прекращением деятельности работодателя - физического лица, не имевшего статуса индивидуального предпринимателя, следует понимать фактическое прекращение таким работодателем своей деятельности" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В этих случаях на практике могут возникать различные проблемы, связанные со злоупотреблением правом индивидуальным предпринимателем и физическим лицом - работодателями, фактически не прекратившими своей деятельности, но расторгнувшими с работниками трудовой договор по п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ. Так как прекращение деятельности (либо продолжение деятельности) влечет за собой соответствующие правовые последствия, на мой взгляд, в спорных случаях заинтересованные лица могут обращаться в суд с заявлениями об установлении фактов, имеющих юридическое значение, прекращения деятельности работодателя - индивидуального предпринимателя или физического лица по ст. 264 ГПК РФ.

Расторжение трудового договора в случае прекращения деятельности работодателя - физического лица, в том числе и при его несостоятельности (банкротстве), производится в общем порядке, за исключением сроков предупреждения работника, устанавливающихся в трудовом договоре (ст. 307 ТК РФ).

§ 3. Расторжение трудового договора в случае сокращения численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя (п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ)

В судах рассматривается значительное число исков о восстановлении на работе физических лиц, с которыми трудовой договор был расторгнут по п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ. Работодатели допускают множество ошибок при расторжении трудового договора по данному основанию. Например, на практике нередко смешивают разные основания для расторжения трудового договора: "сокращение численности" и "сокращение штата". Разграничивать их необходимо, во-первых, на основании языкового толкования, так как законодатель обоснованно использует в п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ разделительный союз "или" - "сокращение штата ИЛИ (выделено мной. - Е.Е.) штата работников". Во-вторых, исходя из этимологии понятий "численность" и "штат". "Численность" выражается "в каком-нибудь количестве" <1>; "штат" - "положение о числе сотрудников и должностей учреждения, их функциях и окладах" <2>. В-третьих (возможно, это главное), в связи с различными фактическими обстоятельствами. В результате "сокращения численности" в организации необходимы работники по данной профессии, специальности, но в силу каких-то объективных обстоятельств их число должно уменьшиться. Например, ранее необходимо было 10 специалистов, в настоящее время - 5. "Сокращение штата" предполагает исключение какой-либо должности из штатного расписания, например должности заместителя главного бухгалтера.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 885.

<2> Там же. С. 901.

Зачастую представители работодателя, полагаю, ошибочно и умышленно утверждают в суде: сокращение численности или штата работников организации - это вопрос о целесообразности сохранения рабочих мест, в который не может "вмешиваться" суд. Однако после заключения работником и работодателем трудового договора между сторонами возникают взаимные обязательства, требующие своего исполнения. Объективная невозможность выполнения взятых на себя работодателем обязательств перед работником и должна быть предметом проверки в суде.

Трудно согласиться с такими традиционными "организационными" приказами, как "произвести сокращение численности или штата работников в связи с: (а) тяжелым финансовым положением организации; (б) приказом "вышестоящей" организации (какая может быть "вышестоящая" организация, в частности, у ООО, ЗАО, ОАО и т.д.?); (в) реорганизацией структуры (реорганизовать можно только юридическое лицо (ст. 57 ГК РФ), а не структуру); (г) оптимизацией деятельности организации" и т.д.

Следовательно, можно сделать вывод: нельзя в приказах о сокращении численности или штата работников использовать самые общие слова, не имеющие установленного законом правового содержания, либо применять предусмотренные законом правовые термины, но

совершенно в ином смысле. Поскольку бремя доказывания при сокращении численности или штата работников лежит на работодателе, постольку он обязан с помощью достоверных доказательств подтвердить объективную необходимость расторжения трудового договора по п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ. Например, в суд могут быть представлены письменные и иные доказательства об уменьшении бюджетного финансирования и плана работы (для бюджетных организаций), снижении объема продукции, товаров или услуг, выпускаемых (оказываемых) организацией, уменьшении сбыта товаров и т.д.

В некоторых случаях в действительности может происходить не "сокращение" численности или штата работников организации, а "увеличение" у работодателя в целом числа работников, но сокращение численности определенных категорий работников. Такие процессы могут происходить, например, в связи с перепрофилированием деятельности организации на другой вид деятельности после получения лицензии и т.д. Отсюда оценочное понятие "сокращение численности или штата работников", на мой взгляд, является недостаточно точным. В этой связи предлагаю п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "сокращение численности или штата определенной категории работников организации, индивидуального предпринимателя".

Согласно части второй ст. 81 ТК РФ в прежней редакции "увольнение по основаниям, указанным в пунктах 2 и 3 настоящей статьи, допускается, если невозможно перевести работника с его согласия на другую работу". На практике всегда возникал вопрос: как можно было толковать оценочное понятие "другая работа"? Лишь в данном структурном подразделении? Только в пределах обособленного подразделения (филиала или представительства)? В организации в целом?

В части третьей ст. 81 ТК РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ произведено, как представляется, ограничительное аутентичное толкование данного оценочного понятия: "Увольнение по основанию, предусмотренному пунктом 2 или 3 части первой настоящей статьи, допускается, если невозможно перевести работника с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья, при этом работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие указанным требованиям ВАКАНСИИ, ИМЕЮЩИЕСЯ У НЕГО В ДАННОЙ МЕСТНОСТИ (выделено мной. - Е.Е.). Предлагать вакансии в других местностях работодатель обязан, если это предусмотрено коллективным договором, соглашениями, трудовым договором".

Вместе с тем филиал или представительство организации не являются юридическим лицом, стороной трудового договора, "работодателем" (ст. 55 ГК РФ). Работодателем является юридическое лицо в целом. Отсюда спорным представляется обязанность работодателя предлагать вакансии, имеющиеся у него только "в данной местности". Кроме того, ч. 2 ст. 55 Конституции РФ гарантирует: "В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина". Наконец, проблемы, действительно возникающие в связи с переездом работника в другой город, в котором находится филиал или представительство данной организации, могут быть разрешены, например, на основании нормативных правовых актов, регулирующих трудовые правоотношения, отраслевых тарифных соглашений, коллективных договоров и трудовых договоров.

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю часть третью ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Расторжение трудового договора по основаниям, предусмотренным п. 2 и 3 части первой настоящей статьи, допускается, если невозможно перевести работника с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья".

Согласно п. 29 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "при решении вопроса о переводе работника на другую работу необходимо также учитывать реальную возможность работника выполнять предлагаемую работу с учетом его образования, квалификации, опыта работы" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Весьма часто возникает и другой важнейший практический вопрос: какие вакансии необходимо предлагать работникам, с которыми предполагается расторгать трудовой договор по п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ? Все имеющиеся вакансии без исключения? Или с каким-либо исключением? Думаю, достаточно полный ответ имеется в п. 29 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами

Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63): "В соответствии с частью третьей ст. 81 Кодекса увольнение работника в связи с сокращением численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя допускается, если невозможно перевести работника с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья" <1>. Как представляется, буквальное толкование оценочного понятия "вакантная должность или работа, соответствующая квалификации работника" позволяет сделать важный практический вывод: работодатель обязан предлагать работнику все вакансии, соответствующие квалификации работника, которые работник может выполнять с учетом его состояния здоровья.

<1> Там же.

На практике возник и другой важный вопрос: когда необходимо предлагать вакансии работникам и сколько раз? Если работник является членом профсоюза, думаю, не меньше трех раз, в противном случае - двух. Почему? "О предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации, сокращением численности или штата работников организации работники предупреждаются работодателем персонально и под роспись не менее чем за два месяца до увольнения" (часть вторая ст. 180 ТК РФ). Следовательно, первый раз работникам должны быть предложены вакансии на момент предупреждения об увольнении. Если работник в связи с предстоящим сокращением численности или штата в организации согласится занять вакантную должность, то все остальные последующие меры, связанные с расторжением трудового договора по п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ, будут излишними.

Согласно части второй ст. 40.2 КЗоТ РФ "о предстоящем высвобождении работники предупреждаются персонально под расписку НЕ МЕНЕЕ ЧЕМ ЗА ДВА МЕСЯЦА" (выделено мной. - Е.Е.). Нередко работники просили расторгнуть с ними трудовой договор по сокращению численности или штата работников "менее чем" за два месяца. В результате нарушался установленный законом порядок увольнения и работник подлежал восстановлению на работе (часть пятая ст. 213 КЗоТ РФ). К сожалению, часть вторая ст. 180 ТК РФ в прежней редакции по существу практически не изменила содержание данной правовой нормы: "О предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации, сокращением численности или штата работников организации работники предупреждаются работодателем персонально и под расписку не менее чем за два месяца до увольнения".

Наконец, Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ в части третьей ст. 180 ТК РФ критика специалистов была принята во внимание: "Работодатель с письменного согласия работника имеет право расторгнуть с ним трудовой договор до истечения срока, указанного в части второй настоящей статьи, выплатив ему дополнительную компенсацию в размере среднего заработка работника, исчисленного пропорционально времени, оставшемуся до истечения срока предупреждения об увольнении".

Согласно части четвертой ст. 180 ТК РФ "при угрозе массовых увольнений работодатель с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации принимает необходимые меры, предусмотренные настоящим Кодексом, иными федеральными законами, коллективным договором, соглашением". С целью защиты трудовых прав работников при угрозе "массовых увольнений" в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предлагаю дать аутентичное толкование оценочного понятия "массовое увольнение" в федеральном законе.

Поскольку расторжение трудового договора с работниками, являющимися членами профсоюза, по п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ возможно только с учетом мотивированного мнения выборного профсоюзного органа (часть вторая ст. 82 ТК РФ), который имеет право рассмотреть проект приказа с точки зрения соответствия его закону (часть первая ст. 373 ТК РФ), постольку, на мой взгляд, было бы необходимо второй раз все оставшиеся возможные вакансии на данный период предлагать работнику на заседании выборного профсоюзного органа.

Суд проверяет законность расторжения трудового договора с работником на день его расторжения. Поэтому целесообразно было бы предлагать все оставшиеся вакансии также и в день расторжения трудового договора. Даже те, от которых работник ранее отказывался. Вполне возможно, его позиция по предлагавшимся ему ранее вакансиям в день расторжения трудового договора может измениться.

Достаточно часто причиной восстановления работника на работе является нарушение работодателем ст. 179 ТК РФ, регулирующей трудовые отношения, связанные с преимущественным правом на оставление на работе при сокращении численности или штата работников организации. В соответствии с частью первой ст. 179 ТК РФ прежде всего преимущественное право на оставление на работе имеют работники с более высокой

производительностью труда и квалификацией. При рассмотрении трудовых споров в судах в этих случаях всегда возникает вопрос: имеют ли какие-либо доказательства приоритет перед другими доказательствами? "Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела" (п. 1 ст. 55 ГПК РФ). "Обстоятельства дела, которые в соответствии с законом должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами" (ст. 60 ГПК РФ).

Следовательно, более высокая производительность труда или квалификация работников могут быть подтверждены любыми прямыми или косвенными письменными, вещественными и другими доказательствами, не имеющими установленного федеральным законом приоритета друг перед другом. Поэтому все доказательства должны анализироваться судом во всей их совокупности. На мой взгляд, например, в случае отсутствия в законе требований о высшем профессиональном образовании, ученой степени, ученом звании и т.п. для занятия должности сам по себе факт наличия такого образования, степени или звания не является неопровержимым аргументом в пользу такого работника при определении его квалификации. Думаю, нужно комплексно анализировать все меры поощрения и взыскания, примененные к работникам, наличие или отсутствие специализированного (профильного) образования (а не какого-то образования "вообще", например непрофильного высшего образования), повышение работником своей квалификации и т.д. Исследуя проблему более высокой производительности труда, недостаточно ограничиваться только собственно количественными показателями работы - процентами, часами и т.д. без одновременного учета качества работы. Действительно производительной может быть только высококачественная профессиональная работа.

При равной производительности труда и квалификации преимущество отдавалось работникам, ранее перечисленным в части второй ст. 179 ТК РФ в прежней редакции. Правда, часть третья ст. 179 ТК РФ в прежней редакции предусматривала: "Коллективным договором могут предусматриваться другие категории работников организации, пользующиеся преимущественным правом на оставление на работе при равной производительности труда и квалификации".

В то же время, во-первых, далеко не во всех организациях имелись коллективные договоры; во-вторых, принимавшиеся коллективные договоры не всегда содержали такие правовые нормы. Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ, к сожалению, по существу сохранил абсолютно определенную ст. 179 ТК РФ. Напротив, часть вторая ст. 34 КЗоТ РФ содержала оценочное понятие "другие приравненные к ним лица", была сформулирована как относительно определенная правовая норма. Следовательно, более гибко учитывала все разнообразие трудовых правоотношений. Предлагаю часть вторую ст. 179 ТК РФ также изложить как относительно определенную правовую норму. Кроме того, часть вторая ст. 34 КЗоТ РФ в числе иных оснований при равной производительности труда и квалификации отдавала преимущественное право на оставление на работе в том числе и "работникам, имеющим длительный стаж непрерывной работы на данном предприятии, в учреждении, организации". Из части второй ст. 179 ТК РФ в прежней редакции данное основание было исключено. Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не восстановил правовую норму в прежнем положении. В то же время, на мой взгляд, "длительный стаж непрерывной работы у работодателя" не может не сказаться на качестве и производительности работы работника. В этой связи предлагаю дополнить часть вторую ст. 179 ТК РФ словами "длительный стаж непрерывной работы у работодателя".

§ 4. Расторжение трудового договора в случае несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации (п. 3 части первой ст. 81 ТК РФ)

Как представляется, основание расторжения трудового договора - важнейший практический вопрос расторжения трудового договора по п. 3 части первой ст. 81 ТК РФ. Пункт 2 части первой ст. 33 КЗоТ РФ ранее предусматривал, что трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае "обнаружившегося несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации... препятствующих продолжению данной работы". На практике недостаточную квалификацию работника в суде работодатель доказывал всеми возможными доказательствами, в том числе произведенной некачественной работой, результатами аттестации и т.д.

Согласно подп. "б" п. 3 ст. 81 ТК РФ в прежней редакции трудовой договор мог быть расторгнут работодателем только в случае "недостаточной квалификации, ПОДТВЕРЖДЕННОЙ РЕЗУЛЬТАТАМИ АТТЕСТАЦИИ" (выделено мной. - Е.Е.). Пункт 3 части первой ст. 81 ТК РФ в

редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ претерпел лишь незначительные изменения: "Трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации".

В соответствии с п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "в силу пункта 3 части первой и части второй статьи 81 ТК РФ увольнение по пункту 3 части первой статьи 81 Кодекса допустимо при условии, что несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие его недостаточной квалификации подтверждено результатами аттестации, проведенной в порядке, установленном трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, принимаемыми с учетом мнения представительного органа работников. Учитывая это, работодатель не вправе расторгнуть трудовой договор с работником по названному основанию, если в отношении этого работника аттестация не проводилась либо аттестационная комиссия пришла к выводу о соответствии работника занимаемой должности или выполняемой работе. При этом выводы аттестационной комиссии о деловых качествах работника подлежат оценке в совокупности с другими доказательствами по делу" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В то же время ч. 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует: права человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом. Отсюда, на мой взгляд, проведение аттестации работников может быть предусмотрено только федеральным законом. В связи с названными правовыми аргументами предлагаю изложить п. 3 части первой ст. 81 ТК РФ в следующей редакции: "...несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации, проведенной в соответствии с настоящим Кодексом и другими федеральными законами".

В связи с изложенными правовыми аргументами, на мой взгляд, дискуссионной является также и часть вторая ст. 81 ТК РФ: "Порядок проведения аттестации (пункт 3 части первой настоящей статьи) устанавливается трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, локальными нормативными актами, принимаемыми с учетом мнения представительного органа работников". В соответствии с частью 3 ст. 55 Конституции РФ предлагаю часть вторую ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Основание и порядок проведения аттестации (пункт 3 части первой настоящей статьи) устанавливаются настоящим Кодексом и другими федеральными законами".

Например, ст. 48 Федерального закона от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе Российской Федерации" установила цель аттестации, порядок ее проведения, перечень гражданских служащих, подлежащих аттестации, сроки очередной и внеочередной аттестации, порядок формирования и составов аттестационной комиссии, результаты решений аттестационной комиссии, порядок обжалования результатов аттестации <1>.

<1> Российская газета. 2004. 31 июля.

Необходимо подчеркнуть: бремя доказывания в суде несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации лежит на работодателе (презумпция "хорошего" работника). Думаю, с целью подтверждения объективности выводов аттестационной комиссии недостаточная квалификация работника может быть подтверждена (или нет) иными достоверными доказательствами, например документами, подтверждающими невыполнение работником норм труда без уважительных причин, актами о выпуске брака, судебными решениями и т.д.

