

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

ДОПУСТИТЬ
К ЗАЩИТЕ
Зав.кафедрой ТСПиП
к.ю.н., доцент
_____Г.Х. Шафикова
9 июня 2018г.

ВЫПУСКНАЯ КВАЛИФИКАЦИОННАЯ РАБОТА
Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений
по трудовому праву стран ЕАЭС
ЮУрГУ – 40.03.01. – 2018. –014-336-1290. – Ю-403

Научный руководитель
выпускной
квалификационной работы
доцент кафедры
_____Шафиков А. М.
9 июня 2018 г.

Автор выпускной
квалификационной работы
студент группы Ю – 403
_____Першина А. В.
9 июня 2018г.

Нормоконтролер
доцент кафедры
_____Филиппова Э. М.
9 июня 2018г.

Челябинск 2018

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1 ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ КАТЕГОРИИ «ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ».....	6
1.1 Теоретические проблемы категории «злоупотребление правом» применительно к трудовым отношениям.....	6
1.2 Соотношение категорий «злоупотребление правом» и «правонарушение», «злоупотребление правом» и «правомерное поведение».....	22
ГЛАВА 2 СУБЪЕКТЫ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ.....	40
2.1 Злоупотребление правом работником	40
2.2 Злоупотребление правом работодателем	57
2.3 Правовые последствия злоупотребления правом субъектами трудовых отношений.....	65
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	76
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК.....	79

ВВЕДЕНИЕ

Для современного трудового законодательства характерен процесс реформирования. В 2001 году был принят Трудовой кодекс РФ, в 2004 году Пленумом Верховного Суда РФ было принято постановление «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», тем самым во много скорректировал понимание и применение норм трудового права, а так же были приняты поправки к Трудовому кодексу Российской Федерации Федеральными законом от 30 июня 2006 года вплоть до поправок, внесенных Федеральным законом от 18.06.2017 года. Помимо этого, если проследить генезис трудового законодательства, то можно заметить, что со времен КЗоТ произошли изменения относительно целей и задач трудового законодательства. Сегодняшнее трудовое законодательство ставит перед собой цель – защита прав и интересов работников и работодателей. Для достижения данной цели ТК РФ провозглашает необходимость решения следующей задачи – создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства.

Исходя из этого мы понимаем, что происходит некий процесс преобразования взаимоотношений работников и работодателей, а так же государства. Повышается самостоятельность субъектов трудового права и повышается добросовестное отношение к труду. Кроме того, уровень защиты прав и законных интересов напрямую зависит от степени добросовестности либо недобросовестности субъекта трудового права. Данный вопрос получил свое закрепление в п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации».

Приходится говорить о том, что трудовое право помимо выполнения своих основных функций – способствование реализации субъективных прав управомоченными субъектами, представляет собой еще и средство получения

необоснованных преимуществ перед другими субъектами права. В данном случае имеется ввиду такое правовое явление, как злоупотребление правом.

В трудовом законодательстве отсутствует прямой запрет злоупотребления правами субъектами трудовых отношений. Именно это создает угрозу стабильного и поступательного развития трудовых отношений. Лицо, злоупотребляющее, причиняет имущественный, а так же личный неимущественный вред своему контрагенту или создает ситуацию реальной угрозы его причинения. Отсутствие правовой регламентации злоупотребления правом влечет ненаказуемость.

Полная и четкая неразработанность трудового законодательства, дает субъектам злоупотребляющим правом значительное преимущество в отношении с иными субъектами трудовых отношений, а так же возможность безнаказанного совершения деяний. Такие причины объясняют актуальность темы данного исследования.

Предмет исследования заключается в изучении норм трудового законодательства Российской Федерации, создающих условия для злоупотребления правом.

Цель исследования заключается в комплексном исследовании вопросов, касающихся теоретических и практических аспектов злоупотребления правом субъектами трудовых отношений, формировании отраслевого принципа недопустимости злоупотребления правами субъектами трудового права.

Для того чтобы реализовать данные цели, необходимо решить следующие задачи. Провести анализ соотношения категорий «злоупотребление правом», «правонарушение» и «правомерное поведение» для того, чтобы разграничить их и выделить злоупотребление правом в отдельную правовую категорию. Изучить и провести анализ судебной практики судебных инстанций Российской Федерации, выяснив позицию судов по вопросу злоупотребления. Сформулировать понятие данного правового явления, а так же выделить его признаки. Выявить особенности правовых последствий злоупотребления

правом субъектами трудового права. Убедиться в необходимости закрепления отраслевого принципа недопустимости злоупотребления правом.

Эмпирическая база данной работы состоит из международных правовых актов, положений Конституции РФ, нормативных правовых актов, которые регулируют отношения в сфере труда.

1 ГЛАВА ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ КАТЕГОРИИ «ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ»

1.1 Теоретические проблемы категории «злоупотребление правом» применительно к трудовым отношениям

Современное трудовое право устроено таким образом, что для него характерна идея сложных по структуре и внутренне противоречивых трудовых отношений. Данная противоречивость проявляется, в частности, в том, что интересы работников и работодателей во многом противоположны, биполярны и, одновременно с этим они не могут существовать друг без друга вне рамок трудового отношения. Работник заинтересован в первую очередь в увеличении заработной платы, улучшении условий труда, увеличении времени отдыха. Работодателю же интересно повышение прибыли, рост производительности труда, уменьшению издержек производства. На лицо ситуация неизбежности столкновения интересов сторон.

«Немецкий юрист Г. Зинцгеймер был одним из первых ученых, кто в начале XX века утверждал, что главная задача трудового права состоит в поиске и фиксации некоего компромисса между интересами работника и работодателя. Он утверждал, что акцент необходимо делать не на различии, а на общности их интересов»¹.

Действительно, невозможно поспорить с тем, что работники заинтересованы в прибыльной работе предприятия, во внедрении новых технологий, ведь именно от этого зависит уровень их заработной платы. «Работодатель заинтересован в эффективных мерах оплаты труда и достойному уровню заработной платы, именно это будет способствовать уменьшению травматизма на производстве, предотвратит акции протеста и забастовки»². Нельзя не согласиться с тем, что интересы работников и работодателей тесно переплетаются. Можно отметить некую отличительную черту трудовых

¹ Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: в 2 т. Т. 1. Историко – правовое введение. Общая часть. Коллективное трудовое право: учеб. – М.: Норма, 2003. – С. 79.

² Там же. – С. 80.

отношений от каких – либо иных – это заинтересованность обеих сторон отношения в наиболее благоприятной атмосфере существования таких отношений. Ведь без малейшего сомнения, благоприятная трудовая обстановка – залог успешной трудовой деятельности.

Как отмечают сами работодатели, они должны «идти на поводу у работников, потому что это достаточно мощное объединение людей... в последние годы их роль усиливается... их труд уже более квалифицирован, а следовательно работодатели уже более зависимы от них». Из этого мы видим, что работодатели зависимы от работников, то должны, хоть и в определенной мере, но к ним прислушиваться¹.

Тем не менее полагать, что противоречий между работником и работодателем нет и не может быть – мнение ошибочное. Все мы понимаем, что хоть личных интересов быть не должно, но они появляются в зависимости от различных обстоятельства. «До сих пор действует приоритет интересов работника и социальной функции трудового права над интересами работодателя»², несмотря на некую «переориентацию» трудового законодательства на защиту прав и интересов работников и работодателей, - ч. 1 ст. 1 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ).

Что такое злоупотребление правом? С данным феноменом можно встретиться еще в римском праве. Римские ученые – правоведы отрицали саму возможность злоупотребления правом, основываясь на том положении, что «право есть наука о добром и справедливом» и исходя из этого для злоупотребления правом в правовом мире просто нет. Мнение о том, что запрет злоупотребления правом нашло свое отражение в римском праве ошибочно, так как оно основано лишь на мнениях ученых – юристов различных поколений и документального подтверждения нет. Однако, для себя мы можем найти очень интересные формулы, которые применялись и были абсолютно незыблемы для

¹ Заславская Т., Шабанова М. Неправовые трудовые отношения: реакция россиян // Человек и труд. – 2004. – № 4. – С. 43.

² Лушников А. М., Лушникова М. В. Указ.соч. – С. 28.

римских юристов; «Никто не считается поступающим злоумышленно, если он пользуется принадлежащим ему правом» и «Никого не обижает тот, кто пользуется своим правом». Вот эти два аспекта, которые и можно взять за основу того положения, которого мы придерживаемся, что злоупотребление правом – это ситуации, при которых субъект выходит, так скажем, нарушает границы своего субъективного права. Несмотря на его легальное закрепление еще сто лет назад¹, несмотря на конституционное закрепление осуществления субъективных прав (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ) и закрепление в ст. 10 Гражданского кодекса РФ принципа о недопустимости действий, причиняющих вред другому лицу, проблема злоупотребления правом до сих пор остается открытой.

Значительное внимание данной категории уделено в гражданском законодательстве. Проанализировав литературу и нормативные акты мы пришли к выводу о том, что существует обширное множество форм злоупотребления правом, при этом перечень форм не является исчерпывающим. Например в гражданском праве, как в источнике, содержащем основы для развития темы злоупотребления правом содержатся следующие формы: действия в обход закона; злоупотребление правом в форме бездействия; распоряжение правом с незаконной, неправомерной целью; заведомо недобросовестное поведение субъекта права. Разумеется, данный список можно продолжать, исходя из определенных норм Гражданского кодекса Российской Федерации, которые напрямую предоставляют возможность злоупотребления. Однако, на наш взгляд, при желании возможно злоупотреблений любой нормой, даже той, которая на первый взгляд такой возможности не дает.

