

Министерство образования и науки Российской Федерации
«Южно-Уральский государственный университет»
Юридический институт
Кафедра «Трудовое, социальное право и правоведение»

ДОПУСТИТЬ К ЗАЩИТЕ
Заведующий кафедрой ТСПиП
к.ю.н., доцент
_____ Г.Х. Шафикова
_____ 2017 г.

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА
ТРУДОВОЙ ДОГОВОР В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ
СТРАНАХ
ЮУрГУ – 40.03.01 2017.– 095-1065. Ю

Руководитель выпускной
квалификационной работы
доцент кафедры
_____ А.М. Шафиков
_____ 2017 г.

Автор выпускной
квалификационной работы
студент группы Ю-481
_____ М.В. Бикбулатова
_____ 2017 г.

Нормоконтроль
доцент кафедры
_____ Э.М. Филиппова
_____ 2017 г.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	3
Глава 1 Понятие, содержание и виды трудового договора по законодательству России и зарубежных стран	
1.1 Понятие трудового договора.....	6
1.2 Содержание трудового договора.....	16
1.3 Виды трудового договора.....	25
Глава 2 Заключение и изменение трудового договора по законодательству России и зарубежных стран	
2.1 Заключение трудового договора.....	40
2.2 Изменение трудового договора.....	59
Глава 3 Прекращение трудового договора по законодательству России и зарубежных стран	
3.1 Расторжение трудового договора по соглашению сторон и по инициативе работника.....	71
3.2 Расторжение трудового договора по инициативе работодателя.....	78
3.3 Прекращение трудового договора по обстоятельствам независящим от воли сторон.....	87
Заключение.....	92
Библиографический список.....	99

ВВЕДЕНИЕ

Положения о трудовом договоре реализует одно из основных прав человека и гражданина – право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию.

Мировая цивилизация не знает лучшей юридической формы воплощения свободы труда в трудовых отношениях, чем трудовой договор, который, с одной стороны, дает возможность каждому выполнять работу, в наибольшей степени соответствующую его интересам, а с другой – учитывает потребности работодателя, который имеет возможность принять на работу наиболее необходимых ему работников.

Актуальность выбранной нами тематики состоит в том, чтобы на фоне всего происходящего, нашей стране важно не оставаться в стороне и постараться соответствовать установленным в мире стандартам, которые представляют собой синтез опыта и достижений современной цивилизации в области правового регулирования труда.

При совершенствовании российского действующего законодательства, в частности касающегося института трудового договора, необходимо делать некоторые заимствования, учитывать мировой опыт, так как созданные в ходе длительного исторического развития социальные амортизаторы улучшили капиталистический рынок и способствовали формированию западной цивилизации, которая характеризуется относительно высоким уровнем качества жизни, социальной защищенности трудящихся, что делает приемлемой для большинства населения рыночную экономику, освободившуюся от многих пороков и противоречий, характерных для чистого капитализма пошлых веков. Многочисленные юридические акты стали инструментами общественного контроля над стихией рынка, над прерогативами собственника (предпринимателя), которые раньше считались

неприкосновенным, не подлежащим каким-либо ограничения, социальному контролю и регулированию¹.

Целью работы является исследование трудового договора по законодательству России и зарубежных стран, а также разработка предложений по совершенствованию действующего отечественного законодательства за счет опыта зарубежных стран.

Для достижений поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

1. Рассмотреть понятие, содержание и виды трудового договора по законодательству России и зарубежных стран.

2. Рассмотреть заключение и изменение трудового договора по законодательству России и зарубежных стран.

3. Рассмотреть прекращение трудового договора по законодательству России и зарубежных стран.

Поставленные цель и задачи предопределили структуру работы. Она состоит из введения, трех глав разбитых на параграфы, заключения и списка источников.

Первая глава посвящена понятию трудового договора и его видам по законодательству России и зарубежных стран.

Вторая глава посвящена заключению и изменению трудового договора по законодательству России и зарубежных стран.

Третья глава посвящена прекращению трудового договора по законодательству России и зарубежных стран.

Нормативную базу исследования составили Конституция Российской Федерации, международные акты, Трудовой кодекс Российской Федерации, Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая), Закон РФ "О занятости населения в Российской Федерации", Постановление

¹Раевич С.И. О Трудовом договоре. К проекту общесоюзного закона, выработанного образованной при Комвнторге Редакционной Комиссией по составлению Проекта Торгового Свода // Советское право. – 1924. – № 2. – С. 85.

Правительства РФ "О трудовых книжках", а также нормативно-правовые акты зарубежных стран¹.

Кроме этого, при проведении научно-правового исследования мы использовали как специальную, так и периодическую литературу России таких авторов, как Киселев И. Я., Анисимов Л.Н., Анисимов А.Л, Смирнова А.С., Гусов К. Н. и т.д.

Практическая значимость данной работы заключается в том, что представленные предложения можно будет учесть при совершенствовании действующего отечественного законодательства.

¹Закон РФ от 15.05.1991 «О занятости населения в Российской Федерации» // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. – 1991. – № 21. – Ст. 699; Указ Президента РФ от 14.06.1992 «О мерах по поддержке и оздоровлению несостоятельных государственных предприятий (банкротов) и применении к ним специальных процедур» // Российская газета, 18.06.1992г; Постановление Правительства РФ от 29.12.1991 (в ред. от 06.03.1992) «О порядке реорганизации колхозов и совхозов» // Сборник Постановлений РФ. – 1992. – № 1-2. – Ст. 9.

ГЛАВА 1 ПОНЯТИЕ, СОДЕРЖАНИЕ И ВИДЫ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

1.1 Понятие трудового договора

Трудовой кодекс Российской Федерации дает следующее определение понятию "трудовой договор". Согласно ст. 56 ТК РФ 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 в интересах, под управлением и контролем работодателя, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя. Сторонами трудового договора являются работодатель и работник¹.

Трудовое законодательство состоит из ТК, иных федеральных законов и законов субъектов РФ, содержащих нормы трудового права. К иным нормативным правовым актам, содержащим нормы трудового права, относятся: указы Президента РФ; постановления Правительства РФ; нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти; нормативные правовые акты органов исполнительной власти субъектов РФ; нормативные правовые акты органов местного самоуправления. Сторонами трудового договора являются работодатель и работник.

По законодательству же ряда зарубежных стран отношение индивидуального трудового найма оформляется юридически в виде

¹Трудовой кодекс РФ. Часть четвертая № 197 – ФЗ от 30 декабря 2001 // Российская газета. – № 256 – 31.12.2001. – Ст. 278.

трудового договора, который большинство работников заключают без посредников, путем непосредственных контактов с работодателем.

В Бельгии, Португалии, Люксембурге, Финляндии в 60—80-е годы приняты законы о трудовых договорах.

Рассмотрение трудового договора в литературе стран зарубежных стран обычно включает освещение следующих вопросов: сущность, субъекты, содержание, форма, разновидности трудового договора (трудовой договор в статике), а также анализ взаимоотношений сторон с момента возникновения отношений между ними и до прекращения этих отношений (трудовой договор в динамике). В нашей стране рассмотрение трудового договора включает такие же вопросы.

В Великобритании законодательство, регулирующее трудовой договор, весьма обширно. Основным нормативным актом в этой области является Закон о трудовых договорах 1972г. Но в нем нет понятие трудового договора, так как трудовой договор там является разновидность гражданско-правового договора. В данном законе просто перечисляются условия, которые должны содержать данный договор. Интересно, то что в Великобритании различаются два вида трудовых соглашений – это договор с зависимым работником, непосредственно подотчетным своему работодателю, и договор с независимым, самостоятельным работником. Первый вид договоров обычно называют договором услуг (трудовым договором), второй – договором для выполнения услуг (договором подряда)¹.

В отличие от Великобритании, в России в ТК РФ есть определение трудового договора, и она не является разновидностью гражданско-правового договора.

В ст. 11 ФРГ в Законе о содействии осуществлению права на труд 1969 г., в который со времени его издания было внесено несколько десятков изменений, указано, что трудовой договор – это добровольное соглашение

¹Закон о трудовых договорах Великобритании 1972г. Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты. Сравнительно-правовое исследование / под ред. Э.Б. Френкель – М.:Инфа-М, 2002. – С. 79.

между работником и работодателем, в соответствии работник берет на себя обязательство трудиться на определенного нанимателя в обмен на заработную плату и при наличии юридического подчинения (зависимости). Хочется отметить, что данное определение является скудным, чем ТК РФ, так как в Законе о содействии осуществлению права на труд 1969г. не указано обязанности работодателя предоставить работнику работу, обеспечивать условия труда, своевременно и в полном размере выплачивать заработную плату.

Положительного в данном определении является указание на "добровольность соглашения". В ТК РФ в ст. 56 указано, что это просто соглашение¹. Следовало бы указать в ст. 56 ТК РФ, что это добровольное соглашение, как указано в Законе о содействии осуществлению права на труд 1969г ФРГ².

Несмотря на скудность определения, обязанности работодателя и работника, которые надо внести в трудовой договор, изложены в других статьях данного закона.

При всей специфике трудовой договор с точки зрения его содержания, формальных характеристик, по преобладающему в зарубежных стран мнению, это разновидность гражданско-правового договора найма услуг, договор частного права, что предопределяет возможность распространения на него общих принципов и конструкций гражданского обязательственного и договорного права. С этой точки зрения трудовой договор — двусторонний, консенсуальный (обязательства сторон основаны на их согласии), возмездный, фидуциарный (доверительный), имеющий специфическую цель (каузу).

Происхождением трудового права из гражданского и традиционной трактовкой трудового договора как разновидности договора частного права

¹Трудовой кодекс РФ. Часть четвертая № 197 – ФЗ от 30 декабря 2001 // Российская газета. – № 256 – 31.12.2001. – Ст. 278.

²Закон ФРГ о содействии осуществлению права на труд 1969 г./ Трудовое право зарубежных стран. Вопросы и ответы/ под ред. В.Ц. Бейкеля – М.:Инфа-М, 2003. – С. 29.

объясняется то, что в ряде стран (Италия, Швейцария, Нидерланды) трудовой договор регулируется в гражданских кодексах. В Кодексе труда Франции установлено, что трудовой договор подчиняется правилам гражданского права (при отсутствии специальной регламентации в законодательстве о труде).

Многие юристы в зарубежных странах характеризуют трудовой договор как своеобразную разновидность гражданско-правового договора присоединения. Перечисленные понятия и конструкции цивилистики широко применяются при анализе и регулировании трудового договора.

В Российской Федерации трудовой договор отчетливо отличается от гражданского договора. Так, сформулированное в ст. 56 понятие трудового договора позволяет выделить его основные элементы (признаки), позволяющие отличать трудовой договор от гражданско-правовых договоров, связанных с применением труда, — договора подряда (ст. 702 ГК); договора на выполнение научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технических работ (ст. 769 ГК); договора возмездного оказания услуг (ст. 779 ГК); договора поручения (ст. 971 ГК)¹.

К таким элементам относятся:

- специфика обязанности, принимаемой на себя по трудовому договору работником, выражающаяся в выполнении работы по определенной должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации, т.е. обусловленной соглашением сторон трудовой функции;

- выполнение работы с подчинением внутреннему трудовому распорядку;

- обязанность работодателя обеспечить работнику условия труда, предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права,

¹ Гражданский кодекс РФ. Часть четвертая № 197 – ФЗ от 30 декабря 2001 // Российская газета. – № 256 – 31.12.2001. – Ст. 278.

коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором, а также своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату.

Выполнение трудовой функции с подчинением правилам внутреннего трудового распорядка — второй по важности элемент, отражающий специфику трудового договора в Российской Федерации.

Отличие трудового договора от гражданско-правовых договоров, связанных с применением труда, имеет весьма важное практическое значение. Заключая трудовой договор, гражданин подпадает под действие трудового законодательства. Ему должны предоставляться соответствующие социальные гарантии. Лица, работающие по гражданско-правовым договорам, такими гарантиями не пользуются. Вместе с тем следует иметь в виду, что 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 (ст. 11 ТК)¹.

Трудовые отношения, возникающие на основании трудового договора в результате назначения на должность или утверждения в должности

Комментируемая статья рассматривает случаи возникновения трудовых отношений на основании сложного фактического состава: акта назначения на должность или утверждения в должности и трудового договора. Такой сложный фактический состав необходим для замещения ряда должностей, отнесенных Законом о государственной гражданской службе к государственным служащим категории "А". Так, в соответствии со ст. 128 Конституции РФ судьи Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ назначаются Советом Федерации по представлению Президента РФ, а судьи других федеральных судов

¹Трудовой кодекс РФ. Часть четвертая № 197 – ФЗ от 30 декабря 2001 // Российская газета. – № 256 – 31.12.2001. – Ст. 278.

назначаются Президентом РФ в порядке, установленном федеральным законом. Акт назначения на должность требуется и в других случаях, предусмотренных законом. Согласно ст. 55 ГК РФ руководители представительств и филиалов назначаются юридическим лицом и действуют на основании его доверенности¹. Помимо трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, возникновение трудовых отношений на основании акта назначения или утверждения в должности и трудового договора может быть предусмотрено в уставе или положении организации. Такой порядок формирования органов управления организацией установлен во многих уставах фондов. Статья 19 не придает превалирующего значения акту назначения или утверждения в должности. Для возникновения трудового отношения в этих случаях необходим также трудовой договор.

Таким образом, в зарубежных странах трудовой договор является своеобразной разновидностью гражданско-правового договора, а Российской Федерации трудовой договор является самостоятельным договором, не входит гражданский правовой договор, что, по-нашему мнению, является более разумной.

В отличие от большинства стран Западной Европы трудовое законодательство на постсоветском пространстве традиционно кодифицировано. В ряде бывших советских республик уже приняты новые трудовые кодексы или иные кодифицированные законы взамен советских КЗоТ (Беларусь, Казахстан, Латвия, Россия, Таджикистан, Узбекистан), а других продолжают действовать существенно измененные КЗоТ и собственные некодифицированные законы (например, Азербайджан, Украина).

Для целей настоящего сравнительно-правового исследования укажем следующие действующие кодифицированные законы стран-участниц СНГ,

¹ Гражданский кодекс РФ. Часть четвертая № 197 – ФЗ от 30 декабря 2001 // Российская газета. – № 256 – 31.12.2001. – Ст. 278.

расположив их в хронологическом порядке (по дате принятия): ТК Республики Узбекистан 1995 г.; ТК Республики Таджикистан 1997 г.; ТК Кыргызской Республики 1997 г.; ТК Республики Беларусь 1999 г.; Закон Казахстана "О труде в Республике Казахстан" 1999 г.; ТК Российской Федерации 2001 г.

В настоящее время в рамках СНГ разрабатывается Модельный Трудовой Кодекс государств СНГ (МТК), который остается законопроектом, поскольку до настоящего времени он не принят Генеральной Ассамблеей стран-участник СНГ. Модельные законы служат для правовой унификации, что особенно эффективно в регионах с близкими правовыми системами.

Все анализируемые трудовые кодексы (законы) содержат определение трудового договора, включающее указание на соглашение работника и работодателя (нанимателям и перечисление их основных корреспондирующих обязанностей. При этом в одних странах данная дефиниция помещена в ст.1 кодифицированного закона, посвященной основным понятиям и используемым терминам (Беларусь, Казахстан), в других — в разделах (главах), посвященных трудовому договору (Кыргызстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан). Первый подход представляется более обоснованным, т.к. понятие "трудовой договор" является сквозным в трудовом праве и используется в различных правовых институтах¹.

Нанимающаяся сторона во всех странах именуется работником. Что касается нанимающей стороны, то в различных странах она именуется по-разному: работодатель (в Казахстане, России, Таджикистане и Узбекистане), наниматель (в Беларуси и Кыргызстане), "предприятие, учреждение, организация" (на Украине)".

В Трудовом кодексе Республики Беларусь в ст. 1 дано следующее определение трудового договора: это соглашение между работником и

¹Кашкин С.Ю., Калиниченко П.А. Трудовое и социальное право Европейского Союза: документы и материалы. – М.: «Права человека», 2005. – С. 34.

нанимателем (нанимателями), в соответствии с которым работник обязуется выполнять работу по определенной одной или нескольким профессиям, специальностям или должностям соответствующей квалификации согласно штатному расписанию и соблюдать внутренний трудовой распорядок, а наниматель обязуется предоставлять работнику обусловленную трудовым договором работу, обеспечивать условия труда, предусмотренные законодательством о труде, локальными нормативными актами и соглашением сторон, своевременно выплачивать работнику заработную плату.

Как видим, определения трудового договора в России и Белоруссии почти совпадают. В ТК РФ предусмотрено, что работник обязуется лично выполнять трудовую функцию, в ТК Белоруссии просто обязуется выполнить, что является, по-нашему мнению, серьезным недостатком, так как получается, что работник может привлекать к работе других работников, которые не заключали с данным работодателем трудовой договор. Мы считаем, что достоинством определения трудового договора по ТК РФ является то, что в нем указано словосочетание "в полном размере", чего нет в ТК Республики Беларусь. Получается, что в Белоруссии могут выплачивать заработную плату своевременно (допустим даже два раза в месяц), но не в полном размере, так как могут его перенести на следующую заработную плату.

Так же как и в российском законодательстве, институт трудового договора является центральным и в трудовом законодательстве Украины¹.

Прежде чем приступить к освещению вопросов о трудовом договоре по законодательству Украины, на наш взгляд, необходимо сделать оговорку о том, что в трудовом законодательстве Украины сосуществуют две перекрещивающиеся конструкции трудового договора - это так называемый "обычный" трудовой договор и трудовой контракт.

¹Грудицына Л. Ю. Влияние зарубежного опыта на реформирование права в России // Экономика и право. – 2002. – № 8. – С. 44-50.

Так, частью первой статьи 21 Кодекса законов о труде Украины от 10 декабря 1971 г. (с последующими изменениями и дополнениями) определено, что "это соглашение между работником и собственником предприятия, учреждения, организации или уполномоченным им органом или физическим лицом, по которому работник обязуется выполнять работу, определенную настоящим соглашением, с подчинением внутреннему трудовому распорядку, а собственник предприятия, учреждения, организации или уполномоченный им орган или физическое лицо обязуется выплачивать работнику заработную плату и обеспечивать условия труда, необходимые для выполнения работы, предусмотренные законодательством о труде, коллективным договором и соглашением сторон. Работник вправе реализовать свои способности к продуктивному и творческому труду путем заключения трудового договора на одном или одновременно на нескольких предприятиях, в учреждениях, организациях, если иное не предусмотрено законодательством, коллективным договором или соглашением сторон.

Особой формой трудового договора является контракт, в котором срок его действия, права, обязанности и ответственность сторон (в том числе материальная), условия материального обеспечения и организации труда работника, условия расторжения договора, в том числе досрочного, могут устанавливаться соглашением сторон. Сфера применения контракта определяется законами Украины".

В части третьей ст. 21 КЗоТ Украины, Закон дает следующее определение трудового контракта: "особой формой трудового договора является контракт, в котором срок его действия, права, обязанности и ответственность сторон (в том числе материальная), условия материального обеспечения и организации труда работника, условия расторжения договора, в том числе досрочного, могут устанавливаться соглашением сторон"¹.

¹ Кодекс законов о труде Украины. Закон № 322-VIII от 10 декабря 1971 // Ведомости Верховной Рады Украины – 1971 – Ст. 375.

По нашему мнению, процесс законотворчества в Украине в сфере трудового законодательства и, в частности, в сфере его центрального института - трудового договора, носит хаотический, не комплексный и ненаучный характер. Взаимная несогласованность правовых норм между собой становится скорее системой, а не досадным исключением. Поэтому на наш взгляд в действующий Кодекс законов о труде Украины в систему норм о трудовом договоре необходимо внести столь радикальные изменения, которые не только устранят существующие недостатки и противоречия действующего законодательства, но и возможно будут стабильными на протяжении не менее нескольких десятков лет.