Следовательно, выводы аттестационной комиссии о квалификации работника подлежат оценке судом в совокупности со всеми другими объективными доказательствами по делу. Рассматривая спор о восстановлении на работе работника, с которым трудовой договор был расторгнут по п. 3 части первой ст. 81 ТК РФ, суд обязан проверить, в соответствии с каким федеральным законом была проведена аттестация, были ли соблюдены установленные законом сроки и ограничения проведения аттестации для определенных категорий работников, должен ли был работник с учетом его должности соответствовать предъявленным ему на аттестации требованиям, была ли проведена аттестация объективно, соответствуют ли выводы аттестационной комиссии действительным результатам работы и ответам работника в процессе проведения аттестации и т.д.

Нередко перед аттестацией с целью последующего расторжения трудового договора по п. 3 части первой ст. 81 ТК РФ работодатель умышленно дает работнику очевидно невыполнимые задания либо не соответствующие его должности, профессии или квалификации. При разрешении трудового спора по п. 3 части первой ст. 81 ТК РФ необходимо проверять, соблюдены ли установленные федеральным законом правила проведения аттестации. Типичными ошибками являются: проведение аттестации с нарушением периодичности ее проведения, нарушение срока предупреждения работников о предстоящей аттестации, проведение аттестации для работников, не подлежащих аттестации, подготовка необъективного (не подтвержденного достоверными доказательствами) отзыва (например, в отзыве без каких-либо достоверных доказательств голословно декларируется: работник ненадлежащим образом выполняет свои трудовые обязанности), ознакомление аттестуемого работника с отзывом непосредственно в день проведения аттестации (с нарушением срока), несоблюдение порядка и условий голосования членов аттестационной комиссии, включение в аттестационную комиссию в качестве ее членов работников, не являющихся специалистами по вопросам, связанным с аттестацией данной категории работников (например, в комиссию по аттестации юрисконсультов, как правило, включаются работники, не являющиеся юристами по образованию, не имеющие необходимых теоретических знаний и практических навыков), и т.д.

Кроме того, согласно п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "если работник был уволен по пункту 3 части первой статьи 81 Кодекса, то работодатель обязан представить доказательства, свидетельствующие о том, что работник отказался от перевода на другую работу либо работодатель не имел возможности (например, в связи с отсутствием вакантных должностей или работ) перевести работника с его согласия на другую имеющуюся у этого работодателя работу (часть третья статьи 81 ТК РФ)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

§ 5. Расторжение трудового договора в случае смены собственника имущества организации (п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ)

Данная новелла была введена в ТК РФ в прежней редакции. Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не изменил п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ. Названная правовая норма вызвала бурную дискуссию у специалистов и способствовала появлению противоречивой правоприменительной практики. Думаю, появление такой правовой нормы связано с новыми современными экономическими реалиями в России, а также с необходимостью системного и буквального толкования не только трудового, но и гражданского права. "ПРИ СМЕНЕ СОБСТВЕННИКА ИМУЩЕСТВА ОРГАНИЗАЦИИ НОВЫЙ СОБСТВЕННИК (выделено мной. - Е.Е.) не позднее трех месяцев со дня возникновения у него права собственности имеет право расторгнуть трудовой договор с руководителем организации, его заместителями и главным бухгалтером" (часть первая ст. 75 ТК РФ). В этой связи возник важный теоретический и практический вопрос: что такое "смена собственника имущества организации" и в каком случае она возможна?

Как правило, имущество, внесенное учредителями в виде вклада, и имущество, приобретенное коммерческими организациями, является частной собственностью юридического лица. Коммерческие и некоммерческие организации, кроме государственных и муниципальных предприятий, а также учреждений, финансируемых собственником, являются собственниками имущества, переданного им в качестве вкладов (взносов) их учредителями (участниками, членами), а также имущества, приобретенного этими юридическими лицами по иным основаниям (п. 3 ст. 213 ГК РФ). Учредители (участники) хозяйственных товариществ и обществ, производственных и потребительских кооперативов не имеют права частной собственности на имущество юридического лица, им принадлежат лишь обязательственные права на участие в управлении юридическим лицом (пропорционально своей доле), получение объявленных дивидендов и информации о деятельности юридического лица (п. 2 ст. 48 ГК РФ).

Право собственности или иное вещное право имеют только учредители (участники) государственных и муниципальных унитарных предприятий, а также учреждений, финансируемых собственником (п. 2 ст. 48 ГК РФ). Наконец, учредители (участники) общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов, объединений юридических лиц (ассоциаций и союзов) не имеют имущественных прав в отношении юридических лиц (п. 3 ст. 48 ГК РФ).

К сожалению, в обычной практике организаций под сменой собственника имущества организации традиционно понимается замена участника в ООО, переход контрольного пакета

акций к иному лицу и т.д. Однако в этих (и подобных им случаях) в соответствии с ГК РФ происходит не смена собственника имущества организации, а только замена участника организации, собственника акций в акционерном обществе и т.д. Следовательно, в подобных случаях смена собственника имущества организации не происходит. Значит, отсутствуют и правовые основания для расторжения трудового договора с руководителем организации, его заместителями и главным бухгалтером по п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ.

В соответствии с п. 2 ст. 48 ГК РФ "смена собственника имущества организации" в буквальном смысле может произойти лишь в государственных и муниципальных унитарных предприятиях, а также учреждениях. В этой связи представляется обоснованным системное толкование названных статей ГК РФ и ТК РФ, содержащееся в п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63): "Судам необходимо иметь в виду, что увольнение по п. 4 части первой ст. 81 Кодекса в связи со сменой собственника имущества организации допустимо лишь в отношении руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера.

При этом следует учитывать, что расторжение трудового договора по названному основанию возможно лишь в случае смены собственника имущества организации в целом. Указанные лица не могут быть уволены по п. 4 части первой ст. 81 Кодекса при изменении подведомственности (подчиненности) организации, если при этом не произошла смена собственника имущества организации.

Под сменой собственника имущества организации следует понимать переход (передачу) права собственности на имущество организации от одного лица к другому лицу или другим лицам, в частности, при приватизации государственного или муниципального имущества, т.е. при отчуждении имущества, находящегося в собственности Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, в собственность физических и (или) юридических лиц (ст. 1 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества", ст. 217 ГК РФ); при обращении имущества, находящегося в собственности организации, в государственную собственность (последний абзац п. 2 ст. 235 ГК РФ); при передаче государственных предприятий в муниципальную собственность и наоборот; при передаче федерального государственного предприятия в собственность субъекта Российской Федерации и наоборот.

Поскольку в соответствии с п. 1 ст. 66 и п. 3 ст. 213 ГК РФ собственником имущества, созданного за счет вкладов учредителей (участников) хозяйственных товариществ и обществ, а также произведенного и приобретенного хозяйственными товариществами или обществами в процессе их деятельности, является общество или товарищество, а участники в силу абзаца второго п. 2 ст. 48 ГК РФ имеют лишь обязательственные права в отношении таких юридических лиц (например, участвовать в управлении делами товарищества или общества, принимать участие в распределении прибыли), изменение состава участников (акционеров) не может служить основанием для прекращения трудового договора по п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ с лицами, перечисленными в этой норме, так как в этом случае собственником имущества хозяйственного товарищества или общества по-прежнему остается само товарищество или общество и смены собственника имущества не происходит" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Вместе с тем, думаю, остается открытым вопрос: что такое действительная смена собственника имущества организации с точки зрения гражданского права? При приватизации государственного или муниципального имущества (ст. 217 ГК РФ), а также при обращении имущества, находящегося в собственности организаций, в государственную собственность в целом (последний абзац п. 2 ст. 235 ГК РФ) не может продолжаться деятельность юридического лица, имущество которого передано иным лицам. Следовательно, его деятельность может быть прекращена в форме реорганизации или ликвидации. Реорганизация может быть проведена в форме преобразования юридического лица одного вида в юридическое лицо другого вида (изменение организационно-правовой формы).

Однако действующие ГК РФ и ТК РФ не дают достаточно ясного ответа на другой вопрос: должна ли быть прекращена деятельность юридического лица (если да, то в какой форме?) в случае, например, передачи государственных предприятий в муниципальную собственность и наоборот, передачи федерального государственного предприятия в собственность субъекта Российской Федерации и наоборот? Может ли быть собственником федерального государственного предприятия субъект РФ? А орган местного самоуправления - государственным предприятием?

На практике в этой связи возникают удивительные случаи, когда, например, в результате исполнения договора купли-продажи предприятия физическое лицо становится "собственником" государственного предприятия, распоряжается его счетом, печатью и т.д. Нередко это происходит потому, что в ГК РФ оценочное понятие "предприятие", к сожалению, используется в двух смыслах. Во-первых, "предприятие" как организационно-правовая форма юридического лица (п. 2 ст. 50 ГК РФ). Во-вторых, "предприятие" как имущественный комплекс, недвижимость (ст. 132 ГК РФ).

Думаю, частным случаем "смены собственника имущества организации" может быть не продажа государственного или муниципального унитарного предприятия (как одной из организационно-правовых форм юридического лица), а продажа предприятия как имущественного комплекса, недвижимости. Новый собственник недвижимости имеет право создавать (или не создавать) другое юридическое лицо. Таким образом, смена собственника имущества организации прежде всего может происходить в результате продажи имущества организации, реорганизации или ликвидации юридического лица. В случае продажи всего имущества юридическое лицо может быть ликвидировано. В результате работодатель вправе будет расторгнуть трудовой договор с работниками по п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ. Таким образом, смена собственника имущества организации в целом, как правило, с неизбежностью влечет за собой прекращение деятельности юридического лица в форме ликвидации или реорганизации. Предлагаю внести соответствующие изменения и дополнения в ГК РФ.

При таком подходе возникает вопрос об обоснованности части первой ст. 75 и п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ. Действительно, если согласиться, что смена собственника юридического лица влечет за собой его прекращение в форме реорганизации или ликвидации, а также возможность создания другого юридического лица, то возникает вопрос о законности продолжения трудовых правоотношений руководителя, его заместителя и главного бухгалтера с организацией, прекратившей свою деятельность, исключенной из реестра юридических лиц, в другом вновь созданном юридическом лице в течение трех месяцев.

Противоречивость части первой ст. 75, п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ и действующего ГК РФ подтверждается и частью второй ст. 75 ТК РФ: "Смена собственника имущества организации не является основанием для расторжения трудовых договоров с другими работниками организации". По мнению В.В. Глазырина, "работник со своей стороны может либо согласиться, либо не согласиться работать у нового собственника. В первом случае необходимо выразить согласие продолжить трудовые отношения. Трудовой кодекс РФ не предусматривает какой-либо обязательной формы выражения такого согласия, и следовательно, согласие может быть выражено в любой форме, в том числе и в виде так называемых конклюдентных действий (например, в виде фактического продолжения работы в организации). В подобных случаях трудовые договоры и порождаемые ими права и обязанности сторон автоматически продолжаются и не требуют дополнительного переоформления, В ТРУДОВОЙ КНИЖКЕ ДЕЛАЕТСЯ ЗАПИСЬ (СТАВИТСЯ ШТАМП) С НОВЫМ НАЗВАНИЕМ ОРГАНИЗАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.). Во втором случае - в случае отказа от продолжения работы в связи со сменой собственника организации - трудовой договор прекращается на основании пункта 6 статьи 77 ТК РФ" <1>.

<1> Глазырин В.В. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.И. Шкатуллы. М.: Норма, 2004. С. 184.

При таком подходе остается неразрешенным важнейший вопрос: при смене собственника имущества организации юридическое лицо продолжает действовать, изменяет "название" или прекращает свою деятельность в форме реорганизации либо ликвидации? Исходя из изложенных выше правовых аргументов, считаю более обоснованным последний вариант ответа.

Полагаю, сделанный вывод подтверждает и часть третья ст. 75 ТК РФ: "В случае отказа работника от продолжения работы в связи со сменой собственника имущества организации трудовой договор прекращается в соответствии с пунктом 6 статьи 77 настоящего Кодекса". Согласно п. 6 части первой ст. 77 ТК РФ трудовой договор прекращается, а не продолжается посредством записи в трудовой книжке, "просто" проставления штампа "с новым названием организации". Характерно, что п. 6 части первой ст. 77 ТК РФ через запятую предусматривает необходимость прекращения трудового договора как в связи с отказом работника от продолжения работы в связи со сменой собственника имущества организации, так и в результате реорганизации юридического лица.

Как представляется, аналогичный вывод позволяет сделать и часть четвертая ст. 75 ТК РФ: "При смене собственника имущества организации сокращение численности или штата работников допускается только после государственной регистрации перехода права собственности". В то же время переход права собственности на недвижимость подлежит государственной регистрации в случае продажи недвижимости другому лицу - покупателю (ст. 551 ГК РФ).

Проведенный системный анализ правовых норм ГК РФ и ТК РФ, на мой взгляд, во-первых, позволяет предложить признать утратившими силу части первую - четвертую ст. 75 ТК РФ и п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ. Во-вторых, п. 6 части первой ст. 77 ТК РФ изложить в следующей редакции: "отказ работника от продолжения работы в связи с изменением подведомственности (подчиненности) организации". В-третьих, дополнить часть первую ст. 77 ТК РФ пунктом следующего содержания: "отказ работника от перевода в другую организацию в связи с реорганизацией". В-четвертых, дополнить часть первую ст. 81 ТК РФ пунктом следующего содержания: "...реорганизации организации".

В результате принятия соответствующих изменений и дополнений в ТК РФ будут возможны следующие варианты прекращения и возникновения трудовых правоотношений. Первый: в случае смены собственника имущества организации и последующей реорганизации юридического лица, как правило, в форме преобразования со всеми работниками (в том числе с руководителем юридического лица, его заместителями и главным бухгалтером) можно будет с согласия сторон расторгать трудовой договор на общих основаниях в реорганизованном юридическом лице и заключать другой трудовой договор с вновь созданным юридическим лицом. Отсюда, думаю, ст. 75 ТК РФ ошибочно находится в гл. 12 ТК РФ "Изменение трудового договора", так как перевод работника на постоянную работу в другую организацию является основанием не для изменения трудового договора, а для прекращения трудового договора (п. 5 части первой ст. 77 ТК РФ). Второй: при условии отказа работника, приглашенного в порядке перевода во вновь созданную организацию, трудовой договор с ним может быть расторгнут по п. 6 части первой ст. 77 ТК РФ - "отказ работника от продолжения в связи со сменой собственника имущества организации, с изменением подведомственности (подчиненности) организации либо ее реорганизацией (ст. 75 настоящего Кодекса)". Третий: в результате необходимости прекращения трудового договора с работником реорганизуемого юридического лица, не приглашенного на работу во вновь созданную организацию, трудовой договор с работником может быть расторгнут по соответствующему пункту ст. 81 ТК РФ - "в связи с реорганизацией организации". Четвертый, возникающий на практике чаще всего: вновь созданное юридическое лицо не принимает на работу всех или часть работников реорганизованного лица. Возникают как минимум два вопроса. Первый: с каким способом защиты своих трудовых прав (интересов) могут обращаться граждане в суд? Второй: ограничены ли в этом случае права, связанные с заключением трудового договора, вновь созданного юридического лица? Достаточно часто граждане при возникновении таких споров обращаются в суд с заявлениями "о признании трудового договора заключенным, состоявшимся или о восстановлении на работе". В случае удовлетворения судом такого заявления гражданина решение суда будет достаточно трудно исполнить. На мой взгляд, в соответствии со ст. 16 ТК РФ граждане могут обращаться в суд с заявлением о "заключении трудового договора". Думаю, суд согласно части второй ст. 57 ТК РФ, принимая решение в пользу гражданина, должен указывать также и все обязательные условия трудового договора.

Другой важнейший вопрос: право или обязанность вновь созданного юридического лица заключать трудовые договоры с гражданами, работавшими в реорганизованном юридическом лице? К глубочайшему сожалению, данный вопрос не нашел своего исчерпывающего ответа в ТК РФ. Часть пятая ст. 75 ТК РФ в прежней редакции содержала лишь следующую норму: "При изменении подведомственности (подчиненности) организации, а равно при ее реорганизации (слиянии, присоединении, разделении, выделении, преобразовании) ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ С СОГЛАСИЯ РАБОТНИКА ПРОДОЛЖАЮТСЯ" (выделено мной. - Е.Е.).

Часть пятая ст. 75 ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ вызывает еще больше вопросов: "Изменение подведомственности (подчиненности) организации или ее реорганизация (слияние, присоединение, разделение, выделение, преобразование) не может являться основанием для расторжения трудовых договоров с работниками организации".