¹ Впервые принцип недопустимости злоупотребления правом был закреплен в немецком законодательстве в 1896 г. – в Германском Гражданском уложении 1896 г., - в котором написано: «Недопустимо осуществление права исключительно с целью причинения вреда другому». Позднее этот принцип был закреплен в гражданских кодексах Греции, Швейцарии, Японии. В дореволюционной России этого принципа не было.

Что касается трудового законодательства, то здесь все гораздо туманнее, так как фундаментальной нормы, закрепляющей основные признаки злоупотребления правом нет. Единственной нормой, которая упоминает о злоупотреблении правом является ст. 355 ТК РФ. Данная статья в одну из обязанностей Федеральной инспекции труда включает уведомление соответствующих органов государственной власти о фактах нарушений, действий или злоупотреблений. Ни одна другая норма ТК РФ не содержит положений о злоупотреблении правом, а так же пределы осуществления трудовых прав ни коем образом не обозначены не практически не теоретически. Единственным источником, упоминающим о злоупотреблении правом является постановление Пленума Верховного суда РФ № 2 от 17.03.2004 г. «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ». Данное упоминание заключается в принципе недопустимости злоупотребления правом. Однако такой принцип всего на всего был назван в качестве общеправового.

Проведя определенную черту между злоупотреблением правом в гражданском праве и в трудовом праве, мы можем выделить его основные формы: установление новых условий труда для негодных работников; обработка персональных данных работника; проведение внеочередной аттестации персонала, а так же любые иные формы, вытекающие из норм трудового законодательства. Уместно будет сказать, что постановление Пленума Верховного Суда № 2 от 17.03.2004 г. закрепляет лишь две формы: сокрытие работником временной нетрудоспособности и избрание работника в представительный орган, или руководителем выборного профсоюзного коллегиального органа. Заметим, что Пленум Верховного Суда выделил формы злоупотребления лишь работником, о работодателе речи не идет. А так же необходимо понимать, что на практике ситуаций со злоупотреблением правом значительно больше.

В настоящее время ни действующее законодательство, ни наука, ни судебная практика не выработали однозначного, единого определения понятия

«злоупотребление правом». Основным недостатком здесь является то, что отсутствуют общие критерии для квалификации действий участников как злоупотребление правом. Именно поэтому такая категория «злоупотребление правом» стала привлекать все более яркое внимание ученых.

По мнению таких ученых как И. А. Покровский, М. М. Агарков, В. И. Емельянов, О. А. Поротикова, В. П. Грибанов, «злоупотребление правом необходимо рассматривать как правонарушение»¹. Говоря о злоупотреблении правом речь идет о поведении лица, которое перешло границу своего права, о правонарушении. Эти ученые утверждают, что субъект права действует либо в рамках этого права, либо выходит за его рамки, тем самым нарушая его, а следовательно совершая правонарушение. Например, В. П. Грибанов пишет, что при злоупотреблении правом «субъект в рамках дозволенного использует недозволенные способы осуществления своего права», а М. М. Агарков говорит, что «при злоупотреблении правом поведение лица остается в пределах границы, которая очерчена законом, но выходит за те границы которые суд по данному делу сочтет недопустимыми»².

Профессор В. П. Грибанов рассматривал злоупотребление правом как «особый тип гражданского правонарушения (т.е. помимо противоправного поведения, он признавал его еще и виновным), совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащих ему прав, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом типа поведения. Злоупотребление правом наблюдается там, где управомоченный субъект выходит за определенные рамки субъективного права, тем не менее оставаясь в рамках общих границ содержания такого субъективного права»³.

¹ Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. – 1964. – № 6. – С. 412.

² Там же. – С. 429.

³ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2001. – С. 48 – 50, 57, 63.

Теория профессора В. П. Грибанова о злоупотреблении правом, несомненно, обладает достоинствами, которые выражаются в выводах о том, что помимо содержания субъективного права существует процесс реализации такого права, а так же положение о том, что злоупотребление правом связано с осуществлением субъективного права. «Содержание субъективного права и его осуществление соотносятся как объективное и субъективное, как возможность и действительность, как общее и конкретное»¹. Таким образом, содержание субъективного гражданского права рассматривается как общий тип возможного поведения управомоченного лица, который санкционирован объективным правом, а содержание самого процесса осуществления субъективного права приводит к совершению управомоченным лицом реальных и конкретных действий. В таких действиях находят свое отражение воля управомоченного лица, а так же специфические особенности конкретного случая.

Интересна позиция О. А. Поротиковой, которая отмечает, что любая попытка разрешить такой сложный и противоречивый вопрос, как злоупотребление правом, обязательно приведет к критике. В позиции В. П. Грибанова прослеживается некий недостаток, он рассматривал злоупотребление правом с помощью оценочных категорий: «недозволенные конкретные формы», «дозволенный законом общий тип поведения». Одновременно вместе в этом, само понятие «злоупотребление правом» выступает как оценочная категория, объединяющая в себе нравственные и правовые аспекты. Нравственный аспект отражается в том, что субъективное право используется лицом «во зло». «Правовой аспект объясняет это тем, что злоупотребление правом всегда связано с осуществлением субъективного права, нарушает свободу других лиц»².

На наш взгляд, современному трудовому законодательству необходимо существование единой нормы (принципа), которая бы пресекала, делала

¹ Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 44 – 46.

² Богуславская К. Ю. Взаимодействие норм права и норм морали в правовом регулировании трудовых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Барнаул, 2006. – С. 13.

недопустимыми такие действия субъектов трудового права, которые хотя и не нарушают нормы права, но являются социально неприемлемыми. Таким образом, в самом ТК РФ необходимо дать определение понятия «злоупотребление правом» с указанием существенных признаков данного правового явления. И в данном случае, говоря о признаках злоупотребления правом, необходимо заметить, что точек зрения по данному вопросу огромное количество.

В своей диссертации О. А. Поротикова под злоупотреблением правом понимает «нарушение управомоченным лицом установленных пределов его осуществления» и выделяет признаки данного деяния: «субъективная сторона злоупотребления правом всегда характеризуется виной управомоченного субъекта в форме умысла; объективная сторона всегда характеризуется активными действиями лица»¹.

С данным пониманием злоупотребления правом мы в большей степени согласны, однако следует возразить исследователю в том, что злоупотребление правом – это правонарушение. В результате изучения такого феномена как злоупотребление правом, нами обосновывается позиция об отсутствии противоправности данного явления.

При этом некоторые ученые являются сторонниками той позиции, что нет никакой необходимости рассматривать такую категорию как злоупотребление правом в качестве самостоятельного правового явления, «сам термин «злоупотребление правом» лишен смысла, так как соединяет в себе исключаящие понятия»² (М. М. Агарков, Н. С. Малеин, А. И. Муранов). Очень интересно обоснование данной позиции, которое приводит М. М. Агарков. По его мнению она звучит следующим образом: «Кто пользуется своим правом, никому не причиняет вреда». «Казалось бы, это положение

¹Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 142 – 146.

²Малеин Н. С. Закон, ответственность и злоупотребление правом // Советское государство и право. – 1991. – № 11. – С. 29 – 30; Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. – 1964. – № 6. – С. 431.

является безукоризненным применением ... логического закона противоречия. Поведение лица является осуществлением его права, а следовательно, правомерным, либо это поведение неправомерно и тогда не является осуществлением права. Действия, которые называют злоупотреблением правом, на самом деле совершены за пределами права. Лицо, которое совершает эти действия, выходит за границы своего права... Оспаривать эти положения, как нам кажется, невозможно»¹.

«Если право применяется вопреки его назначению, то это свидетельствует о том, что требования закона нарушены и такое применение права противоречит объективному праву»².

С этим положением вполне можно было бы согласиться, если не конкретные жизненные ситуации, которые свидетельствовали бы об обратном: право осуществляется «вопреки его назначению» (под этим мы понимаем осуществление права вопреки установленным нормативным правовым актам целям, принципам, задачам), а нарушения «объективного права» не происходит.

В практике встречаются случаи злоупотребления правом работником, имеющим ребенка в возрасте до трех лет: данный работник не ставит в известность работодателя о наличии у него ребенка и привлекается к работе в ночное время и к сверхурочной работе на общих основаниях (т.е. письменная форма отказа от выполнения работ в ночное время или сверхурочно не соблюдается). Такое поведение работника может быть оправдано различными причинами, желанием быть принятым на работу, желанием подзаработать. При наступлении «удобного» случая (например, при возникновении конфликта), работник решает «отомстить» своему работодателю и пользуется правом,

¹Агарков М. М. Указ. соч. – С. 426 – 427. Аналогичной точки зрения придерживается Н. С. Малеин, который писал: «Действия, называемые злоупотреблением правом, на самом деле совершаются за пределами права, когда лицо переходит границы разрешенного, действует вопреки праву» // Малеин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. – М.: Юридическая литература, 1981. – С. 68.

²Братусь С. Н. О пределах осуществления гражданских прав // Известия высших учебных заведений. Серия «Правоведение». – 1967. – № 3. – С. 80.

предоставленным ему ТК РФ, как некое средство манипуляции, как наказание работодателя за несоблюдение норм трудового законодательства (путем обращения в компетентные органы).

Вредоносность данного поведения работника заключается в том, что формально он не нарушает закон, но реализует свои субъективные права для того, чтобы причинить вред работодателю и (или) для получения преимуществ перед другими работниками, таким образом злоупотребляет правом.