С определением понятия "работодатель" данного в Кодексе закона о труде Украины как собственника предприятия, учреждения, организации или уполномоченного им органа. мы абсолютно не согласны¹.

Так, предприятие, учреждение, организация являются юридическими лицами (ст. ст. 23, 24 ГК Украины, ст. ст. 1, 2 Закона Украины "О предприятиях в Украине"), а юридические лица сами являются субъектами права собственности (ст. ст. 23, 32 ГК Украины, ст. 10 Закона Украины "О предприятиях в Украине", п. 1 ст. 3 и раздел IV Закона Украины "О собственности").

Следовательно, юридические лица или предприятия, учреждения, организации не могут быть объектом права собственности будучи его субъектом. Ведь иначе получается, что собственность может быть и является собственником. Так, филиал юридического лица не является его собственностью - филиал есть филиал, не более и не менее, потому что собственностью могут быть только вещи и права, но не лица. А что же касается "уполномоченных ими органов", то согласно ст. 29 ГК Украины юридические лица приобретают права и принимают на себя обязанности (действуют) через свои органы (коллегиальные или единоличные), и иначе

¹ Кодекс законов о труде Украины. Закон № 322-VIII от 10 декабря 1971 // Ведомости Верховной Рады Украины – 1971 – Ст. 375.

это и невозможно. То есть, органы юридического лица являются представителями этого самого юридического лица, но не так называемых их "собственников", а также не являются представителями даже их учредителей, участников (собственников корпоративных прав)¹.

Кроме того, несмотря на столь своеобразное определение понятия работодатель, фактически субъектами трудового права, также как и права гражданского, и работодателями являются сами предприятия, учреждения, организации, а вовсе не их якобы "собственники".

Мы считаем, что более подходящей конструкцией, как и в ТК РФ (ст. 20), является понятие "работодатель" - это физическое лицо либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения в работником.

Таким образом, по законодательству ряда зарубежных стран отношение индивидуального трудового найма оформляется юридически в виде трудового договора, который большинство работников заключают без посредников, путем непосредственных контактов с работодателем, так же, как и в нашей стране.

В юридической теории на Западе, да и в России, в целом, трудовой договор рассматривается как центральное понятие, главный институт трудового права, вокруг которого группируются такие вопросы, как дисциплина труда и трудовой распорядок, заработная плата, рабочее время, перерывы в работе и даже частично охрана труда².

1.2 Содержание трудового договора

Содержание любого договора, и трудового в частности, составляют его условия. Именно они порождают права и обязанности сторон.

¹ Кодекс законов о труде Украины. Закон № 322-VIII от 10 декабря 1971 // Ведомости Верховной Рады Украины – 1971 – Ст. 375.

² Накипелов Д.С. Производственные советы в странах Западной Европы // Труд за рубежом – 1995 – № 3 – С. 13.

В Кодексе Законов о Труде РСФСР термин "условия трудового договора" не применялся. В ст. 25 КЗоТ говорилось лишь о существенных условиях труда, под которыми, в частности, понимались системы и размеры оплаты труда, льготы, режим работы¹.

При заключении трудового договора следует руководствоваться ст. 57 ТК РФ, которая предусматривает более широкий круг вопросов, подлежащих согласованию сторонами трудового договора с последующим закреплением принятых решений в качестве условий этого договора.

Содержание трудового договора, предусмотренное ст. 57 ТК РФ, состоит из трех частей. Первая часть включает сведения, характеризующие работника и работодателя. Вторая – обязательные условия договора и третья – условия трудового договора, которые стороны могут устанавливать по своему усмотрению. В законодательстве большинства зарубежных стран перечисляют лишь существенные (обязательные) условия трудового договора, а дополнительные условия могут предусматриваться по соглашению сторон.

Как уже ранее говорилось, в законодательстве большинства зарубежных стран дополнительные условия могут предусмотреть сами стороны. В законах зарубежных стран дополнительные условия, как в России, не перечисляются².

Когда приняли Трудовой кодекс Российской Федерации, в статье 57 ТК РФ предусматривались девять существенных условий и некоторые дополнительные условия трудового договора.

Федеральный закон от 30 июня 2006г. № 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

¹Кодекс законов о труде РФ от 09.12.1971. с изм. и доп. на 10.07.2001. // Ведомости Верховного Совета РСФСР – 1971 – № 50 – Ст. 1007.

² Френкель Э.Б. Коллективно-договорное регулирование труда в зарубежных странах // Правовое регулирование труда в условиях перехода к рыночной экономике – М.: Ин-та законодательства и сравн. Правоведения – 1995 – № 60 – С. 114.

законодательных актов) Российской Федерации" внес в эту статью существенные изменения и дополнения. Прежде всего следует отметить, что она предусматривает дополнительные сведения и условия, подлежащие включению в трудовой договор.

В соответствии с ч. 1 ст. 57 ТК РФ в трудовом договоре указываются сведения о работнике и работодателе.

Часть 2 ст. 57 предусматривает условия, обязательные для включения в трудовой договор. В прежней редакции эти условия именовались существенными. Замена термина "существенные" условия на "обязательные" вполне правомерна, т.к. термин "существенные" применительно ко всем условиям, содержащимся в ч. 1 ст. 57, не соответствовал сложившимся в правовой науке представлениям о понятии "существенные условия договора". Ими признаются условия, необходимые и достаточные для того, чтобы договор считался заключенным. К таким условиям из числа условий, предусмотренных анализируемой нормой, с полным основанием можно отнести только такие, как место работы, трудовая функция и дата начала работы¹. Эти условия являются не только обязательными, но и необходимыми условиями трудового договора, т.е. такими условиями, без которых трудовой договор не может считаться заключенным.

Что касается других "обязательных условий", то их объем зависит исключительно от той цели, для которой принимается соответствующая норма. Исходя из общей цели трудового законодательства, сформулированной в ст. 1 ТК (защита прав и интересов работника и работодателя), признание обязательными для включения в трудовой договор тех условий, которые предусмотрены в ч. 2 статьи 57 ТК РФ, можно считать оправданным, за исключением условий, которые обязательны для сторон трудового договора в силу закона или иного нормативного правового акта, например об обязательном социальном страховании. Не включение таких

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 127.

условий в содержание трудового договора не влияет на объем соответствующих прав и обязанностей сторон трудового договора.

К числу обязательных для включения в трудовой договор условий ч. 2 статьи 57 ТК РФ относит: 1) место работы, под которым понимается конкретная организация — юридическое лицо, имеющее свое наименование. 2) трудовую функцию работника, которая заключается в выполнении работы по соответствующей должности в соответствии со штатным расписанием либо по определенным профессии или специальности с указанием квалификации либо в выполнении конкретного вида работы, поручаемой работнику. 3) дату начала работы, т.е. число, месяц и год, с которого работник обязан приступить к выполнению своих трудовых обязанностей; 4) условия оплаты труда, в т.ч. размер тарифной ставки или оклада (должностного оклада) работника, доплаты, надбавки и поощрительные выплаты. 5) режим рабочего времени и времени отдыха, если в отношении работника, с которым заключается трудовой договор, он не совпадает с 6) компенсации за тяжелую работу и работу с вредными и (или) опасными условиями труда, а также характеристики условий труда на рабочем месте, если работник в соответствии с трудовым договором принимается на работу в соответствующих условиях; 7) условия, определяющие в необходимых случаях характер работы (подвижной, разъездной, в пути и др.); 8) условие об обязательном социальном страховании, на которое имеет право работник в соответствии с Трудовым кодексом и иными федеральными законами¹.

Законодательство зарубежных странах определяет минимум обязательных сведений, которые должны включаться в любой трудовой договор.

Так по Норвежскому законодательству предусмотрены следующие обязательные условия: наименование сторон; место работы; трудовая функция; дата начала работы; предполагаемая продолжительность работы

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С.76

при заключении срочного договора; продолжительность ежегодного оплачиваемого отпуска; продолжительность срока предупреждения о расторжении трудового договора сторонами; заработная плата, в том числе надтарифные надбавки; заводские пенсии; нормальная продолжительность рабочего дня и рабочей недели; испытательный срок. Некоторые из отмеченных сведений могут представлять собой ссылки на соответствующие законы и иные нормативные акты. Как видим, обязательные условия трудового договора, предусмотренные норвежским законодательством, совпадают обязательными условиями предусмотренные ТК РФ.

В Люксембурге трудовые договоры должны содержать данные о трудовой функции работника, продолжительности рабочего времени, заработной плате, испытательном сроке, продолжительности договора, если он заключен на срок, а также специфические условия, внесенные в договор по соглашению сторон.

В Италии в отраслевых коллективных договорах обычно установлено, что предприниматель обязан предоставить своему работнику при найме письменный документ, в котором должны быть определены: дата начала работы, место работы, трудовая функция, заработная плата и иные условия, согласованные сторонами¹.

По законодательству Болгарии содержание трудового договора включает в себя условия о месте и характере работы, об основном вознаграждении за труд. Это главные условия трудового договора, в него могут также включаться условия о повышении профессиональной квалификации, о социально-бытовом обслуживании работника, которые не урегулированы трудовым законодательством или коллективным договором (ст. 66 Трудового кодекса Болгарии)².

¹Трудовой кодекс Италии 1942г. Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты. Сравнительно-правовое исследование / под ред. Э.Б. Френкель – М.: Инфра-М, – 2002. – С. 79.

²Силин А. А. Трудовая юстиция: практика развитых стран // Человек и труд – 1998. – № 6. – С. 33.

В трудовом праве Германии действует принцип свободы договора, устанавливающий, что стороны свободны включать в трудовой договор все вопросы, касающиеся деятельности работника на данном предприятии. В частности, в содержание трудового договора могут быть включены такие существенные условия, как вид выполняемой работы, продолжительность рабочего времени, отпуска и др.

По законодательству Италии в трудовой договор включается условие о продолжительности рабочего дня и рабочей недели. Согласно ст. 1 Декрета-закона № 692 от 15 марта 1923 г. максимальная продолжительность рабочего дня рабочих и служащих на торговых и промышленных предприятиях составляет 8 часов; максимальная продолжительность рабочей недели составляет 48 часов. Статья 2099 ГК Италии предусматривает обязанность работодателя выплатить работнику справедливое вознаграждение, размер которого определяется в зависимости от положений коллективного договора, судебной практики, обычаев и обыкновений либо устанавливается судьей с учетом мнения профессиональных союзов¹.

Федеральным законодательством и законодательством штатов США регулируются следующие условия трудового договора: минимальный размер заработной платы, максимальный срок трудового договора, порядок выплаты заработной платы, продолжительность рабочего времени в течение недели, виды отдыха, минимальная продолжительность ежегодного отпуска, обязательная оплата сверхурочных работ. Все остальные условия устанавливаются соглашением сторон или односторонним решением работодателя (характер и объем работ, трудовой распорядок, дополнительные отпуска, премии, специальные условия, продиктованные спецификой трудовых обязанностей, и т.п.).

¹Трудовой кодекс Италии 1942г. Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты. Сравнительно-правовое исследование / под ред. Э.Б. Френкель – М.: Инфра-М, – 2002. – С. 82.

Трудовой договор не может содержать условий, противоречащих законодательству, а равно не может ухудшать положение работника по сравнению с законодательными нормами.

В Хорватии закон предписывает включать в трудовой договор сведения о специальности, профессии, уровне квалификации работника и другие требования к его профессиональным способностям. Договор определяет день приема на работу, продолжительность рабочего времени, испытательный срок, размер заработной платы, ежегодный основной и дополнительный отпуск, другие права и обязанности сторон (ст. 2 Закона о трудовых отношениях). Согласно ст. 8 Закона о трудовых отношениях трудовая функция работника (работа по соответствующей специальности и соответствующая квалификация) является важнейшим условием трудового договора¹.

Согласно Кодексу о труде Чехии работодатель обязан согласовать с работником в трудовом договоре следующие существенные условия: род работы; место выполнения работы (населенный пункт, структурное подразделение или иным образом определенное место); дату начала работы.

Помимо указанных в договоре могут быть согласованы и иные условия, в которых заинтересованы стороны. Так, наиболее часто встречающимся факультативным условием является условие о размере заработной платы. В трудовом договоре может быть установлен испытательный срок, продолжительность которого не должна превышать трех месяцев.

Продление обусловленного в договоре испытательного срока а не допускается. Время, в течение которого работник по уважительным причинам не мог выполнять работу, но не более десяти рабочих дней, засчитывается в испытательный срок.

¹Закон РФ от 15.05.1991 «О трудовых отношениях» // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. – 1991. – № 21. – Ст. 699.

В некоторых зарубежных странах существуют свои особенности. Например, в Ирландии и Дании в договорах не предусмотрены условия трудового договора. В этих странах предприниматель обязан через 28 дней после найма предоставить каждому работнику документ, фиксирующий основные условия труда. Это должно быть сделано не позднее одного месяца после поступления на работу. За нарушение этой нормы установлена денежная компенсация в пользу работника. Мы считаем, что данные особенности являются недостатком законодательства данных стран. Получается, что поступая на работу, работник не знает условия труда.

Часть 4 ст. 57 ТК РФ предусматривает возможность включения в трудовой договор наряду с обязательными, дополнительных условий. Названная норма не устанавливает исчерпывающего перечня дополнительных условий трудового договора и указывает лишь на некоторые возможные условия. Вместе с тем она закрепляет общее правило, соответствии с которым дополнительные условия трудового договора не могут ухудшать положение работника по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами.

К числу дополнительных условий, которые стороны могут включать в трудовой договор по своему усмотрению, ч. 4 ст. 57 ТК РФ относит следующие: 1) об уточнении места работы (например, о конкретном структурном подразделении организации и месте его нахождения) или о конкретном рабочем месте (например, о конкретном механизме, агрегате); 2) об испытании с указанием конкретного срока испытания; 3) о неразглашении охраняемой законом тайны (государственной, служебной, коммерческой и иной). 4) об обязанности работника отработать после обучения не менее установленного договором срока. 5) в числе возможных дополнительных условий трудового договора норма ст.57 называет и такие условия, как дополнительное страхование работника и улучшение социально-бытовых

условий самого работника и членов его семьи. б) несколько иная редакция предусмотрена Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ и в отношении такого условия, как права и обязанности работника и работодателя. В соответствии с ней в трудовом договоре могут быть уточнены применительно к условиям работы данного работника права и обязанности работника и работодателя, установленные законодательством о труде и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права¹.

Часть 5 статьи 57 ТК РФ допускает возможность по соглашению сторон включать в содержание трудового договор те права и обязанности работника и работодателя, которые установлены 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.

В зарубежных странах существует принцип свобода договора. Это означает, что помимо обязательных условий все остальные условия устанавливаются соглашением сторон.

Действие принципа свободы трудового договора может быть ограничено, например, в Германии следующим образом:

- если работодатель и работник состоят в коллективно-договорных отношениях, то условия, включаемые в индивидуальный трудовой договор, не могут быть менее благоприятными по сравнению с установленными в тарифном договоре;

- если в законе установлены определенные условия труда, то они не могут быть изменены в трудовом договоре в ущерб работнику. В случае

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С.46.

включения в трудовой договор условий, противоречащих закону, работник вправе требовать применения соответствующих норм закона¹.

В некоторых странах, как и в России, говорится о том, что может быть предусмотрено в дополнительных условиях. Например, в законодательстве Италии указано, что договором может быть предусмотрен испытательный срок. Испытательный срок не может превышать шести месяцев для технических директоров, управленческого персонала и трех месяцев — для остальных категорий работников.

Содержание трудового договора практически во всех анализируемых кодексах (законах) СНГ рассматривается как совокупность сведений (реквизитов) и условий трудового договора. В свою очередь, набор этих сведений и условий в законодательстве стран СНГ имеет некоторые отличия. Практически все кодексы (законы) относят к обязательным сведениям и реквизитам, включаемым в трудовой договор, наименование (имя) сторон, позволяющее их индивидуализировать, а ТК Кыргызстана — также дату и место заключения договора, подписи сторон, что представляется обоснованным, т.к. указанные сведения и реквизиты могут иметь важное правовое значение при возникновении трудового спора.

В трудовом законодательстве стран СНГ является общераспространенным отнесение к обязательным следующим условий трудового договора: место работы, трудовая функция, день начала работы, срок действия трудового договора, размер оплаты труда. В некоторых государствах (например, Казахстан, Россия) к обязательным (или существенным) условиям трудового договора также отнесены права и обязанности сторон, характеристики условий труда, режим рабочего времени и времени отдыха и некоторые другие².

¹ Дойблер В.В. Тенденции развития трудового права в промышленно развитых странах // Государство и право – 1998 – № 2 – С. 34.

² Томашевский К.Л. Кодификация законодательства об изменении трудового договора в Беларуси, Кыргызстане и России // Человек и труд – 2000 – № 4 – С. 70.

Последний подход представляется ошибочным, т.к. он приводит к смешению условий трудового договора и условий труда, а также обязательных и дополнительных условий трудового договора. На наш взгляд, обязательными условиями трудового договора, то есть такими, без которых трудовой договор не может считаться заключенным, являются только условия о месте работы и трудовой функции. Все остальное — это либо дополнительные условия договора, либо сведения об условиях труда работника, воспроизведенные в трудовом договоре из законодательства о труде, коллективных договоров, соглашений, локальных актов.

Таким образом, законодательные акты о труде зарубежных стран рассчитанные на общее применение, как правило, не преследуют цели урегулирования трудовых отношений в их полном объеме, определения всех или конкретных условий труда. В первую очередь государственной регламентации подвергаются основные, принципиальные вопросы взаимодействия сторон трудового правоотношения. В отношении же конкретных условий труда (продолжительность рабочего времени, размер заработной платы и т.д.) законодатель ограничивается установлением лишь основных положений, с учетом которых стороны могут по взаимному соглашению могут определять условия и закреплять их в договорном порядке.

1.3 Виды трудового договора

Трудовой кодекс РФ предусматривает два вида трудовых договоров в зависимости от срока их действия:

- трудовые договоры, заключаемые на неопределенный срок (стороны договора не оговаривают продолжительность его действия);
- срочные трудовые договоры.

В соответствии со 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 ТК РФ или иными федеральными законами¹. Если в трудовом договоре не оговорен срок его действия, то договор считается заключенным на неопределенный срок. В случае, если ни одна из сторон не потребовала расторжения срочного трудового договора в связи с истечением его срока, а работник продолжает работу после истечения срока трудового договора, трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок. Трудовой договор, заключенный на определенный срок при отсутствии достаточных к тому оснований, установленных органом, осуществляющим государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, или судом, считается заключенным на неопределенный срок. Запрещается заключение срочных трудовых договоров в целях уклонения от предоставления прав и гарантий, предусмотренных работникам, с которыми заключается трудовой договор на неопределенный срок.

Также в теории российского трудового права выделяются следующие виды трудового договора.

В зависимости от личности работника и работодателя выделяют трудовые договора, заключаемые с несовершеннолетним работником (Глава 42 ТК РФ), с женщинами и лицами, выполняющими семейные обязанности (Глава 41 ТК РФ), с работодателями - физическими лицами (Глава 48 ТК РФ), с работником религиозной организации (Глава 54 ТК РФ).

В зависимости от особенностей правового положения сторон выделяют трудовые договора, заключаемые с совместителями, с лицами, совмещающим профессии (должность), с лицами, совмещающим работу с обучением.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 37.