Как представляется, части первая и пятая ст. 75 ТК РФ вошли в противоречие. Так, согласно ч. 2 ст. 19 Конституции РФ "государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от... должностного положения". Вместе с тем часть первая ст. 75 ТК РФ предоставляет новому собственнику право расторгать трудовой договор с руководителем организации, его заместителями и главным бухгалтером при смене собственника имущества организации, т.е. в конечном счете в случае реорганизации или ликвидации юридического лица. В то же время часть пятая ст. 75 ТК РФ равно наоборот устанавливает: реорганизация юридического лица во всех ее формах не может являться основанием для расторжения трудового договора с работниками организации. Очевидно, что руководитель организации, его заместитель и главный бухгалтер являются также работниками организации.

На мой взгляд, системное толкование ГК РФ и ТК РФ позволяет сделать достаточно определенный вывод. Так, ст. 58 ГК РФ устанавливает правопреемство юридических лиц, созданных в результате реорганизации. Часть пятая ст. 75 ТК РФ в прежней редакции определяла только одно обязательное условие "продолжения" трудовых отношений в результате реорганизации юридических лиц: "согласие работника", а не "согласие" другого работодателя.

Характерно, что часть вторая ст. 29 КЗоТ РФ предусматривала: "ПРИ СМЕНЕ СОБСТВЕННИКА ПРЕДПРИЯТИЯ, А РАВНО ЕГО РЕОРГАНИЗАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.) (следовательно, законодатель приравнивал смену собственника предприятия к реорганизации! - Е.Е.)... трудовые отношения с согласия работника продолжаются; прекращение в этих случаях трудового договора (контракта) по инициативе администрации возможно только при сокращении численности или штаба работников".

Таким образом, проведенное системное, буквальное и историческое толкование ГК РФ, ТК РФ и КЗоТ РФ, думаю, позволяет сделать несколько выводов и предложений. Первый: изменение подведомственности (подчиненности) организации не тождественно реорганизации юридического лица. В этой связи предлагаю изложить часть пятую ст. 75 ТК РФ в следующей редакции: "При изменении подведомственности (подчиненности) организации трудовые отношения с согласия работника изменяются и продолжаются".

Второй: в связи с тем, что юридические лица, созданные в порядке реорганизации, полагаю, должны являться правопреемниками трудовых прав и обязанностей реорганизованных юридических лиц, предлагаю дополнить ст. 75 ТК РФ соответствующей частью следующего содержания: "При реорганизации юридического лица в формах слияния, присоединения, разделения, выделения и преобразования созданное в результате реорганизации юридическое лицо заключает трудовой договор с работниками реорганизованного юридического лица. Отказ в заключении трудового договора возможен только при сокращении численности или штата работников". Думаю, данная правовая норма также должна распространяться и на руководителя, заместителей руководителя и главного бухгалтера реорганизованного юридического лица (реорганизованных юридических лиц), поскольку согласно ч. 2 ст. 19 Конституции РФ право - равная мера для всех независимо в том числе и от должностного положения каждого. Предлагаю также дополнить часть вторую ст. 16 ТК РФ "Основания возникновения трудовых отношений" еще одним пунктом: "...реорганизации юридического лица".

§ 6. Расторжение трудового договора в случае неоднократного неисполнения работником без уважительных причин трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание (п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ)

На практике расторжение трудового договора по данному основанию традиционно называют "увольнением за систему". Поскольку расторжение трудового договора по п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ весьма популярно, постольку прежде всего необходимо попытаться ответить на вопрос о числе дисциплинарных взысканий, необходимых для расторжения трудового договора по данному основанию. Два? Три?

КЗоТ РФ ранее давал достаточно определенный ответ на данный вопрос: трудовой договор мог быть расторгнут администрацией организации в случае "систематического неисполнения работником без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором (контрактом) или правилами внутреннего трудового распорядка, ЕСЛИ К РАБОТНИКУ РАНЕЕ ПРИМЕНЯЛИСЬ МЕРЫ (выделено мной. - Е.Е.) дисциплинарного или общественного взыскания". Таким образом, КЗоТ РФ отвечал по крайней мере на два вопроса. Первый: "система - это по меньшей мере три дисциплинарных взыскания, так как к работнику, "совершившему дисциплинарный проступок", должны были ранее применить "меры" (то есть минимум две) дисциплинарного или общественного взыскания". В специальной литературе такая точка зрения была достаточно популярна <1>. Второй: предмет нарушения работника был точно указан в законе - трудовые обязанности, предусмотренные трудовым договором, и правила внутреннего трудового распорядка.

<1> См., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. С. 166.

ТК РФ в прежней редакции не давал полного ответа на эти вопросы. Во-первых, п. 5 ст. 81 ТК РФ содержал внутреннее противоречие: "...НЕОДНОКРАТНОГО НЕИСПОЛНЕНИЯ РАБОТНИКОМ БЕЗ УВАЖИТЕЛЬНЫХ ПРИЧИН ТРУДОВЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ, ЕСЛИ ОН ИМЕЕТ ДИСЦИПЛИНАРНОЕ ВЗЫСКАНИЕ" (выделено мной. - Е.Е.). Если бы после слов "трудовых обязанностей" стояла точка, то можно было бы утверждать, что "система" - это минимум три дисциплинарных проступка. На самом деле "неоднократное неисполнение работником... трудовых обязанностей" предполагает как минимум два дисциплинарных проступка. "Увольнение по соответствующим основаниям" - самостоятельный вид дисциплинарного взыскания (ст. 192 ТК РФ). Однако после слов "трудовых обязанностей" стояла не точка, а запятая и предложение продолжалось - "ЕСЛИ ОН НЕ ИМЕЕТ ДИСЦИПЛИНАРНОЕ ВЗЫСКАНИЕ" (выделено мной. - Е.Е.). Как можно было толковать данное противоречие? Рассматривать в качестве возможности,

например, за два дисциплинарных проступка накладывать одно дисциплинарное взыскание? У многих практических работников такая точка зрения была весьма популярна. Однако реализация подобной идеи на практике могла привести (и приводила) к негативным последствиям прежде всего для работодателя в суде, так как один из дисциплинарных проступков мог быть и не доказан, а работник был привлечен к дисциплинарной ответственности за два проступка.

Можно было исходить из того, что привлечение работника к дисциплинарной ответственности - это право, а не обязанность работодателя? Да, привлечение работника к дисциплинарной ответственности - это право, а не обязанность работодателя (ст. 192 ТК РФ). Вместе с тем в этом случае "неоформленное" неисполнение работником трудовых обязанностей, как подтверждает многолетняя судебная практика, не учитывалось при расторжении трудового договора по п. 5 ст. 81 ТК РФ. Может быть, это была всего лишь невнимательность, "просмотр", ошибка лингвистов, проводивших экспертизу ТК РФ? К сожалению, Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не учел критику специалистов и оставил п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ в прежней редакции.

Более того, в п. 33 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) подчеркнуто: "При разрешении споров лиц, уволенных по п. 5 ст. 81 Кодекса за неоднократное неисполнение без уважительных причин трудовых обязанностей, следует учитывать, что работодатель вправе расторгнуть трудовой договор по данному основанию при условии, что к работнику ранее было применено дисциплинарное взыскание и на момент повторного неисполнения им без уважительных причин трудовых обязанностей оно не снято и не погашено.

Применение к работнику нового дисциплинарного взыскания, в том числе и увольнение по п. 5 ст. 81 Кодекса, допустимо также, если неисполнение или ненадлежащее исполнение по вине работника возложенных на него трудовых обязанностей продолжалось, несмотря на наложение дисциплинарного взыскания" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Принимая во внимание противоречие, содержащееся в п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ, исходя из исторического, языкового и системного толкования КЗоТ РФ и ТК РФ, учитывая сложившуюся судебную практику, предлагаю п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...неисполнения работником без уважительных причин трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание".

В процессе рассмотрения трудовых споров работников, с которыми трудовой договор был расторгнут по п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ, возникает целый ряд и других вопросов. Так, нередко после привлечения работника к дисциплинарной ответственности он пишет заявление "об увольнении по собственному желанию", продолжает не исполнять или нарушать свои трудовые обязанности или правила внутреннего трудового распорядка организации. Поскольку работник до истечения срока "отработки" должен исполнять свои трудовые обязанности и соблюдать трудовую дисциплину, постольку в случае их нарушения он может быть привлечен к дисциплинарной ответственности. Такой вывод в том числе подтверждается и п. 33 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63), в соответствии с которым "необходимо иметь в виду, что работодатель вправе применить к работнику дисциплинарное взыскание и тогда, когда он до совершения проступка подал заявление о расторжении трудового договора по своей инициативе, поскольку трудовые отношения в данном случае прекращаются лишь по истечении срока предупреждения об увольнении" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Весьма часто работодатели нарушают сроки применения дисциплинарных взысканий, предусмотренные частями третьей и четвертой ст. 193 ТК РФ: "Дисциплинарное взыскание применяется НЕ ПОЗДНЕЕ ОДНОГО МЕСЯЦА СО ДНЯ ОБНАРУЖЕНИЯ ПРОСТУПКА (выделено мной. - Е.Е.), не считая времени болезни работника, пребывания его в отпуске, а также времени, необходимого на учет мнения представительного органа работников". В свою очередь согласно части четвертой ст. 193 ТК РФ "дисциплинарное взыскание НЕ МОЖЕТ БЫТЬ ПРИМЕНЕНО ПОЗДНЕЕ ШЕСТИ МЕСЯЦЕВ СО ДНЯ СОВЕРШЕНИЯ ПРОСТУПКА (выделено мной. - Е.Е.), а по результатам ревизии проверки финансово-хозяйственной деятельности или аудиторской проверки - позднее двух лет со дня его совершения. В указанные сроки не включается время производства по уголовному делу". В соответствии с языковым толкованием оценочных понятий, содержащихся

в частях третьей и четвертой ст. 81 ТК РФ, названные сроки являются пресекательными, не подлежащими восстановлению в суде по заявлению работодателя.

При рассмотрении в суде данной категории трудовых споров важное практическое значение имеет толкование спорных правовых норм Верховным Судом Российской Федерации. Так, в соответствии с п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "по делам о восстановлении на работе лиц, уволенных по п. 5 части первой ст. 81 Кодекса, на ответчике лежит обязанность представить доказательства, свидетельствующие о том, что:

1) совершенное работником нарушение, явившееся поводом к увольнению, в действительности имело место и могло являться основанием для расторжения трудового договора;

2) работодателем были соблюдены предусмотренные частями третьей и четвертой ст. 193 ТК РФ сроки для применения дисциплинарного взыскания.

При этом следует иметь в виду следующее:

а) месячный срок для наложения дисциплинарного взыскания необходимо исчислять со дня обнаружения проступка;

б) днем обнаружения проступка, с которого начинается течение месячного срока, считается день, когда лицу, которому по работе (службе) подчинен работник, стало известно о совершении проступка, независимо от того, наделено ли оно правом наложения дисциплинарных взысканий;

в) в месячный срок для применения дисциплинарного взыскания не засчитывается время болезни работника, пребывания его в отпуске, а также время, необходимое на соблюдение процедуры учета мнения представительного органа работников (часть третья ст. 193 ТК РФ); отсутствие работника на работе по иным основаниям, в том числе и в связи с использованием дней отдыха (отгулов) независимо от их продолжительности (например, при вахтовом методе организации работ), не прерывает течение указанного срока;

г) к отпуску, прерывающему течение месячного срока, следует относить все отпуска, предоставляемые работодателем в соответствии с действующим законодательством, в том числе ежегодные (основные и дополнительные) отпуска, отпуска в связи с обучением в учебных заведениях, отпуска без сохранения заработной платы" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Ранее ст. 15 КЗоТ РФ предусматривала среди существенных условий труда только специальность, квалификацию или должность работника и заработную плату. Пункт 1 ст. 432 ГК РФ более детально устанавливает: "Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение".

В ст. 57 ТК РФ в прежней редакции по межотраслевой аналогии закона законодатель вполне обоснованно установил целый ряд существенных условий трудового договора, в частности наименование должности, специальности, профессии с указанием квалификации, права и обязанности, характеристики условий труда, режим труда и отдыха, условия оплаты труда и др. Отсюда работодатель, доказывая законность и обоснованность привлечения работника к дисциплинарной ответственности, прежде всего должен был ссылаться на федеральные законы и трудовой договор, нарушенные, по его мнению, работником без уважительных причин, а не на должностные инструкции, распоряжения и т.д.

Согласно п. 1 ст. 432 ГК РФ "договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора". Поскольку надлежащее оформление трудового договора прежде всего зависит от работодателя, постольку перенесение последствий п. 1 ст. 432 ГК РФ на трудовые правоотношения могло бы привести к ограничению трудовых прав работников. В этой связи представляются вполне закономерными и обоснованными две новеллы в ст. 57 ТК РФ. Первая - замена Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ оценочного понятия "существенные условия трудового договора" на другое оценочное понятие - "обязательные условия трудового договора". Вторая - внесение изменений и дополнений в часть третью ст. 57 ТК РФ: "Если при заключении трудового договора в него не были включены какие-либо сведения и (или) условия из числа предусмотренных частями первой и второй настоящей статьи, то это не является основанием для признания трудового договора незаключенным или его расторжения". Отсюда можно сделать вывод: работник должен выполнять трудовые обязанности, предусмотренные как обязательными, так и дополнительными условиями трудового договора (части вторая и четвертая ст. 57 ТК РФ).

В соответствии с п. 35 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "при рассмотрении дела о восстановлении на работе лица, уволенного по пункту 5 части первой статьи 81 Кодекса, или об оспаривании дисциплинарного взыскания следует учитывать, что неисполнением работником без уважительных причин трудовых обязанностей является неисполнение или ненадлежащее исполнение по вине работника возложенных на него трудовых обязанностей (нарушение требований законодательства, обязательств по трудовому договору, правил внутреннего трудового распорядка, должностных инструкций, положений, приказов работодателя, технических правил и т.п.).

К таким нарушениям, в частности, относятся:

а) отсутствие работника без уважительных причин на работе либо рабочем месте.

При этом необходимо иметь в виду, что если в трудовом договоре, заключенном с работником, либо локальном нормативном акте работодателя (приказе, графике и т.п.) не оговорено конкретное рабочее место этого работника, то в случае возникновения спора по вопросу о том, где работник обязан находиться при исполнении своих трудовых обязанностей, следует исходить из того, что в силу части шестой ст. 209 Кодекса рабочим местом является место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя;

б) отказ работника без уважительных причин от выполнения трудовых обязанностей в связи с изменением в установленном порядке норм труда (ст. 162 ТК РФ), так как в силу трудового договора работник обязан выполнять определенную этим договором трудовую функцию, соблюдать действующие в организации правила внутреннего трудового распорядка (ст. 56 ТК РФ).

При этом следует иметь в виду, что отказ от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора не является нарушением трудовой дисциплины, а служит основанием для прекращения трудового договора по п. 7 части первой ст. 77 ТК РФ с соблюдением порядка, предусмотренного ст. 74 Кодекса;

в) отказ или уклонение без уважительных причин от медицинского освидетельствования работников некоторых профессий, а также отказ работника от прохождения в рабочее время специального обучения и сдачи экзаменов по охране труда, технике безопасности и правилам эксплуатации, если это является обязательным условием допуска к работе <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Нередко работодатель как по объективным, так и по субъективным причинам изменяет обязательные или дополнительные условия трудового договора. Как представляется, отказ работника от одностороннего изменения обязательных или дополнительных условий трудового договора по инициативе работодателя (например, норм труда, места работы, заработной платы, режима труда и отдыха) не является основанием для привлечения работника к дисциплинарной ответственности, в том числе для расторжения трудового договора по п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ, а является основанием для расторжения трудового договора по п. 7 части первой ст. 77 ТК РФ - "отказ работника от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора" (часть четвертая ст. 74 настоящего Кодекса).

Поскольку с работником трудовой договор расторгается в связи с неоднократным неисполнением им своих трудовых обязанностей или правил внутреннего трудового распорядка, постольку, на мой взгляд, во-первых, в приказе о расторжении трудового договора целесообразно указывать все дисциплинарные проступки, совершенные ранее работником, и дисциплинарные взыскания, наложенные работодателем; во-вторых, суд, проверяя законность и обоснованность расторжения трудового договора в результате "неоднократного неисполнения работником без уважительных причин трудовых обязанностей", полагаю, не может избежать проверки законности и обоснованности наложения каждого дисциплинарного взыскания. Некоторые практические работники, возражая против такой позиции, полагаю, весьма спорно считают: работник пропустил трехмесячный срок для обращения в суд с заявлением о снятии ранее наложенного дисциплинарного взыскания.