Как пишет В. И. Гойман, «не каждое осуществление права, наносящее урон интересам других лиц, образует правонарушение... только непризнание категории «злоупотребление правом» ведет к тому, что всякое отклонение от общего дозволения квалифицируется как правонарушение»¹. На наш взгляд, данное положение совершенно четко отражает правовую действительность. Нельзя запретить злоупотребление правом, это повлечет преобразование его в правонарушение. Тем не менее пути регулирования данного явления просто необходимы.

Ученые, поддерживающие позицию отрицающую явление злоупотребления правом, усматривают опасность теории злоупотребления правом в том, что существует реальная возможность неограниченного усмотрения судей (судейского усмотрения) при решении вопроса о пределах осуществлении права. «Вопрос о злоупотреблении правом может быть снят только в том случае, если мы признаем, что граница права установленная законом, не может быть изменена усмотрением суда»². Таким образом, вывод напрашивается сам по себе, противники концепции злоупотребления правом (М. М. Агарков, А. И. Муранов) отрицают не только логичность самого термина, но и само явление.

¹ Общая теория права и государства / под ред В. В. Лазарева. – М.: Юрист, 1996. – С. 238.

² Агарков М. М. Указ.соч. – С. 427 – 428.

Преобладающее положение в научной литературе занимает мнение, касающееся того, что злоупотребление правом является правонарушением. (О. А. Поротикова¹, Т. С. Яценко²).

М. И. Бару, Р. Р. Исмагилов, С. Г. Зайцева придерживаются иной позиции. Для них злоупотребление правом – деяние правомерное, которое «всегда внешне опирается на субъективное право и формально не противоречит объективному праву»³. «Субъект в ситуациях злоупотребления правом никаких норм права не нарушает, действует в рамках предоставленных ему законом возможностей, совершает те деяния, которые соответствуют положениям того или иного нормативного правового акта»⁴, но при этом «злоупотребляет правовой природой, совершает поступки «во зло», таким образом идет в противоречие с назначением предоставленного права»⁵, «злоупотребитель» так реализует существующие в нормативном носителе возможности, что страдает юридически признанная свобода других лиц⁶.

Хотелось бы прокомментировать мнение С. Г. Зайцевой, которая пишет: «Под случаи злоупотребления правом подпадают не нарушения каких – либо нормативных предписаний, а использование норм права для достижения своих целей, без их видимого нарушения»⁷, т. е., если можно так выразиться, «работа в правовом поле». В случае, если буквально толковать данную формулировку, то возникает представление, что при злоупотреблении правом, субъект

¹ Поротикова О. А. Указ.соч. – С. 127.

² Яценко Т. С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. – М.: Норма, 2003. – С. 103.

³ Бару М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса // Советское государство и право. – 1958. – № 12. – С. 118.

⁴ Зайцева С. Г. «Злоупотребление правом» как правовая категория и как элемент нормативной системы законодательства Российской Федерации // Рязань: Поверенный. – 2002. – С. 20; Исмагилов Р. Р. Злоупотребление правом или право злоупотребления // Право и политика. – 2000. – № 7. – С. 15 – 23.

⁵ Общая теория права и государства: учеб. / под ред. В. В. Лазарева. – М.: Юрист, 2001. – С. 288; Бару М. И. Указ.соч. – С. 119.

⁶ Зайцева С. Г. Указ.соч. – С. 150; Она же. Трансформация правовой категории «злоупотребление правом» в категории права // Юрист. – 2002. – № 11. – С. 19; Исмагилов Р. Р. Указ.соч. – С. 22.

⁷ Зайцева С. Г. К вопросу о злоупотреблении правом путем создания ситуаций с «легальной видимостью» // Юрист. – 2001. – № 3. – С. 8.

злоупотребляющий, нормы права все таки нарушает, но для контрагента эти нарушения не являются явными и ему кажется, что субъект злоупотребляющий действует в рамках закона. По – нашему мнению, в действительности при злоупотреблении правом субъект не нарушает нормы права, а использует их в противоречии с целями, задачами, принципами, которые установлены нормативными правовыми актами, чем причиняет вред своему контрагенту, либо создает реальную угрозу его применения.

Интересно понимание злоупотребления правом А. А. Малиновского, которое является в какой – то мере специфическим, так как представляет собой реализацию субъективного права в противоречии с его назначением, посредством которого субъект причиняет вред другим участникам общественных отношений (ущерб или убытки). В качестве обязательных признаков злоупотребления правом А. А. Малиновским выделены:

- 1) вред, который причинен в результате осуществления субъективного права (вредом является нарушение прав, свобод и интересов, а так же создание ситуации, когда их не возможно реализовать);
- 2) осуществление субъективного права в противоречии с его назначением¹.

Справедливо мнение А. А. Малиновского касательно того, что «широкий простор произвольного усмотрения, предоставленный субъекту в выборе способов реализации своего субъективного права, и лежит в природе злоупотреблений»². По мнению Жан-Луи Бержеля, «субъективные права предоставляются только для удовлетворения легитимных интересов, а не для нанесения вреда другому лицу»³. Легитимация интереса определяется нормативными правовыми актами, исходя из этого понимаем, что признаком злоупотребления правом является реализация субъективного права в противоречии с целями, задачами и принципами, которые устанавливаются на уровне нормы права, а не в противоречии с назначением права.

¹ Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом. – М.: Юрлитинформ, 2007. – С. 34 – 35, 39.

² Малиновский А. А. Указ. соч. – С. 36.

³ Там же. – С. 37.

С мнением А. А. Малиновского необходимо согласиться в той части, что во время злоупотребления правом создается такая ситуация, при которой право, которое предоставлено субъекту для одних целей, он использует совершенно для других целей. Верховный Суд РФ в постановлении Пленума от 17 марта 2004 г. № 2 указывает на следующие случаи нецелевого использования субъективного права управомоченным субъектом: сокрытие работником временной нетрудоспособности на время его увольнения. В данном случае цель периода временной нетрудоспособности – восстановление трудоспособности работника, а не основание восстановления на работе.

Помимо этого, в своих трудах А. А. Малиновский классифицирует злоупотребление правом по такому основанию как форма. В зависимости от того, каким общественным отношениям причиняется вред в процессе осуществления права в противоречии с его назначением, злоупотребление правом делится на правомерное и противоправное. На данную классификацию не возможно не обратить внимание. В данном случае, ученый подразумевает под злоупотреблением правом одновременно правонарушение или деликт и правомерный проступок.

Данная терминология «правомерный проступок» вызывает как минимум удивление. Толковый словарь русского языка гласит, «проступок – это поступок, который нарушает правила поведения, провинность»¹.

Таким образом, следует понимать, если перед нами проступок, то его правомерность однозначно исключается, если перед нами правомерное деяние, то какая бы то ни была противоправность, она исключается.

Одним из определяющих признаков злоупотребления правом, как выделяет А. А. Малиновский, является вред. В обоснование этого, он приводит пример, процитировав французского ученого П. Сандевуара. Так, «работники могут злоупотребить своим правом на забастовку, что затрудняет другим

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / РАН. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. – М.: А Темп, 2004. – С. 622.

небастующим работникам осуществлять свое право на труд, в случае занятия забастовщиками рабочих помещений или выставление пикетов, когда невозможным становится проход к рабочим местам»¹.

Другая форма злоупотребления правом проявляется в противоправном и наказуемом деянии. Такими деяниями считаются совершенные субъектом деяния, посредством реализации им своего субъективного права, при чем «первоначальная стадия его деяния находится в рамках закона»².

Хочется отметить, что с данной трактовкой злоупотребления правом мы не согласны, так как автор рассматривает злоупотребление правом больше с позиции правонарушения, а не злоупотребления правом.

Вся противоречивость ситуации заключается в том, что злоупотребление правом является реально существующим явлением, не смотря на то принимают его ученые или отрицают.

По нашему мнению, совершенно справедливо пишет В. П. Грибанов: «Несмотря на то, что действующее законодательство не употребляет термина «злоупотребление правом», есть основания считать, что данное понятие имеет особый правовой смысл»³.

Мы согласны с группой исследователей в том, что «злоупотребление правом представляет собой самостоятельный вид правового поведения, который не подпадает по своим признакам ни под правонарушение, ни под правомерное поведение»⁴.

Точка зрения профессора Ю. С. Васильева заключается в том, что злоупотребление правом является поведением аморальным. С данной позицией трудно согласиться, ведь совсем не любое аморальное поведение можно рассматривать как злоупотребление правом. По – нашему мнению, аморальность имеет место быть лишь в том случае, когда виновные действия

¹ Сандеуар П. Введение в право. – М.: Интрагэк-Р, 1994. – С. 302.

² Малиновский А. А. Указ. соч. – С. 43.

³ Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 41.

⁴ Теория государства и права: учеб. / под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. – М.: Норма, 1998. – С. 413 – 414.

дают основания для утраты доверия, либо соответственно аморальный поступок совершен работником по месту работы и в связи с исполнением им трудовых обязанностей. Примером в данном случае может быть п. 8 ст. 81 ТК РФ, предоставление права работодателю расторгнуть трудовой договор с работником, осуществляющим воспитательные функции, совершившего аморальный проступок, не совместимый с продолжением данной работы.

Важно знать, что понятие «аморальный проступок» является оценочной категорией, и работодатель самостоятельно оценивает поведение своего работника, руководствуясь при этом собственными представлениями о нравственных нормах.

По – нашему мнению, использование оценочных категорий в нормах о дисциплинарной ответственности в соответствии с ТК РФ необходимо максимально ограничить. Данную проблему возможно решить путем установления в ТК РФ правила о сроке привлечения работника к дисциплинарной ответственности за совершение им аморального проступка в быту, а также ввести отраслевой принцип недопустимости злоупотребления правом субъектами трудовых отношений.