В зависимости от места применения труда выделяют трудовые договора с работником, выполняющим работу вахтовым методом, с надомником, с работниками Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, с работником, направленные на работу за границу.

В зависимости от характера трудовой деятельности выделяют трудовые договора, заключаемые с педагогическими работниками, с медицинскими работниками, с творческими работниками, с руководителем организации и членами коллегиального исполнительного органа организации.

Правовое регулирование трудового договора в странах Запада характеризуется значительной дифференциацией, учитывающей многообразие и специфику труда различных категорий работников, форм занятости. В связи с этим различают большое число видов трудового договора. Рассмотрим главные из них.

Трудовой договор на неопределенный срок заключается как в устной, так и в письменной форме; на работников распространяются без каких-либо оговорок и исключений нормы и положения трудового законодательства и коллективных договоров: договор может быть в любой момент расторгнут каждой из сторон с соблюдением срока предупреждения; увольнение работника в большинстве стран допустимо только по уважительной причине.

Трудовой договор на определенный срок требует письменной формы. Срок может быть выражен конкретным периодом или выполнением конкретной работы, или обусловлен наступлением определенного события. Законом установлена максимальная продолжительность срочных договоров (обычно не более двух лет, а в России максимальный срок не более пяти лет). Несоблюдение требований, относящихся к порядку заключения таких договоров, или их периодическое перезаключение с одним и тем же лицом преобразуют срочный договор в договор на неопределенный срок.

В странах запада предусмотрено правило, по которому перезаключение с одним и тем же лицом преобразуют срочный договор в договор на

неопределенный срок¹. В ТК РФ этого правила нет. Есть только сходное правило в п.6 ст. 58 ТК РФ, по которому запрещается заключение срочного трудового договора в целях уклонения от предоставления прав и гарантий, предусмотренных для работников, с которыми заключается трудовой договор на неопределенный срок. Я считаю, что норма п. 6 ст. 58 ТК РФ должным образом не защищает интересы работника, так как работодатель может 3,4,5 и более раз перезаключить с работником срочный трудовой договор по основаниям предусмотренным ст. 59 ТК РФ. Это может привести к нарушению и ущемлению прав и гарантий работника. Поэтому надо в ст. 58 ТК РФ надо внести следующее дополнение: перезаключение с одним и тем же лицом более трех раз преобразуют срочный договор в договор на неопределенный срок.

Также в зарубежных странах существует трудовой договор на неполное рабочее время, которое требует письменной формы. Заключается без ограничений по соглашению сторон. Работники, занятые неполное рабочее время, особенно те из них, которые не отработывают минимума часов, лишены ряда трудовых и социальных прав и гарантий, которыми пользуются полностью занятые. Про неполное рабочее время говорит и ст. 93 ТК РФ. По соглашению между работником и работодателем могут устанавливаться как при приеме на работу, так и впоследствии неполный рабочий день или неполная рабочая неделя. Работодатель обязан устанавливать неполный рабочий день или неполную рабочую неделю по просьбе беременной женщины, одного из родителей (опекуна, попечителя), имеющего ребенка в возрасте до четырнадцати лет (ребенка-инвалида в возрасте до восемнадцати лет), а также лица, осуществляющего уход за больным членом семьи в соответствии с медицинским заключением.

¹ Френкель Э.Б. Коллективно-договорное регулирование труда в зарубежных странах // Правовое регулирование труда в условиях перехода к рыночной экономике – М.: Ин-та законодательства и сравн. Правоведения – 1995 – № 60 – С. 43

При работе на условиях неполного рабочего времени оплата труда работника производится пропорционально отработанному им времени или в зависимости от выполненного им объема работ.

Работа на условиях неполного рабочего времени не влечет для работников каких-либо ограничений продолжительности ежегодного основного оплачиваемого отпуска, исчисления трудового стажа и других трудовых прав.

В трудовом законодательстве стран СНГ специально регулируется вопрос о сроке трудового договора. В законодательстве Кыргызстана и Узбекистана добавляется указание на возможность заключения трудового договора для выполнения определенной работы, в ТК Казахстана — для замещения временно отсутствующего работника, а в ТК Беларуси и Узбекистана еще и для выполнения сезонных работ. Таким образом, в различных странах количество видов трудовых договоров, исходя из срока, на который они заключаются, варьируются от двух до пяти лет в зависимости от градации срочных трудовых договоров в широком смысле слова¹.

К достоинству ТК России можно отнести ограничение в ст. 59 сферы применения срочных трудовых договоров. Такой подход следовало бы учесть в трудовом законодательстве Беларуси, допускающем неограниченное использование срочных трудовых контрактов, что снижает защитную функцию трудового права и нарушает баланс интересов работника и нанимателей.

В зарубежных странах существует такой вид трудового договора как трудовой договор с "заемными" работниками. Таких работников нанимают специализированные частные агентства, которые периодически сдают их на различные сроки фирмам-заказчикам. Работники, нанимаемые агентствами временного труда, имеют, таким образом, двух нанимателей, а возникшее правоотношение носит трехсторонний характер.

¹ Правовые системы стран мира / под ред. А.Я. Сухарева – М.: Инфра-М, 2003. – С. 67.

В настоящее время среди российских ученых, занимающихся трудовым правом, продолжается дискуссия о месте заемного трудового договора в системе трудовых отношений. Авторы высказывают противоречивые оценки — от весьма осторожного отношения к институту заемного труда и инициатив по его регулированию до призывов к скорейшей регламентации и расширению сферы применения заемного труда.

Особую обеспокоенность вызывает то, что применение заемного труда сопряжено с нарушением трудовых прав работника и общим ухудшением его правового статуса. Именно поэтому статьи 11 и 12 конвенции МОТ № 181 обязывают государства предусматривать необходимые меры, обеспечивающие адекватную защиту работников. Полемика особенно активизировалась после прошедших в 2004 году слушаний в Государственной думе о ратификации конвенции Международной организации труда №181 "О частных агентствах занятости", направленной, среди прочего, на регулирование заемного труда.

Технология использования заемного труда представляет собой выполнение работы по определенной квалификации работником, нанятым и предоставленным специализированным агентством заемного труда в распоряжение третьей стороны, называемой пользователем, для выполнения работы в пользу последнего. Важным моментом является то, что договорное трудовое отношение, как правило, существует только между заемным работником и агентством заемного труда, при этом работник трудится, следуя указаниям пользователя.

Заемный труд — явление, неизвестное для российского законодательства. И, по свидетельству многих авторов, заемный труд не вписывается в действующее трудовое право.

Уже год в России обсуждается возможность ратификации 181-й конвенции МОТ "О частных агентствах занятости". Она принята уже в большинстве стран мира. Согласно конвенции ответственность за работников несут как агентства, поставляющие персонал, так и сами предприятия. Кроме

того, конвенция гарантирует все те права, которых сегодня лишены "арендуемые" работники. Как пояснил Директор Департамента трудовых отношений и государственной гражданской службы Минздравсоцразвития Александр Сафонов, в случае ратификации этого документа наша страна должна будет внести изменения в Трудовой кодекс Российской Федерации, в Закон "О занятости населения" и Налоговый кодекс либо принять абсолютно новый закон, регулирующий заемный труд. Кстати, концепцию соответствующего документа уже разработал Комитет Госдумы по труду и социальной политике. Понадобиться данный проект может уже в этом году. По словам Сафонова, Российская трехсторонняя комиссия решила поднять этот вопрос на очередной сессии МОТ в июне 2007 года.

Очевидно, что в случае недостаточного или полного отсутствия регулирования заемного труда, уровень защиты работников заметно снижается, а сам заемный труд перемещается в "серый" сегмент рынка труда. Для регулирования заемного труда и установления баланса между гибкостью для пользователей и защиты для работников в российском законодательстве потребуется внесение изменений в Трудовой кодекс и иные акты, регулирующие трудовые отношения.

Для разработки адекватного правового регулирования заемного труда имеет смысл изучить опыт государств, для которых заемный труд уже долгое время является неотъемлемой частью рынка труда. Одним из таких государств является Королевство Нидерланды. За последние годы уровень безработицы в Нидерландах снизился почти до четырех процентов, в то время как Германия и Франция стабильно имеют уровень безработицы на уровне примерно одиннадцати процентов. Одной из основных причин снижения безработицы считается то, что Нидерланды постепенно отменили практически все ограничения, связанные с заемным трудом. На сегодняшний день в Нидерландах на рынке наибольшая доля заемных работников, чем в любой другой стране мира. В 2001 году в Нидерландах агентства заемного труда были работодателями приблизительно для 725 тысяч работников, что

составляло порядка 3,5% от общего числа занятых в стране'. В течение 20 лет система регулирования заемного труда претерпевала изменения и в настоящее время в Нидерландах существует одна из самых эффективных систем регулирования заемного труда¹.

Договор о заемном труде определяется в статье 7:690 Гражданского кодекса Нидерландов как договор, посредством которого одна сторона (работник) предоставляется другой стороной (нанимателем), осуществляющей деятельность на профессиональной основе, третьей стороне (пользователю) с целью выполнения работ под надзором и руководством пользователя в соответствии с заказом, размещенным у нанимателя. Таким образом, заемный работник в Гражданском кодексе рассматривается как "нормальный" наемный работник, обладающий статусом субъекта трудовых отношений. Предприятие-пользователь имеет право давать указания работнику относительно способа и порядка выполнения работы.

Полномочия давать указания по иным вопросам принадлежит нанимателю, то есть агентству. Заемный работник должен следовать указаниям предприятия-пользователя и подчиняться всем правилам, установленным на предприятии-пользователе, в том числе, по безопасности труда.

Следует заметить, что вне зависимости от объема полномочий пользователя, никакие договоры между предприятием-пользователем и заемным работником не заключаются. Работник находится в трудовых отношениях с агентством заемного труда, а с предприятием-пользователем возникают фактические отношения после отправки работника для выполнения работы в соответствии с заказом.

Трехсторонний характер заемного правоотношения особо подчеркивается для целей правового регулирования: во-первых, посредством требования о заключении договора между агентством и пользователем, во-

¹ Накипелов Д.С. Производственные советы в странах Западной Европы // Труд за рубежом – 1995 – № 3 – С. 13.

вторых, с помощью установления обязательства заключить трудовой договор между агентством и работником.

По общему правилу агентство должно выплачивать заемному работнику заработную плату и иные выплаты в том же размере, что и работникам, занятым на таких же или схожих должностях (или работах) на предприятии-пользователе. Установлены два исключения из этого правила. Во-первых, если имеется коллективный договор, применимый к предприятию-пользователю, содержащий условия о вознаграждении заемных работников, предприятие-пользователь должно обеспечить выплату вознаграждения в соответствии с этим договором. Во-вторых, в случае наличия действительного коллективного договора, применяемого к агентству, который определяет порядок и размеры выплаты заработной платы и иных выплат, выплата должна производиться в размере, предусмотренном таким договором.

Сегодня в странах Запада наблюдаются существенные сдвиги в отношении различных видов трудовых договоров. Главный из них состоит в том, что традиционный (обычный или типичный) трудовой договор, т.е. договор на неопределенный срок и на полное рабочее время, заключает уменьшающееся число работников, а все большее их число имеет договоры на срок, работают неполное рабочее время, на дому. Типичный трудовой договор на ряде предприятий сохраняется лишь для привилегированной группы работников, которая сравнительно невелика. Значительная часть работников (до 20—30% в различных странах) — это лица, имеющие атипичные трудовые договоры: временные и "заемные" работники, не полностью занятые, надомники, иностранцы. Их нанимают при улучшении экономической ситуации и увольняют при ее ухудшении¹.

Таким образом, во многих странах Запада в отличие от России появились законы, подзаконные акты, коллективные договоры, которые

¹ Дятишева А.П. Коллективные договоры и соглашения. Трудовые конфликты. — М.: Инфра-М, 1998. — С. 45.

регулируют, например, срочные трудовые договоры и содержат некоторые новые положения.

Во-первых, введены четко очерченные рамки (различные в отдельных странах) распространения таких контрактов.

Их запрещено заключать для выполнения обычных, регулярных работ. Разрешены они только в установленных законом случаях: для сезонных работ, для замены временно отсутствующих работников, при временном расширении производства, для выполнения случайных работ и т.д. Вместе с тем закон допускает и даже стимулирует использование срочных трудовых договоров как средства борьбы с безработицей. Срочные договоры допускаются также при найме менеджеров, творческих работников. В законодательстве перечислены сферы деятельности, в которых заключение срочных договоров может быть правилом, — это радио и телевидение, зрелищные организации, образовательные учреждения, строительство, общественные работы, профессиональный спорт, туризм, так же, как и в нашей стране.

В отдельных странах предприниматель обязан информировать представительные органы коллектива предприятия о заключении срочных трудовых договоров.

Определенная в законодательстве максимальная продолжительность договоров на срок — от 6 месяцев до 6 лет. В ряде стран продление срочных договоров разрешено не более одного - двух раз. Нарушение установленных условий применения договоров на срок автоматически превращает их в бессрочные договоры.

Срочный договор трансформируется в бессрочный и в том случае, если работодатель нанимает того же работника на прежнюю работу до истечения 15—30 дней после увольнения.

Во-вторых, новейшее законодательство распространило некоторые нормы и положения, относящиеся к порядку увольнения постоянных работников, на работников, имеющих срочные договоры. В числе прочего

установлено право таких работников на выходное пособие (при увольнении в связи с истечением срока договора), размер которого зависит от величины заработной платы и продолжительности работы, а также на денежную компенсацию за неиспользованный отпуск; определено, что наниматель должен заблаговременно предупреждать работника о своем намерении не продлевать договор; предусмотрено, что срочный трудовой договор не может быть расторгнут досрочно - по инициативе нанимателя иначе, как в случае грубой вины работника или форс-мажора. Последняя норма в какой-то мере компенсирует тот факт, что работник, имеющий срочный договор, ограничен в возможностях его досрочного расторжения по собственному усмотрению. Установление определенных ограничений и для нанимателя в отношении произвольного расторжения срочного трудового договора досрочно как бы уравнивает стороны трудового договора в отношении возможностей его одностороннего расторжения. При досрочном расторжении срочного трудового договора без уважительных причин наниматель обязан выплатить заработную плату до конца срока. Работник также несет материальную ответственность, если он без уважительных причин прекращает срочный трудовой договор. Лица, заключившие трудовые договоры на срок, пользуются правом на отпуск наравне с теми, кто имеет бессрочные договоры. Это же относится к вознаграждению, режиму рабочего времени¹.

Еще одна распространенная в странах Запада форма атипичной занятости — труд в условиях подряда. В данном случае имеются в виду отношения, составляющие не часть обычного гражданского оборота (гражданско-правовые договоры подряда, возмездных услуг и т.п.), а сочетание черт подряда и трудового договора, а также многочисленные случаи, когда традиционные отношения зависимого наемного труда облакаются по тем или иным причинам в форму гражданско-правового договора. Последнее чаще всего происходит тогда, когда работодатель,

¹ Никифорова А.А. Нестандартные формы занятости и режимы рабочего времени (опыт стран с рыночной экономикой) // Труд за рубежом – 1999 – № 1 – С. 56.

нанимая работника для выполнения обычных, рутинных заданий на предприятии, оформляет складывающиеся отношения как договор заказчика и подрядчика (исполнителя), с тем чтобы вывести их из сферы действия трудового законодательства и коллективных договоров. Распространение на эти отношения гражданского законодательства отвечает интересам нанимателей, но наносит ущерб работникам, которые, находясь в зависимости (экономической, технической, организационной, юридической) от нанимателя и будучи по сути дела наемными работниками, приобретают статус автономных, самостоятельно занятых работников (подрядчиков) и лишаются прав и гарантий, которые связаны с отношениями наемного труда.

Применение трудового законодательства к отношениям, находящимся на стыке гражданского и трудового права, или к трудовым отношениям, завуалированным под гражданско-правовые, сопряжено с немалыми трудностями в связи с противоречивостью этих отношений и неясностью их отраслевой принадлежности. И все же можно констатировать, что во многих странах обнаружилась тенденция к включению этих "пограничных" отношений в сферу действия трудового права. Чаще всего в новейших законодательных актах расширяется понятие "работники по найму". В их число включаются лица, выполняющие определенные виды подрядных работ. В этом отношении показательно законодательство Канады. Трудовой кодекс Канады включает зависимых подрядчиков в определение "наемные работники" с точки зрения их права на коллективные договоры. А Закон о трудовых стандартах канадской провинции Квебек дает максимально широкое определение наемных работников, в их число включаются лица, которые принимают обязательство выполнять установленную работу для других лиц на условиях последних, а также те работники, которые обязуются получать в ходе выполнения контракта материалы, оборудование, сырье и товары и использовать их таким образом, который указан их контрагентом¹.

¹ Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. – М.: Дело, 1999. – С. 157.

В некоторых странах (Великобритания) различают понятия "наемный работник" и "трудоустроенный"; последний имеет более широкое толкование и включает не только тех, кто работает по трудовым договорам, но и тех, кто трудится в соответствии с договорами, согласно которым они берут на себя обязательства лично производить любую работу для своего контрагента, являющегося их регулярным заказчиком. В Швеции в ряде законов термин "трудоустроенные" включает лиц, которые выполняют работу для других, не будучи ими наняты, но имеют в сущности такой же статус, как лица наемного труда. Суть указанных терминологических поправок состоит в том, что такие трудоустроенные приравниваются во многих отношениях к лицам наемного труда.

Во Франции Кодекс труда регламентирует некоторые виды отношений, которые имеют признаки как трудового правоотношения, так и отношения гражданско-правового подряда.

Распространение трудового законодательства и коллективных договоров на трудоустроенных-подрядчиков рассматривается в странах Запада как проявление присущей трудовому праву на всем протяжении его исторического развития экспансии, ведущей к расширению сферы его действия.

Таким образом, как в России, так и в зарубежных странах трудовой договор делится на срочные и бессрочные. В зарубежных странах существуют такой вид трудового договора как трудовой договор с "заемными работниками". В ТК РФ и в теории российского трудового права такого вида трудового договора нет.

Нам представляется, что опыт Нидерландов может оказаться весьма полезным для России. Не будет лишним, в частности, позаимствовать принципы возрастания защищенности работника по мере увеличения периода его работы на основе заемного труда, а также внести изменения в

правила о регулировании срочных трудовых договоров, чтобы приспособить их к регулированию специфических заемно-трудовых отношений¹.

Также имеет смысл установить специальные правила, направленные на то, чтобы не допустить дискриминации постоянных работников по сравнению с заемными работниками, установив принцип равной оплаты труда, за исключением случаев, когда иное согласовано в коллективном договоре.

Заемный труд способен внести заметную лепту в уменьшение уровня безработицы в России. Пункт 2 статьи 5 конвенции № 181 МОТ устанавливает в качестве одной из целей деятельности частных агентств занятости "оказание содействия находящимся в наиболее неблагоприятном положении трудящимся по поиску работы". Для реализации позитивного потенциала заемного труда необходимо, с учетом опыта зарубежных государств, создать адекватную систему правового регулирования. Система регулирования должна позволить, с одной стороны, сбалансировать интересы агентств и пользователей заемного труда, а с другой стороны, защитить интересы работников.

Таким образом, трудовой договор является основным институтом трудового права зарубежных стран и России. Он юридически закрепляет вступление работника в трудовые правоотношения, определяет содержание его трудовой функции, регулирует взаимоотношения с работодателем.

¹ Кривой Я.В. Эволюция регулирования заемного труда на примере Нидерландов // Трудовое право – 2006 – № 1 – С. 4.