Данная точка зрения является весьма дискуссионной. Во-первых, с работником был расторгнут трудовой договор в связи не с однократным, а с неоднократным неисполнением без уважительных причин трудовых обязанностей, поэтому основание расторжения трудового договора и предмет спора в суде - все наложенные дисциплинарные взыскания. Во-вторых, способ защиты трудовых прав выбирает работник. По вполне понятным причинам он не обращался ранее в суд с заявлением о снятии каждого дисциплинарного взыскания отдельно. Работник выбрал другой способ защиты, предусмотренный ст. 394 ТК РФ, - восстановление на работе. О том, что его право на труд нарушено, трудовой договор был с ним расторгнут по инициативе работодателя, работник мог узнать только "со дня вручения ему копии приказа об увольнении либо со дня выдачи

трудовой книжки" (ст. 392 ТК РФ). В случае обращения в суд в течение одного месяца после этого работник не пропустил срок для обращения в суд с заявлением о восстановлении на работе.

Нельзя подтверждать неоднократное неисполнение работником трудовых обязанностей такими не предусмотренными законом мерами дисциплинарного взыскания, как штраф, лишение или уменьшение премии, льготных путевок и т.д. Статья 192 ТК РФ исчерпывающе предусматривает только три дисциплинарных взыскания: замечание, выговор и увольнение по соответствующим основаниям. Часто работодатели забывают, что "увольнение по соответствующим основаниям" - самостоятельный вид дисциплинарного взыскания. Поэтому в настоящее время, на мой взгляд, с работником может быть расторгнут трудовой договор по п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ, если к нему ранее применялись законные дисциплинарные взыскания (замечания или выговор) и он совершил еще один дисциплинарный проступок, который и послужил основанием для расторжения трудового договора с учетом ранее примененных законных не снятых и не погашенных дисциплинарных взысканий. "Если в течение года со дня применения дисциплинарного взыскания работник не будет подвергнут новому дисциплинарному взысканию, то он считается не имеющим дисциплинарного взыскания. Работодатель до истечения года со дня применения дисциплинарного взыскания имеет право снять его с работника по собственной инициативе, просьбе самого работника, ходатайству непосредственного руководителя или представительного органа работников" (ст. 194 ТК РФ).

Оплачиваемый отпуск должен предоставляться работнику ежегодно (ст. 123 ТК РФ). Только в исключительных случаях, с согласия сторон, если предоставление отпуска может неблагоприятно отразиться на нормальном ходе работы организации, допускается перенесение отпуска на следующий рабочий год (ст. 124 ТК РФ). В противном случае работодатель обязан предоставлять работнику ежегодный оплачиваемый отпуск в соответствии с графиком отпусков (ст. 123 ТК РФ). Использование работником отпуска по графику отпусков, но без приказа работодателя, на мой взгляд, не является нарушением трудовой дисциплины, так как график отпусков обязателен как для работника, так и для работодателя (часть вторая ст. 123 ТК РФ). Ежегодный оплачиваемый отпуск может быть разделен на части, а работник отозван из отпуска только по соглашению между работником и работодателем. Отказ работника прервать ежегодный оплачиваемый отпуск и приступить к работе не является нарушением трудовой дисциплины (ст. 125 ТК РФ).

Нередко работники отказываются от заключения трудового договора о полной материальной ответственности. Согласно п. 36 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "при разрешении споров, возникающих в связи с применением мер дисциплинарного взыскания к работникам, отказавшимся от заключения письменного договора о полной материальной ответственности за недостачу вверенного работникам имущества (ст. 244 ТК РФ), в случае, когда он не был одновременно заключен с трудовым договором, необходимо исходить из следующего.

Если выполнение обязанностей по обслуживанию материальных ценностей является основной трудовой функцией работника, что оговорено при приеме на работу, и в соответствии с действующим законодательством с ним может быть заключен договор о полной материальной ответственности, о чем работник знал, отказ от заключения такого договора следует рассматривать как неисполнение трудовых обязанностей со всеми вытекающими из этого последствиями.

Если же необходимость заключить договор о полной материальной ответственности возникла после заключения с работником трудового договора и обусловлена тем, что в связи с изменением действующего законодательства занимаемая им должность или выполняемая работа отнесена к перечню должностей и работ, замещаемых или выполняемых работниками, с которыми работодатель может заключать письменные договоры о полной материальной ответственности, однако работник отказывается заключить такой договор, работодатель в силу части третьей статьи 74 Кодекса обязан предложить ему другую работу, а при ее отсутствии либо отказе работника от предложенной работы трудовой договор прекращается с ним в соответствии с пунктом 7 части первой статьи 77 Кодекса (отказ работника от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

§ 7. Расторжение трудового договора в случае однократного грубого нарушения работником трудовых обязанностей (п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ)

Пункт 6 части первой ст. 81 ТК РФ включает в себя пять подпунктов: "а", "б", "в", "г", "д". В п. 38 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) обоснованно подчеркивается: "При рассмотрении дела о восстановлении на работе лица, уволенного по пункту 6 части первой статьи 81 Кодекса, работодатель обязан представить доказательства, свидетельствующие о том, что работник совершил одно из грубых нарушений трудовых обязанностей, указанных в этом пункте. При этом следует иметь в виду, что перечень грубых нарушений трудовых обязанностей, дающий основание для расторжения трудового договора с работником по п. 6 части первой статьи 81 Кодекса, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит" <1>.

<1> Там же.

Подпункт "а" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ предусматривает возможность расторжения трудового договора в случае "прогула, то есть отсутствия на рабочем месте без уважительных причин в течение всего рабочего дня (смены) независимо от его (ее) продолжительности, а также в случае отсутствия на рабочем месте без уважительных причин более четырех часов подряд в течение рабочего времени (смены)". К сожалению, в ст. 81 ТК РФ отсутствует аутентичное толкование оценочного понятия "рабочее место". В этой связи по аналогии закона, думаю, возможно обращаться к аутентичному толкованию оценочного понятия "рабочее место" в ст. 209 ТК РФ в разд. X "Охрана труда": "Рабочее место - место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя".

Необходимо подчеркнуть: ранее п. 4 части первой ст. 33 КЗоТ РФ в качестве прогула рассматривал отсутствие не на "рабочем месте", а на "работе". Отсюда всегда возникал вопрос: является ли прогулом отсутствие работника на рабочем месте, если он в этот период находился на территории организации, но не на своем рабочем месте, например в другом структурном подразделении? Многие специалисты обоснованно признавали такой дисциплинарный проступок нарушением трудовой дисциплины, но не прогулом. В связи с возникшими спорами по данному поводу законодатель уточнил свою позицию: прогул - отсутствие не в организации в целом, а на конкретном рабочем месте работника. Данное положение имеет особенное значение для организаций, имеющих обособленные подразделения (филиалы или представительства), значительное число структурных подразделений, находящихся по разным адресам; работников, выполняющих свои трудовые функции за пределами места нахождения работодателя, например юрисконсультов, курьеров, снабженцев и т.д.

При таком подходе, думаю, также не является "прогулом" и отказ работника от выполнения обязанностей, не обусловленных трудовым договором, а тем более у другого работодателя. Так, характерной ошибкой работодателей является перевод работников без их письменного согласия на работу, требующую более низкой квалификации, в порядке "необходимости" для работодателя. В случае отказа работников исполнять такие приказы и отказа от выхода на работу, как правило, трудовой договор расторгается за прогул (подп. "а" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ). Но прогул - это отсутствие работника на его рабочем месте, обусловленном трудовым договором. Вместе с тем квалифицированный работник не обязывался выполнять работу, требующую более низкой квалификации, на другом рабочем месте. Следовательно, приказ, изданный в нарушение ст. 72.2 ТК РФ, является по меньшей мере спорным, а расторжение трудового договора за "прогул" - сомнительным.

Время отдыха - время, в течение которого работник свободен от исполнения трудовых обязанностей (ст. 106 ТК РФ). Одним из видов времени отдыха является перерыв в течение рабочего дня (смены) (ст. 107 ТК РФ), который должен быть предоставлен работнику в течение рабочего дня (смены) продолжительностью не более двух часов и не менее 30 минут, не включаемый в рабочее время (ст. 108 ТК РФ). Отсюда, как правило, "более четырех часов подряд в течение рабочего дня" "не набирается" как до, так и после перерыва в течение рабочего дня (смены). Например, традиционное рабочее время в организации с 9 до 18 часов. Перерыв в течение рабочего дня (смены) с 13 до 14 часов. При такой обычной организации рабочего времени и времени отдыха "более четырех часов подряд в течение рабочего дня" работник прогулять даже теоретически не может. Отсюда обычно трудовой договор расторгается с работником за прогул как минимум в течение рабочего дня в целом. В этой связи предлагаю подп. "а" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...прогула, то есть отсутствия на рабочем месте без уважительных причин в течение рабочего дня (смены)".

С работником, явившимся на работу в трезвом состоянии и в последующем приведшим себя в состояние опьянения во время перерыва на обед и отстраненным работодателем от работы (ст. 76 ТК РФ), трудовой договор не может быть расторгнут за прогул (подп. "а" п. 6 части первой ст. 81

ТК РФ), поскольку он не отсутствовал на рабочем месте без уважительных причин более четырех часов подряд. Представляется более точным в этих случаях трудовой договор расторгать за появление на работе в состоянии алкогольного, наркотического или токсического опьянения (подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ).

Как должен поступать работодатель, если работник отсутствовал на рабочем месте без уважительных причин в течение нескольких рабочих дней? Необходимо расторгать трудовой договор последним рабочим днем? Первым нерабочим днем? "Показать" все дни прогула? Многие специалисты длительное время полагали, что "датой увольнения считается последний день работы" <1>. В этом случае возникал целый ряд вопросов: если работник "уволен" последним днем фактической работы, то должен ли он был выходить на работу в последующие дни, совершил ли прогул и являлся ли работником после "увольнения" в последний день работы?

<1> См., например: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. М.: Норма, 2004. С. 195.

Преподаватели трудового права Российской академии правосудия всегда считали необходимым отражать в приказе все дни прогула, а трудовой договор расторгать в день подписания приказа <1>. Такая позиция была воспринята законодателем, дополнившим Федеральным законом от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ часть третью ст. 84.1 ТК РФ: "Днем прекращения трудового договора во всех случаях является последний день работы работника, за исключением случаев, когда работник фактически не работал, но за ним в соответствии с настоящим Кодексом или иным федеральным законом сохранялось место работы (должность)".

<1> См., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. С. 170 - 171.

Прогул - это не "просто" отсутствие на рабочем месте, а отсутствие на рабочем месте без "уважительных причин". Как же можно толковать оценочное понятие "уважительные причины"? В частности, ответ на этот вопрос дается в п. 39 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63): "Если трудовой договор с работником расторгнут по подпункту "а" пункта 6 части первой статьи 81 ТК РФ за прогул, необходимо учитывать, что увольнение по этому основанию, в частности, может быть произведено:

а) за невыход на работу без уважительных причин, т.е. отсутствие на работе в течение всего рабочего дня (смены) независимо от продолжительности рабочего дня (смены);

б) за нахождение работника без уважительных причин более четырех часов подряд в течение рабочего дня вне пределов рабочего места;

в) за оставление без уважительной причины работы лицом, заключившим трудовой договор на неопределенный срок, без предупреждения работодателя о расторжении договора, а равно и до истечения двухнедельного срока предупреждения (часть первая ст. 80 ТК РФ);

г) за оставление без уважительной причины работы лицом, заключившим трудовой договор на определенный срок, до истечения срока договора либо до истечения срока предупреждения о досрочном расторжении трудового договора (ст. 79, часть первая ст. 80, ст. 280, часть первая ст. 292, часть первая ст. 296 ТК РФ);

д) за самовольное использование дней отгулов, а также за самовольный уход в отпуск (основной, дополнительный). При этом необходимо учитывать, что не является прогулом использование работником дней отдыха в случае, если работодатель в нарушение предусмотренной законом обязанности отказал в их предоставлении и время использования работником таких дней не зависело от усмотрения работодателя (например, отказ работнику, являющемуся донором, в предоставлении в соответствии с частью четвертой ст. 186 Кодекса дня отдыха непосредственно после каждого дня сдачи крови и ее компонентов)" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Традиционно возникает вопрос: является ли уважительной причиной для отсутствия работника на рабочем месте болезнь, не подтвержденная какими-либо медицинскими документами? Например, при отсутствии больничного листка, справки и т.д.? Судебная практика в данном вопросе достаточно стабильна: поскольку закон не предусматривает в качестве допустимых доказательств только медицинские документы (ст. 60 ГПК РФ), постольку доказательствами по данному спору могут быть любые сведения о фактах, имеющие юридическое значение и полученные из объяснений сторон, третьих лиц, показаний свидетелей, письменных и вещественных доказательств, аудио- и видеозаписей, заключений экспертов (п. 1 ст. 55 ГПК РФ). И

наоборот: подтверждение в суде факта нахождения работника в медицинском учреждении в рабочее время без необходимого оперативного медицинского вмешательства вряд ли можно рассматривать в качестве "уважительной причины" для отсутствия работника на рабочем месте. Например, с целью профилактического осмотра, протезирования зубов и т.д.

При таком толковании оценочного понятия "уважительные причины" можно сделать несколько выводов: первый - перечень "уважительных причин" является открытым; второй - "уважительные причины" можно рассматривать как объективные и субъективные обстоятельства, с неизбежностью препятствующие нахождению работника на рабочем месте. Типичные примеры: отсутствие билетов на транспорт, природные катаклизмы, смерть или тяжкая болезнь близких, разнообразные проблемы с транспортом, иные личные или семейные трагедии и т.д.

Весьма часто работодатель незаконно переводит работника на другую работу. В случае отказа работника от перевода на другую работу и продолжения выполнения трудовых обязанностей, предусмотренных трудовым договором, закономерно возникает вопрос: совершает ли работник в таких случаях прогул? Полагаю, обоснованный ответ на данный вопрос имеется в п. 40 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63): "При рассмотрении дела о восстановлении на работе лица, переведенного на другую работу и уволенного за прогул в связи с отказом приступить к ней, работодатель обязан представить доказательства, свидетельствующие о законности самого перевода (ст. 72.1, 72.2 ТК РФ). В случае признания перевода незаконным увольнение за прогул не может считаться обоснованным и работник подлежит восстановлению на прежней работе" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Иногда на практике возникает сложная ситуация: работник отсутствовал на рабочем месте без уважительных причин, но работодатель нарушил порядок расторжения трудового договора. Как должен поступать в таких случаях суд? Согласно п. 41 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "если при разрешении спора о восстановлении на работе лица, уволенного за прогул, и взыскании среднего заработка за время вынужденного прогула выясняется, что отсутствие на рабочем месте было вызвано неуважительной причиной, но работодателем нарушен порядок увольнения, суду при удовлетворении заявленных требований необходимо учитывать, что средний заработок восстановленному работнику в таких случаях может быть взыскан не с первого дня невыхода на работу, а со дня издания приказа об увольнении, поскольку только с этого времени прогул является вынужденным" <1>.

<1> Там же.

Согласно подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае "появления работника на работе (на своем рабочем месте либо на территории организации - работодателя или объекта, где по поручению работодателя работник должен выполнять трудовую функцию) в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения".

Таким образом, подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ предусматривает три различных вида опьянения: алкогольное, наркотическое и токсическое. "Алкоголь" - "одноатомный спирт... вино, спиртные напитки" <1>. "Алкоголизм... - синдром физической зависимости от алкоголя..." <2>. "Алкогольное опьянение" возникает в результате избыточного употребления спиртных напитков <3>. "Наркотик... - ЛЕКАРСТВЕННОЕ ВЕЩЕСТВО (выделено мной. - Е.Е.), оказывающее болеутоляющее и снотворное действие... В юридической терминологии под словом "наркотик" понимается обладающее наркотическим действием и запрещенное к легальному использованию вещество, употребление которого приводит к появлению зависимости от него" <4>. "Наркотическое опьянение" - результат применения в избыточной дозировке наркотиков, вызывающих возбужденное состояние и парализующих центральную нервную систему <5>. "Токсин... - ЯДОВИТОЕ ВЕЩЕСТВО (выделено мной. - Е.Е.), вырабатываемый опасными болезнетворными организмами" <6>. "Токсическое опьянение" - следствие употребления ядовитых веществ, образуемых микроорганизмами, а также выделяемых некоторыми животными и растениями <7>.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 22.

<2> Большой толковый медицинский словарь. М., 2001. Т. 1. С. 29.

<3> См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 22.

<4> Большой толковый медицинский словарь. Т. 2. С. 9.
<5> См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 391.
<6> Большой медицинский словарь. Т. 2. С. 398 - 399.
<7> См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 801.

Анализ медицинской терминологии, полагаю, позволяет сделать вывод: "алкоголь", "наркотики" и "токсины" относятся к разному классу медицинских "веществ". Отсюда вызывает сомнение формулировка подп. "б" п. 6 ст. 81 ТК РФ: "...появления на работе в состоянии алкогольного, наркотического ИЛИ ИНОГО ТОКСИЧЕСКОГО (выделено мной. - Е.Е.) опьянения".