Тема злоупотребления правом получила достаточно широкое распространение среди ученых. Пристальное внимание этому вопросу посвящает в своей диссертации Е. В. Каплун «Осуществление работодателем субъективных прав: теоретические аспекты» и И. К. Дмитриева в монографии «Принципы российского трудового права».

Согласно работе Е. В. Каплун злоупотребление правом определяется как «действия работодателя по осуществлению субъективного права в противоречии с его социальным назначением и возможным причинением вреда иным участникам трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений»¹.

И. К. Дмитриева приводит очень интересный пример, который, по ее мнению, отражает злоупотребление правом: «работодатель избегает

¹ Каплун Е. В. Указ. соч. – С. 24.

проведения коллективных переговоров и заключения коллективного договора с работниками, их представителями, чем нарушает трудовые права работников, не учитывая их интересы, т. е. злоупотребляет своим правом»¹. Тем не менее, мы должны понимать, что в данном случае мы имеем дело с правонарушением, за которое установлена ответственность согласно ст. 5.28 КоАП РФ уклонение от участия в переговорах, о заключении коллективного договора, соглашения, либо нарушение установленного срока их заключения.

Оба автора придерживаются позиции запрета злоупотребления правом. Но в данном случае необходимо понимать, что злоупотребление правом является самостоятельным правовым явлением, и если мы его запретим, то автоматически преобразуем в правонарушение. В ходе данного исследования мы пытаемся доказать, что запрещение злоупотребления правом неправильно и необходимо закрепить в ТК РФ нормы о недопустимости злоупотребления правом.

Все чаще происходит подмена понятия «злоупотребление правом» на понятие «правонарушение», об этом свидетельствуют примеры, приводимые в сфере трудового права.

Можно привести еще один пример неправильного понимания злоупотребления правом – это развернувшаяся на страницах журнала «Юрист» полемика о возможности, либо невозможности работника работать в период очередного отпуска².

В. В. Артемов приводит следующий пример. «Работники в период нахождения в очередном оплачиваемом отпуске осуществляют трудовую деятельность у других работодателей. Такое осуществление прав работниками обладает определенной несправедливостью, так как работодатель обязан освободить работников от их трудовой функции на месяц с сохранением

¹Дмитриева И. К. Принципы российского трудового права: монография. – М.: РПА МЮ РФ, 2004. – С. 325 – 326.

²Артемов В. В. Правомерность осуществления трудовой деятельности в период очередного отпуска и иные актуальные вопросы трудового права // Юрист. – 2003. – № 10. – С. 42; Чашин А. Н. К вопросу о правомерности осуществления трудовой деятельности в период очередного отпуска // Юрист. – 2004. – № 9. – С. 45 – 46.

среднего заработка, для того, чтобы они осуществляли трудовую деятельность у других работодателей. В данном случае прослеживается явная несправедливость к работодателю»¹. Цель отдыха не соответствует реальной цели, которая заключается в том, чтобы работник отдыхал и восстанавливал свои трудовые функции.

Действительно, внешне указанное поведение работника подпадает под случаи злоупотребления правом, но не соответствует его духу и перед нами – правомерное поведение работника. Так как работодатель выплачивает ему отпускные небезвозмездно.

В законодательстве Казахстана понятие злоупотребление правом отсутствовало вплоть до 19 века. И что не мало важно, открыт этот термин был через призму возмещения вреда, то есть через гражданское законодательство. Не будем углубляться в нормы гражданского законодательства Республики Казахстан, просто примем это как должное.

Начало теоретического исследования данной проблемы в Республике Казахстан было положено М. М. Агарковым, который определил границы права. На основе его трудов напрашивается заключение следующего: проблема злоупотребления правом не будет возникать, если на уровне закона очерчены границы права. Сразу приходит мысль о том, что граница не всегда может быть очерчена, а если и очерчена, то может не совсем в том ключе, в котором это необходимо. Из этого вытекает положение доктрины Республики Казахстан, которое имеет место быть. Его сторонником является А. Г. Гойхбарг. Он говорит о том, что закон может дать только форму права, а его осуществление может быть абсолютно разнообразным. Радует тот факт, что у позиции, которой мы придерживаемся относительно злоупотребления правом очень много последователей.

Скажем о судебском усмотрении, которое достаточно широко распространено в Российской Федерации, что характерно и для Республики Казахстан. Что касается злоупотребления правом, то ученые придерживаются

¹ Артемов В. В. Указ. соч. – С. 41.

той позиции, что любой суд не связан словом закона, он лишь соблюдает цели закона, он пресекает любой разрез с объективной целью закона.

Предпосылки, и достаточно неплохие, полной и четкой разработки феномена злоупотребления правом в Республике Казахстан прослеживались на протяжении нескольких столетий. Положительные сдвиги есть, но их недостаточно. Как показывает доктрина Республики Казахстан в советский период времени термин злоупотребление правом не использовался. Во всех работах того времени употребляется словосочетание «осуществление права в противоречии с его назначением». И именно об этом сейчас множество исследователей говорят в своих работах, раскрывая тем самым смысл правового феномена.

Казахстанский законодатель не дает четкого определения «злоупотребление правом» в нормативных актах. Содержание и смысл этого понятия раскрывается в судебной практике, которая, как мы понимаем, далека от совершенства и не содержит единого толкования.

Все выше изложенное помогает нам убедиться в том, что само явление злоупотребление правом неоднозначно. Отсутствие единой концепции о злоупотреблении правом и четко сформулированных признаков злоупотребления правом не помогает осуществить баланс интересов работников и работодателей, а также вводит в определенное заблуждение субъектов, которые сталкиваются с данным правовым явлением.

1.2 Соотношение категорий «злоупотребление правом» и «правонарушение», «злоупотребление правом» и «правомерное поведение»

Единственным критерием истины является практика, и для того, чтобы определиться с вопросом, что же такое злоупотребление правом – правонарушение или нет, необходимо проанализировать практические ситуации со злоупотреблением правом и на основе проведенного анализа выявить специфические признаки такого феномена, как злоупотребление правом, а также установить характер данного правового явления.

Изначально остановимся на том, что существует пять позиций относительно природы злоупотребления правом. Несомненно все они имеют право на существование, а так же на понимание, рассмотрение и разработку. Ученные по данному поводу ведут активную дискуссию, поэтому в правовой доктрине нет единообразия понимания злоупотребления правом. Данная категория рассматривается как: правонарушение, которое несет вредоносность осуществления субъективных прав; правомерное деяние; самостоятельный тип правового поведения; деяние, являющееся одновременно правомерным и неправомерным и последняя позиция заключается в том, что злоупотребление правом априори не существует как явление. Следует разобраться с данными аспектами, чтобы понимать, что же все таки есть злоупотребление.

Доктрина Республики Казахстан позволяет рассмотреть злоупотребление правом через призму различных классификаций. В зависимости от отраслей права, субъектов, субъективной стороны и т.д. Рассмотрим злоупотребление правом в зависимости от субъективной стороны. Выделяют умышленное, то есть активное и неумышленное, то есть пассивное. Примером активного злоупотребления правом является шикана – использование своего субъективного права в целях причинения вреда другому лицу. Пассивное же злоупотребление правом имеет отражение, как правило, в уклонении лица от совершения каких – либо действий.

Правонарушение — виновное противоправное деяние дееспособного лица, которое наносит вред обществу. Помимо этого под правонарушением можно понимать виновное неисполнение или ненадлежащее исполнение субъектом возложенных на него обязанностей. «Ученые выделяют следующие признаки правонарушения: общественная опасность, противоправность, виновность, наказуемость. При отсутствии хотя бы одного из названных признаков, дает основание не рассматривать деяние как правонарушение»¹. Необходимо рассмотреть и соотнести данные основные признаки

¹ Теория государства и права: учеб. для вузов / под ред. проф. В. М. Корельского и проф. В. Д. Перевалова. – М.: Инфра-М, 2002. – С. 426.

правонарушения с ситуациями со злоупотреблением правом субъектами трудового права.

Итак, первый признак – противоправность. Напомним, что В. П. Грибанов рассматривал «противоправность злоупотребления правом не в нарушении норм, а в использовании недозволенных форм поведения в рамках дозволенного общего типа поведения»¹.

Противоправность в данном случае рассматривается нами, как совершение какого – либо действия вопреки правовым велениям, нарушение закона, выражением чего является нарушение запрета, прямо установленного в законе... либо невыполнение обязательств, которые возложены на субъекта законом или договором².

Именно отсутствие противоправности, в первую очередь, отличает злоупотребление правом от правонарушения. В качестве примера приведем такую ситуацию, которая на практике именуется как «резиновый отпуск». Как мы знаем, согласно ст. 115 ТК РФ ежегодный основной оплачиваемый отпуск предоставляется работнику продолжительностью 28 календарных дней. А так же правило ст. 125 ТК РФ гласит: ежегодный оплачиваемый отпуск может быть разделен на части по соглашению между работником и работодателем. В таком случае одна из частей этого отпуска должна быть не менее 14 календарных дней. Работник, конкретно в данном случае имеет возможность злоупотребления своим правом, которая проявляется в увеличении своего отпуска на более значительное время, как минимум на четыре дня. Сначала работник берет 14 календарных дней, затем дважды по пять календарных дней (с понедельника по пятницу), таким образом не включая выходные и, наконец, еще 4 дня (с понедельника по четверг). Путем элементарного подсчета мы получаем 32 календарных дня. Такая ситуация складывается из – за того, что выходные дни по правилам предоставления ежегодного оплачиваемого отпуска

¹ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000. – С. 55.

² Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко – М.: Зерцало, 1998. – С. 580 – 581.

включаются в отпуск, и таким образом недобросовестный работник разделяет свой отпуск так, чтобы выходные дни в него тоже вошли.

Противоправность в поведении работника возможно отразить и другими примерами. Так, работник предъявляет по месту работы больничный лист, как доказательство своего уважительного отсутствия на рабочем месте, а сам в свою очередь, отправляется отдыхать; или, как нами уже приводилось ранее, работник – совместитель предоставляет по основному месту работы лист нетрудоспособности и выходит на работу по совместительству.

Еще один пример из судебной практики. При расторжении трудового договора, работник в последний рабочий день не забрал свою трудовую книжку. В свою очередь, работодатель, зная об ответственности за задержку выдачи трудовой книжки, направляет работнику уведомление о необходимости работника явиться за ней, либо дать согласие на отправку ее по почте. Тем не менее работник ничего не ответил и уже в суде выяснилось, что работник сменил место жительства, и поэтому не смог получить указанное уведомление.

Решение суда в данном случае оказалось очень интересным. Суд указывал, что работник злоупотребил правом, а именно, не уведомил работодателя о смене места жительства. Согласно ст. 10 Гражданского кодекса РФ подобные действия считаются недопустимыми, в результате было принято решение отказать работнику в удовлетворении его требований (работник претендовал на оплату работодателем времени вынужденного прогула). Как мы заметили, суд ссылаясь именно на ст. 10 ГК РФ, ведь именно там содержится положение о недопустимости злоупотребления правом. Однако при рассмотрении спора, вытекающего из трудовых отношений, несомненно, хотелось бы сослаться именно на трудовое законодательство.

Анализ данного судебного решения, а конкретно его резолютивная часть обращает на себя внимание. Дело все в том, что к трудовым отношениям не применяются санкции, предусмотренные гражданским законодательством. В данном случае – это отказ в защите права: особые субъекты, специальный метод регулирования и правовые последствия. Один из исследователей

феномена злоупотребления правом В. П. Грибанов указывал на такое правовое последствие злоупотребления правом, как лишение субъективного права в целом¹. Что касается трудовых отношений, то здесь это сделать невозможно, как, например, невозможно лишить человека права на труд.

Из приведенных примеров видно, формально перед нами непротивоправные поступки, где работники не нарушают закон и совершают деяния, которые достаточно точно соответствуют положениям законодательства. Работники совершают свои действия в пределах принадлежащего им субъективного права, тем самым выгодно для себя используют нормы ТК РФ, в рамках общего поведения, дозволенного законом.

Все вышеизложенное наталкивает нас на вывод о том, что существует объективная необходимость включения в трудовое законодательство принципа недопустимости злоупотребления правами субъектами трудовых отношений, а так же установления правовых последствий в случае его нарушения.

Здесь проявляется некий парадокс: злоупотребление правом вообще запретить нельзя. Дело в том, что в основе злоупотребления правом лежит субъективное право, то есть мера возможного поведения. В таком случае действует правило – разрешено все то, что не запрещено. Таким образом в содержание субъективного права входят только правомерные действия субъекта, а все противоправные лежат за пределами содержания субъективных прав. Из этого следует, что злоупотребление правом – это всегда деяние, которое лежит в правовом поле. М. И. Бару писал «если противоправное действие формально не основано на праве и выступает в чистом виде, то злоупотребление правом всегда внешне опирается на субъективное право и не противоречит объективному праву²» (т.е. закону).

¹ Под лишением права М. В. Лушникова и А. М. Лушников понимают «прекращение этого права» // Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: учеб. В 2 т. Т. 1. сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. – М.: Статут, 2009. – С. 325.

² Бару М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса // Советское государство и право. – 1958. – № 12. – С. 118.

Если мы запрещаем какое – либо деяние, которое ранее рассматривалось как злоупотребление правом, то оно совершенно автоматически становится правонарушением. Вдумайтесь в смысл данной фразы: «запрещается злоупотребление правом», она является бессмысленной – логически «злоупотребление правом возможно лишь как правомерное действие»¹, то есть как осуществление субъективного права, принадлежащего субъекту права.

Следующий признак правонарушения – наказуемость. Злоупотребление правом имеет свою особенность, которая проявляется в том, что это деяние не всегда наказуемо. Верховный Суд РФ в (каком пункте) постановлении от 17 марта 2004 г. № 2 указал, что если суд установит тот факт, который подтвердит наличие злоупотребления правом одной из сторон трудовых отношений, в таком случае суд имеет возможность отказать в удовлетворении иска. В данном случае, абсолютно очевидно, что одна сторона не должна нести ответственность за те последствия, уточним, неблагоприятные последствия, которые наступили вследствие таких действий другой стороны, которые расцениваются как недобросовестные. Таким образом, Верховный Суд РФ вводит специфическое правовое последствие за злоупотребление правом, не являющееся наказанием, юридической ответственностью.

В некоторых случаях ТК РФ и трудовое законодательство не содержат ни санкций, ни мер защиты за недобросовестное поведение субъектов трудовых отношений. Доноры, использующие дни отдыха после сдачи крови, не предупредившие работодателя, когда работодатель не предоставляет такие дни; инвалиды, устраивающиеся на работу и не известившие работодателя о своей инвалидности, а затем в процессе трудовой деятельности требующие предоставления им льгот в связи с инвалидностью (сокращенное рабочее время, удлиненный отпуск и др.). Для того, чтобы избежать злоупотреблений со стороны работников необходимо закрепить в ТК РФ правило, согласно

¹ Пашин В. М. Институт злоупотребления субъективными правами *de lege ferenda*. Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 7 / под ред. О. Ю. Шилохвоста – М.: Норма, 2003. – С. 36.

которому работник, обладающий специальным статусом (донор, инвалид), должен сообщить данную информацию своему работодателю своевременно для получения льгот и гарантий. В случае, если работник такую информацию не предоставит, поведение работодателя должно регулироваться диспозитивными нормами, то есть зависеть от возможности (невозможности) выполнения работодателем своих обязанностей.

Можно привести еще один пример отсутствия наказуемости в случаях злоупотребления правом со стороны работника. ТК РФ закрепляет право работника заключать трудовой договор по совместительству (ст. 282), а также предоставляет право вносить сведения о работе по совместительству в трудовую книжку или нет (ст. 66). Такое правило ставит работника в очень выгодное положение, дает преимущество перед другими работниками. Разберем частный случай: работник осуществляет воспитательную функцию. Пункт 8 ст. 81 ТК РФ говорит о дополнительном основании расторжения трудового договора по инициативе работодателя – это ситуация, когда работник, выполняющий воспитательные функции, совершает аморальный проступок, несовместимый с продолжением данной работы, а в п. 2 ст. 336 ТК РФ содержится еще одно дополнительное основание расторжения трудового договора с педагогическими работниками: применение, в том числе однократное, методов воспитания, связанных с физическим и (или) психическим насилием над личностью обучающегося, воспитанника. Для работника увольнение по данным пунктам является нежелательным, потому работники могут прибегнуть к расторжению трудового договора по п. 3 ст. 77 ТК РФ, то есть по собственному желанию. Если работник осуществлял трудовую деятельность, связанную в первую очередь, с воспитательными функциями, по совместительству и не пожелал в своей трудовой книжке указать факт работы по совместительству, то проследить «профессиональный путь» такого работника практически невозможно, так как сведения о расторжении трудового договора на основании п. 8 ст. 81, п. 2 ст. 336 ТК РФ в трудовую книжку внесены не будут. В данном случае работой по

совместительству была именно работа, связанная с осуществлением воспитательных функций.

Следующий признак правонарушения – виновность. «Свойство вины заключается в отражении психического отношения лица к совершаемому им деянию, а также к последствиям, возникающим в результате такого деяния. Она раскрывает понимание или осознание лицом недопустимости своего поведения и возникающих при этом последствий»¹.

Мы считаем, что «специфика злоупотребления правом заключается в том, что с субъективной стороны данное деяние характеризуется умышленной формой вины»².

Мы рассматриваем «злоупотребление правом как деяние, которое совершается с целью причинения вреда другому лицу, а так же с целью причинения вреда для удовлетворения иного интереса, пусть даже правомерного»³. Такое толкование злоупотребления правом содержит в себе большой элемент правовой определенности, это исключает опасность свободного «судейского усмотрения»⁴. Очень справедливо замечание ученых о том, что нет такого злоупотребления правом, о котором субъект совершающий его не знал бы об этом. (В. П. Грибанов), «злоупотребление правом предполагает намеренные действия»⁵.

Данное толкование подтверждается постановлением Пленума Верховного Суда от 17 марта 2004 г. № 2. В частности п. 27 данного постановления раскрывает конкретные случаи злоупотребления правом работника при расторжении трудового договора: сокрытие работником временной нетрудоспособности на время его увольнения с работы, либо того обстоятельства, что он является членом профессионального союза или его

¹Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т / под ред. проф. М. Н. Марченко. – М.: Зерцало, 1998. – С. 581.

²Поротикова О. А. Указ. соч. – С. 11.

³Яценко Т. С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. – М.: Статут, 2003. – С. 131, 101.

⁴Покровский И. А. Указ. соч. – С. 118.

⁵Рясенцев В. Условия и юридические последствия отказа в защите гражданских прав // Советская юстиция. – 1962. – № 9. – С. 9.