ГЛАВА 2. ЗАКЛЮЧЕНИЕ И ИЗМЕНЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

2.1 Заключение трудового договора

В законодательстве и других нормативных актах зарубежных стран содержится большое число правил, касающихся порядка трудового найма (приема на работу): В ФРГ действует Закон о равенстве мужчин и женщин на рабочих местах 1980 г, Закон о содействии осуществлению права на труд 1969 г.; во Франции действует Кодекс законов о труде 1973 г.; в Испании действует Закон о статуте прав трудящихся 1980 г.; в Швейцарии трудовой регулируется Обязательственным кодексом 1911г. и т.д.. Рассмотрим важнейшие из них.

Согласно ст. 63 ТК РФ заключение трудового договора допускается с лицами, достигшими возраста шестнадцати лет. 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. С согласия одного из родителей (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. В организациях кинематографии, театрах, театральных и концертных организациях, цирках допускается с согласия одного из родителей (опекуна) и разрешения органа опеки и попечительства заключение трудового договора с лицами, не достигшими возраста четырнадцати лет, для участия в создании и (или) исполнении (экспонировании) произведений без ущерба здоровью и нравственному развитию. Трудовой договор от имени работника в этом случае

подписывается его родителем (опекуном). В разрешении органа опеки и попечительства указываются максимально допустимая продолжительность ежедневной работы и другие условия, в которых может выполняться работа¹.

Заклучить трудовой договор в Великобритании вправе любое лицо обладающее общей правоспособностью. Трудовой договор, заключенный несовершеннолетним, является действительным, если он в целом заключен на благо несовершеннолетнего и закон обеспечивает надежную охрану его интересов. При этом он должен отвечать некоторым специальным требованиям: он не должен содержать необычных или ненужных ограничений, не может предусматривать отказа несовершеннолетнего от предъявления требований о компенсации в случае увечья. Если трудовой договор в целом заключен в интересах несовершеннолетнего, но какие-либо его положения являются недействительными, то это не делает недействительный весь договор.

В Германии лица, не достигшие возраста 18 лет, заключают трудовой договор с согласия своих законных представителей, которые и определяют со стороны работника условия трудового договора (ст.106 и ст. 113 ГГУ)

Федеральным законодательством США установлен минимальный возраст приема на работу - 16 лет, а на опасные работы в сельскохозяйственных отраслях - 18 лет. В установленных законах случаях указанный возраст может составлять 14 лет (например, работа на бензоколонках, в конторах, но не более 40 часов в неделю и не свыше 8 часов в день). Учащиеся подростки могут работать в период каникул в сельском хозяйстве независимо от возраста, кроме опасных работ, с обязательным установлением максимальной продолжительности рабочей недели и рабочего дня. В сельском хозяйстве допускается занятость детей в возрасте 12-13 лет с письменного согласия родителей.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 45-46.

По законодательству Венгрии трудовая правосубъектность граждан возникает при достижении ими 18 летнего возраста. При этом трудовой договор с лицом, дееспособность которого ограничена, может быть заключен без согласия законных представителей. Законодательство разрешает вступление в трудовые отношения и граждан, достигшим 14-летнего возраста, в следующих случаях:

- если они обучаются в вечерней общеобразовательной школе или вне системы школьного обучения;
- на время школьных каникул;
- если данное лицо освобождается от регулярного посещения школы.

Вплоть до середины XX в. усмотрение нанимателя при заключении трудового договора было ограничено лишь положениями, касающимися охраны труда женщин и молодежи (минимальный возраст приема на работу, запрещение привлекать женщин и подростков к опасным и вредным для здоровья работам). В последующие десятилетия появились запреты дискриминации при найме на работу. Эта дискриминация запрещена по различным в разных странах признакам: расе, цвету кожи, этническому, национальному или социальному происхождению, религии и политическим убеждениям, семейному положению, возрасту, инвалидности. В каждой стране существует свой более или менее полный набор оснований запрещения дискриминации при найме на работу. Так, в США (в федеральном законодательстве) дискриминация запрещена по признакам расы, цвета кожи, религии, пола, национального происхождения, возраста (имеется в виду дискриминация пожилых трудящихся), инвалидности (имеется в виду дискриминация инвалидов, а также лиц, страдающих различными болезнями, включая СПИД, и серьезными недугами и природными аномалиями, например глухих, глухонемых, лилипутов). В Великобритании — по признакам расы, цвета кожи, этнического или национального происхождения, пола, семейного положения. Канадское законодательство устанавливает наиболее широкий набор признаков, по

которым запрещена дискриминация, а именно: раса, цвет кожи, пол, религия, профсоюзная принадлежность, политические взгляды, этническое или национальное происхождение, возраст, инвалидность, сексуальная ориентация.

Представляет интерес разработка в англо-американской правовой теории концепции прямой и косвенной дискриминации работников по мотивам расы, национальности и пола.

При прямой дискриминации одна группа (категория) работников расценивается менее благоприятно, чем другая, исходя из предрассудков, стереотипов, личной эмоциональной неприязни.

Косвенная дискриминация осуществляется тогда, когда предприниматель при приеме на работу устанавливает критерии, которые объективно могут оказать отрицательное влияние на перспективы трудоустройства женщин, черных, представителей национальных меньшинств. Например, критерии, установленные при подборе работников, могут отсеивать черных, у которых уровень образовательной подготовки ниже, чем у белых, женщин с семейными обязанностями, имеющих малолетних детей¹.

Другие примеры косвенной дискриминации — запрет ношения тюрбанов (дискриминация сикхов), требования знания языка данной страны при приеме на работы, выполнение которых такого знания не требуют (дискриминация работников-мигрантов, национальных меньшинств).

Косвенная дискриминация считается допустимой, если только предприниматель способен доказать "деловую необходимость" такой дискриминации.

Повсюду допускается обращение работника в суд с жалобой на дискриминацию при приеме на работу. Бремя доказывания наличия дискриминации лежит обычно на истце (жалобщике). Лишь в отдельных странах (США, Италия) бремя доказывания невинности в случае жалобы

¹ Правовые системы стран мира / под ред. А.Я. Сухарева – М.: Инфра-М, 2003. – С. 89

работника на дискриминацию при приеме на работу с недавнего времени лежит на предпринимателе¹.

В ряде стран, например США, судебной процедуре должна предшествовать примирительная процедура, осуществляемая специальным административным органом — Комиссией по обеспечению равных возможностей в сфере занятости.

При установлении факта дискриминации суд может возложить на предпринимателя, как правило, только возмещение нанесенного ущерба (в том числе морального). Но в ряде стран (США, Канада, Франция, Швеция) суд вправе принять решение, обязывающее нанимателя принять на работу лицо, которому было незаконно отказано в найме.

Трудовое право постсоветских республик запрещает необоснованный (незаконный) отказ гражданам в приеме на работу. При этом в законодательстве используются две различные модели данного запрета: закрепление конкретного перечня оснований необоснованного отказа в приеме на работу (Беларусь, Кыргызстан) либо установление данного запрета без полной конкретизации таких оснований (Россия, Таджикистан, Узбекистан). Второй подход представляется более предпочтительным, так как в законе, по нашему мнению, невозможно предусмотреть исчерпывающий перечень оснований необоснованного (незаконного) отказа в приеме на работу. Интересно, что даже в странах с конкретным перечнем таких оснований (в частности ст. 16 ТК Беларуси) руководящая судебная практика допускает обращение в суд не только граждан, перечисленных в ст.16 ТК, но и других лиц, которые считают отказ в приеме на работу необоснованным (п. 4 постановления пленума Верховного Суда Республики Беларусь "О некоторых вопросах применения судами законодательства о труде" от 29.03.2001 г.№ 2)

¹ Закон США о минимальных трудовых нормах 1947г. / Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты. Сравнительно-правовое исследование / под ред. Э.Б. Френкель. – М.: Инфра-М, 2002. – С. 34.

Согласно ст. 64 ТК Российской Федерации запрещается необоснованный отказ в заключении трудового договора. 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 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, не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом¹.

Также запрещается отказывать в заключении трудового договора женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей. 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. 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.

Таким образом, в законодательстве зарубежных стран и России предусмотрен запрет на дискриминацию при заключении трудового договора.

Для некоторых европейских стран характерно участие в найме работников органов представительства трудовых коллективов или профсоюзов, а для США и Великобритании — различные виды "принудительного юнионизма", ограничивающие наем нечленов профсоюза. В ФРГ усмотрение предпринимателя при найме ограничивается правом производственного совета участвовать в заключении трудового договора:

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского — М.: Инфра-М, 2006. — С. 87-88.

администрация обязана информировать производственный совет о плане приема на работу, а совет может высказывать предложения относительно найма персонала. При разногласиях между администрацией и производственным советом окончательное решение выносит примирительная комиссия. Производственный совет должен одобрить содержание анкеты для приема на работу. Администрация обязана информировать производственный совет о каждом принимаемом работнике. Более того, производственный совет вправе по перечисленным в законе основаниям (нарушение законности при трудоустройстве, ущемление прав работающих и т. п.) отказать в приеме на работу определенного лица (принцип "негативного согласия"). Если производственный совет не дает согласия на прием какого-либо работника, предприниматель может обратиться с жалобой в трудовой суд, решение которого окончательно.

В Швеции предприниматель обязан согласовывать прием на работу с профсоюзами. Профсоюз может наложить вето на решение администрации о найме новых работников, в частности, если это может привести к нарушению закона, коллективного договора (Закон о совместных решениях в трудовых отношениях 1976 г.)¹.

В трудовом законодательстве России об обязанности работодателя согласовывать прием на работу с профсоюзами не предусмотрено. Мы считаем, что надо данную норму надо внести в трудовое законодательство России. Это позволит более шире защищать права профсоюзов и соответственно права работника. Например, работодатель принимает большое количество новых работников, что может повлиять на заработную плату работников (снижение). Поэтому в ст. 64 надо внести следующее дополнение: "Работодатель обязан согласовывать прием на работу с профсоюзами, если предусмотрено соглашением или коллективным договором".

¹ Никифорова А.А. Нестандартные формы занятости и режимы рабочего времени (опыт стран с рыночной экономикой) // Труд за рубежом – 1999 – № 1 – С. 12.

В последние десятилетия в ведущих странах Запада, а затем и в большинстве других стран (не без влияния иностранных предприятий — филиалов трансконтинентальных корпораций) сформировалась и утвердилась определенная и строго соблюдаемая процедура найма на работу, которая, хотя нигде юридически не фиксируется, в силу своей распространенности приобрела характер "обычного права".

Эта процедура включает три этапа:

- представление кандидатуры, первичное ознакомление с нанимаемым по документам, сбор информации о кандидате на должность;
- собеседование (интервью);
- профессиональные (тестовые) испытания.

Познакомимся подробнее с каждым из этих этапов. Представление кандидатуры при приеме на работу. Процедура найма начинается с направления работодателю претендентом на должность, узнавшим тем или иным способом об открывшейся вакансии, или даже независимо от этого (в надежде на вакансию), определенных документов: резюме, письма-обращения, автобиографии, дипломов, рекомендации и т.п. В отношении оформления этих документов действуют определенные правила. Так, в резюме должны быть обязательно следующие данные: ф, и., о., гражданство, дата рождения, адрес, номер телефона, образование, трудовая деятельность (в обратном хронологическом порядке). Требуется указать на знание иностранных языков, владение компьютерной техникой, наличие водительских прав. Желательно перечислить внерабочие увлечения (хобби). Иногда требуется указать свой знак зодиака. В отдельных случаях (в отношении физических работ) предлагается сообщать, является ли нанимающийся левшой либо (в отношении некоторых видов физических и умственных работ) является ли он интровертом или экстравертом.

К документам, требуемым от гражданина при приеме на работу, в трудовом законодательстве стран СНГ относятся: паспорт или иной

документ, удостоверяющий личность работника; трудовая книжка; документ об образовании; документы воинского учета.

Согласно ст. 65 ТК РФ при заключении трудового договора лицо, поступающее на работу, предъявляет работодателю:

- паспорт или иной документ, удостоверяющий личность;
- трудовую книжку, за исключением случаев, когда трудовой договор заключается впервые или работник поступает на работу на условиях совместительства;
- страховое свидетельство государственного пенсионного страхования;
- документы воинского учета – для военнообязанных и лиц, подлежащих призыву на военную службу;
- документ об образовании, о квалификации или наличии специальных знаний – при поступлении на работу, требующую специальных знаний или специальной подготовки¹.

В отдельных случаях с учетом специфики работы ТК РФ, иными федеральными законами, указами Президента Российской Федерации и постановлениями Правительства Российской Федерации может предусматриваться необходимость предъявления при заключении трудового договора дополнительных документов.

Запрещается требовать от лица, поступающего на работу, документы помимо предусмотренных ТК РФ, иными федеральными законами, указами Президента Российской Федерации и постановлениями Правительства Российской Федерации (ст. 65 ТК РФ)..

При заключении трудового договора впервые трудовая книжка и страховое свидетельство государственного пенсионного страхования оформляются работодателем.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 45-46. С. 98.

Таким образом, трудовое законодательство России дает больше возможностей для поступления на работу, так как в зарубежных странах предусмотрен очень большой перечень сведений, которых надо предоставить.

Заполнение анкет. Анкеты при найме содержат вопросы, которые в соответствии с законом можно задавать нанимающимся. Содержание анкет зависит от характера работы, должности. В ФРГ, как уже отмечалось, содержание анкет требует одобрения производственного совета. В случае спора решение принадлежит примирительной комиссии. В соответствии с позицией германских судов по требованию работника предприниматель обязан уничтожить анкеты в той части, в которой содержатся сведения о личной жизни нанимающегося, поскольку сохранение этих сведений, по мнению судов, нарушает конституционное право охраны личности, неприкосновенности личной жизни. В Канаде данные о непринятых кандидатах на должность подлежат уничтожению после истечения срока обжалования отказа в приеме на работу.

В ТК РФ о заполнении анкет ничего не говорит. Не смотря на это, в России давно уже в каждом предприятии применяется заполнение анкет. Мы считаем, что давно уже назрело на законодательном уровне закрепить заполнение анкет, так это позволит защитить права нанимающихся. В частности, как и за рубежом, надо упомянуть в ТК РФ о том, что работодатель может потребовать заполнения анкет, но он обязан уничтожить анкеты в той части, в которой содержатся сведения о личной жизни нанимающегося, поскольку сохранение этих сведений нарушает конституционное право охраны личности, неприкосновенности личной жизни, а также обязать работодателя уничтожать данные о непринятых кандидатах на должность после истечения срока обжалования отказа в приеме на работу¹.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 102.

Проведение собеседования (интервью). Работника приглашают на интервью только в том случае, если, судя по резюме и другим документам, именно он представляет интерес для работодателя с точки зрения кадровых потребностей.

В ФРГ предприниматель, пригласивший кандидата на собеседование, обязан оплатить его путевые расходы, выплатить суточные, компенсировать расходы на жилье, потерю заработной платы независимо от того, будет ли заключен с ним трудовой договор.

На собеседовании работодатель либо его представители (работники отдела персонала) лично знакомятся с нанимающимся; в ходе интервью уточняются его данные, цели и устремления, формируется общее впечатление о внешности, личных качествах претендента на должность, в предварительном порядке обсуждаются условия труда, предполагаемые размеры заработной платы, подробности, касающиеся будущей работы. На собеседовании обращают внимание на выражение лица, стиль одежды нанимаемого, его манеру излагать свои мысли, задают вопросы для более точного уяснения возможностей кандидата. Методика проведения интервью, а также анализ анкет нанимающихся всесторонне отработаны специалистами по найму персонала и изложены в многочисленных руководствах по найму и других пособиях, издаваемых на Западе.

В числе многих применяемых приемов — наблюдение за работником во время еды ("бизнес-ланч"), использование так называемых стрессовых интервью при подборе некоторых категорий работников, например менеджеров, изучение выражения глаз работника. Цель таких интервью определить особенности личности, нервной системы нанимающегося, быстроту реакции, его способность выдерживать сильные эмоциональные и интеллектуальные перегрузки, быстро переключаться с одного дела на другое, умение держать в поле зрения одновременно многие проблемы ("комплекс Цезаря"), не теряться при обсуждении неудобных, интимных вопросов.

В ходе собеседования наниматель не должен возбуждать у нанимающегося ложных надежд на заключение с ним трудового договора. В ФРГ, если в результате обещаний нанимателя нанимающийся увольняется с прежней работы, но не получает обещанную работу, он вправе требовать возмещения вреда у несостоявшегося нанимателя¹.

В ходе собеседования работодатель должен не только рассказать нанимающемуся о его будущей работе, но и обязательно информировать его о риске для здоровья, если таковой имеется.

В ФРГ суды требуют, чтобы предприниматель предупреждал нанимающегося о тяжелом экономическом положении предприятия и о наличии риска невыплат заработной платы в будущем и даже банкротства, если положение предприятия не улучшится.

Профессиональные (тестовые) испытания. Применение профессиональных (проверочных) тестов как важнейшего метода профподбора в большинстве стран Запада — рутинный прием при найме на многие виды работ.

В настоящее время для целей профподбора применяется большое число разновидностей тестов и тестовых методик. Об их многообразии можно судить по принятой классификации тестов и, других методов психологической диагностики личности: тесты проверки знаний, психометрические, медицинские и личностные тесты.

Специфика регулирования испытательного срока в зарубежных странах — смещение этого регулирования в сторону коллективных и индивидуальных трудовых договоров. Именно в договорном порядке во многих странах определяется конкретная продолжительность испытательного срока, даже если в законодательстве закреплены общие нормы, относящиеся к испытанию при приеме на работу. Во Франции продолжительность испытательного срока для основной части работников

¹ Закон ФРГ о содействии осуществлению права на труд 1969 г. Трудовое право зарубежных стран. Вопросы и ответы / под ред. В.Ц Бейкеля – М.: Инфра-М, 2003. – С. 77.

вообще не зафиксирована в законе; она определяется в коллективных договорах, а также обычаями. Продолжительность испытательного срока — 1 — 6 месяцев в зависимости от категорий работников.

Наконец, во всех кодексах стран-участниц СНГ содержатся схожие правила о предварительном испытании и последствиях того, что работник его не выдержал. Срок предварительного испытания во всех новых кодексах (законах) составляет, по общему правилу, не более трех месяцев. ТК Таджикистана допускает отступления от этого правила в законе, а ТК России устанавливает удлиненный срок предварительного испытания (до шести месяцев) для руководителей организаций и их заместителей, руководителей филиалов, представительств и иных обособленных структурных подразделений организаций. В срок испытания не засчитываются период временной нетрудоспособности работника и другие периоды, когда работник отсутствовал на работе по уважительной причине (причина отсутствия на работе в этом случае не имеет правового значения по ТК Беларуси и России).

Согласно ст. 70 ТК РФ при заключении трудового договора соглашением сторон может быть обусловлено испытание работника в целях проверки его соответствия поручаемой работе. Условие об испытании должно быть указано в трудовом договоре. Отсутствие в трудовом договоре условия об испытании означает, что работник принят без испытания¹.

Во многих странах предусмотрены гарантии лицам, проходящим испытание. Во Франции и Бельгии, например, при увольнении работника, не выдержавшего испытания, предприниматель обязан предупредить его о предстоящем увольнении. В ФРГ увольнение работника, не выдержавшего испытания, требует согласия производственного совета, а женщины-работницы — государственного административного органа. Во Франции при отказе в приеме на работу инвалида, не выдержавшего испытания, требуется информировать инспекцию труда, которая должна проверить обоснованность

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского — М.: Инфра-М, 2006. — С. 82.

непринятия данного лица на работу как не выдержавшего испытания. В Италии лицо, уволенное в связи с тем, что оно не выдержало испытание, получает компенсацию за неиспользованный отпуск.