Как представляется, алкогольное или наркотическое опьянение нельзя рассматривать в качестве "иного токсического" опьянения. С позиции медицинской терминологии п. 7 части первой ст. 33 КЗоТ РФ был изложен более корректно: "...появления на работе в нетрезвом состоянии, состоянии наркотического ИЛИ (выделено мной. - Е.Е.) токсического опьянения". В связи с изложенными правовыми и медицинскими аргументами предлагаю подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...появления на работе в состоянии алкогольного, наркотического или токсического опьянения".

Важнейшее практическое значение имеет также вопрос о допустимых доказательствах, подтверждающих алкогольное, наркотическое или токсическое опьянение. С одной стороны, в п. 42 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) обоснованно отмечается: "Состояние алкогольного либо наркотического или иного токсического опьянения может быть подтверждено как медицинским заключением, так и другими видами доказательств, которые должны быть соответственно оценены судом" <1>. Такой вывод основан на буквальном и системном толковании подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ и ст. 60 ГПК РФ, не требующих определенных средств доказывания. ("Обстоятельства дела, которые В СООТВЕТСТВИИ С ЗАКОНОМ (выделено мной. - Е.Е.) должны быть подтверждены определенными средствами доказывания, не могут подтверждаться никакими другими доказательствами" - ст. 60 ГПК РФ.) С другой стороны, на мой взгляд, с целью получения более достоверных выводов прежде всего в случаях наркотического или токсического опьянения, а также в спорных случаях алкогольного опьянения, думаю, работодателю было бы более целесообразно принимать все возможные меры для привлечения соответствующих специалистов к обследованию работников, предположительно находящихся в состоянии какого-то опьянения.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В очевидных случаях алкогольного опьянения работников, ранее неоднократно появлявшихся на работе в состоянии опьянения и возможно привлекавшихся к дисциплинарной ответственности за данные проступки, традиционно составляется акт, являющийся основанием для расторжения трудового договора. При составлении акта многие работодатели, как правило, делают одни и те же практические ошибки. Например, не указывают конкретные признаки опьянения работника. В акте должны быть перечислены все признаки опьянения, характерные для данного конкретного случая. Вместе с тем акты обычно содержат чрезмерно лапидарную формулу: "работник... находился... в состоянии алкогольного опьянения". Обычно акты подписываются непосредственными руководителями работников, находившихся в состоянии алкогольного опьянения, работниками отдела кадров, бухгалтерии, помощниками или водителями руководителя организации. В этих случаях уволенные работники, как правило, утверждают в суде о субъективности работников, подписавших акт, конфликтных отношениях с ними и т.п. В этой связи целесообразнее просить подписывать акт о нахождении работника в состоянии алкогольного опьянения граждан, не состоящих с данным работодателем в трудовых отношениях.

Важным для рассмотрения спора являются место и время нахождения работника в состоянии какого-либо опьянения. В соответствии с п. 42 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "при разрешении споров, связанных с расторжением трудового договора по подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 Кодекса (появление на работе в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения), суды должны иметь в виду, что по этому основанию могут быть уволены работники, находившиеся в рабочее время в месте выполнения трудовых обязанностей в состоянии алкогольного, наркотического или иного токсического опьянения. При этом не имеет значения, отстранялся ли работник от работы в связи с указанным состоянием.

Необходимо также учитывать, что увольнение по этому основанию может последовать и тогда, когда работник в рабочее время находился в таком состоянии не на своем рабочем месте,

но на территории данной организации либо он находился на территории объекта, где по поручению работодателя должен был выполнять трудовую функцию" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Традиционно работодатели в этой связи допускают целый ряд грубых ошибок. Например, расторжение трудового договора с работниками, действительно находившимися в состоянии какого-либо опьянения и появившимися в организации, но не в свое рабочее время (выходной день, во время нахождения в отпуске, до или после окончания рабочего времени и т.д.). Другой распространенной ошибкой является расторжение трудового договора с работниками за появление в состоянии опьянения не на работе, а по пути на работу или с работы (в том числе на транспорте работодателя), за территорией работодателя и т.д. Во всех этих случаях к дисциплинарной ответственности привлекается не работник, а гражданин. Следовательно, расторжение трудового договора является весьма спорным. При необходимости гражданин может быть привлечен к административной, а не к дисциплинарной ответственности.

Расторжение трудового договора по подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ является одной из мер дисциплинарного взыскания (ст. 192 ТК РФ), поэтому расторжение трудового договора по данному основанию возможно с соблюдением временных ограничений, предусмотренных ст. 193 ТК РФ (применяется не позднее одного месяца со дня обнаружения и шести месяцев со дня совершения дисциплинарного проступка).

Множество вопросов возникает в судебной практике и в отношении работников, фактически работающих с ненормированным рабочим временем и появившихся в этот период на работе в состоянии опьянения. Согласно ст. 91 ТК РФ "рабочее время - время, в течение которого работник в соответствии с правилами внутреннего трудового распорядка организации и условиями трудового договора должен исполнять трудовые обязанности, а также иные периоды времени, которые в соответствии с настоящим Кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации относятся к рабочему времени. Нормальная продолжительность рабочего времени не может превышать 40 часов в неделю. РАБОТОДАТЕЛЬ ОБЯЗАН ВЕСТИ УЧЕТ ВРЕМЕНИ, ФАКТИЧЕСКИ ОТРАБОТАННОГО КАЖДЫМ РАБОТНИКОМ" (выделено мной. - Е.Е.).

Отсюда можно сделать несколько выводов. Первый: рабочее время (в том числе ненормированное) - обязательное условие трудового договора (часть вторая ст. 57 ТК РФ). Второй: рабочее время, превышающее нормальную продолжительность, также должно учитываться работодателем. Более того, "ненормированный рабочий день - особый режим работы, в соответствии с которым ОТДЕЛЬНЫЕ РАБОТНИКИ (выделено мной. - Е.Е.) могут ПО РАСПОРЯЖЕНИЮ РАБОТОДАТЕЛЯ (выделено мной. - Е.Е.) при необходимости эпизодически привлекаться к выполнению своих трудовых функций за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени. ПЕРЕЧЕНЬ ДОЛЖНОСТЕЙ РАБОТНИКОВ С НЕНОРМИРОВАННЫМ РАБОЧИМ ДНЕМ УСТАНАВЛИВАЕТСЯ КОЛЛЕКТИВНЫМ ДОГОВОРОМ, СОГЛАШЕНИЕМ ИЛИ ЛОКАЛЬНЫМ НОРМАТИВНЫМ АКТОМ, ПРИНИМАЕМЫМ С УЧЕТОМ МНЕНИЯ ПРЕДСТАВИТЕЛЬНОГО ОРГАНА РАБОТНИКОВ" (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 101 ТК РФ). Работникам с ненормированным рабочим днем предоставляется ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск, продолжительность которого определяется коллективным договором или правилами внутреннего трудового распорядка и который не может быть менее трех календарных дней (часть первая ст. 119 ТК РФ).

Как правило, на практике все названные нормы ТК РФ нарушаются, работники фактически работают с ненормированным рабочим днем без надлежащего правового оформления и компенсации. Отсюда закономерно возникает вопрос: возможно ли расторгать трудовой договор по подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ с работником, появившимся на работе в состоянии опьянения во время фактического ненормированного рабочего времени, оставшегося на работе без распоряжения работодателя? Как представляется, нет, поскольку ненормированное рабочее время предполагает особый режим работы для отдельных работников, необходимость специального правового оформления и компенсации.

Подпункт "в" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ предусматривает право работодателя расторгать трудовой договор в случае разглашения охраняемой законом тайны (государственной, коммерческой, служебной и иной), ставшей известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей, в том числе разглашения персональных данных другого работника.

В соответствии с п. 43 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "в случае оспаривания работником увольнения по подп. "в" п. 6 части первой ст. 81 Кодекса работодатель обязан представить доказательства, свидетельствующие о том, что сведения, которые работник разгласил, в соответствии с действующим законодательством относятся к

государственной, служебной, коммерческой или иной охраняемой законом тайне либо к персональным данным другого работника, эти сведения стали известны работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей и он обязывался не разглашать такие сведения" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

"Тайна" - "нечто, скрываемое от других, известное не всем, секрет" <1>. С позиции теории права "тайна" - информация, имеющая действительную или потенциальную ценность в связи с ее неизвестностью иным лицам. "Государственная тайна" - "защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации" (ст. 2 Закона РФ от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне" (с последующими изменениями и дополнениями)) <2>. Статья 5 данного Закона определяет перечень сведений, составляющих государственную тайну, а ст. 21 - порядок и условия допуска должностных лиц и граждан к государственной тайне. Должностные лица и граждане, виновные в нарушении законодательства России о государственной тайне, несут уголовную, административную, гражданско-правовую и дисциплинарную ответственность (ст. 26 Закона).

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 787.

<2> Российская газета. 1993. 21 сентября.

Сведения, которые не могут составлять служебную или коммерческую тайну, определяются законом и иными правовыми актами (п. 1 ст. 139 ГК РФ). Вместе с тем ч. 3 ст. 55 Конституции РФ гарантирует: права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены не "иными правовыми актами", а только федеральными законами. В этой связи предлагаю п. 1 ст. 139 ГК РФ изложить в следующей редакции: "Сведения, которые не могут составлять служебную или коммерческую тайну, определяются настоящим Кодексом и другими федеральными законами".

Согласно ст. 3 Федерального закона от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне", принятого 9 июля 2004 г. (с последующими изменениями и дополнениями), "коммерческая тайна" - это "конфиденциальность информации, позволяющая ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду" <1>. В отличие от Закона "О государственной тайне" Федеральный закон "О коммерческой тайне" (ст. 5), наоборот, установил только сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну. В том числе к информации, которая не может составлять коммерческую тайну, закон относит сведения о численности и составе работников, системе оплаты труда, условиях труда, наличии свободных рабочих мест и т.д. Право на отнесение иной информации к сведениям, составляющим коммерческую тайну, определение перечня и состава такой информации принадлежит обладателю такой информации (ст. 4 Федерального закона "О коммерческой тайне").

<1> Российская газета. 2004. 5 августа.

Согласно ст. 11 Федерального закона "О коммерческой тайне" работодатель в целях охраны конфиденциальности информации обязан:

"1) ознакомить под расписку работника, доступ которого к информации, составляющей коммерческую тайну, необходим для выполнения им своих трудовых обязанностей, с перечнем информации, составляющей коммерческую тайну, обладателем которой является работодатель и его контрагенты;

2) ознакомить под расписку работника с установленным работодателем режимом коммерческой тайны и с мерами ответственности за его нарушение;

3) создать работнику необходимые условия для соблюдения им установленного работодателем режима коммерческой тайны" <1>.

<1> Российская газета. 2004. 5 августа.

"Персональные данные работника - информация, необходимая работодателю в связи с трудовыми отношениями и касающаяся конкретного работника" (часть первая ст. 85 ТК РФ). К сожалению, в ТК РФ, на мой взгляд, имеются и дискуссионные правовые нормы, регулирующие правоотношения, связанные с передачей персональных данных работника. Так, согласно п. 1 части первой ст. 88 ТК РФ "при передаче персональных данных работника работодатель должен соблюдать следующие требования: не сообщать персональные данные работника ТРЕТЬЕЙ СТОРОНЕ (выделено мной. - Е.Е.) без письменного согласия работника...". Вместе с тем в

соответствии с ГК РФ и ГПК РФ, думаю, более точно было бы написать в законе: "третьим лицам", т.е. иным лицам, кроме сторон трудового договора - работника и работодателя. В этой связи предлагаю изложить п. 1 части первой ст. 88 ТК РФ в следующей редакции: "...не сообщать персональные данные работника третьим лицам без письменного согласия работника...".

Вызывает определенные сомнения и п. 4 части первой ст. 88 ТК РФ, в соответствии с которым работодатель должен "осуществлять передачу персональных данных работника в пределах одной организации, у одного предпринимателя в соответствии с локальным нормативным актом, с которым работник должен быть ознакомлен под роспись". Думаю, данная правовая норма вошла в противоречие с ч. 1 ст. 24 Конституции РФ, гарантирующей, что "сбор, хранение, использование и РАСПРОСТРАНЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ О ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ ЛИЦА БЕЗ ЕГО СОГЛАСИЯ НЕ ДОПУСКАЕТСЯ" (выделено мной. - Е.Е.). В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю п. 4 части первой ст. 88 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...осуществлять использование и распространение персональных данных работника в пределах одной организации, у одного предпринимателя с письменного согласия работника".

Таким образом, системное толкование ТК РФ, ГК РФ и названных федеральных законов позволяет сделать несколько выводов. Первый: информация, отнесенная к государственной тайне, исчерпывающе устанавливается только федеральным законом, а к коммерческой и служебной тайне - обладателями информации, за исключением сведений, которые по закону не могут составлять коммерческую или служебную тайну. Поэтому прежде всего необходимо выяснить, отнесена ли компетентным органом распространенная работником информация к какой-либо тайне. Второй: работодатель обязан не сообщать кому-либо персональные данные работника без его письменного согласия, за исключением случаев, предусмотренных только федеральными законами. Третий: ознакомлен ли работник с информацией, составляющей тайну? Четвертый: созданы ли работнику все необходимые условия для соблюдения тайны? Пятый: "разгласил" ли работник тайну, т.е. совершил ли он действия или бездействие, в результате которых информация, являющаяся тайной, в любой возможной форме стала известна иным лицам без согласия обладателя информации? Шестой: предусмотрено ли сохранение тайны трудовым договором или иными обязательствами работника? Седьмой: виновен ли работник в разглашении тайны, ставшей известной ему в связи с исполнением трудовых обязанностей?

Подпункт "г" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ предусматривает право работодателя расторгать трудовой договор в случае "совершения по месту работы хищения (в том числе мелкого) чужого имущества, растраты, умышленного уничтожения или повреждения, установленных вступившим в законную силу приговором суда или постановлением судьи, органа, должностного лица, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях".

Согласно п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "при рассмотрении дел о восстановлении на работе лиц, трудовой договор с которыми расторгнут по подп. "г" п. 6 части первой ст. 81 Кодекса, суды должны учитывать, что по этому основанию могут быть уволены работники, совершившие хищение (в том числе мелкое) чужого имущества, растрату, умышленное его уничтожение или повреждение, при условии, что указанные неправомерные действия были совершены ими по месту работы и их вина установлена вступившим в законную силу приговором суда либо постановлением судьи, органа, должностного лица, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

В качестве чужого имущества следует расценивать любое имущество, не принадлежащее данному работнику, в частности имущество, принадлежащее работодателю, другим работникам, а также лицам, не являющимся работниками данной организации.

Установленный месячный срок для применения такой меры дисциплинарного взыскания исчисляется со дня вступления в законную силу приговора суда либо постановления судьи, органа, должностного лица, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Под хищением в УК РФ понимаются "совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества" (ст. 158 УК РФ). В ст. 7.27 Кодекса Российской Федерации "Об административных правонарушениях" дается аутентичное толкование законодателем оценочного понятия "мелкое хищение": "Хищение чужого имущества признается мелким, если стоимость похищенного имущества не превышает один минимальный размер оплаты труда, установленный законодательством Российской Федерации".

Согласно названной статье мелкое хищение чужого имущества может быть произведено путем кражи, мошенничества, присвоения или растраты. Административная ответственность за

уничтожение или повреждение чужого имущества предусмотрена ст. 7.17 Кодекса Российской Федерации "Об административных правонарушениях". Под повреждением чужого имущества традиционно понимается причинение имуществу восполнимого вреда; под уничтожением - исключение его из пользования по функциональному назначению. Умышленное уничтожение или повреждение чужого имущества, если эти деяния повлекли причинение значительного ущерба, те же действия, совершенные из хулиганских побуждений путем поджога, взрыва или иным общеопасным способом либо повлекшие по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия, влекут за собой уголовную ответственность (ст. 167 УК РФ).

Дела об административных правонарушениях, в частности, предусмотренных ст. 7.17 "Уничтожение или повреждение чужого имущества", а также ст. 7.27 "Мелкое хищение", относятся к компетенции судей (ст. 23.1 "Судьи" Кодекса Российской Федерации "Об административных правонарушениях"). Такая позиция законодателя соответствует ч. 3 ст. 35 Конституции РФ, предусматривающей, что "никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда". Действительно, "имущество" - это родовое понятие, в том числе "деньги" (ст. 128 ГК РФ); ст. 7.17 и 7.27 Кодекса РФ "Об административных правонарушениях" предусматривают возможность наложения административного штрафа, т.е. принудительного лишения имущества, возможного только по решению суда.