руководителем. Абсолютно очевидно, что работник осознает, что в случае непредоставления необходимой информации работодатель окажется в явно невыгодном положении (непроизвольное нарушение порядка увольнения без соблюдения дополнительных процедур и тд.), однако работник желает наступления таких последствий (в данном случае прямой умысел), либо не желает, но сознательно допускает эти последствия (косвенный умысел). В результате этого, мы приходим к выводу, заключающемуся в том, что умышленная форма вины имеет два направления – прямой и косвенный умысел.

Таким образом, признаком злоупотребления правом, имеющим значение для квалификации, является цель, которая заключается в получении субъектом трудовых отношений перед другими лицами необоснованных преимуществ и (или) причинение вреда другим лицам.

Итак, злоупотребление правом с субъективной стороны всегда имеет умышленный характер. Субъект злоупотребляющий в любом случае злоупотребления знает об этом. Если лицо не знало, не могло и не должно было знать, что использует свое право с недозволенной целью, выбирает недозволенный способ его осуществления, либо выходит за пределы тех средств защиты, которые ему предоставлены – налицо противоправное поведение, но здесь нет оснований для признания злоупотребления правом¹.

Можно ли рассматривать злоупотребление правом как деяние, совершаемое без причинения вреда другим лицам? В данном случае во внимание берутся ситуации, когда фактически лицо злоупотребило правом, но при этом другое лицо не осознало этого. Очевидно нет. Не будет. Поэтому одним из существенных признаков злоупотребления правом является причиненный вред или реальная угроза его применения.

В трудовых отношения злоупотребление правом возможно одновременно со стороны работодателя и со стороны работника. Работодатель, желая избавиться от неугодного работника – члена профсоюзного органа, создает ему

¹ Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 57.

неблагоприятные условия для работы, а работник желая «восстановить справедливость» обращается во всевозможные инстанции (федеральную инспекцию труда, прокуратуру, суд), надеясь при этом, что к работодателю применят хоть какую – нибудь санкцию, если обнаружат нарушение трудового законодательства. Совершив прогул, работник мотивирует свой отказ от продолжения работы состоянием здоровья. При этом, как следует из материалов дела¹, о своем состоянии здоровья работник не извещал работодателя, к врачам по месту работы не обращался, не предоставил работодателю документы, подтверждающие наличие противопоказаний по состоянию здоровья переводу на новое рабочее место.

Данный пример еще раз подтверждает правило, которое касается нежелания работника сообщать работодателю юридически важную информацию (о наличии заболеваний). Работник пытается скрыть такие сведения. Если работник изначально при заключении трудового договора не указал на наличие каких-либо заболеваний, то в дальнейшем при расторжении трудового договора, в случае установления заболевания, возникают проблемы относительно установления основания расторжения трудового договора.

Таким образом, мы приходим к выводу, что следует установить дифференцированные правила расторжения трудового договора в зависимости от добросовестности работника при предоставлении им сведений о состоянии здоровья. Недобросовестное поведение должно исключать возможность работника получать льготы и компенсации. Добросовестное поведение, имеется в виду, когда работник не знал и не мог знать о невозможности выполнения трудовых функций, в силу имеющегося у него заболевания, не должно исключать предоставления ему льгот и компенсаций.

В ходе данного исследования нами выдвигается позиция, что злоупотребление правом является самостоятельной правовой категорией, которой присущи свои особенные признаки, черты и характеристики.

¹ Дело № 2-506/03 Тимошенко В. В. К ООО «Черкизово-Урал» о восстановлении на работу // Архив Федерального суда Ленинского района г. Челябинска.

Необходимо установить признаки правомерного поведения и соотнести их с ситуациями злоупотребления правом, характерными для трудовых отношений. Благодаря такому соотношению, мы сможем более точно раскрыть понятие злоупотребление правом, которое будет в определенной степени соответствовать действительности. Многие ученые придерживаются позиции о том, что злоупотребление правом действие правомерное. «Одним из распространенных представлений о правомерном поведении является мнение о нем, как о деянии, не противоречащем предписаниям правовых норм, соответствующим требованиям диспозиции правовой нормы, не запрещенном правом»¹. При злоупотреблении правом управомоченный субъект, злоупотребляя правом, не нарушает правовых предписаний, но он и не совершает правомерное деяние.

«Особенность злоупотребления правом заключается в том, что субъект, злоупотребляющий, совершает деяния, которые соответствуют положениям законодательства»², выгодно для себя использует нормы ТК РФ. Он совершает действия в пределах имеющегося у него субъективного права, в рамках общего типа поведения, который предусмотрен законом. Тем не менее он использует такие формы поведения, которые считаются недозволительными, с целью причинения вреда другим лицам или получения необоснованного преимущества перед другими субъектами трудовых отношений. При этом нарушаются цели, задачи и принципы, установленные нормативными правовыми актами.

Формой злоупотребления правом считается такое поведение, когда «злоупотребитель» препятствует осуществлению трудовых прав других

¹ Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т / под ред. проф. М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. – М.: Зерцало, 1998. – С. 560; Венгеров А. Б. Теория государства и права: учеб. для юридических вузов. – М.: Юриспруденция, 2000. – С. 460; Морозова Л. А. Теория государства и права: учеб. – М.: Юрист, 2003. – С. 321; Шабуров А. С. Теория государства и права: учеб. для вузов / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Переволова. – М.: Юридическая литература, 2000. – С. 419; Кулапов В.Л. Правомерное поведение и правонарушения; теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М.: Юрист, 2004. – С. 579 – 582.

² Зайцева С. Г. Указ. соч. – С. 20.

субъектов.

В соответствии с п. 2 ст. 3 Закона РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-I «О занятости населения в Российской Федерации»¹ назначение и получение пособия по безработице производится только гражданину, зарегистрированному по месту жительства. Такое положение обусловлено определенной необходимостью создать благоприятные условия для поиска подходящей работы территориальными органами в пределах той территории, где проживает гражданин. Конституционность данного положения оспаривал гражданин А. Я. Аванов. Он был зарегистрирован как безработный по месту постоянного места жительства, которым является г. Тбилиси. Совместно с этим у него была временная регистрация по месту пребывания в г. Москве. Гражданин имел преимущественное положение в сравнении с другими гражданами, находящимися в подобных ситуациях. Он претендовал на получение пособия по временной безработице и по месту регистрации, и по месту пребывания. Отметим, что в г. Тбилиси он получал пособие по безработице.

Конституционный Суд РФ отказал в принятии к рассмотрению его жалобы, указывая на то, что в случае удовлетворения требований А. Я. Аванова (т.е. реализовать право на защиту от безработицы по месту постоянного места жительства и по месту временной регистрации) могут нарушиться цели, установленные законом: обеспечение организационных и иных условий социальной защиты безработных в различных формах, включая поиск подходящей работы с учетом места жительства гражданина; защита прав и законных интересов иных граждан от неправомерного расходования средств на выплату пособий по безработице за счет уплачиваемых ими налогов, что создает возможность для злоупотребления правом безработному гражданину, так как он получает необоснованные преимущества перед другими

¹ Закон РФ от 19.04.1991 № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1915.

безработными и перед другими гражданами – налогоплательщиками¹.

Конституционный Суд в более раннем определении² указывал на то, что государство принимает на себя обязанность по поиску подходящей работы для безработного в пределах той местности, где он проживает. Для этого органы службы занятости признают гражданина безработным по месту жительства.

По – нашему мнению, определения Конституционного Суда направлены на пресечение злоупотребления правом.

Некоторые ученые отмечают такой признак правомерного поведения, как направленность на удовлетворение социальной, общественной, личной потребности и интереса (О. П. Алейникова³, В. Н. Казаков⁴).

Субъект, для достижения собственного законного интереса, используя нормы ТК РФ, может нарушить интерес другого управомоченного субъекта, при этом не нарушив предписаний права. В данном случае следует сказать о пределах осуществления права, на это указывал В. П. Грибанов в своей работе «Пределы осуществления и защиты гражданских прав». Он отмечал то, что право осуществляется в соответствии с его назначением только тогда, когда поведение совпадает с целью правовой нормы. Для того, чтобы подтвердить то, что «злоупотребитель» при злоупотреблении правом совершает действия, не совпадающие с целями нормативных правовых актов, необходимо привести следующий пример.

В соответствии со ст. 279 ТК РФ при расторжении трудового договора с руководителем организации по решению управомоченного органа

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2003 г. № 105-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Аванова А. Я. на нарушение его конституционных прав положением п. 2 ст. 3 Закона Российской Федерации “О занятости населения в Российской Федерации”» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2003. – № 4.

² Определение Конституционного Суда РФ от 5 октября 2000 г. № 199-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Кушнарера А. М. на нарушение его конституционных прав положениями ч. 1 ст. 12 Закона Российской Федерации “О занятости населения в Российской Федерации”» // Экспресс – Закон. – 2001. – № 6.

³ Радько Т. Н. Теория государства и права: учеб. для вузов. – М.: Академический проект, 2004. – С. 409.

⁴ Казаков В. Н. Правомерное поведение в механизме формирования правопорядка. – М.: Москва, 1999. – С. 31.

юридического лица или собственника имущества организации при отсутствии виновных действий руководителя до истечения срока его действия последнему выплачивается компенсация за досрочное расторжение с ним трудового договора в размере, определяемом трудовым договором. И. Я. Киселев указывает на то, что это в большей степени отражает реальность рыночной экономики, предпочтения собственников, обеспечивает повышение эффективности предпринимательской деятельности, предотвращает ошибки при найме работников¹.