Согласно п.4 ст. 70 ТК РФ испытание при приеме на работу не устанавливается для:

- лиц, поступающих на работу по конкурсу на замещение соответствующей должности, проведенному в порядке, установленном законом;

- беременных женщин;

- лиц, не достигших возраста восемнадцати лет;

- лиц, окончивших образовательные учреждения начального, среднего и высшего профессионального образования и впервые поступающих на работу по полученной специальности;

- лиц, избранных (выбранных) на выборную должность на оплачиваемую работу;

- лиц, приглашенных на работу в порядке перевода от другого работодателя по согласованию между работодателями;

- в иных случаях, предусмотренных ТК РФ, иными федеральными законами и коллективным договором.

Согласно п.5 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 и иных обособленных структурных подразделений организаций – шести месяцев, если иное не установлено федеральным законом. В срок испытания не засчитываются период временной нетрудоспособности работника и другие периоды, когда он фактически отсутствовал на работе¹.

Хотя, как правило, законодательство в странах Запада устанавливает свободную форму трудового договора (по усмотрению сторон), в последние

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 80

десятилетия обнаружилась тенденция к расширению числа случаев, когда обязательна письменная форма трудового договора.

Обычно закон устанавливает письменную форму для определенных видов трудовых договоров: договоров на срок, договоров морского найма, договоров для надомников, менеджеров и т. п. В Италии, Норвегии и Люксембурге письменная форма обязательна для всех видов трудового договора. В Испании любая из сторон может потребовать, чтобы трудовой договор был оформлен в письменном виде.

Другая тенденция — установление в ряде стран обязанности нанимателя подробно информировать в письменной форме работника об условиях его труда. Эта тенденция получила наиболее законченное выражение в Великобритании, где законодательство требует, чтобы наниматель во всех случаях заключения трудового договора, который может оформляться как письменно, так и устно, представил работнику (не позднее 13 недель после начала его работы) письменный документ, в котором должны быть указаны стороны трудового договора, дата его заключения, подтвержденный документами трудовой стаж работника и, кроме того, содержаться сведения об основных условиях трудового найма. Эти сведения должны включать: трудовую функцию, размеры заработной платы и методы ее подсчета; периоды выплаты заработной платы; продолжительность и режим рабочего времени; времени отдыха; порядок оплаты праздничных дней, болезни, несчастных случаев на производстве; порядок назначения и выплаты заводских пенсий. Кроме указанного документа, работнику должна быть вручена "информационная записка", в которой кратко изложены основные юридические нормы применительно к данной работе, в частности, относящиеся к технике безопасности, производственной санитарии, а также указаны дисциплинарные правила, действующие на предприятии, и порядок рассмотрения жалоб в случае возникновения трудовых споров.

С согласия сторон эти документы могут рассматриваться как письменное оформление трудового договора.

В английской юридической литературе подчеркивается, что указанный порядок придает определенность трудовым отношениям, позволяет работнику с самого начала получить представление о характере его будущей работы, ее условиях, ведет к уменьшению трудовых конфликтов, трений, вызванных неинформированностью работника о служебных функциях и условиях труда.

В отличие от законодательства стран Западной Европы большинство новых кодифицированных законов, принятых в государствах-участниках СНГ предусматривают обязательную письменную форму трудового договора. Исключение составляет ТК Таджикистана и Кодекс законов о труде Украины, допускающий заключение трудового договора, как в устной, так и в письменной форме (ст. 32)¹.

Согласно статье 24 КЗоТ Украины трудовой договор, как правило, заключается в письменной форме, то есть соблюдение письменной формы обязательно только в некоторых случаях, оговоренных Законом (ст. 24 КЗоТ):

- 1) при организованном наборе работников;
- 2) при заключении трудового договора о работе в районах с особыми природными географическими и геологическими условиями и условиями повышенного риска для здоровья;
- 3) при заключении такой разновидности трудового договора и отдельной правовой конструкции трудового договора как контракт;
- 4) в случаях, когда работник настаивает на заключении трудового договора в письменной форме;
- 5) при заключении трудового договора с несовершеннолетним;
- 6) при заключении трудового договора с физическим лицом;
- 7) а также, в иных случаях, предусмотренных законодательством.

Но независимо от того, в письменной или в устной форме заключен трудовой договор, должен быть соблюден так называемый "приказно-

¹ Томашевский К.Л. Кодификация законодательства об изменении трудового договора в Беларуси, Кыргызстане и России // Человек и труд – 2000 – № 4 – С. 45.

книжечный" порядок оформления трудовых отношений. Так, согласно части третьей ст. 24 КЗоТ Украины, "заключение трудового договора оформляется приказом или распоряжением собственника или уполномоченного им органа о зачислении на работу", а также согласно предложения первой части второй ст. 48 КЗоТ Украины "трудовые книжки ведутся на всех работников, работающих на предприятии, в учреждении, организации или у физического лица более пяти дней", которая согласно части первой ст. 48 КЗоТ "является основным документом о трудовой деятельности работника" и в которую, согласно части четвертой ст. 48 КЗоТ "вносятся сведения о работе ..."¹.

Мы считаем, что в случае возникновения между работником и работодателем разногласий и споров в наиболее существенных аспектах преимущество будет за работодателем. Ведь недобросовестному работодателю вовсе будет нетрудно переделать и подделать некоторые документы, как-то приказ (распоряжение) и иные односторонние документы.

Вот поэтому преимущество письменной формы заключается в том, что все условия договора фиксируются в едином акте, обязательном для сторон. Письменная форма трудового договора повышает гарантии сторон в реализации достигнутых договоренностей по важнейшим условиям труда, среди которых размер заработной платы, режим и учет (подтверждение) рабочего времени, время предоставления оплачиваемого отпуска и другое.

В то же время фактический допуск гражданина к работе во всех анализируемых странах СНГ признается заключением трудового договора. Это не освобождает стороны от обязанности последующего надлежащего оформления трудового договора. На основании заключенного между сторонами трудового договора издается приказ о приеме работника на работу, который, как верно отмечается в литературе, не заменяет собой трудового договора.

¹ Кодекс законов о труде Украины. Закон № 322-VIII от 10 декабря 1971 // Ведомости Верховной Рады Украины – 1971 – Ст. 375.

Согласно ст. 67 ТК РФ 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. Трудовой договор, не оформленный надлежащим образом, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя 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. При заключении трудовых договоров с отдельными категориями работников законами, иными нормативными правовыми актами может быть предусмотрена необходимость согласования возможности заключения трудовых договоров либо их условий с соответствующими лицами или органами, не являющимися работодателями по этим договорам, или составление трудовых договоров в большем количестве экземпляров.

Специальный сертификат типа трудового паспорта (трудовой книжки) в странах Запада, как правило, отсутствует. Но имеются определенные документы, которые работник обязан передать нанимателю при поступлении на работу. В ФРГ такие документы называются "трудовыми бумагами" и включают карточку выплаты взносов в фонд социального страхования, карточку выплаты налогов, справку о состоянии здоровья (в случае: необходимости), иногда справку об использовании отпусков, дипломы об образовании. Все эти документы хранятся во время работы у работодателя. Следует особо отметить, что не предоставление "трудовых бумаг" не отражается на юридической силе трудового договора.

Наибольшее значение имеет для работника документ об оплате страховки. В США работники заключают контракты со страховой компанией. Часть взносов в эту компанию в пользу страхователя (работника)

должен выплачивать работодатель. Страховые пособия выплачивает страховщик, т. е. страховая компания¹.

Во Франции и Италии законом предусмотрены трудовые книжки (сертификаты). Они необходимы работнику для поступления на работу. По французскому законодательству трудовая книжка должна включать следующие данные: сведения о работнике; дату поступления на работу и увольнения; наименование всех занимаемых работником должностей. Согласно закону в трудовой книжке не должны содержаться оценки, не благоприятные для работников.

В Италии законодательство предусматривает, что большинство работников должны иметь трудовую книжку. В ней содержится информация о работниках и выполняемых ими работах. Без трудовой книжки прием на работу тех работников, которые обязаны ее иметь не допускается.

В случае увольнения предприниматель обязан вернуть трудовую книжку работнику. В период безработицы трудовая книжка должна храниться на государственной бирже труда.

В Португалии трудовая книжка (книжка занятости) введена только для некоторых категорий работников.

Согласно ст. 66 ТК РФ трудовая книжка установленного образца является основным документом о трудовой деятельности и трудовом стаже работника. Форма, порядок ведения и хранения трудовых книжек, а также порядок изготовления бланков трудовых книжек и обеспечения ими работодателей устанавливаются Правительством Российской Федерации. Работодатель (за исключением работодателей – физических лиц) обязан вести трудовые книжки на каждого работника, проработавшего в организации свыше пяти дней, в случае, если работа в этой организации является для работника основной. В трудовую книжку вносятся сведения о работнике, выполняемой им работе, переводах на другую постоянную работу

¹ Мачульская Е.Е. Управление предприятием и трудовое право: опыт США. М.: Инфра-М, 1996. – С. 36.

и об увольнении работника, а также основания прекращения трудового договора и сведения о награждениях за успехи в работе. Сведения о взысканиях в трудовую книжку не вносятся, за исключением случаев, когда дисциплинарным взысканием является увольнение.

По желанию работника сведения о работе по совместительству вносятся в трудовую книжку по месту основной работы на основании документа, подтверждающего работу по совместительству.

Таким образом, трудовое законодательство зарубежных стран исчерпывающим образом описывает порядок заключения трудового договора. Мы считаем, что это недостатком, чем плюсом. Так как весь порядок заключения трудового в зарубежных странах не облегчает процесс устройства на работу, а наоборот осложняет, делая дополнительные барьеры.

2.2 Изменение трудового договора

В зарубежных странах общепризнанным принципом в отношении изменений трудового договора является *jus variandi*, т.е. право нанимателя перевести работника, даже вопреки его согласию, на другую работу. Принцип *jus variandi* несовместим с правом работника на статус-кво, т.е. на постоянное сохранение условий труда, предусмотренных при заключении трудового договора. Наниматель свободен по своему усмотрению изменить их с согласия, а в ряде случаев и без согласия работника. Только в Италии законодательством внесена корректировка в принцип *jus variandi*. Там установлено, что перевод работника на низшую по квалификации и оплате работу, как правило, не допускается¹.

Возможность временных и постоянных изменений трудового договора обусловлена директивной властью предпринимателя которая включает право совершенствовать организацию производства, а отсюда и правомочие

¹ Френкель Э.Б. Коллективно-договорное регулирование труда в зарубежных странах // Правовое регулирование труда в условиях перехода к рыночной экономике – М.: Ин-та законодательства и сравн. Правоведения – 1995 – № 60 – С. 43.

вносить изменения в содержание трудовых функций и всех иных существенных компонентов трудовой деятельности.

По общему правилу, если перевод на другую работу не вела к сокращению заработной платы и к изменению существенных условий труда (а это определяют суды в каждом конкретном случае), то такой перевод считается не изменением условий трудового договора, а применением трудового договора нанимателем и не требует согласия работника (по российской терминологии — это перемещение работника).

В России согласно ст. 72.1 ТК РФ под перевод понимается постоянное или временное изменение трудовой функции работника и (или) структурного подразделения, в котором работает работник (если структурные подразделения были указаны 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 согласия работника, за исключением случаев предусмотренных частями второй и третьей статьи 72.2 ТК РФ¹.

Таким образом, изменения, связанные с реализацией трудового договора в зарубежных странах и в России, возможны без согласия работника.

Одностороннее изменение нанимателем обязательных условий трудового договора (новация договорных отношений) дает право работнику требовать расторжения договора и возмещения ущерба. В этом случае возможно расторжение трудового договора и по инициативе предпринимателя, если работник отказывается от продолжения работы с изменившимися условиями. Суды в большинстве стран считают обоснованным перевод работника на другую работу с существенными изменениями условий труда, если это обусловлено требованиями производства, техническим прогрессом. Если же суд найдет действие

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 82.

нанимателя необоснованным, составляющим "злоупотребление правом" работник может рассчитывать на материальное возмещение. В ТК РФ в ст. 74 сказано, что, 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. 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 ТК¹.

Что же касается временных переводов, то в большинстве стран они допускаются лишь при чрезвычайных обстоятельствах и при условии, что при невозможности таких переводов предпринимателю может быть нанесен непоправимый вред. Это регламентируется в законах либо в коллективных договорах. Как это установлено многочисленными обследованиями, предприниматели зачастую провоцируют работника к увольнению, по собственному желанию, проводя реорганизацию производства, ведущую к переводу работника на другую, не устраивающую или даже унижающую его работу, ухудшающую его материальное положение или психологический комфорт. Это рассматривается как нарушение трудового договора со стороны нанимателя и дает право работнику объявить об увольнении по собственному желанию и потребовать через суд возмещения ущерба за незаконное ("спровоцированное") увольнение и плюс компенсации морального вреда.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 83.

В российском трудовом законодательстве предусмотрен тоже временный перевод. Так согласно ст. 72.2 ТК РФ 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 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. 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. При этом перевод на работу, требующую более низкой квалификации, допускается только с письменного согласия работника.

Целесообразно привести более подробные данные о порядке правовой регламентации изменения трудового договора по законодательству ряда стран. Они демонстрируют как общие черты в регулировании этого вопроса, так и национальное своеобразие.

Во Франции перевод на другую работу, ведущий к изменениям существенных условий труда, а именно места работы, зарплаты, трудовой функции (более низкая должность, снижение авторитета, престижа, наносящее работнику моральный ущерб, и т.п.), требует согласия работника. Работник вправе отказаться от перевода. В этом случае предприниматель может его уволить, но вина за увольнение возлагается на предпринимателя, и он должен выплатить возмещение ущерба. Является ли перевод на другую работу изменением существенных условий труда, решает суд в зависимости от конкретных обстоятельств. Все зависит от того, как этот перевод отражается на работнике, на его жизни, самочувствии. Если перевод, скажем, ведет к росту утомляемости работника из-за существенного увеличения времени нахождения в пути на работу, это признается изменением существенных условий труда, и перевод требует согласия работника¹.

В ФРГ, если работник не желает работать с измененными условиями труда, он должен сообщить об этом нанимателю и вправе обратиться в суд. До решения суда он все же обязан работать в новых условиях, на новой работе. Если суд объявит перевод работника на другую работу "социальных необоснованным" предприниматель обязан перевести работника на прежнюю работу и оплатить разницу в заработной плате, если перевод привел к снижению заработной платы.

В Испании порядок перевода на другую работу детально регламентирован в Статуте трудящихся 1980г. Согласно этому закону, руководство предприятия по обоснованным причинам технического или организационного порядка может вносить существенные изменения в условия труда, которые должны быть санкционированы представителями

¹ Киселев И.Я. Зарубежное трудовое право. – М.: Проспект, 1998. – С. 50.

работников. Если такой санкции нет, окончательное решение принимает инспекция труда через 15 дней после обращения руководства предприятия. Если в результате изменений условий труда работнику нанесен ущерб, он вправе в течение одного месяца расторгнуть трудовой договор и получить компенсацию в размере 20-дневной заработной платы за каждый год трудового стажа, но не более чем за девять месяцев. Не допускается перевод работника в другое место, без серьезных причин и без разрешения инспекции труда¹.

В случае согласия инспекции труда на перевод работник имеет право выбора между переводом и получением соответствующих компенсационных выплат или прекращением трудового договора, которое должно расцениваться как вынужденное увольнение по экономическим причинам.

Допускается перевод работника по производственной причине с его согласия в другую местность на срок до одного года с сохранением прежней заработной платы.

Если в случае чрезвычайных и непредвиденных обстоятельств предприниматель вынужден перевести работника на работу, более низкую по квалификации, чем это предусмотрено трудовым договором, он вправе это сделать только на определенный срок с сохранением прежней заработной платы. О таком переводе предприниматель должен поставить в известность орган представительства трудового коллектива.

Если работник выполняет работу более высокой квалификации, чем это предусмотрено его трудовым договором, на протяжении свыше шести месяцев в течение одного года или восьми месяцев в течение двух лет, он вправе требовать присвоения ему соответственно более высокого квалификационного разряда. В случае отказа предпринимателя сделать это работник вправе обратиться в суд, предварительно уведомив об этом орган представительства трудового коллектива.

¹ Трудовой кодекс Италии 1942г. Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты. Сравнительно-правовое исследование / под ред. Э.Б. Френкель – М.: Инфра-М, – 2002. – С.34.

В Италии трудовые функции работника должны быть, в принципе, обусловлены заключенным трудовым договором. Но в определенных случаях допускается перевод на другую работу по инициативе предпринимателя. Права работников при этом обеспечиваются законодательством в большей мере, чем в других странах.

Статья 13 Статута трудящихся отменила закрепленное в прежнем законодательстве правомочие предпринимателей переводить работников без их согласия на постоянную работу, более низкую по квалификации, даже при условии, что им гарантируется сохранение прежней заработной платы, а изменения в правовом статусе, вызванные переводом, не подрывают профессиональные позиции и престиж работника. Указанное законодательное новшество установило весьма жесткие, а по некоторым мнениям, чрезмерные ограничения мобильности работников ради обеспечения стабильности их занятости. В случае временного перевода работника на более квалифицированную работу он имеет право на заработную плату, соответствующую выполняемой работе, и этот перевод после истечения определенного срока, установленного в коллективных договорах (не более трех месяцев), превращается из временного в постоянный. Это не относится к случаям, когда работник переведен на замещения должности временно отсутствующего работника.

Анализ норм российского трудового законодательства показывает, что в России норма о возмещении ущерба при одностороннем изменении нанимателем существенных условий трудового договора (новация договорных отношений), которые предусмотрены в зарубежных странах, предусмотрено в ст. 178 ТК РФ. Согласно данной статье предусмотрено выходное пособие в размере двухнедельного среднего заработка выплачивается работнику при расторжении трудового договора в связи отказом работника от продолжения работы в связи с изменением определенных сторонами условий трудового договора

Законодательство большинства зарубежных стран не требует согласования с профсоюзами перевода работников на другую работу. Одно из немногих исключений — Швеция.

В ряде стран (ФРГ, Австрия, Испания, Франция) предусмотрено участие органов трудового коллектива при решении вопроса о переводе работника на другую работу¹.

Особенно большие полномочия в этой области имеют производственные советы в ФРГ. На предприятиях с числом работников более 20 производственный совет может отказать предпринимателю в праве перевести работника на другую работу по тем же основаниям, что и при найме работника, а также если перевод работника на другую работу вызовет неудобства, которые не оправданы экономическими причинами. Производственный совет может вмешаться, если временный перевод на другую работу продолжается более одного месяца или привел к изменениям существенных условий труда.

Таким образом, положения, касающиеся порядка изменения трудового договора, в ряде стран включены в коллективные договоры. Они обязывают предпринимателей предупреждать представителей работников о предстоящих изменениях и консультироваться с ними. Иногда предусматривается, что за работниками, переведенными на нижеоплачиваемую должность в результате технических изменений, сохраняется на некоторое время прежняя заработная плата.

Основные правила об изменении трудового договора в странах СНГ содержатся в главах кодексов, посвященных правовому регулированию трудового договора.

Во всех новых ТК значительно улучшена структура под института изменения трудового договора: в ТК Кыргызстана и Узбекистана в соответствующих главах выделены подразделы, а в ТК Беларуси и России —

¹ Накипелов Д.С. Производственные советы в странах Западной Европы // Труд за рубежом – 1995 – № 3 – С. 78.

отдельные главы; нормы о трудовых отношениях при смене собственника или реорганизации нанимателя — юридического лица отнесены к данному под институту (кроме ТК Беларуси и Узбекистана); в соответствующих подразделах, главах урегулированы переводы по состоянию здоровья.