В связи с изложенным предлагаю подп. "г" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...совершения по месту работы хищения (в том числе мелкого) чужого имущества, растраты, умышленного его уничтожения или повреждения, установленных вступившими в законную силу приговором или постановлением суда".

Возможно ли расторжение трудового договора по данному основанию за хищение чужого имущества, растрату, умышленное его уничтожение или повреждение не по месту работы? Например, в магазине, на складе другой организации и т.п.? Думаю, буквальное и языковое толкование подп. "г" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ позволяет дать точный ответ. Данная правовая норма предусматривает право "работодателя" расторгать "трудовой договор" с "работником" за "совершение по месту работы...". Кроме того, "увольнение по соответствующим основаниям" является одним из видов дисциплинарных взысканий, которые возможно применять "за совершение дисциплинарного проступка, то есть НЕИСПОЛНЕНИЕ ИЛИ НЕНАДЛЕЖАЩЕЕ ИСПОЛНЕНИЕ РАБОТНИКОМ ПО ЕГО ВИНЕ ВОЗЛОЖЕННЫХ НА НЕГО ТРУДОВЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ" (выделено мной. - Е.Е.) (часть первая ст. 192 ТК РФ).

Думаю, данный вывод по существу подтверждает и буквальное толкование части третьей ст. 192 ТК РФ: "К дисциплинарным взысканиям, в частности, относится увольнение работника по основаниям, предусмотренным пунктами... 6... части первой ст. 81 ТК РФ... когда виновные действия, дающие основания для утраты доверия... совершены работником по месту работы и в связи с исполнением им трудовых обязанностей".

Таким образом, системное и буквальное толкование Конституции РФ, УК РФ, ТК РФ и КоАП РФ, на мой взгляд, позволяет сделать следующие выводы. Первый: совершение работником по месту работы хищения (в том числе мелкого) чужого имущества, растраты, умышленное его уничтожение или повреждение могут быть установлены только вступившим в законную силу приговором или постановлением суда. На практике достаточно часто факт хищения ошибочно пытаются доказывать в суде актами, свидетельскими показаниями, докладными записками и т.д. Второй: трудовой договор может быть расторгнут по подп. "г" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ только за хищение (в том числе мелкое) чужого имущества, растрату, умышленное его уничтожение или повреждение только по месту работы. Третий: чужое имущество - это имущество, принадлежащее другим лицам.

Подпункт "д" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ предусматривает право работодателя расторгать трудовой договор в случае "установленного комиссией по охране труда или уполномоченным по охране труда нарушения работником требований охраны труда, если это нарушение повлекло за собой тяжкие последствия (несчастный случай на производстве, аварию, катастрофу) либо заведомо создавало реальную угрозу наступления таких последствий".

Регулирование трудовых отношений, связанных с охраной труда, производится правовыми нормами, содержащимися в разд. X "Охрана труда" ТК РФ и в других нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права. "Охрана труда - система сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающая в себя правовые, социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия" (ст. 209 ТК РФ). В соответствии с частью первой ст. 211 ТК РФ "государственными нормативными требованиями охраны труда, содержащимися в федеральных законах и иных нормативных правовых актах Российской Федерации и законах и иных нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации, устанавливаются правила, процедуры и критерии, направленные на сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности".

Вместе с тем права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом, в частности, лишь в целях защиты здоровья, а также прав и законных интересов других лиц (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ). В соответствии с Конституцией РФ и учитывая особую важность регулируемых трудовых отношений, предлагаю часть первую ст. 211 ТК РФ изложить в следующей редакции: "Государственными нормативными требованиями охраны труда, содержащимися в настоящем Кодексе и иных федеральных законах, устанавливаются правила, процедуры и критерии, направленные на сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности".

Подпункт "д" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ сформулирован в виде абсолютно определенной правовой нормы, содержащей исчерпывающий перечень "тяжких последствий": "несчастный случай на производстве, авария, катастрофа". Как представляется, на практике могут происходить и другие правонарушения, влекущие за собой "тяжкие последствия". Поэтому правовая норма должна быть сформулирована не как абсолютно определенная, а как относительно определенная. В связи с изложенными аргументами предлагаю подп. "д" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...нарушения работником требований по охране труда, установленных настоящим Кодексом и другими федеральными законами, если это повлекло за собой тяжкие последствия, например несчастный случай на производстве, аварию, катастрофу, либо заведомо создавало реальную угрозу наступления таких последствий".

§ 8. Расторжение трудового договора в случае совершения виновных действий работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основания для утраты доверия к нему со стороны работодателя (п. 7 части первой ст. 81 ТК РФ)

В судах весьма часто возникают трудовые споры работников с работодателями в связи с расторжением трудового договора по п. 7 части первой ст. 81 ТК РФ. Возможно, главный вопрос по данной категории трудовых споров: работники - субъекты трудовых правоотношений по п. 7 части первой ст. 81 ТК РФ? Согласно п. 45 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "судам необходимо иметь в виду, что расторжение трудового договора с работником по п. 7 части первой ст. 81 Кодекса в связи с утратой доверия возможно только в отношении работников, непосредственно обслуживающих денежные или товарные ценности (прием, хранение, транспортировка, распределение и т.п.), и при условии, что ими совершены такие виновные действия, которые давали работодателю основание для утраты доверия к ним" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Например, типичной ошибкой работодателей является расторжение трудового договора по данному основанию с прорабами, мастерами, бригадирами, руководителями отделов, работниками, получившими для выполнения своих трудовых функций какие-либо материальные ценности (например, компьютер), товароведами, главными бухгалтерами, водителями и т.д. С другой стороны, среди работников, действительно непосредственно обслуживающих денежные или товарные ценности, можно прежде всего назвать кладовщиков, нотариусов, заправщиков нефтебаз, продавцов, кассиров, заведующих складами и т.д.

Прежде всего трудовой договор может быть расторгнут по данному основанию с работниками, с которыми заключен (или должен быть заключен) договор об индивидуальной или коллективной материальной ответственности. Специальные перечни должностей и работ, замещаемых или выполняемых работниками, с которыми могут заключаться такие договоры, ранее были утверждены Постановлениями Госкомтруда СССР и ВЦСПС от 28 декабря 1977 г. (об индивидуальной ответственности) <1> и от 14 сентября 1981 г. (о коллективной ответственности) <2>. В настоящее время действует Постановление Министерства труда и социального развития Российской Федерации от 31 декабря 2002 г. N 85 "Об утверждении Перечней должностей и работ, замещаемых или выполняемых работниками, с которыми работодатель может заключать письменные договоры о полной индивидуальной или коллективной (бригадной) материальной ответственности, а также типовых форм договоров о полной материальной ответственности" <3>. В то же время, как представляется, по данному основанию трудовой договор может быть расторгнут и с другими работниками, с которыми не заключаются письменные договоры об индивидуальной или коллективной материальной ответственности, но непосредственно по роду своей работы фактически обслуживающими денежные или товарные ценности.

<1> Бюллетень Госкомтруда СССР. 1978. N 4.
<2> Бюллетень Госкомтруда СССР. 1982. N 1.
<3> Российская газета. 2003. 8 февраля.

Важен и другой вопрос: возможно ли расторжение трудового договора по данному основанию за совершение виновных действий работником, например кражи, мошенничества, грабежа, иных корыстных преступлений против собственности, если совершенные преступления не связаны с работой? Судебная практика на протяжении длительного времени в целом сводится к возможности расторжения трудового договора в данных случаях <1>.

<1> См., например: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. N 3. С. 9.

Такая правовая позиция нашла свое закрепление и в п. 45 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63): "При установлении в предусмотренном законом порядке факта совершения хищения, взяточничества и иных корыстных правонарушений эти работники могут быть уволены по основанию утраты к ним доверия и В ТОМ СЛУЧАЕ, КОГДА УКАЗАННЫЕ ДЕЙСТВИЯ НЕ СВЯЗАНЫ С ИХ РАБОТОЙ" <1> (выделено мной. - Е.Е.).

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Вместе с тем в специальной литературе длительное время высказывается и другая точка зрения <1>. Действительно, с одной стороны, лицо, непосредственно обслуживающее денежные или товарные ценности, совершило виновные действия, которые могут дать основания для утраты доверия к нему со стороны работодателя. Однако, с другой стороны, во-первых, п. 7 части первой ст. 81 ТК РФ предусматривает "дисциплинарную ответственность" "работника" перед "работодателем". Следовательно, регулирует лишь трудовые, а не уголовно-правовые или административные правоотношения. Во-вторых, "увольнение по соответствующим основаниям" является одним из видов дисциплинарных взысканий "за совершение дисциплинарного проступка, то есть НЕИСПОЛНЕНИЕ ИЛИ НЕНАДЛЕЖАЩЕЕ ИСПОЛНЕНИЕ РАБОТНИКОМ ПО ЕГО ВИНЕ ВОЗЛОЖЕННЫХ НА НЕГО ТРУДОВЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ" (выделено мной. - Е.Е.) (часть первая ст. 192 ТК РФ). В-третьих, за совершенные уголовные преступления к виновному гражданину может быть применено наказание (в качестве основного или дополнительного) в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст. 44, 45 УК РФ). В случае осуждения работника к наказанию, исключающему продолжение прежней работы, в соответствии с приговором суда, вступившим в законную силу, трудовой договор прекращается по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (п. 4 части первой ст. 83 ТК РФ).

<1> См., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. С. 181.

В соответствии с системным и буквальным толкованием УК РФ и ТК РФ предлагаю п. 7 части первой ст. 81 ТК РФ изложить в следующей редакции: "...совершения по месту работы виновных действий работником, обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основание для утраты доверия к нему со стороны работодателя".

Необходимо также подчеркнуть: только совершение виновных действий работника может являться основанием для расторжения трудового договора по данному основанию. Например, сложилась устойчивая судебная практика, связанная с незаконной работой водителей такси: умышленное взимание водителем такси платы с нарушением порядка и размера, установленных правилами пользования легковыми таксомоторами, может служить причиной утраты доверия работодателя к работнику.

В то же время характерная ошибка работодателей в этой связи состоит лишь в установлении факта, например, недостачи или отсутствия на складе каких-либо материальных ценностей. В этих случаях суд всегда должен выяснять причину недостачи или отсутствия материальных ценностей. Нередко подлинной причиной недостачи каких-либо материальных ценностей является вина не работника, а работодателя, не обеспечившего необходимые условия для сохранности материальных ценностей. Так, достаточно часто должностные лица работодателя приказывают заведующим складами принимать материальные ценности, несмотря на то что в организации или у индивидуального предпринимателя отсутствуют необходимые условия для размещения и охраны материальных ценностей. Другой типичной ошибкой работодателей является расторжение трудового договора по данному основанию с работниками, несущими коллективную (бригадную) материальную ответственность, поскольку вина конкретного работника в причинении ущерба, как

правило, не устанавливается. Характерна редакция части четвертой ст. 245 ТК РФ: "При добровольном возмещении ущерба степень вины каждого члена коллектива (бригады) определяется по соглашению между всеми членами коллектива (бригады) и работодателем. При взыскании ущерба в судебном порядке СТЕПЕНЬ ВИНЫ КАЖДОГО ЧЛЕНА КОЛЛЕКТИВА (БРИГАДЫ) ОПРЕДЕЛЯЕТСЯ СУДОМ" (выделено мной. - Е.Е.).

Пункт 7 части первой ст. 81 ТК РФ регулирует только строго установленные трудовые правоотношения с работниками, непосредственно обслуживающими денежные или товарные ценности. Поэтому, например, с заведующим складом, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, но не совершившим виновных действий, дающих основание для утраты доверия к нему со стороны работодателя, а, например, появившимся на работе в состоянии алкогольного, наркотического или токсического опьянения, трудовой договор может быть расторгнут по подп. "б" п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ.

§ 9. Расторжение трудового договора в случае совершения работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы (п. 8 части первой ст. 81 ТК РФ)

Как представляется, вопрос о субъекте данных трудовых правоотношений является важнейшим. В соответствии с п. 46 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "при рассмотрении дел о восстановлении на работе лиц, трудовой договор с которыми прекращен в связи с совершением ими аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы (п. 8 части первой ст. 81 ТК РФ), судам следует исходить из того, что по этому основанию допускается увольнение только тех работников, которые занимаются воспитательной деятельностью, например учителей, преподавателей учебных заведений, мастеров производственного обучения, воспитателей детских учреждений, и независимо от того, где совершен аморальный проступок: по месту работы или в быту" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

С целью более детального уточнения перечня работников, выполняющих воспитательные функции, необходимо обращаться к двум специальным Законам: "Об образовании" и "О высшем и послевузовском профессиональном образовании". В соответствии с преамбулой Закона РФ от 10 июля 1992 г. N 3266-1 "Об образовании" (с последующими изменениями и дополнениями) "под образованием... понимается целенаправленный процесс воспитания и обучения в интересах человека, общества, государства, сопровождающийся констатацией достижения гражданином (обучающимся) установленных государством образовательных уровней (образовательных цензов)" <1>. Образовательные уровни устанавливаются образовательными программами. В России образовательные программы подразделяются на:

<1> Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 30. Ст. 1797.

"1) общеобразовательные (основные и дополнительные);
2) профессиональные (основные и дополнительные)...
К общеобразовательным относятся программы:
1) дошкольного образования;
2) начального общего образования;
3) основного общего образования;
4) среднего (полного) общего образования...
К профессиональным относятся программы:
1) начального профессионального образования;
2) среднего профессионального образования;
3) высшего профессионального образования;
4) послевузовского профессионального образования" (ст. 9 Закона РФ "Об образовании").

В этой связи можно сделать вывод о том, что к работникам, выполняющим воспитательные функции, можно относить воспитателей детских яслей и садов, преподавателей школ, колледжей, вузов и т.д., т.е. не всех работников данных учреждений, а только тех, кто непосредственно занимается воспитанием обучаемых.

Такой вывод в том числе подтверждается и ст. 20 Федерального закона от 22 августа 1996 г. N 125-ФЗ "О высшем и послевузовском профессиональном образовании", в соответствии с

которой "в высших учебных заведениях предусматриваются должности научно-педагогического (профессорско-преподавательский состав, научные работники), инженерно-технического, административно-хозяйственного, производственного, учебно-вспомогательного и иного персонала. К профессорско-преподавательским относятся должности декана факультета, заведующего кафедрой, профессора, доцента, старшего преподавателя, преподавателя, ассистента" <1>.

<1> Российская газета. 1996. 29 августа.

В этой связи с работниками, не связанными с воспитанием обучаемых, например инженерно-техническим, административно-хозяйственным, производственным и иным персоналом (инженерами, экономистами, бухгалтерами, администраторами, уборщицами, дворниками, водителями, грузчиками, рабочими и т.д.), трудовой договор может быть расторгнут только на общих основаниях.

Следует также подчеркнуть, что "воспитание" значительно шире по своему объему, нежели "образование". "Воспитание - это целенаправленное развитие человека, включающее освоение культуры, ценностей и норм общества. Осуществляется через образование, а также организацию жизнедеятельности определенных общностей (выделено мной. - Е.Е.). В воспитании взаимодействуют личность, семья, государство и общественные институты, учебно-воспитательные заведения, средства массовой информации, коммуникации, религиозные институты, общественные организации и др." <1>. Отсюда, полагаю, к работникам, выполняющим воспитательные функции, можно в том числе отнести и воспитателей в общежитиях, специалистов, руководящих кружками, секциями и т.д.

<1> Большой энциклопедический словарь. М., 1998. С. 227.

С работниками, выполняющими воспитательные функции, трудовой договор может быть расторгнут за совершение "аморального проступка". Как можно толковать данное оценочное понятие? "Аморализм" - это "отрицание моральных устоев и общепринятых норм поведения в обществе, нигилистическое отношение ко всяким нравственным принципам" <1>. Так, в соответствии со ст. 56 Закона РФ "Об образовании" помимо оснований прекращения трудового договора по инициативе администрации, предусмотренного законодательством Российской Федерации о труде, основаниями для увольнения педагогического работника образовательного учреждения по инициативе администрации этого образовательного учреждения до истечения срока действия трудового договора является "применение, в том числе однократное, методов воспитания, связанных с физическим и (или) психическим насилием над личностью обучающегося, воспитанника".

<1> Там же. С. 45.

В судебной практике "аморальный проступок", как правило, выражается в физическом или психическом воздействии работника на обучающегося, воспитанника (побои, удар рукой или каким-либо предметом, например линейкой, указкой и т.п.); нецензурной брани, издевательстве, оскорбительном приставании, побуждении к вступлению в половую связь, демонстрации порнографических фильмов, фотографий и т.д.