«Цель данной компенсации заключается в уменьшении неблагоприятных для руководителя последствий за досрочное расторжение трудового договора, так как руководитель не по своей вине или инициативе не может продолжать выполнение работы и получать заработную плату»²; «руководителю предоставляется возможность получить денежную компенсацию из-за претерпевания им неблагоприятных последствий за невиновные действия»³.

А. С. Шабуров разграничивает правомерное поведение и злоупотребление правом по социальной и юридической оценкам и приходит к выводу о том, что юридическая оценка этих поведений тождественна. Поведение субъектов соответствует правовым предписаниям, деяния осуществляются в рамках правовых норм. По социальной оценке они не совпадают. Если правомерное поведение – это социально полезное поведение, то злоупотребление правом – социально вредное⁴.

Мы поддерживаем указанную позицию: ситуации со злоупотреблением правом нежелательны для общества с точки зрения интересов других граждан и общества, в отличие от правомерного поведения общество не испытывает необходимости в том, чтобы кто – либо злоупотреблял правом, которое имеется

¹ Киселев И. Я., Леонов А. С. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. – М.: Дело, 2003. – С. 183.

² Комментарий к трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. К. Н. Гусова. – М.: Проспект, 2008. – С. 502.

³ Киселев И. Я., Леонов А. С. Указ. соч. – С. 556.

⁴ Теория государства и права: учеб. для вузов / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. – М.: Норма, 2000. – С. 419.

у него. Общественная необходимость не необходима в ситуациях со злоупотреблением правом в отличие от правомерного поведения.

Данный тезис поясним на следующем примере, на практике именуемом классическим злоупотреблением правом. Трудовой договор был расторгнут с управляющим кредитной организации. В дальнейшем работник в судебном порядке восстанавливается на работе и подает заявление о расторжении трудового договора по собственному желанию (п. 3 ст. 77 ТК РФ) с отработкой в течение 2 недель с момента подачи заявления.

В течение данного периода отработки работодатель узнает о том, что работник уходит в конкурирующую компанию и вновь удаляет работника по своей инициативе за совершение работником дисциплинарного проступка (п. 5 ст. 81 ТК РФ). Нужно отметить, что к управляющему в течение года применялось дисциплинарное взыскание, и после того как работодатель узнал о возможных неблагоприятных последствиях для себя, он по незначительному поводу расторгает трудовой договор по п. 5 ст. 81 ТК РФ, в трудовой книжке работника указывает на невыгодную для него статью и тем самым портит его деловую репутацию. В таком случае действия работодателя не содержат интерес, установленный законом, это личный интерес непосредственно самого работодателя и его поведение можно оценить как злоупотребление правом.

В. Н. Кудрявцев установил такие признаки злоупотребления правом как юридическая регламентация и обеспеченность государством¹.

Здесь необходимо обратить внимание на действительную специфику ситуаций со злоупотреблением правом, которые либо не регламентированы, либо недостаточно полно регламентированы. То есть законодатель не установил или не в полном объеме установил права и обязанности субъектов трудовых отношений.

Помимо этого при злоупотреблении правом отсутствует такой признак как обеспеченность государством и это прямо прописано в нормативном акте.

¹ Кудрявцев В. Н. Избранные труды по социальным наукам: в 3 т. Т. 1: Общая теория права. Уголовное право. – М.: Наука, 2002. – С. 81 – 82.

Верховный Суд в постановлении от 17 марта 2004 г. № 2 указал на то, что при злоупотреблении правом субъекту трудового правоотношения судам следует отказать в защите принадлежащего ему права.

В научной литературе рассматривались ситуации злоупотребления правом работодателем при временном переводе работника на работу, не предусмотренную трудовым договором, когда работодателю закон предоставляет делать это практически в любое время и в любом случае по своему усмотрению¹. В примере, который мы анализируем обратно рассматривается случай злоупотребления правом работником при невозможности перевести его с его согласия на иную работу.

Работника – водителя лишают водительского удостоверения (основание в данном случае значения не имеет). В соответствии со ст. 12.8 КоАП РФ лишение водительского удостоверения возможно на срок до двух лет. При выходе на работу работник не ставит в известность работодателя о случившемся инциденте. Существует несколько вариантов поведения работодателя. Во-первых, перевод работника на иную постоянную работу. Сделать это возможно только с согласия самого работника. А что если работник не согласен на такой перевод? Второй вариант решения данной проблемы – временный перевод работника без его согласия на другую работу. Такой перевод возможен только в случае производственной необходимости в тех случаях, которые предусмотрены в законе (ст. 72.2 ТК РФ). При этом гарантии, установленные законодательством сохраняются. Трудовой кодекс РФ дает возможность перевести работника без его согласия на работу, не обусловленную трудовым договором, но делать это на протяжении двух лет (работник лишен водительского удостоверения на 2 года) практически невозможно. Каждый раз работодателю нужно ждать «случай производственной необходимости», после месяца работы не по своей трудовой

¹ Попонов Ю. Г. Хороший кодекс тоже нуждается в совершенствовании (тезисы предложений по совершенствованию Трудового кодекса Российской Федерации) // Проблемы защиты трудовых прав граждан: материалы научно – практической конференции / под ред. А. С. Леонова. – М.: Права человека, 2004. – С. 166.

функции работника необходимо переводить на работу, предусмотренную трудовым договором. Из этого следует, что ситуация для работодателя является неблагоприятной, так как за работником сохраняется и постоянное место работы, и перевод на иную постоянную работу без согласия работника невозможен.

Для того, чтобы предотвратить злоупотребление правом как со стороны работника так и со стороны работодателя ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ содержит положение, которое дополняет ст. 83 ТК РФ новым основанием прекращения трудового договора по обстоятельствам не зависящим от воли сторон: 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.

Вышеизложенное нами позволяет сделать следующий вывод. Злоупотребление правом представляет собой самостоятельный вид правового поведения, которое по своим признакам не совпадает ни с правонарушением ни с правомерным поведением. Несомненно, схожие черты между злоупотреблением правом и правонарушением, злоупотреблением правом и правомерным поведением прослеживаются, тем не менее полной идентичности мы не обнаружили. Именно потому, что злоупотребление правом не подпадает ни под одну категорию деяний, на основании своих признаков можно с точностью сказать, что это самостоятельное правовое явление.

Злоупотребление правом нельзя отнести к категории правонарушений, в первую очередь потому, что при совершении деяний, являющихся злоупотреблением правом отсутствует такой признак как противоправность. Существенной характеристикой злоупотребления правом является его результат, который проявляется либо в причинении вреда, либо в реальной

угрозе его причинения. Для злоупотребления правом характерна умышленная форма вины, хотя «злоупотребитель» не всегда ставит перед собой цель – причинение вреда, могут преследоваться и иные цели (для удовлетворения своего интереса). Невозможно составить закрытый перечень составов злоупотребления правом, так как любая форма злоупотребления есть использование принадлежащих субъекту прав недозволенными способами, либо с недозволенной целью. В данной ситуации можно применить фразу «кто на что горазд». Не можем мы составить именно закрытый перечень составов злоупотребления правом именно по причине множественности волеизъявления субъектов права. Еще и именно по этому злоупотребление правом правонарушением быть не может.

Злоупотребление правом не является правомерным поведением. При злоупотреблении правом нарушаются пределы субъективного права, т.е. осуществляется воспрепятствование осуществлению трудовых прав других субъектов трудовых отношений. Ситуации со злоупотреблением правом нарушают принципы, цели и задачи, предусмотренные законодательством. Злоупотребление правом представляет собой социально вредное явление, так как такое деяние не обладает социальной необходимостью и не подкреплено государственным обеспечением.

2 ГЛАВА СУБЪЕКТЫ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ В ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ

2.1 Злоупотребление правом работником

В учебной, научной литературе преобладает точка зрения, согласно которой работник считается более слабой стороной трудового отношения, в свою очередь работодатель находится в привилегированном положении. «Трудовое отношение выявляет зависимость работника от работодателя, который имеет в пределах своей компетенции определенную нормативную, дисциплинарную и директивную власть, хотя и не над личностью работника, но над способом выполнения им работы... Работник – более слабый участник трудового правоотношения, социально и экономически неравный работодателю... В трудовом правоотношении работник занимает подчиненное, зависимое положение. Заключив трудовой договор и вступив в трудовое правоотношение, он обязан подчиняться трудовому распорядку и распоряжениям работодателя»¹. «Принцип равенства сторон социального партнерства не применим к трудовым отношениям, в которых всегда присутствует элемент власти и подчинения»².

С принятием ТК РФ появилась иная точка зрения, согласно которой работник не является уязвимой стороной трудовых правоотношений, «подчиненной» стороной. «Стороны трудового отношения находятся в положении юридического равенства»³, «работник и работодатель свободны в определении содержания трудового договора, при этом юридическое равенство отнюдь не означает фактического равенства»⁴. На современном этапе законодатель стремится осуществить защиту не только работника, но и работодателя. «Современные ученые сталкиваются с принципиально новой для

¹ Дмитриева И. К. Принципы российского трудового права: монография. – М.: РПА МЮ РФ, 2004. – С. 147, 149, 155, 169, 235, 313.

² Киселев И. Я., Леонов А. С. Указ. соч. – С. 60.

³ Молодцов М. В., Головина С. Ю. Трудовое право России: учеб. для вузов. – М.: Норма, 2003. – С. 152.

⁴ Там же. – С. 137.

трудового права проблемой юридических гарантий прав работодателя, разрабатывают вопросы о пределах осуществления работодателем принадлежащих ему прав»¹.