Общие правила об изменении трудового договора и условий труда из всех проанализированных ТК стран СНГ содержатся только в ТК Узбекистана 1995 года. В ст. 88 данного кодекса регулируется общий порядок установления и изменения условий труда, а также раскрываются понятия "условия труда", "социальные факторы" и "производственные факторы"¹.

Полагаем, что при совершенствовании МТК и трудового законодательства других государств-участников СНГ следует учесть данные положения ТК Узбекистана и дополнить их статьей, содержащей общие правила об изменении трудового договора и условий труда. Само же понятие условий труда предпочтительнее раскрыть не в главах или подразделах, посвященных изменению трудового договора, а в статье, закрепляющей легальные определения терминов, используемых в кодексе (например, ст. 1 ТК Беларуси), поскольку данное понятие используется в различных институтах трудового права (трудовой договор, рабочее время, время отдыха, охрана труда и других).

В ряде новых ТК стран СНГ (особенно Беларуси и Кыргызстана) хорошо разграничиваются такие понятия, как перевод, перемещение и изменение существенных условий труда. Если перевод представляет собой изменение трудовой функции работника, поручение работы в другой местности или у другого нанимателя, то перемещение — это поручение работнику прежней работы на новом рабочем месте, механизме, агрегате. В свою очередь, изменение существенных условий труда связано с модификацией отдельных условий труда, частично конкретизированных

¹ Томашевский К.Л. Совершенствование норм об изменении трудового договора в проекте Модельного Трудового Кодекса государств СНГ // Трудовое право – 2001 – № 4 – С. 29.

законом. Такой подход к определению данных категорий, который можно именовать традиционным, характерен не для всех ТК государств СНГ.

В ч. 2 ст. 35 и ст. 36 ТК Таджикистана категория "изменение существенных условий труда" значительно потеснена, а в ст. 89 ТК Узбекистана и ст. 19 Закона "О труде в Республике Казахстан" полностью заменена понятием "изменение условий труда", что, с одной стороны, расширяет возможности нанимателей по односторонней корректировке не только существенных, но вообще любых условий труда с предупреждением работника, а, с другой стороны, наниматели теперь обязаны обосновывать изменение даже несущественных условий труда работников, что на практике не всегда обусловлено экономическими, организационными или производственными причинами. В ТК Кыргызстана четко обозначен разграничивающий перевод, перемещение и изменение существенных условий труда, но неудачно, на наш взгляд, введена дополнительная категория "изменение условий труда" при отсутствии четких критериев ее отграничения от изменения существенных условий труда. Сама же идея о нормативном регулировании изменения условий труда представляется интересной и имеет под собой теоретическую основу¹.

Если идти по пути расширения понятия перевода, то представляется более логичным подход, использованный в ТК Таджикистана. Согласно ст. 36 данного кодекса работодатель в принципе вправе изменить условия труда, если они predeterminedены в технологии и организации производства. Но если происходит изменение существенных условий труда, обусловленных соглашением сторон и не связанных с обоснованными производственными, организационными, технологическими и экономическими причинами, то они признаются переводами и требуют согласования с работником (ч. 2 ст. 35 ТК). Правда, и в этом подходе усматривается пробел в праве, поскольку не ясно, как поступать работодателю, когда изменяются условия труда, не

¹ Томашевский К.Л., Войтик А.А. Научно-практический комментарий к законодательству о трудовых контрактах – Минск.: Тесей, 2003. – С. 21.

необусловленные соглашением сторон и не связанные с указанными причинами: в этом случае не будет ни перевода, ни одностороннего изменения условий труда. С учетом изложенного, полагаем, целесообразно закрепление в МТК существующего в ТК Беларуси и Кыргызстана подхода по соотношению перевода, перемещения и изменения существенных условий труда, поскольку данные категории довольно четко разграничены между собой и предоставляют нанимателю достаточные возможности для корректировки условий труда работника по экономическим и иным причинам.

Процедура перевода, перемещения и изменения (обязательных) условий труда в странах СНГ очень близка. Перевод, как правило, возможен только с согласия работника, причем согласие должно быть письменное (ч. 2 ст. 106 ТК Кыргызстана, ч. 1 ст. 72 ТК России, ч. 3 ст. 35 ТК Таджикистана, ч. 1 ст. 96 ТК Узбекистана, ст. 17 Закона "О труде в Республике Казахстан"). Кроме того, по законодательству Казахстана любой перевод, а Узбекистана — перевод на другую постоянную работу должен оформляться внесением изменений в трудовой договор. Белорусскому законодателю следует учесть этот удачный законодательный опыт и внести изменения в ч. 5 ст. 30 ТК Беларуси, требующую при переводе перезаключать трудовой договор, распространив ее только на постоянный перевод или вообще исключить эту норму из кодекса. Перемещение осуществляется по усмотрению работодателя, а по ТК Беларуси и Кыргызстана должно быть также обосновано производственными, организационными или экономическими причинами (ч. 4 ст. 31 ТК Беларуси и ч. 4 ст. 107 ТК Кыргызстана). В свою очередь, изменения (обязательных) условий труда (трудового договора) осуществляются работодателем самостоятельно, но с обоснованием определенными причинами (например, по ст. 19 Закона "О труде в Республике Казахстан" — в связи с изменениями в организации производства и сокращением объема работ у работодателя) и с предупреждением

работника об этом за один месяц (в Беларуси, Казахстане, Кыргызстане) или за два месяца (в России, Таджикистане, Узбекистане)¹.

Важными новеллами ТК Таджикистана (ст. 38 и 42) и ТК Кыргызстана (ст. 113, 114) являются урегулирование в под институте изменений трудового договора в связи с временной приостановки производства и обязанностей работодателей по предотвращению массовых увольнений работников.

Полагаем, что нормы о временной приостановке производства заслуживают внимания разработчиков проекта МТК и законодателей Беларуси и других государств СНГ. Такие явления, как временная приостановка производства отдельных цехов или целых предприятий в условиях переходной экономики, встречаются часто, а при принятии подобных решений работодатели не всегда учитывают интересы работников (например, отправляют их в отпуска без сохранения заработка). В связи с этим закон, на наш взгляд, должен предоставлять работникам дополнительные гарантии, например: обязывать работодателей проводить в таких случаях консультации с представительными органами работников и выплачивать работникам часть заработной платы (как при простое не по вине работника).

Таким образом, изменение трудового договора в зарубежных странах и в России возможны с согласия и без согласия работника.

¹ Правовые системы стран мира / под ред. А.Я. Сухарева – М.: Инфра-М, 2003. – С. 145.

ГЛАВА 3. ПРЕКРАЩЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

3.1 Расторжение трудового договора по соглашению сторон и по инициативе работника

В трудовом праве зарубежных стран основаниями прекращения трудового договора считаются:

- смерть работника или работодателя — физического лица и иные обстоятельства, имеющие характер юридических событий;
- соглашение сторон;
- инициатива (односторонний акт) одной из сторон;
- ликвидация предприятия;
- истечение срока договора, завершение выполнения определенной работы;
- обстоятельства, имеющие характер "непреодолимой силы". т.е. чрезвычайные и непредвиденные при данных условиях (форс-мажор), делающие невозможным выполнение договора. К форс-мажорным обстоятельствам относят стихийные бедствия, военные действия и т.п.;
- решение суда о прекращении трудового договора.

Все новые ТК стран СНГ, в том числе и России, закрепляют следующие общие основания прекращения трудового договора с незначительными редакционными отличиями: инициатива работника либо нанимателя; соглашение сторон; истечение срока договора; обстоятельства, не зависящие от воли сторон. В ряде кодексов содержатся и некоторые другие общие основания прекращения трудового договора (например, по ТК Беларуси и России — ряд оснований, связанных с отказом работника от изменения трудового договора и условий труда)¹.

¹ Томашевский К.Л. Совершенствование норм об изменении трудового договора в проекте Модельного Трудового Кодекса государств СНГ // Трудовое право – 2001 – № 4 – С. 31.

В большинстве кодифицированных законов стран — участниц СНГ отражена идея о том, что основания прекращения трудового договора могут предусматриваться только в законодательстве. Исключение составляют трудовые законодательства Кыргызстана и Узбекистана, допускающие прекращение трудового договора также по основаниям, предусмотренным в трудовом договоре (контракте). Последний подход представляется менее обоснованным, т.к. позволяет нанимателям обходить закон, предусматривая многочисленные и недостаточно конкретизированные дополнительные основания расторжения трудового договора. При этом нанимателям и их должностным лицам создаются дополнительные возможности для преследования за критику и ущемление в правах добросовестных и дисциплинированных работников, искусственно "подводимых" под то или иное "договорное" основание увольнения.

В России основания прекращения трудового договора, перечисленные в ч.1 ст. 77 ТК, условно можно разделить на четыре группы в зависимости от обстоятельств, послуживших причиной для прекращения трудовых отношений. Первую составляют случаи прекращения трудового договора по взаимному волеизъявлению сторон (ст. 78). Вторую — по инициативе одной из сторон трудового договора работника или работодателя. В третью группу входят основания прекращения трудового договора, исключающие по тем или иным обстоятельствам возможность продолжения трудовых отношений. Четвертую группу составляют основания, связанные с отказом работника по тем или иным причинам от продолжения трудовых отношений¹.

Среди перечисленных оснований центральное место занимает расторжение трудового договора по инициативе сторон.

Конструкция прекращения трудового договора по соглашению сторон соответствует общим принципам договорного права и вполне применима к трудовым правоотношениям. Их специфика ведет к тому, что прекращение трудового договора по соглашению сторон нередко используется для обхода

¹ Смирнов О.Б. Трудовое право. – М: Проспект, 2004 – С. 303.

императивных норм, регулирующих порядок увольнения работников по инициативе работодателя. Это делает необходимыми письменную форму такого соглашения, строгий судебный контроль, призванный обеспечить соблюдение законности.

Согласно ст. 78 ТК РФ трудовой договор может быть расторгнут в любое время по соглашению сторон трудового договора. Как правило, данное основание применяется при досрочном прекращении трудового договора, заключенного на определенный срок или на время выполнения определенной работы, но возможно прекращение по соглашению сторон любого трудового договора. Соглашение сторон как основание прекращения трудового договора применяется в случаях, когда для прекращения трудового договора желания работника или только работодателя недостаточно. Необходимо взаимное волеизъявление сторон на прекращение трудовых отношений. Соглашение сторон отражает договорный характер трудовых отношений: по соглашению сторон заключается трудовой договор и по соглашению сторон он расторгается¹.

Порядок прекращения трудового договора по соглашению сторон определен ст. 78 ТК РФ, в которой закреплено правило, что трудовой договор может быть в любое время расторгнут по соглашению сторон трудового договора.

Соглашение сторон, как основание для прекращения трудового договора, требует доказанности следующих юридически значимых обстоятельств: наличия добровольного волеизъявления работника на прекращение трудового договора по данному основанию; наличие добровольного волеизъявления работодателя на увольнение работника по данным основанию; согласование даты прекращения трудового договора; фактического прекращения трудовых отношений с определенной даты.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 99.

В зарубежных странах гражданско-правовая конструкция судебного расторжения договора считается применимой к трудовым правоотношениям. Однако в ряде стран (например" в Италии) преобладает мнение, что в трудовых правоотношениях судебное расторжение договора неприемлемо и должно заменяться другими видами прекращения правоотношения, прежде всего увольнением по инициативе сторон.

Право работника, имеющего трудовой договор на неопределенный срок, в любой момент расторгнуть отношения с нанимателем рассматривается в зарубежных странах как естественное проявление договорной свободы, исключающее принуждение к труду.

Хотя в большинстве стран работник обязан письменно предупредить об увольнении, во Франции, Италии, Испании он может ограничиться устным заявлением. Согласно ст. 80 ТК РФ стран работник обязан предупредить об увольнении письменно¹.

Вопрос о сроке предупреждения решается по-разному в различных странах. Обычно этот срок установлен, как минимум, в законе, но может быть увеличен в коллективных и трудовых договорах, обычаях. Имеются страны, где установленный в законе срок предупреждения применяется только при отсутствии соглашения сторон, которые могут договориться о любой продолжительности такого срока. В России срок предупреждения прямо предусмотрен в ТК РФ - две недели.

Наконец, во Франции, Дании, Финляндии вопрос о сроке предупреждения решается не в законе, а исключительно в договорном порядке (в коллективных договорах или в индивидуальных трудовых контрактах).

По нашему мнению, срок предупреждения должен содержаться в законах, а не коллективных и трудовых договорах, обычаях и т.д.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 80.

Конкретные сроки предупреждения об увольнении зависят в большинстве стран от принадлежности работника к категории рабочих или служащих и от трудового стажа. Они составляют в разных странах от одной недели до шести месяцев.

В период предупреждения трудовое отношение продолжается, остается, в частности, обязанность работников соблюдать дисциплину. Болезнь работника обычно прерывает течение срока предупреждения об увольнении.

В соответствии с принципом соразмерности в регулировании увольнений по инициативе работника и нанимателя работник, не предупредивший, согласно действующим правилам, нанимателя, обязан выплатить ему сумму, равную заработной плате за период предупреждения. Если предприниматель нарушает условия контракта, работник вправе расторгнуть трудовой договор без предупреждения¹.

Предприниматель, имущественные и иные права которого нарушены уходом работника с несоблюдением правил, может обратиться в суд с иском о возмещении причиненного ущерба. Иск подлежит удовлетворению, если суд расценит такое поведение работника как злоупотребление правом. Работник, заключивший трудовой договор на определенный срок, может уволиться до окончания срока только по уважительной причине. При прекращении работником срочного трудового договора без уважительных причин, он несет материальную ответственность и возмещает работодателю нанесенный вред.

Применительно к расторжению трудового договора по инициативе работника в странах СНГ используется две различные модели:

а) закрепление двух оснований (подвидов основания): желание работника (при трудовом договоре, заключенном на неопределенный срок) и требование работника (при срочном трудовом договоре). При этом в первом

¹ Томашевский К.Л. Правовое регулирование трудового договора в государствах-участниках содружества независимых государств // Трудовое право – № 4 – 2003 – С. 12.

случае работник не обязан мотивировать свое желание, во втором — требуются, помимо волеизъявления работника, дополнительные условия или уважительные причины (статьи 40, 41 ТК Беларуси, статьи 117, 118 ТК Кыргызстана, ст. 45 ТК Таджикистана);

б) возможность немотивированного расторжения по желанию работника как срочного, так и бессрочного трудового договора (ст. 28 Закона "О труде в Республике Казахстан", ст. 80 ТК России и ст. 99 ТК Узбекистана)¹.

Срок предупреждения работником нанимателя о предстоящем увольнении по собственному желанию (инициативе) составляет две недели (Кыргызстан, Россия, Таджикистан, Узбекистан) или один месяц (Беларусь, Казахстан).

Принудительный труд в Российской Федерации запрещен, поэтому любой работник имеет право расторгнуть трудовой договор.

Согласно ст. 80 ТК РФ работник вправе расторгнуть по собственному желанию любой трудовой договор и в любое время. При этом не имеет значения, на какой срок (определенный либо неопределенный) был заключен этот договор. То есть возможность прекращения трудового договора до истечения срока действия по инициативе работника не связана с наличием у него уважительных причин. Закон не обязывает работника указывать причины увольнения и не связывает увольнение с тем, признает администрация причины уважительными или нет. Причем работник вправе оставить работу по собственному желанию независимо от согласия или разрешения администрации.

Но обязан лишь предупредить об этом работодателя письменно не позднее чем за 2 недели. Руководитель организации обязан в письменной форме предупредить работодателя (собственника имущества организации или его представителя) о досрочном расторжении трудового договора не

¹ Хныгин Г.В. Локальное регулирование трудовых прав и обязанностей работников // Трудовое право – 1998 – № 1 – С. 33.

позднее чем за один месяц. Работник, заключивший трудовой договор на срок до двух месяцев, а также работник, занятый на сезонных работах, обязаны письменно предупредить работодателя о досрочном расторжении трудового договора письменно за три календарных дня (ст. 292 и 296 ТК РФ). Эти сроки устанавливаются для того, чтобы работодатель имел возможность пригласить нового работника.

Во многих странах признается особая разновидность расторжения трудового договора по инициативе работника, но по сути дела по вине нанимателя. Имеется в виду увольнение работника, которое происходит якобы по его желанию, но на деле спровоцировано предпринимателем, понуждающим работника уйти "по собственному желанию".

Таким образом, в этом случае работник вправе проявить инициативу, сам расторгнуть трудовой договор, но потребовать возмещения ущерба. Суды в каждом конкретном случае определяют, могут ли действия предпринимателя рассматриваться как виновное поведение и как основания для расторжения трудового договора работником. Обычно к такому поведению относят запугивание, шантаж, акты насилия, невыплату заработной платы, незаконные вычеты из нее, действия, ставящие под угрозу жизнь и безопасность работника, сексуальные домогательства и т.п. Заметим, что в данном случае подлежит возмещению и моральный вред.

В п. 3 ст. 80 ТК РФ такое правило предусмотрено: в случаях, когда заявление об увольнении по его инициативе (по собственному желанию) обусловлено нарушением работодателя трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, локальных нормативных актов, условий коллективного договора, соглашения или трудового договора работодатель обязан расторгнуть трудовой договор в срок, указанный в заявлении работника¹.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 80.

Если истец утверждает, что работодатель вынудил его подать заявление об увольнении по собственному желанию, то эти обстоятельства подлежат проверке и обязанность доказать их возлагается на работника.

Но здесь нет конкретной нормы предусматривающее расторжение трудового договора по инициативе работника, но по сути дела по вине нанимателя, которое дает право потребовать возмещения ущерба.

3.2 Расторжение трудового договора по инициативе работодателя

В отношении индивидуальных увольнений по инициативе работодателя в большинстве зарубежных стран действуют следующие правила: обязательное обоснование увольнения (наличие "уважительной причины"); предупреждение для большей части увольнений; запрещение дискриминационных увольнений; ограничение увольнений беременных женщин, женщин-матерей, инвалидов; особый порядок увольнения профсоюзных работников и членов представительных органов персонала предприятий; выплата выходного пособия; требование в отдельных странах согласования некоторых видов увольнений с государственным административным органом или с органом представительства работников; установление правил, касающихся процедуры увольнения; материальная компенсация работнику в случае признания судом либо арбитражным органом увольнения необоснованным, а в отдельных странах в определенных случаях обязательное восстановление на прежней работе при незаконном увольнении и выплата компенсации за вынужденный прогул (за весь его период независимо от продолжительности).

До недавнего времени ограничение усмотрения нанимателей при расторжении трудового договора, а также различного рода компенсации в пользу работников не распространялись на срочные договоры при их расторжении по истечении срока. Однако в новейшем законодательстве ряда стран (Франция, Швеция, Канада, Австрия) наметилась тенденция

распространить некоторые нормы и положения, относящиеся к постоянным работникам (бессрочным договорам), на срочные договоры (на работников, нанятых на срок).

Во-первых, установлено; право таких работников при увольнении в связи с истечением срока договора на выходное пособие, размер которого зависит от величины заработной платы и продолжительности работы, а также на денежную компенсацию) за неиспользованный отпуск.

Во-вторых, определено, что наниматель должен заблаговременно предупреждать работника о намерении не продлевать трудовой договор.

В-третьих, предусмотрено, что срочный трудовой договор может быть расторгнут досрочно по инициативе нанимателя не иначе как в случае грубой вины работника или форс-мажора. Эта норма в какой-то мере уравнивает тот факт, что работник, имеющий срочный договор, ограничен в возможностях его досрочного расторжения по собственному желанию. Установление ограничений для нанимателя в отношении произвольного расторжения срочного трудового договора до истечения срока как бы уравнивает стороны трудового договора в отношении возможностей его одностороннего расторжения.