В соответствии с п. 47 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "если виновные действия, дающие основание для утраты доверия, либо аморальный проступок совершены работником по месту работы и в связи с исполнением им трудовых обязанностей, то такой работник может быть уволен с работы (соответственно по п. 7 или 8 части первой ст. 81 ТК РФ) при условии соблюдения порядка применения дисциплинарных взысканий, установленного ст. 193 Кодекса" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

Традиционно трудовой договор с работником, выполняющим воспитательные функции, расторгается как в случае совершения аморального проступка по месту работы, так и за пределами места нахождения работодателя <1>.

<1> См., например: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. N 3. С. 9.

Вместе с тем ряд специалистов на протяжении длительного времени не разделяли данную точку зрения <1>. Во-первых, п. 8 части первой ст. 81 ТК РФ регулирует только специфические трудовые отношения между "работодателем" и "работником". Аморальный проступок, совершенный лицом в "быту", не может регулироваться трудовым правом, поскольку данные правоотношения не являются трудовыми. Во-вторых, "увольнение по соответствующим основаниям" - разновидность дисциплинарного взыскания, наложение которого возможно "за совершение дисциплинарного проступка, то есть неисполнение или ненадлежащее исполнение работником по его вине возложенных на него трудовых обязанностей" (выделено мной. - Е.Е.) (ст. 192 ТК РФ). В-третьих, за совершение аморальных проступков в "быту" гражданин может быть привлечен как к административной ответственности (например, по ст. 20.1 "Мелкое хулиганство", ст. 20.21 "Появление в общественных местах в состоянии опьянения" КоАП РФ), так и к уголовной ответственности (в частности, по ст. 116 "Побои", ст. 117 "Истязание", ст. 129 "Клевета", ст. 130 "Оскорбление", ст. 135 "Развратные действия", ст. 151 "Вовлечение несовершеннолетнего в совершение антиобщественных действий", ст. 213 "Хулиганство" УК РФ и т.д.).

<1> См., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. С. 185 - 186.

В связи с указанными правовыми аргументами предлагаю изложить п. 8 части первой ст. 81 ТК РФ в следующей редакции: "...совершение работником, выполняющим воспитательные функции, по месту работы аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы".

§ 10. Расторжение трудового договора в случае принятия необоснованного решения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями и главным бухгалтером, повлекшего за собой нарушение сохранности имущества, неправомерное его использование или иной ущерб имуществу организации (п. 9 части первой ст. 81 ТК РФ)

В правотворческой и правоприменительной практике, на мой взгляд, типичной ошибкой является расширительное толкование оценочного понятия "обособленные подразделения". Например, в части пятой ст. 70 ТК РФ записано: "Срок испытания не может превышать трех месяцев, а для руководителей организаций и их заместителей, главных бухгалтеров и их заместителей, руководителей филиалов, представительств и ИНЫХ ОБОСОБЛЕННЫХ СТРУКТУРНЫХ ПОДРАЗДЕЛЕНИЙ ОРГАНИЗАЦИИ (выделено мной. - Е.Е.) - шести месяцев...". Аналогичная правовая норма также имеется и в части четвертой ст. 81 ТК РФ.

Вместе с тем в соответствии со ст. 54 и 55 ГК РФ, во-первых, существуют два вида подразделений: обособленные подразделения (находятся за пределами места нахождения организации) и структурные подразделения (располагаются в пределах места нахождения организации). Во-вторых, "обособленные подразделения" создаются только в виде филиалов и (или) представительств, образование "иных" обособленных подразделений ГК РФ не предусмотрено. Вместе с тем на практике многие работодатели незаконно создают "иные" обособленные подразделения: "центры", "узлы связи", "филиалы филиалов" и т.д.

На практике постоянно возникает вопрос: что означает оценочное понятие "обособленное подразделение"? Согласно п. 2 ст. 54 ГК РФ "место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное". Отсюда "обособленное подразделение" организации - это подразделение, находящееся за пределами населенного пункта, в котором зарегистрировано юридическое лицо, если в соответствии с законом в учредительных документах юридического лица не установлено иное. Значит, в пределах населенного пункта, где зарегистрировано юридическое лицо, могут находиться только структурные подразделения организации, непосредственные руководители которых не являются субъектами (п. 9 части первой ст. 81 ТК РФ).

В организациях, имеющих обособленные подразделения юридического лица, в штатные расписания традиционно вводятся как должность "главного бухгалтера" организации, так и должности "главных бухгалтеров обособленных подразделений юридических лиц - филиалов или представительств". С позиции буквального толкования п. 9 части первой ст. 81 ТК РФ по данному основанию трудовой договор может быть расторгнут только с главным бухгалтером организации.

Требует своего толкования (уяснения для себя и разъяснения для других) и оценочное понятие "неправомерное использование". Статья 5 ТК РФ "Трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы права трудового права" не содержит в себе всех источников трудового права в России. Как минимум в их числе необходимо назвать и Конституцию РФ, международное

трудовое право и т.д. При таком подходе, думаю, "неправомерное использование" имущества организации можно рассматривать как использование имущества юридического лица с нарушением как "позитивного", так и "естественного" трудового права в России. Как представляется, такой вывод может быть основан и на ст. 18 Конституции РФ: "Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение закона, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием".

Множество теоретических и практических вопросов возникает у специалистов в связи с злоупотреблением физическими и юридическими лицами своими правами, шиканой. Например, руководитель юридического лица может принять на первый взгляд формально "законное" решение о внесении имущества организации в качестве вклада в уставный капитал юридического лица, которое в результате может привести организацию-учредителя к банкротству. В соответствии со ст. 10 ГК РФ "не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах". В связи с актуальностью проблемы злоупотребления правом (в том числе трудовым правом) в п. 27 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) обоснованно подчеркнуто: "При рассмотрении дел о восстановлении на работе следует иметь в виду, что ПРИ РЕАЛИЗАЦИИ ГАРАНТИЙ, ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫХ КОДЕКСОМ РАБОТНИКАМ В СЛУЧАЕ РАСТОРЖЕНИЯ С НИМИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА, ДОЛЖЕН СОБЛЮДАТЬСЯ ОБЩЕПРАВОВОЙ ПРИНЦИП НЕДОПУСТИМОСТИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ (выделено мной. - Е.Е.), в том числе и со стороны самих работников" <1>. Такое толкование ТК РФ основано на выводах общей теории права и ч. 3 ст. 17 Конституции РФ, в соответствии с которой "осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц".

<1> Российская газета. 2004. 8 апреля.

Думаю, важнейший вопрос, который предстоит разрешать в суде в процессе рассмотрения данной категории трудовых споров, - толкование оценочного понятия "необоснованное решение". В соответствии с п. 48 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "судам следует иметь в виду, что расторжение трудового договора по п. 9 части первой ст. 81 Кодекса допустимо лишь в отношении руководителей организации (филиала, представительства), его заместителей и главного бухгалтера и при условии, что ими было принято необоснованное решение, которое повлекло за собой нарушение сохранности имущества, неправомерное его использование или иной ущерб имуществу организации.

Решая вопрос о том, являлось ли принятое решение необоснованным, необходимо учитывать, наступили ли названные неблагоприятные последствия именно в результате принятия этого решения и можно ли было их избежать в случае принятия другого решения. При этом если ответчик не представит доказательства, подтверждающие наступление неблагоприятных последствий, указанных в п. 9 части первой ст. 81 Кодекса, увольнение по данному основанию не может быть признано законным" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

С позиции языкового толкования оценочного понятия "обоснованный" - "ПОДТВЕРЖДЕННЫЙ ФАКТАМИ (выделено мной. - Е.Е.), серьезными доводами, убедительный" <1>. Отсюда соответственно можно сделать вывод: под "необоснованным решением можно понимать действия (бездействие) должностных лиц, не подтвержденные фактическими объективными обстоятельствами (фактами), серьезными доводами, аргументами, недостаточно убедительные с позиции необходимости их совершения и действительных целей организации, повлекшие за собой нарушение сохранности имущества юридического лица. Например, совершение формально-юридически правомерных действий по охране имущества юридического лица, но не убедительных, не продуманных в достаточной мере, в результате приведших к нарушению сохранности имущества, иному ущербу организации.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 435.

Вместе с тем часть первая ст. 46 Конституции РФ гарантирует каждому судебную защиту только его прав и свобод. Согласно ст. 131 ГПК РФ суд защищает только "права" и "защищаемые

законом интересы". Заявитель, обращаясь в суд, должен указать в исковом заявлении закон, нарушенный ответчиком (ст. 131 ГПК РФ). Отсюда системное толкование Конституции РФ и ГПК РФ, на мой взгляд, позволяет сделать вывод: с указанными в п. 9 части первой ст. 81 ТК РФ работниками трудовой договор может быть расторгнут не за принятие "необоснованного", "неубедительного" решения, "не подтвержденного фактами" (полагаю, в подобных случаях вправе принимать решение только вышестоящий орган управления), а за принятие решения с нарушением трудового права в России.

Кроме того, в части первой ст. 81 ТК РФ имеется п. 10, в соответствии с которым трудовой договор может быть расторгнут с работодателем в случае "однократного грубого нарушения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей".

На мой взгляд, принятие руководителем организации (филиала, представительства) его заместителями "необоснованного решения" является разновидностью "однократного грубого нарушения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей". В этой связи предлагаю изложить п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ в следующей редакции: "...однократного грубого виновного нарушения руководителем организации, его заместителями, главным бухгалтером; директорами обособленных подразделений, филиалов и (или) представительств, их заместителями, главными бухгалтерами своих трудовых обязанностей".

§ 11. Расторжение трудового договора в случае однократного грубого нарушения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей (п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ)

Прежде всего на практике возникает вопрос о субъектах трудовых правоотношений, с которыми трудовой договор может быть расторгнут по п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ. Пункт 1 части первой ст. 254 КЗоТ РФ ранее весьма спорно с позиции ГК РФ предусматривал, что "помимо оснований, предусмотренных в статьях 29 и 33 настоящего Кодекса, трудовой договор (контракт) некоторых категорий работников может быть прекращен в случаях: 1) однократного грубого нарушения трудовых обязанностей руководителем предприятия, учреждения, организации (филиала, представительства, отделения и другого обособленного подразделения) и его заместителями". Пункт 10 части первой ст. 81 ТК РФ в прежней редакции был сформулирован с позиции ГК РФ более точно: трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае "однократного грубого нарушения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей". Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не изменил редакцию п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ.

В соответствии с п. 49 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "исходя из содержания п. 10 части первой ст. 81 Кодекса руководители других структурных подразделений организации и их заместители, а также главный бухгалтер организации не могут быть уволены по этому основанию. Однако трудовой договор с такими работниками может быть расторгнут за однократное грубое нарушение ими своих трудовых обязанностей по п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ, если совершенные ими деяния подпадают под перечень грубых нарушений, указанных в подпунктах "а" - "д" п. 6 части первой ст. 81 Кодекса, либо в иных случаях, если это предусмотрено федеральными законами" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В то же время, на мой взгляд, п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ требует определенных уточнений с целью "снятия" спора о работниках - субъектах трудовых правоотношений, с которыми трудовой договор может быть расторгнут по п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ. Во-первых, с учетом предложения о признании утратившим силу п. 9 части первой ст. 81 ТК РФ считаю необходимым дополнить перечень работников в п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ главными бухгалтерами организаций, их филиалов и представительств. Во-вторых, редакционно более точно сформулировать правовую норму в отношении заместителей директоров филиалов и представительств. Действующая правовая норма оставляет определенные сомнения.

Множество споров на практике вызывает также и толкование оценочного понятия "грубое нарушение". Согласно п. 49 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63) "работодатель вправе расторгнуть трудовой договор по п. 10 части первой

ст. 81 Кодекса с руководителем организации (филиала, представительства) или его заместителями, если ими было допущено однократное грубое нарушение своих трудовых обязанностей.

Вопрос о том, являлось ли допущенное нарушение грубым, решается судом с учетом конкретных обстоятельств каждого дела. При этом обязанность доказать, что такое нарушение в действительности имело место и носило грубый характер, лежит на работодателе.

В качестве грубого нарушения трудовых обязанностей руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями следует, в частности, расценивать неисполнение возложенных на этих лиц трудовым договором обязанностей, которое могло повлечь причинение вреда здоровью работников либо причинение имущественного ущерба организации" <1>.

<1> Там же.

С позиции языкового толкования "грубый" (об ошибке, нарушении чего-нибудь) - "серьезный, немаловажный" <1>. Отсюда, на мой взгляд, оценивая грубость нарушения указанными категориями работников трудовых обязанностей, прежде всего необходимо учитывать не характер, субъект или объект правонарушения, а степень, последствия нарушения соответствующими категориями работников своих трудовых обязанностей.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 147.

Наконец, указанные в п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ работники, как правило, выполняют не только "свои" трудовые обязанности, но и иные обязанности, не предусмотренные трудовым договором, нормативными правовыми актами или локальными нормативными актами. Многие должностные инструкции работников заканчиваются лаконичной формулой: "и иные обязанности...". Необходимо подчеркнуть: трудовые обязанности работника согласно части второй ст. 57 ТК РФ - обязательное условие трудового договора. Следовательно, невыполнение "иных обязанностей" не может быть основанием для расторжения трудового договора по п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ.

§ 12. Расторжение трудового договора в случае предоставления работником работодателю подложных документов при заключении трудового договора (п. 11 части первой ст. 81 ТК РФ)

В соответствии с п. 11 части первой ст. 81 ТК РФ в прежней редакции трудовой договор мог быть расторгнут работодателем в случае "предоставления работником работодателю подложных документов или заведомо ложных сведений при заключении трудового договора". Данное основание расторжения трудового договора вызывало у научных и практических работников целый ряд вопросов. Например, первый: почему предоставление работником работодателю подложных документов являлось только возможным, но не обязательным основанием расторжения трудового договора? Разве работник, предоставивший работодателю подложные документы, был вправе и далее продолжать работать? Второй: можно ли было рассматривать предоставление работником подложных документов при заключении трудового договора как основание для расторжения трудового договора именно по инициативе работодателя? Возможно, в этих случаях более точно было расторгать трудовой договор по обстоятельствам, не зависящим от воли работодателя? Третий: как можно было толковать в процессе судебного правоприменения оценочное понятие "заведомо ложные сведения"? В специальной литературе ранее на это обращалось внимание законодателя <1>.

<1> См., например: Ершова Е.А. Теоретические и практические проблемы трудового права. С. 192.

К сожалению, Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ воспринял критику специалистов лишь частично. Действующая редакция п. 11 части первой ст. 81 ТК РФ установила: трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае "предоставления работником работодателю подложных документов при заключении трудового договора".

Весьма характерным представляется и толкование п. 11 части первой ст. 81 ТК РФ и п. 51 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63): "В силу пункта 11 части первой ст. 77 и ст. 84 ТК РФ трудовой договор может быть

прекращен вследствие нарушения установленных Трудовым кодексом РФ или иными федеральными законами правил заключения трудового договора, если нарушение этих правил исключает возможность продолжения работы и работник не может быть переведен с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу.

При этом необходимо учитывать, что если правила заключения трудового договора были нарушены по вине самого работника вследствие предоставления им подложных документов, то трудовой договор с таким работником расторгается по пункту 11 части первой ст. 81 Кодекса, а не по пункту 11 части первой ст. 77 Кодекса" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

С позиции языкового толкования "подложный документ" - "фальшивый" <1>, "поддельный, ненастоящий" <2>. Подделка удостоверения или иного официального документа, предоставляющего права или освобождающего от обязанностей, в целях его использования либо сбыт такого документа, а равно изготовление в тех же целях или сбыт поддельных государственных наград Российской Федерации, РСФСР, СССР, штампов, печатей, бланков, а также использование заведомо подложного документа влекут за собой возможность привлечения к уголовной ответственности по ст. 327 УК РФ.

<1> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 537.

<2> Там же. С. 848.

Подложные документы предоставляются работниками не только при заключении трудового договора, но и в процессе работы. В этой связи предлагаю, во-первых, исключить из закона слова "при заключении трудового договора". Во-вторых, на мой взгляд, в случае предоставления работником подложных документов расторжение трудового договора не может быть произведено "по инициативе работодателя", так как в основе расторжения трудового договора в данном случае находится не "инициатива работодателя", а предоставление работником подложных документов.

Пункт 11 части первой ст. 77 ТК РФ, думаю, также не может регулировать данные правоотношения, так как он предусматривает в качестве одного из оснований прекращения трудового договора "нарушение установленных настоящим Кодексом или иным федеральным законом ПРАВИЛ (выделено мной. - Е.Е.) заключения трудового договора, если это нарушение исключает возможность продолжения работы (ст. 84 настоящего Кодекса)".