При досрочном расторжении без уважительных причин срочного трудового договора наниматель обязан выплатить заработную плату до конца срока.

К группе оснований для увольнения, вызванных поведением работника, относятся различные виды виновного нарушения трудовых обязанностей (дисциплинарные проступки), отрицательно сказывающиеся на выполнении работы. Существенное значение имеет подразделение дисциплинарных проступков на две категории: серьезные проступки, дающие основание для увольнения без предупреждения, и менее серьезные, служащие основанием для увольнения с предупреждением.

В ТК РФ предусмотрено расторжение трудового договора по инициативе работодателя, вследствие виновных действий работника (ст. 81 ТК РФ):

1) неоднократного неисполнения работником без уважительных причин трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание(пп. 5 п.1 ст. 81 ТК РФ);

2) однократного грубого нарушения работником трудовых обязанностей (пп. 6 п. 1 ст. 81 ТК РФ):

а) 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 дня (смены);

б) 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;

в) 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;

г) совершения по месту работы хищения (в том числе мелкого) чужого имущества, растраты, умышленного его уничтожения или повреждения, установленных вступившим в законную силу приговором суда или постановлением судьи, органа, должностного лица, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях;

д) 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, авария, катастрофа) либо заведомо создавало реальную угрозу наступления таких последствий;

3) совершения виновных действий работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основание для утраты доверия к нему со стороны работодателя (пп. 7 п.1 ст. 81 ТК РФ);

4) совершения работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы (пп. 8 п. 1 ст. 81 ТК РФ);

5) 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 (пп.9 п.1 ст. 81 ТК РФ);

6) однократного грубого нарушения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей (пп. 10 п. 1 ст. 81 ТК РФ);

7) представления работником работодателю подложных документов при заключении трудового договора (пп.11 п.1 ст. 81 ТК РФ). На практике с данной нормой могут возникнуть проблемы. Например, при поступлении на работу врачом работник предоставил подложный диплом врача. Когда обнаружили подлог, его уволили по данному основанию. Здесь нет противоречий. Но можно ли уволить работника по данному основанию, если он предоставил подложный диплом врача при устройстве на работу дворником? Мы думаем, что в данном случае все будет зависеть от воли работодателя. Но в любом случае они будут нести уголовную ответственность¹.

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 82-84.

В зарубежных странах беременная женщина может быть уволена за виновные действия. В трудовом же законодательстве Российской Федерации женщина не может быть уволена за свои виновные действия по инициативе работодателя. Она может быть уволена согласно ст. 261 ТК РФ только в случае ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуального предпринимателя.

Мы считаем, что данная гарантия не отвечает адекватно реалиям жизни. Так, получается, что беременная женщина не может быть уволена за грубое однократное нарушение трудовых обязанностей. Она даже может не приходить на работу и получать заработную плату, так как ее не могут уволить за прогул. Этой гарантией беременная женщина может злоупотребить правами.

Мы считаем, что и в случаях предусмотренных по основаниям, предусмотренным пунктами 5 - 8, 10 или 11 части первой статьи 81 или пунктом 2 статьи 336 ТК РФ, беременную женщину можно уволить.

Поэтому в абзац первый ст. 261 ТК РФ надо внести следующее изменение.

"Расторжение трудового договора по инициативе работодателя с беременными женщинами не допускается, за исключением увольнения по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 5 - 8, 10 или 11 части первой статьи 81 или пунктом 2 статьи 336 ТК".

Основания для увольнения, относящиеся к личности работника, но не вызванные его виной, — это обстоятельства, проистекающие из недостаточной квалификации работника, отсутствия необходимых способностей или состояния здоровья (болезни).

В законодательстве установлен максимальный срок отсутствия по болезни, в течение которого не допускается увольнение (в Норвегии — 6 месяцев при стаже до 10 лет, 1 год при стаже более 10 лет; в Нидерландах — 2 года независимо от трудовой стажа работника).

Достижение пенсионного возраста считается уважительной причиной увольнения для всех категорий работников только в Швеции и Люксембурге, для служащих — в Нидерландах. Автоматическое увольнение в связи с достижением пенсионного возраста может быть закреплено в коллективных договорах во Франции. В Японии на предприятиях коллективный договор или правила внутреннего трудового распорядка определяют предельный возраст работника (обычно 55—60 лет). В Испании, согласно закону, правительство устанавливает максимально допустимый возраст для работы в соответствии с обстановкой на рынке труда и рекомендациями органов социального страхования. В любом случае этот возраст не должен превышать 69 лет, хотя престарелый работник может и далее работать, если ему недостаточно стажа для получения полной пенсии по возрасту.

В Российском трудовом законодательстве тоже предусмотрены основания для увольнения, относящиеся к личности работника, но не вызванные его виной. Это пп. 3 п.1 ст. 81 ТК РФ: несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации. В старой редакции ТК РФ также к этой группе относили: несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие: состояния здоровья в соответствии с медицинским заключением. Но редакция ТК РФ от 30 июня 2006 года отнесло это основание к обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (пп. 5 п.1 ст. 83 ТК РФ).

Причины увольнения, вызванные экономическими и производственными факторами, — это сокращение численности персонала по техническим и социально-экономическим (производственным) основаниям. Правовая регламентация таких увольнений включает уведомление о предстоящих сокращениях представителей персонала, государственных (административных) органов и установление правил сокращения работников, в частности критериев отбора лиц, подлежащих увольнению.

Своеобразным видом увольнений является увольнение, вызванное банкротством предприятия. Порядок таких увольнений регламентируется законодательством. Юридические правила по этому вопросу имеются во всех странах. Они закреплены либо в законах о неплатежеспособности и банкротстве предприятий, либо в актах трудового законодательства, регулирующих коллективные увольнения.

В большинстве стран ныне признано, что объявление предприятия неплатежеспособным (несостоятельным) не ведет автоматически к ликвидации предприятия и к прекращению отношений с занятыми на этом предприятии работниками. Должны быть обязательно приняты меры по санации предприятия, восстановлению его экономического потенциала. Для спасения предприятия может оказаться достаточным увольнение лишь части персонала. При этом в принципе работники сохраняют свои места в период судебного (арбитражного) разбирательства или даже после признания предприятия банкротом, если оно продолжает функционировать под руководством внешнего управляющего, назначенного судом (арбитражем)¹.

В случае сокращения части персонала обанкротившегося предприятия должны соблюдаться установленные в каждой стране правила, касающиеся коллективных увольнений.

В ряде стран установлены некоторые особые правила в отношении увольнений работников в связи с банкротством предприятий, например предусмотрена упрощенная процедура увольнения (отсутствие необходимости консультации с профсоюзами обязательного согласия на увольнение государственного административного органа).

Один из распространенных способов избежать ликвидации предприятия-банкрота и увольнения работников - смена собственника. В этом случае возникает вопрос: прекращают ли действие трудовые договоры работников с предприятием-банкротом, т.е. подлежат ли все работники предприятия-банкрота увольнению с последующей новацией их трудовых

¹ Киселев И.Я. Зарубежное трудовое право. – М.: Инфра-М, 1998. – С. 76.

договоров с новым предпринимателем либо договоры о найме автоматически переходят к новому предпринимателю с сохранением всех первоначальных условий? Возникает аналогичный вопрос и в отношении коллективного договора.

В настоящее время в большинстве стран Запада принято второе решение, т.е. сохранение действовавших до отчуждения на предприятии-банкроте трудовых и коллективных договоров. Происходит автоматический трансферт (переход) трудового отношения от отчуждателя к приобретателю, иными словами, трудовое правоотношение в этом случае продолжается и работники полностью сохраняют права и обязанности по трудовым договорам, а права и обязанности отчуждателя автоматически переходят к приобретателю с момента перехода права собственности на предприятие.

Таким образом, на практике в большинстве случаев банкротство ведет к ликвидации предприятия и увольнению всех или большей части занятых на нем работников. В соответствии с законодательством установлены две главные системы защиты материальных интересов трудящихся в случае ликвидации предприятия в результате банкротства: это предпочтительное удовлетворение претензий увольняемых работников к предпринимателю, прежде всего в отношении заработной платы ("система привилегий, или преференций"), и создание гарантийных страховых фондов, из которых производятся соответствующие выплаты уволенным работникам.

В некоторых зарубежных странах (например, в Испании) предусмотрено правило, в соответствии с которым работнику, имеющему большой непрерывный стаж работы у данной организации, при ликвидации организации либо при сокращении численности работников организации выходное пособие выплачивается в большем размере, чем у других работников, имеющим меньший непрерывный стаж работы. Непрерывный стаж работы означает продолжительность непрерывной работы на данном предприятии, в учреждении, организации.

Мы считаем, что данное правило надо внести трудовое законодательство. Так, в первый абзац ст. 178 ТК РФ надо внести следующее изменение.

"При расторжении трудового договора в связи с ликвидацией организации (пункт 1 части первой статьи 81 настоящего Кодекса) либо сокращением численности или штата работников организации (пункт 2 части первой статьи 81 настоящего Кодекса) увольняемому работнику выплачивается выходное пособие в размере среднего месячного заработка, а работнику, имеющим трудовой непрерывный стаж работы у данного работодателя свыше пяти лет, в размере двух месячного среднего заработка, также за ними сохраняется средний месячный заработок на период трудоустройства, но не свыше двух месяцев со дня увольнения (с зачетом выходного пособия)".

Согласно ст. 81 ТК РФ трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случаях: 1) ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем; 2) сокращения численности работников организации, индивидуального предпринимателя; 3) штата работников организации, индивидуального предпринимателя; 4) смены собственника имущества организации (в отношении руководителя организации, его заместителей и главного бухгалтера)¹.

Предприниматель, не предупредивший работника об увольнении, обязан выплатить компенсацию, равную заработной плате за срок предупреждения. Выбор варианта зависит от нанимателя. В отдельных странах наниматель, не предупредивший работника об увольнении, обязан не только выплатить ему заработную плату за период предупреждения, но и возместить ущерб.

Законодательство зарубежных стран не предусматривает права работника в период предупреждения подыскивать другую работу в рабочее

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Инфра-М, 2006. – С. 87.

время. Однако во многих странах на практике работникам предоставляется такая возможность. Иногда это фиксируется в коллективных договорах.

Таким образом, при расторжении трудового договора предприниматели во многих странах обязаны выдать работнику справку (сертификат), в которой должны быть отмечены даты приема на работу и увольнения, занимаемые должности. По просьбе работника ему может быть выдана письменная характеристика.

Таким образом, основания расторжения трудового договора по инициативе нанимателя значительно варьируются в различных странах зарубежных странах как по количеству, так и по содержанию и формулировкам. При внимательном анализе законодательства зарубежных стран и России можно выделить несколько групп оснований расторжения трудового договора по инициативе нанимателя, закрепляемых трудовым законодательством: а) основания, связанные с экономическими причинами (например: сокращение численности или штата работников; ликвидация организации, прекращение деятельности предпринимателя — нанимателя); б) основания, связанные с личностью работника и его невиновным поведением (несоответствие занимаемой должности или выполняемой работе по состоянию здоровья или ввиду недостаточной квалификации; длительная болезнь и т.п.); в) виновное поведение работника (прогул, хищение по месту работы, иное грубое или неоднократное нарушение работником своих трудовых обязанностей).

3.3 Прекращение трудового договора по обстоятельствам независящим от воли сторон

Согласно ст. 83 ТК РФ трудовой договор подлежит прекращению по следующим обстоятельствам, не зависящим от воли сторон:

1) призыв работника на военную службу или направление его на заменяющую ее альтернативную гражданскую службу;

2) восстановление на работе работника, ранее выполнявшего эту работу, по решению государственной инспекции труда или суда;

3) не избрание на должность;

4) осуждение работника к наказанию, исключающему продолжение прежней работы, в соответствии с приговором суда, вступившим в законную силу;

5) признание работника полностью неспособным к трудовой деятельности в соответствии с медицинским заключением, выданным в порядке, установленном федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации;

6) смерть работника либо работодателя — физического лица, а также признание судом работника либо работодателя — физического лица умершим или безвестно отсутствующим;

7) наступление чрезвычайных обстоятельств, препятствующих продолжению трудовых отношений (военные действия, катастрофа, стихийное бедствие, крупная авария, эпидемия и другие чрезвычайные обстоятельства), если данное обстоятельство признано решением Правительства Российской Федерации или органа государственной власти соответствующего субъекта Российской Федерации;

8) дисквалификация или иное административное наказание, исключающее возможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору (доп. Федеральным законом от 30.06.2006# 90-ФЗ);

9) истечение срока действия, приостановление действия на срок более двух месяцев или лишение работника специального права (лицензии, права на управление транспортным средством, права на ношение оружия, другого специального права) в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, если это влечет за собой невозможность исполнения работником обязанностей по трудовому договору;

10) прекращение допуска к государственной тайне, если выполняемая работа требует такого допуска;

11) отмена решения суда или отмена (признание незаконным) решения государственной инспекции труда о восстановлении работника на работе;

12) приведение общего количества работников, являющихся иностранными гражданами или лицами без гражданства, в соответствие с допустимой долей таких работников, установленной Правительством Российской Федерации для работодателей, осуществляющих на территории Российской Федерации определенные виды экономической деятельности. В зарубежных странах нет четкого отнесения некоторых оснований прекращения трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон¹.

В зарубежных странах к обстоятельствам, независимым от воли сторон, является форс-мажорные обстоятельства. Обстоятельства непреодолимой силы - чрезвычайные, непреодолимые, не зависящие от воли и действий участников экономического соглашения обстоятельства, в связи с которыми участники оказываются неспособными выполнить принятые ими обязательства. К форс-мажорным обстоятельствам относят: пожары, землетрясения, наводнения, другие стихийные бедствия. Возникновение форс-мажорных обстоятельств освобождает участника, исполнителя договора от ответственности за выполнение принятых им обязательств.

Форс-мажорные обстоятельства, ведущие к прекращению трудового договора, — понятие гражданского права. При форс-мажоре ни одна из сторон не несет ответственности.

Однако в законодательстве некоторых стран (например, Испании) при применении к трудовым правоотношениям понятия форс-мажора учитывается специфика трудового найма: увольнение в этом случае допустимо только с согласия органов по труду. В России согласие каких-либо органов не предусмотрено.

¹ Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России - М.: Юристъ, 2004. – С. 255.

Гражданско-правовые нормы и конструкции применяются также при прекращении трудового договора в связи с обнаружившейся невозможностью его исполнения. Эта невозможность должна носить определенный характер и длиться так долго, что продолжение связи между сторонами теряет всякий смысл. Конкретный пример — заключение работника в тюрьму на длительное время по приговору суда. Следует заметить, что заключение работника в тюрьму ТК РФ относит к обстоятельствам, не зависящим от воли сторон(пп.4 п. 1 ст. 83 ТК РФ).

Личностный характер трудового договора ведет к его автоматическому прекращению в результате смерти работника, а в ряде случаев и работодателя, если в трудовом отношении особую роль играет его личность, например в сфере творческого труда, в домашней работе. Следует заметить, что смерть работника или работодателя ТК РФ относит к обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (пп.6 п. 1 ст. 83 ТК РФ).

Нормы трудового права ряда стран предусматривают выплату пособия семье умершего работника в знак признательности за его труд и в целях оказания материальной помощи семье в связи с потерей кормильца, компенсации расходов на похороны.

Во многих зарубежных странах основания прекращения трудового договора, предусмотренные ст. 83 ТК РФ, не являются основаниями расторжения трудового договора.

Так, в Кодексе о труде (§ 47) Чехии в отличие от ТК России призыв в армию не является основанием для прекращения трудового договора. Так согласно п. 3 § 47 Кодекса о труде Чехии в случае призыва на службу в армию – в период со дня вручения повестки и до истечения двух недель после демобилизации – работодатель не вправе уволить работника. Такое правило предусмотрено в ст. 336 Швейцарском обязательственном законе: запрещено расторжение трудового договора при нахождении работника на обязательственной военной или гражданской службе. В ст. 77 Закона о

трудовых отношениях Чехии запрещено увольнение работника при прохождении срочной службы¹.

Также во многих зарубежных странах лишение свободы на не большой срок не является основанием прекращения трудового договора. Так, в § 53 Кодексе о труде Чехии предусмотрено, что осуждение работника за совершение умышленного преступления к лишению свободы на срок более одного года при условии вступления приговора в законную силу.

В целом, тенденция в регулировании прекращения трудового договора в зарубежных странах сводится к тому, что законодательство пытается решать проблемы прекращений путем возложения на работодателей большей материальной ответственности за увольнения за счет повышения размеров денежных выходных пособий и компенсаций увольняемым работникам за причиненный им ущерб.

¹ Кодекс о труде Чехии 1965г. Трудовое и социальное право зарубежных стран: основные институты. Сравнительно-правовое исследование / под ред. Э.Б. Френкель. – М.: Инфра-М, 2002. – С. 131.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведя комплексное исследование правового регулирования трудового договора по законодательству России и зарубежных стран, можно сформулировать следующие выводы:

1. Понятие трудового договора и по законодательству России и зарубежных стран схожи.

По законодательству ряда зарубежных стран, так же, как и в России, отношение индивидуального трудового найма оформляется юридически в виде трудового договора, который большинство работников заключают без посредников, путем непосредственных контактов с работодателем. В юридической теории на Западе трудовой договор рассматривается как центральное понятие, главный институт трудового права, вокруг которого группируются такие вопросы, как дисциплина труда и трудовой распорядок, заработная плата, рабочее время, перерывы в работе и даже частично охрана труда. Эти вопросы обычно трактуются в концептуальном плане в контексте прав и обязанностей сторон трудового договора.

Рассмотрение трудового договора в литературе зарубежных стран обычно включает освещение следующих вопросов: сущность, субъекты, содержание, форма, разновидности трудового договора (трудовой договор в статике), а также анализ взаимоотношений сторон с момента возникновения отношений между ними и до прекращения этих отношений (трудовой договор в динамике).

Что же касается видов трудового договора, то сегодня в странах Запада наблюдаются существенные сдвиги в отношении различных видов трудовых договоров. Главный из них состоит в том, что традиционный (обычный или типичный) трудовой договор, т.е. договор на неопределенный срок и на полное рабочее время, заключает уменьшающееся число работников, а все большее их число имеет договоры на срок, работают неполное рабочее время, на дому. Типичный трудовой договор на ряде предприятий

сохраняется лишь для привилегированной группы работников, которая сравнительно невелика. Значительная часть работников (до 20—30% в различных странах) — это лица, имеющие атипичные трудовые договоры: временные и "заемные" работники, не полностью занятые, надомники, иностранцы. Их нанимают при улучшении экономической ситуации и увольняют при ее ухудшении.

В юридической теории на Западе, да и в России, в целом, трудовой договор рассматривается как центральное понятие, главный институт трудового права, вокруг которого группируются такие вопросы, как дисциплина труда и трудовой распорядок, заработная плата, рабочее время, перерывы в работе и даже частично охрана труда

2. Трудовое законодательство зарубежных стран, в отличие от законодательства России, исчерпывающим образом описывает порядок заключения трудового договора. Мы считаем, что это недостатком, чем плюсом. Так как весь порядок заключения трудового в зарубежных странах не облегчает процесс устройства на работу, а наоборот осложняет, делая дополнительные барьеры.

В части заключения и изменения трудового договора мы пришли к выводу, что возможность временных и постоянных изменений трудового договора в зарубежных странах, в отличие от России, обусловлена хозяйственной властью предпринимателя, которая включает право совершенствовать организацию производства, а отсюда и правомочие вносить изменения в содержание трудовых функций и всех иных существенных компонентов трудовой деятельности.