В связи с изложенными правовыми аргументами предлагаю, во-первых, признать п. 11 части первой ст. 81 ТК РФ утратившим силу. Во-вторых, дополнить часть первую ст. 77 ТК РФ п. 12 в следующей редакции: "...представления работником работодателю подложных документов".

§ 13. Расторжение трудового договора в случаях, предусмотренных трудовым договором с руководителем организации, членами коллегиального исполнительного органа организации (п. 13 части первой ст. 81 ТК РФ)

Ранее п. 4 части первой ст. 254 КЗоТ РФ устанавливал: "Помимо оснований, предусмотренных в статьях 29 и 33 настоящего Кодекса, трудовой договор... может быть прекращен в случаях... предусмотренных контрактом, заключаемым с руководителем предприятия". К сожалению, многие специалисты трудового права высказывались в поддержку применения данной правовой нормы. Например, В.М. Гудимов считал: "Поскольку на государственных предприятиях собственником имущества является государство... Правительство РФ вправе определять требования к контрактам, в том числе и... оплаты труда... если подобное условие внесено в контракт и нарушено, то руководитель государственного предприятия может быть уволен по пункту 4 ст. 254 КЗоТ РФ... в качестве дополнительного основания для расторжения трудового договора (контракта) может быть указано неисполнение руководителем... условий коллективного договора... сокращение количества рабочих мест, передача имущества ликвидируемого предприятия другим юридическим и физическим лицам... предоставление недостоверной информации... за нарушение правильности использования и распределения средств социального страхования... разглашение коммерческой тайны..." <1>.

<1> Гудимов В.Н. Увольнение руководителя предприятия за невыполнение условий контракта // Государство и право. 1995. N 6. С. 26 - 27.

Достаточно часто на практике в числе дополнительных оснований расторжения трудового договора, предусмотренных в трудовом договоре, встречались: "за невыполнение устава организации, требований органов управления юридического лица, недостижение какого-то

результата", иные "каучуковые" формулировки. Как ни странно, но на практике действовали трудовые договоры и с такими пунктами: "трудовые отношения работника регулируются трудовым договором, а в части, им не урегулированной, применяется трудовое законодательство". К "вершине" подобного "творчества", видимо, можно отнести следующее "крылатое" выражение: "трудовой договор имеет приоритет перед трудовым законодательством".

Другие специалисты в подобных случаях рекомендовали расторгать трудовой договор по соглашению сторон. "Большинство фактов и обстоятельств, обусловливающих увольнение, - полагал С.В. Катрич, - оговорено в тексте контракта, прежде всего имеются в виду конкретные результаты работы и сроки их достижения. Возникновение этих фактов (например, нарушение сроков, неприемлемое качество получаемого продукта и т.д.) "автоматически" порождает возможность досрочного расторжения контракта по соглашению сторон... Подписывая контракт, работник тем самым дает свое согласие на такие действия администрации при неблагоприятном исходе его труда" <1>. В то же время отдельные научные и практические работники обосновывали несоответствие п. 4 части первой ст. 254 КЗоТ РФ Конституции РФ <2>.

<1> Катрич С.В. Практическое пособие по правовому регулированию управления персоналом организации. М., 1998. С. 8.

<2> См., например: Ершов В.В., Ершова Е.А. Трудовой договор. М., 2001. С. 201 - 204.

К сожалению, законодатель не воспринял критику специалистов и ввел в часть первую ст. 81 ТК РФ в прежней редакции п. 13: трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случаях, "предусмотренных трудовым договором с руководителем организации, членами коллегиального исполнительного органа организации". Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не изменил редакцию п. 13 части первой ст. 81 ТК РФ. Вместе с тем в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина, следовательно, и трудовые права работников, во-первых, могут быть ограничены только федеральным законом; во-вторых, не всегда, а лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Защитой "основ конституционного строя", "нравственности", "обеспечения обороны страны и безопасности государства" довольно сложно аргументировать необходимость ограничения трудовых прав руководителей организации и членов коллегиального исполнительного органа организации. Интерес иных граждан к занятию названных должностей возможно и есть, но "прав и законных интересов", гарантированных правосудием, думаю, нет. Наконец, с целью защиты здоровья всех работников предусмотрена специальная норма - п. 5 части первой ст. 83 ТК РФ.

Согласно п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" (с последующими изменениями и дополнениями) "суд, разрешая дела, применяет непосредственно Конституцию, в частности... когда придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции Российской Федерации, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции..." <1>.

<1> Российская газета. 1995. 28 декабря.

Пункт 13 части первой ст. 81 ТК РФ представляется весьма спорным и с позиции международного права. Так, согласно п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, утвержденной и провозглашенной Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г., "при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться ТОЛЬКО ТАКИМ ОГРАНИЧЕНИЯМ, КАКИЕ УСТАНОВЛЕНЫ ЗАКОНОМ (выделено мной. - Е.Е.) исключительно с целью обеспечения должностного признания и уважения общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе".

При таком теоретическом подходе важнейшее практическое значение имеет п. 9 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 г. N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 декабря 2006 г. N 63), в соответствии с которым "при рассмотрении трудовых дел суду следует учитывать, что в силу ч. 1 и 4 ст. 15, ст. 120 Конституции РФ, ст. 5 ТК РФ, ч. 1 ст. 11 ГПК РФ суд обязан разрешать дела на основании Конституции РФ, Трудового кодекса РФ, других федеральных законов, иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, а также на основании общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, являющихся составной частью ее правовой системы.

Если суд при разрешении трудового спора установит, что нормативный правовой акт, подлежащий применению, не соответствует нормативному правовому акту, имеющему большую

юридическую силу, он принимает решение в соответствии с нормативным правовым актом, имеющим наибольшую юридическую силу (ч. 2 ст. 120 Конституции РФ, ч. 2 ст. 11 ГПК РФ, ст. 5 ТК РФ). При этом необходимо иметь в виду, что если международным договором Российской Федерации, регулирующим трудовые отношения, установлены иные правила, чем предусмотренные трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, то суд применяет правила международного договора (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, часть вторая ст. 10 ТК РФ, ч. 4 ст. 11 ГПК РФ).

При разрешении трудовых споров судам необходимо учитывать разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, данные в Постановлениях от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" и от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" <1>.

<1> Российская газета. 2006. 31 декабря.

В связи с изложенными теоретическими аргументами, исходя из действующего международного трудового права и Конституции РФ предлагаю признать п. 13 части первой ст. 81 ТК РФ утратившим силу.

§ 14. Расторжение трудового договора в других случаях, установленных настоящим Кодексом и иными федеральными законами (п. 14 части первой ст. 81 ТК РФ)

Часть вторая ст. 254 КЗоТ РФ ранее предусматривала: "ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ (выделено мной. - Е.Е.) могут устанавливаться дополнительные основания прекращения трудового договора (контракта) некоторых категорий работников при нарушении установленных правил приема на работу и в других случаях". Причем в те времена в теории права было принято разграничивать оценочное понятие "законодательство" в "широком" смысле слова как совокупность нормативных правовых актов любого уровня и в "узком" смысле слова - только собственно законов. На практике это приводило к тому, что с работниками расторгали трудовые договоры, ссылаясь на любые нормативные правовые акты, в том числе регулирующие административные правоотношения, например, о "прописке" в г. Москве, а также на коллективные договоры, соглашения, локальные нормативные акты и даже на трудовые договоры. Отдельные специалисты возражали против такой практики, полагая ее не соответствующей Конституции РФ <1>.

<1> См., например: Ершов В.В., Ершова Е.А. Трудовой договор. С. 208.

В данном случае критика специалистов была услышана законодателем и п. 14 части первой ст. 81 ТК РФ в прежней редакции установил: трудовой договор может быть расторгнут работодателем "в других случаях, установленных настоящим Кодексом И ИНЫМИ ФЕДЕРАЛЬНЫМИ ЗАКОНАМИ" (выделено мной. - Е.Е.). Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не изменил редакцию п. 14 части первой ст. 81 ТК РФ. Как представляется, поскольку законодатель в п. 14 части первой ст. 81 ТК РФ установил отсылочную правовую норму, постольку при расторжении трудового договора по данному основанию в решениях суда и приказах работодателей необходимо ссылаться на п. 14 части первой ст. 81 ТК РФ и правовую норму, имеющуюся в другом действующем федеральном законе.

Вместе с тем в ТК РФ имеется часть четвертая, разд. XII "Особенности регулирования труда отдельных категорий работников", содержащая в том числе и специальные отсылочные нормы расторжения трудового договора по инициативе работодателей с некоторыми работниками. К сожалению, на мой взгляд, не все отсылочные нормы, имеющиеся в ТК РФ, являются корректными с позиции Конституции РФ. Так, согласно п. 2 ст. 278 ТК РФ "помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, трудовой договор с руководителем организации прекращается... в связи с принятием уполномоченным органом юридического лица либо собственником имущества организации, либо уполномоченным собственником лицом (органом) решения о прекращении трудового договора...".

Достаточно спорной являлась и ст. 288 ТК РФ "Дополнительные основания прекращения трудового договора с лицами, работающими по совместительству" в прежней редакции, устанавливавшая, что "помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, трудовой договор с лицом, работающим по совместительству, может быть прекращен в случае приема на работу работника, для которого эта работа будет являться основной". Однако, во-первых, если должность еще занята работником-совместителем, то она не является вакантной до расторжения с ним трудового договора, а значит, до того практически еще невозможно принять на работу работника, для которого эта работа будет являться основной. Во-

вторых, согласно ч. 2 ст. 19 Конституции РФ государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина не только независимо от пола и должностного положения, но также и от "других обстоятельств". К сожалению, Федеральный закон от 30 июня 2006 г. N 90-ФЗ не только не "снял" наболевшие вопросы, но способствовал появлению новых: "Помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом и иными федеральными законами, трудовой договор, заключенный на неопределенный срок, с лицом, работающим по совместительству, может быть прекращен в случае приема на работу работника, для которого эта работа будет являться основной, о чем работодатель в письменной форме предупреждает указанное лицо не менее чем за две недели до прекращения трудового договора".

С позиции ч. 3 ст. 55 Конституции РФ весьма спорной представляется и ст. 307 ТК РФ, установившая, что "помимо оснований, предусмотренных настоящим Кодексом, трудовой договор с работником, работающим у работодателя - физического лица, может быть прекращен по основаниям, предусмотренным трудовым договором".

На первый взгляд п. 14 части первой ст. 81 ТК РФ в соответствии с Конституцией РФ отсылает правоприменителей к федеральным законам. В то же время в свою очередь федеральные законы в нарушение Конституции РФ ссылаются на бланкетные правовые нормы, которых в действительности нет. А самое главное - бланкетные нормы будут вырабатываться в подзаконных нормативных актах, уставах организаций, соглашениях и т.д. Например, согласно ст. 56 Закона Российской Федерации от 10 июля 1992 г. N 3266-1 "Об образовании" (с последующими изменениями и дополнениями) "помимо оснований прекращения трудового договора по инициативе администрации, предусмотренных законодательством Российской Федерации о труде, основаниями для увольнения педагогического работника образовательного учреждения ПО ИНИЦИАТИВЕ АДМИНИСТРАЦИИ ЭТОГО ОБРАЗОВАТЕЛЬНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ... ЯВЛЯЮТСЯ... ПОВТОРНОЕ В ТЕЧЕНИЕ ГОДА ГРУБОЕ НАРУШЕНИЕ УСТАВА ОБРАЗОВАТЕЛЬНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ" <1> (выделено мной. - Е.Е.). Таким образом, сам Закон не содержит дополнительных оснований расторжения трудового договора, но предоставляет право образовательным учреждениям в своих уставах самостоятельно устанавливать отсылочные нормы, в действительности и содержащие дополнительные основания расторжения трудового договора. Соответствует ли данный законодательный "прием" Конституции РФ? Думаю, нет, поскольку ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина только федеральным законом непосредственно, а не уставом организации, к которому он "отсылает". Конституция РФ не допускает ограничения прав и свобод человека и гражданина, в том числе трудовых прав работников, по следующей нисходящей лестнице: ТК РФ - закон - подзаконный нормативный правовой акт - устав.

<1> Российская газета. 1992. 31 июля.

Трудовое законодательство в соответствии со ст. 72 Конституции РФ относится к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Исходя из данной правовой нормы, некоторые субъекты Российской Федерации принимали законы, содержащие дополнительные основания расторжения трудового договора по инициативе работодателя. Такие правовые нормы, например, содержались в ст. 32 Закона Московской области от 28 января 1997 г. N 7/97-ОЗ "О государственной службе Московской области" (с последующими изменениями и дополнениями) <1> и в ст. 25 Закона города Москвы от 29 октября 1997 г. N 43 "О государственной службе города Москвы" (с последующими изменениями и дополнениями) <2>. Например, в последней статье было прямо установлено: "ПОМИМО ОСНОВАНИЙ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ О ТРУДЕ (выделено мной. - Е.Е.), увольнение государственного служащего может быть осуществлено по инициативе руководителя государственного органа в случаях... несоблюдения обязанностей и ограничений, установленных для государственного служащего настоящим Законом... разглашения сведений... ставших ему известными в связи с исполнением должностных обязанностей, сведений, затрагивающих частную жизнь, честь и достоинство граждан" <3>.

<1> Вестник Московской областной Думы. 1997. N 3.

<2> Ведомости Московской Думы. 1998. N 1 (газета).

<3> Там же.

Вместе с тем системное толкование Конституции РФ, в частности ст. 72 и 55, на мой взгляд, позволяет сделать другой вывод: все без каких-либо исключений основания расторжения трудового договора по инициативе работодателя могут быть установлены только федеральными законами с ограничениями, установленными ч. 3 ст. 55 Конституции РФ.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие
I. Трудовое право в России: теоретические проблемы
Глава 1. Источники трудового права в России
§ 1. Международное трудовое право
§ 2. Конституция Российской Федерации - основополагающий источник российского трудового права
§ 3. Российские нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права
§ 4. Локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права
§ 5. Гражданское право - источник трудового права в России?
Глава 2. Дискуссионные теоретические проблемы, связанные с источниками трудового права в России
§ 1. Правовая природа "правовых позиций" Конституционного Суда Российской Федерации
§ 2. Правовая природа "правовых позиций" Европейского суда по правам человека
§ 3. Правовая природа "правовых позиций" постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации
Глава 3. Иные актуальные теоретические проблемы трудового права в России
§ 1. Скрытые трудовые правоотношения
§ 2. Заемный труд
§ 3. Специализированный суд по рассмотрению трудовых споров и Трудовой процессуальный кодекс России: за и против
II. Трудовое право в России: практические проблемы
Глава 1. Научно-практический комментарий изменений и дополнений в Трудовой кодекс Российской Федерации, внесенных Федеральным законом от 30.06.2006 N 90-ФЗ
Глава 2. Заключение трудового договора
§ 1. Заключение трудового договора на неопределенный срок
§ 2. Заключение срочного трудового договора
§ 3. Спорные правовые проблемы заключения трудового договора
Глава 3. Изменение трудовых правоотношений
Глава 4. Расторжение трудового договора по инициативе работника
Глава 5. Расторжение трудового договора по инициативе работодателя
§ 1. Гарантии работникам, связанные с расторжением трудового договора по инициативе работодателя
§ 2. Расторжение трудового договора в случае ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуального предпринимателя (п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 3. Расторжение трудового договора в случае сокращения численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя (п. 2 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 4. Расторжение трудового договора в случае несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации (п. 3 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 5. Расторжение трудового договора в случае смены собственника имущества организации (п. 4 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 6. Расторжение трудового договора в случае неоднократного неисполнения работником без уважительных причин трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание (п. 5 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 7. Расторжение трудового договора в случае однократного грубого нарушения работником трудовых обязанностей (п. 6 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 8. Расторжение трудового договора в случае совершения виновных действий работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основания для утраты доверия к нему со стороны работодателя (п. 7 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 9. Расторжение трудового договора в случае совершения работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы (п. 8 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 10. Расторжение трудового договора в случае принятия необоснованного решения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями и главным бухгалтером, повлекшего за собой нарушение сохранности имущества, неправомерное его использование или иной ущерб имуществу организации (п. 9 части первой ст. 81 ТК РФ)

§ 11. Расторжение трудового договора в случае однократного грубого нарушения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей (п. 10 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 12. Расторжение трудового договора в случае предоставления работником работодателю подложных документов при заключении трудового договора (п. 11 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 13. Расторжение трудового договора в случаях, предусмотренных трудовым договором с руководителем организации, членами коллегиального исполнительного органа организации (п. 13 части первой ст. 81 ТК РФ)
§ 14. Расторжение трудового договора в других случаях, установленных настоящим Кодексом и иными федеральными законами (п. 14 части первой ст. 81 ТК РФ)

The book is made by
AXL-ROSE
axl-rose@ya.ru