По общему правилу, если перевод на другую работу не ведет к сокращению заработной платы и к изменению существенных условий труда (а это определяют суды в каждом конкретном случае), то такой перевод считается не изменением условий трудового договора, а применением трудового договора нанимателем и не требует согласия работника (по российской терминологии — это перемещение работника).

Таким образом, изменения, связанные с реализацией трудового договора, возможны без согласия работника. Изменения же, равнозначные новации трудового договора, требуют такого согласия.

3. Что же касается оснований расторжения трудового договора, то хотелось бы отметить, что конструкция прекращения трудового договора по соглашению сторон на Западе соответствует общим принципам трудового права России.. Их специфика ведет к тому, что прекращение трудового договора по соглашению сторон нередко используется для обхода императивных норм, регулирующих порядок увольнения работников по инициативе работодателя. Это делает необходимыми письменную форму такого соглашения, строгий судебный контроль, призванный обеспечить соблюдение законности.

В отношении индивидуальных увольнений по инициативе работодателя в большинстве западных стран действуют следующие правила: обязательное обоснование увольнения (наличие "уважительной причины"); предупреждение для большей части увольнений; запрещение дискриминационных увольнений; ограничение увольнений беременных женщин, женщин-матерей, инвалидов; особый порядок увольнения профсоюзных работников и членов представительных органов персонала предприятий; выплата выходного пособия; требование в отдельных странах согласования некоторых видов увольнений с государственным административным органом или с органом представительства работников; установление правил, касающихся процедуры увольнения; материальная компенсация работнику в случае признания судом либо арбитражным органом увольнения необоснованным, а в отдельных странах в определенных случаях обязательное восстановление на прежней работе при незаконном увольнении и выплата компенсации за вынужденный прогул (за весь его период независимо от продолжительности). По законодательству России подобные меры тоже предусмотрены.

В трудовом праве стран Запада основаниями прекращения трудового договора считаются: смерть работника или работодателя — физического лица и иные обстоятельства, имеющие характер юридических событий; соглашение сторон; инициатива (односторонний акт) одной из сторон; ликвидация предприятия; истечение срока договора, завершение выполнения определенной работы; обстоятельства, имеющие характер "непреодолимой силы". т.е. чрезвычайные и непредвиденные при данных условиях (форс-мажор), делающие невозможным выполнение договора. К форс-мажорным обстоятельствам относят стихийные бедствия, военные действия и т.п.; решение суда о прекращении трудового договора.

В России основания прекращения трудового договора, перечисленные в ч.1 ст. 77 ТК, условно можно разделить на четыре группы в зависимости от обстоятельств, послуживших причиной для прекращения трудовых отношений. Первую составляют случаи прекращения трудового договора по взаимному волеизъявлению сторон (ст. 78). Вторую — по инициативе одной из сторон трудового договора работника или работодателя. В третью группу входят основания прекращения трудового договора, исключающие по тем или иным обстоятельствам возможность продолжения трудовых отношений. Четвертую группу составляют основания, связанные с отказом работника по тем или иным причинам от продолжения трудовых отношений.

Таким образом, в России основания прекращения трудового договора законом конкретно разделено по группам, чего нет в зарубежных странах.

Также исследование данной темы позволило сформулировать следующие предложения по совершенствованию законодательства:

1. Во многих зарубежных странах применяются обычаи в трудовых отношениях. В России уже давно в трудовых отношениях применяются определенные сложившиеся правила поведения, которые не урегулированы трудовым законодательством. Например, в России давно применяется заполнение анкет, резюме и т.д.

Поэтому мы считаем, что назрело необходимость на законодательном уровне закрепить, что обычаи в трудовых отношениях в России применяются.

Так необходимо создать новую статью под номером 5.1 ТК РФ, предусматривающую, что регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений в соответствии с Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами осуществляется также обычаями трудового отношения и назвать ее "Обычаями трудовых отношений".

Содержание данной статьи будет выглядеть следующим образом.

"Обычаем трудовых отношений признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области трудовых отношений правило поведения, не предусмотренное трудовым законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычаи трудового отношения, противоречащие обязательным для участников трудового отношения положениям законодательства или договору, не применяются".

2. В зарубежных странах существует отлаженная система заемного труда, которая складывалась долгие годы. Становление института заемного труда в России может потребовать долгие годы и десятилетия. Но все-таки, заемный труд может внести заметную лепту в уменьшение уровня безработицы в России. Пункт 2 статьи 5 конвенции № 181 МОТ устанавливает в качестве одной из целей деятельности частных агентств занятости "оказание содействия находящимся в наиболее неблагоприятном положении трудящимся по поиску работы". Для реализации позитивного потенциала заемного труда необходимо, с учетом опыта зарубежных государств, создать адекватную систему правового регулирования. Система регулирования должна позволить, с одной стороны, сбалансировать интересы агентств и пользователей заемного труда, а с другой стороны, защитить интересы работников.

Для этого необходимо, во-первых, ратифицировать Конвенцию N 181 "О частных агентствах занятости" (1997 г.).

Во-вторых, следующим шагом должны быть разработка и принятие нормативных правовых актов, дополнений к Трудовому кодексу.

Предлагаем, что нужно принять Федеральный закон "О заемном труде в Российской Федерации", который предусматривал бы понятие заемного работника, частного агентства занятости, порядок трудоустройства, права и обязанности заемных работников, порядок выдачи заработной платы, продолжительность рабочего времени и времени отдыха, охрана труда, дополнительные основания прекращения трудового договора, другие условия труда с учетом опыта зарубежных стран.

3. В некоторых зарубежных странах (например, в Испании) предусмотрено правило, в соответствии с которым работнику, имеющему большой непрерывный стаж работы у данной организации, при ликвидации организации либо при сокращении численности работников организации выходное пособие выплачивается в большем размере, чем у других работников, имеющим меньший непрерывный стаж работы. Непрерывный стаж работы означает продолжительность непрерывной работы на данном предприятии, в учреждении, организации.

Мы считаем, что данное правило надо внести трудовое законодательство. Так, в первый абзац ст. 178 ТК РФ надо внести следующее изменение.

"При расторжении трудового договора в связи с ликвидацией организации (пункт 1 части первой статьи 81 настоящего Кодекса) либо сокращением численности или штата работников организации (пункт 2 части первой статьи 81 настоящего Кодекса) увольняемому работнику выплачивается выходное пособие в размере среднего месячного заработка, а работнику, имеющему трудовой непрерывный стаж работы у данного работодателя свыше пяти лет, в размере двух месячного среднего заработка, также за ними сохраняется средний месячный заработок на период

трудоустройства, но не свыше двух месяцев со дня увольнения (с зачетом выходного пособия)"

4. В зарубежных странах предусмотрены многочисленные гарантии беременным женщинам. Но в этих странах беременная женщина может быть уволена за виновные действия.

В трудовом законодательстве Российской Федерации женщина не может быть уволена за свои виновные действия по инициативе работодателя. Она может быть уволена согласно ст. 261 ТК РФ только в случае ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуального предпринимателя.

Мы считаем, что данная гарантия не отвечает адекватно реалиям жизни. Так, получается, что беременная женщина не может быть уволена за грубое однократное нарушение трудовых обязанностей. Она даже может не приходить на работу и получать заработную плату, так как ее не могут уволить за прогул. Этой гарантией беременная женщина может злоупотребить правами.

Мы считаем, что и в случаях предусмотренных по основаниям, предусмотренным пунктами 5 - 8, 10 или 11 части первой статьи 81 или пунктом 2 статьи 336 ТК РФ, беременную женщину можно уволить.

Поэтому в абзац первый ст. 261 ТК РФ надо внести следующее изменение.

"Расторжение трудового договора по инициативе работодателя с беременными женщинами не допускается, за исключением увольнения по основаниям, предусмотренным пунктами 1, 5 - 8, 10 или 11 части первой статьи 81 или пунктом 2 статьи 336 ТК".

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

I Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с поправками от 30 декабря 2008 г.) // Российская газета – 1993. – 25 декабря.

2. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001г. № 197-ФЗ (в ред. от 30 декабря 2006 г.) // Российская газета – 2001. – 256 – 31 декабря.

3. Налоговый кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 31. – Ст. 3824.

4. Закон Российской Федерации от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 "О занятости населения в Российской Федерации" (ред. от 31.12.2005) // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1915.

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

6. Постановление Правительства Российской Федерации от 16 апреля 2003 г. № 225 «О трудовых книжках» // Собрание законодательства РФ. – 2003. – № 16. – Ст. 1539.

7. Конвенция Международной организации труда о частных агентствах занятости от 19 июня 1997 г. № 181 // www.ilo.ru (не ратифицирована Российской Федерацией).

8. Кодекс законов о труде Российской Федерации от 9 декабря 1971 г. (в ред. от 18 января 2001г.) // Ведомости ВС РСФСР. – 1971. – № 50. – Ст. 1007 (утратил силу).

Постановления высших судебных инстанций и материалы юридической
практики

9. Постановление Пленума ВС Российской Федерации от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (в ред. 28.12.2006) // Бюллетень Верховного Суда. – 2004. – № 6.

10. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 2 сентября 2003 г. № 56-Г03-17 «Трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случаях прекращения допуска к государственной тайне, если выполняемая работа требует допуска к государственной тайне» // Бюллетене Верховного Суда Российской Федерации. – 2003 г. – № 9.

Литература

11. Александрова, З.О. Комментарий к Трудовому кодексу РФ / З.О. Александрова, А.М. Куренной, А.Н. Луговой, А.Ф. Нуртдинова, С.А. Панин, А.П. Соловьев, Ю.Г. Сорокин. – М.: Проспект, 2002. – 356 с.

12. Анисимов, Л.Н. Трудовые договоры. Трудовые споры / Л.Н. Анисимов, А.Л. Анисимов – М.: Инфра-М, 2002. – 45 с.

13. Бердычевский, В.С. Трудовое право: учебное пособие / В.С. Бердычевский – Ростов н/Д: Феникс, 2002. – 512 с.

14. Грудницына, Л.Ю. Влияние зарубежного опыта на реформирование права в России / Л.Ю. Грудницына // Экономика и право. – 2002. – № 8. – С. 44-50.

15. Гусов, К.Н. Трудовое право России / К.Н. Гусов, В.Н. Толкунова – М.: Юристъ. – 2004. – 480 с.
16. Дойблер, В.В. Тенденции развития трудового права в промышленно развитых странах / В.В. Дойблер // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 34-55.
17. Дятишева, А.П. Коллективные договоры и соглашения. Трудовые конфликты / А.П. Дятишева – М.: Юристъ. – 1998. – 120 с.
18. Зайкин, А.Д. Российское трудовое право / А.Д. Зайкин. – М.:Инфра-М, 1997. – 415 с.
19. Ершова, Е.А. Расторжение трудового договора по инициативе работника / Е.А. Ершова // Российский судья. – 2005. – № 5. – С. 34.
20. Квернадзе, Р.А. Некоторые аспекты становления и развития законодательства за рубежом / Р.А. Квернадзе // Государство и право. – 2001. – № 8. – С. 99-104.
21. Киселев, И.Я. Зарубежное трудовое право / И.Я. Киселев – М.: Юристъ. – 1998. – 360 с.
22. Киселев, И.Я. Организация и деятельность трудовых судов: зарубежный опыт / И.Я. Киселев – М.: Юристъ. – 1996. – 290 с.
23. Киселев, И.Я. Сравнительное и международное трудовое право / И.Я. Киселев – М.: Дело. – 1999. – 728 с.
24. Киселев, И.Я. Сравнительное и трудовое право / И.Я. Киселев – М.: ТК Велби. – 2005. – 360 с.
25. Киселев, И.Я. Трудовые конфликты в капиталистическом обществе (социальные аспекты) / И.Я. Киселев – М.: Дело. – 1978. – 175 с.
26. Киселев, И.Я. Трудовое право России / И.Я. Киселев – М.:Юристъ. – 2001. – 324 с.
27. Киселев, И.Я. Концепция правового регулирования заемного труда / И.Я. Киселев // Хозяйство и право. – 2004. – № 2. – С. 52-60.
28. Колюч, Ф.В. Трудовое право в капиталистическом государстве / Ф.В. Колюч – М.: Инфра-М. – 1980. – 134 с.

29. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. З.О. Александрова. – М.: Проспект. – 2002. – 310 с.
30. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) с последними изменениями от 30 июня 2006года / под ред. Ю.П. Орловского. – М.: Проспект. – 2006. – 127 с.
31. Кривой, Я.В. Заемный труд: сущность и правовое регулирование / Я.В. Кривой // Отдел кадров. – 2004. – № 9. – С. 41-44.
32. Кривой, Я.В. Эволюция регулирования заемного труда на примере Нидерландов / Я.В. Кривой // Трудовое право. – 2006. – № 1. – С. 5.
33. Крылов, К.Д. Три кита трудового коллективного права / К.Д. Крылов // Профсоюзы. – 1996. – № 4. – С. 30-37.
34. Куренной, А.М. Трудовое право: на пути к рынку / А.М. Куренной – М.: Дело. – 1995. – 310 с.
35. Курс российского трудового права. Том второй. Рынок труда и обеспечение занятости (правовые вопросы) / под ред. С.П. Маврина, А.С. Пашкова, Е.Б. Хохлова. – М.: Юристъ. – 2001. – 560 с.
36. Курс российского трудового права. Том первый: Общая часть / под ред. Е.Б. Хохлова. – СПб.: Из-во С.-Петербургского университета. – 1996. – 573 с.
37. Маврина, С.П. Трудовое право России / С.П. Маврина, Е.Б. Хохлове. – М.: Проспект. – 2002. – 340 с.
38. Мачульская, Е.Е. Управление предприятием и трудовое право: опыт США / Е.Е. Мачульская – М.: Дело. – 1996. – 430 с,
39. Миронов, В.И. Прекращение трудового договора / В.И. Миронов // Трудовое право. – № 7. – 2002. – С. 48.
40. Казухиса, И.Н. Характеристика трудового права Японии и его проблемы / И.Н. Казухиса // Вестник Московского университета. Серия II. Право. – 1996. – № 6. – С. 45 – 54.

41. Никифорова, А.А. Нестандартные формы занятости и режимы рабочего времени (опыт стран с рыночной экономикой) / А.А. Никифорова // Труд за рубежом. – 1999. – № 1. – С. 23-25.

42. Нургалиева, Е.Н. Комментарий к Закону Республики Казахстан «О труде в Республике Казахстан» / Е.Н. Нургалиева – Алматы: ТОО Баспа, 2000. – 23 с.

43. Нуртдинова, А.А. Заемный труд: особенности организации и возможности правового регулирования / А.А. Нуртдинова // Хозяйство и право. – 2004. – № 9. – С. 22-30.

44. Нуртдинова, А.Ф. Комментарий к законодательству о социальном партнёрстве / А.Ф. Нуртдинова – М.: Дело. – 1996. – № 9. – С. 23-32.

45. Нуртдинов, А.Ф. Практика применения законодательства о труде / А.Ф. Нуртдинов, Л.А. Чиканова – М.:Инфра-М, 2000. – 35 с.

46. Накипелов, Д.С. Производственные советы в странах Западной Европы / Д.С. Накипелов // Труд за рубежом. – 1995. – № 3. – С. 43-52.

47. Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов – М.: Проспект, 1996. – 560 с.

48. Осипова, Ж.И. Трудовой договор в ФРГ / Ж.И. Осипова // Государство и право. – 1996. – № 2. – С. 23-27.

49. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / под ред. А.Я. Сухарева. – М.:Инфра-М, 2003 – 704 с.

50. Рочко, Л. В. Коллективно-договорная практика во Франции в 90-х годах / Л.В. Рочко // Труд за рубежом. – 1994. – № 2. – С. 32-43.

51. Силин, А.А. Локаут в системе трудовых отношений / А.А. Силин // Труд за рубежом. – 1995. – № 1. – С. 56-83.

52. Силин, А.А. Место и значение трудового договора / А.А. Силин // Законодательство. – 2000. – № 8. – С. 27-31.

53. Силин, А.А. Трудовая юстиция: практика развитых стран / А.А. Силин // Человек и труд. – 1998. – № 6. – С. 34-54.

54. Смирнов, О.Б. Трудовое право. / О.Б. Смирнов – М: Проспект, 2004 – 528 с.
55. Сыроватская, Е.А. Трудовое право / Е.А. Сыроватская М.: Проспект, 1998. – 350 с.
56. Тихомиров, Ю.А. Курс сравнительного правоведения / Ю.А. Тихомиров – М.: НОРМА, 1996 – 88 с.
57. Толкунова, В.Н. Трудовое право. Курс лекций / В.Н. Толкунова – М.:Велби, 2002 – 320 с.
58. Толкунова В.Н. Трудовое право России / В.Н. Толкунова, М.Н. Гусов – М.:Норма, 2005 – 340 с.
59. Томашевский, К.Л. Кодификация законодательства об изменении трудового договора в Беларуси, Кыргызстане и России / К.Л. Томашевский // Человек и труд. – 2000. – № 4. – С. 70.
60. Томашевский, К.Л. Основные новеллы Трудового кодекса России 2001г.: достоинства и недостатки / К.Л. Томашевский // Бюллетень нормативно-правовой информации. – 2002. – № 18. – С. 43.
61. Томашевский, К.Л. Правовое регулирование трудового договора в государствах-участниках содружества независимых государств / К.Л. Томашевский // Трудовое право. – № 4. – 2003. – С. 12.
62. Томашевский, К.Л. Совершенствование норм об изменении трудового договора в проекте Модельного Трудового Кодекса государств СНГ / К.Л. Томашевский // Трудовое право. – 2001. – № 4. – С. 27-32.
63. Томашевский, К.Л. Научно-практический комментарий к законодательству о трудовых контрактах / К.Л. Томашевский, А.А. Войтик // Минск. – 2003. – С. 20-21.
64. Трудовое и социальное право Европейского Союза: документы и материалы. / под ред. В.И. Викина – М.: Права человека, 2005. – 98 с.
65. Трудовое и социальное право России / под ред. Л. Н. Анисимова. – М.: ВЛАДОС, 1999. – 432 с.

66. Трудовое право / под ред. О.В. Смирнова. – М.: Инфра-М, 1996. – 234 с.
67. Трудовое право России / под ред. А.С. Смирнова – СПб.: Вольт, 2003. – 244 с.
68. Трудовое право России / под ред. Ю.П. Орловского – М.: Проспект, 1999. – 234 с.
69. Трудовое право Франции: Сб. нормативных актов. / под ред. Э.Б. Френкель – М.: Норма, 1985. – 142 с.
70. Трудовое право: учебник / под ред. О. В. Смирнова – М.: Велби, 2003. – 528 с.
71. Уильям, Б.И. Правовые системы США / Б.И. Уильям – М.: Инфра-М, 2006 г. – 324 с.
72. Френкель, Э.Б. Коллективно-договорное регулирование труда в зарубежных странах // Правовое регулирование труда в условиях перехода к рыночной экономике / Э.Б. Френкель – М.: Дело, 1995. – 342 с.
73. Френкель, Э.Б. Коллективные трудовые споры по законодательству зарубежных стран / Э.Б. Френкель // Комментарий к законодательству о социальном партнерстве. – 1996. – С. 54-65.
74. Хныгин, Г.В. Локальное регулирование трудовых прав и обязанностей работников / Г.В. Хныгин // Трудовое право. – 1998. – № 1. – С. 32-34.
75. Черняев, Д.В. Трудовое право Израиля / Д.В. Черняев // Трудовое право. – 2006. – № 7. – С. 69-76.
76. Цысина, Г.А. Коллективный договор в системе трудовых отношений в Канаде / Г.А. Цысина // Труд за рубежом. – 1996. – № 1. – С. 34-43.