В некоторых учебниках по трудовому праву приводятся примеры злоупотребления правом со стороны работников, их представителей и работодателей. В данном случае имеется в виду учебник М. В. Лушниковой и А. М. Лушников, где проблема злоупотребления правом в силу публично – правовых начал регулирования трудового права только обозначается и указывается, что данная проблема нуждается в научном осмыслении на законодательном уровне. «Причинами злоупотребления трудовыми правами являются не только несовершенство действующего трудового законодательства, но и его противоречивость, пробельность, а так же объективные причины, обусловленные возрастанием гибкости в правовом регулировании трудовых отношений»². «В настоящее время возрастание роли частного – правовых методов регулирования трудовых отношений предполагает поиск и обоснование дополнительных критериев, определяющих пределы реализации трудовых прав и интересов, отражающих частные начала регулирования. Полагаем, что таков является запрет злоупотребления трудовыми правами»³.

Согласно ТК РФ (ст. 411) орган, возглавляющий забастовку, вправе ее приостановить. Закон в таком случае не имеет ограничений по поводу сроков приостановления, более того для того, чтобы восстановить процедуру забастовки, повторное рассмотрение спора в примирительной комиссии или трудовом арбитраже не требуется. «Орган, возглавляющий забастовку, злоупотребляя своим правом, может любую забастовку «затянуть» во времени,

¹ Каплун Е. В. Осуществление работодателем субъективных прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Пермь, 2005. – С. 3 – 4.

² Лушников М. В., Лушников А. М. Курс трудового права: в 2 т. Т. 2. Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право: учеб. – М.: Статут, 2004. – С. 45.

³ Лушников А. М., Лушников М. В. Курс трудового права: учеб. в 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. – М.: Статут, 2009. – С. 305.

постоянно держать над работодателем дамоклов меч возобновления приостановленной неоднократно забастовки в любое время»¹. Другой пример злоупотребления правом участниками коллективных переговоров. В ходе коллективных переговоров представители работников могут предлагать заведомо неприемлемые для работодателя условия, которые не являются прямым нарушением трудового законодательства, с последующей угрозой объявления забастовки в случае непринятия этих условий. Органы по рассмотрению трудовых споров не имеют соответствующей практики по оценке недобросовестности социальных партнеров. «Отсутствуют ориентиры и в действующем трудовом законодательстве»².

Утверждение о том, что существуют объективные причины, которые связаны с возрастанием эластичности, гибкости в правовом поле регулирования трудовых отношений, собственно имеет место быть. Но в связи с возрастанием роли договорных начал регулирования трудовых отношений, кроме того, что у субъектов образуется все больше возможностей для использования, применения своего субъективного права, абсолютно, с выгодой для себя, в некоторых ситуациях само трудовое законодательство создает правовое поле для злоупотребления правом.

Приведем один из примеров этому. «Работник, совершивший дисциплинарный проступок, сам просит работодателя не увольнять его по порочащим основаниям, обещая, что через некоторое время сам расторгнет трудовой договор по собственному желанию. Работодатель, поверив работнику и не уволив его, пропускает срок для наложения дисциплинарного взыскания. Работник по истечении оговоренного времени заявляет, что раздумал увольняться»³.

¹ Лушникова М. В., Лушников А. М. Указ. соч. Т. 2. Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право. – М.: Статут, 2004. – С. 45.

² Лушников А. М., Лушникова М. В. Указ. соч. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. – М.: Статут, 2009. – С. 318.

³ Буянова М. О. Прекращение трудового договора по соглашению сторон // Справочник кадровика. – 2004. – № 12. – С. 34.

Б. Горохов, судья Верховного суда РФ, в своем интервью указал на то, что «в последнее время довольно часто возникают трудовые споры из-за недобросовестного отношения работников к своим работодателям. Например, бывший сотрудник обращается в суд за восстановлением на работе в связи с тем, что его уволили в то время, когда он был на больничном. Формально он прав, но фактически работник предъявляет больничный лист – документ, подтверждающий его нетрудоспособность, только на стадии судебного разбирательства... Если в суде будет установлен факт злоупотребления правом со стороны работника, то работодатель не будет нести ответственности за незаконное увольнение работника. При увольнении работник обязан предъявить работодателю документы, подтверждающие незаконность увольнения, в случае увольнения в период нетрудоспособности – больничный лист. Если он этого не сделает, в суде этот документ не будет иметь значения. Такая позиция была сформулирована в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2003 г. № 2 и все суды должны ей следовать.

Если раньше суд мог оштрафовать руководителя организации, обязать восстановить такого работника, то теперь суд не вправе этого делать ввиду явной недобросовестности работника. Таким образом, ТК РФ старается выровнять баланс прав работников и работодателей»¹.

Исследователи, которые занимаются проблемами защиты прав и законных интересов работодателей, обращают внимание, в первую очередь, на такую проблему, как «нерешенность на уровне действующего трудового законодательства ряда процедурных и процессуальных мер, которые касаются защиты прав и законных интересов работодателя»². «Именно работодатель имеет право подбора необходимых работников и установлением их на рабочем

¹ Сложные вопросы трудовых споров (интервью с Б. Гороховым, судьей Верховного суда РФ) // Кадровое дело. – 2004. – № 10. Октябрь.

² Каплун Е. В. Указ. соч. – С. 3 – 4.

месте соответственно их профессиональным навыкам»¹. Но бывают случаи, когда работодатель, представляющий собой лицо, которое самостоятельно определяет кадровую политику организации и обладает хозяйской властью, лишается возможности привлечения недобросовестного работника к ответственности, если он будет придерживаться правил, установленных ТК РФ.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 приведено два примера случаев злоупотребления правом, которые к сегодняшнему дню выступают уже как хрестоматийные, классические: ситуация, когда работник скрывает временную нетрудоспособность на время, а точнее, на момент его увольнения с работы, либо того обстоятельства, что он является членом профессионального союза или руководителем выборного профсоюзного коллегиального органа организации, ее структурных подразделений, не освобожденным от основной работы, когда решение вопроса об увольнении должно производиться с соблюдением учета мотивированного мнения выборного профессионального органа организации либо соответственно с предварительного согласия вышестоящего выборного профсоюзного органа.

Судами подобных дел рассматривалось достаточное количество, но особое внимание уделим следующим случаям.

Журнал «Справочник кадровика»² приводит следующий пример. П. работал в ОАО «М» в должности водителя первого класса с 1990 г. Приказом от 6 июня 2003 г. он был уволен по подп. «б» п. 6 ст. 81 ТК РФ за то, что 29 мая появился на рабочем месте в состоянии алкогольного опьянения.

Исходя из материалов дела, видна достаточно ясная картина того, что работник при выходе на работу имел остаточные признаки алкогольного опьянения, так как 28 мая 2003 г. он был на похоронах своего сотрудника, где

¹ Скобелкин В. Н., Передерин С. В., Чуча С. Ю., Семенюта Н. Н. Трудовое процедурно – процессуальное право: учеб. пособие / под ред. В. Н. Скобелкина. – Воронеж: Изд-во Воронежского гос. ун-та, 2002. – С. 151.

² Из судебной практики: о восстановлении на работе, выплате денежной компенсации за несвоевременную выдачу справки о среднем заработке // Справочник кадровика. – 2005. – № 7. – С. 23.

употреблял спиртные напитки. Работника отстранили от работы до 5 июня 2003 г., а когда начальник цеха 5 июня 2003 г. вызвал его к себе, то работник пошел не к начальнику, а в медпункт, где ему был выдан больничный лист. В связи с тем, что П. находился на больничном, свое увольнение он считает незаконным. При этом ответчик (работодатель) указывал на то, что работник не сообщал ему о нахождении на больничном листе, чувствовал себя хорошо, на здоровье не жаловался. Для дальнейшего рассмотрения данного дела следует установить правовые последствия, наступившие для сторон спора. Суд отказал работнику в исковых требованиях относительно восстановления на работе, в выплате премии, компенсации морального вреда. А так же суд посчитал возможным изменить дату увольнения на дату выдачи трудовой книжки, а формулировку увольнения – подп. «б» п. 6 ст. 81 ТК РФ – оставить без изменения.

Из такого примера можно сделать вывод о том, что работник злоупотребил своим правом. Он недобросовестно использовал свои права, использовал их вопреки целям, которые установлены нормативными правовыми актами. И снова мы наблюдаем ситуацию, когда использование лицом своего права не соответствует целям законодательства. Право обратиться в медпункт у лица было, но в случае реальной болезни, а не для сокрытия отрицательных фактов.

Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» устанавливает цели, для которых листок временной нетрудоспособности выдается гражданам. Для того, чтобы работник имел право отсутствовать на рабочем месте и получать компенсацию, а так же для восстановления своего здоровья. В приведенном нами примере работник ушел на больничный для того, чтобы избежать законной процедуры увольнения и впоследствии в судебном порядке требовать восстановления на работе в связи с нарушением работодателем процедуры увольнения (ч. 3 ст. 81 ТК РФ).

Следующий пример, тесно связан с предыдущим, заключается в следующем. Материалами дела установлено, что работник С. В. Матвеев

самовольно, без согласования с работодателем отправился на выездную конференцию в г. Чернигов, в связи с чем отсутствовал на работе с 27 февраля по 6 марта 2002 г. Приказом от 27 марта 2002 г. № 74 С. В. Матвеев был уволен за прогул. Но в этот период работник находился на больничном (с 26 марта 2002 г.), о чем работодателю стало известно уже после наложения на работника дисциплинарного взыскания. В связи с этим работодатель изменил дату увольнения на дату закрытия листа временной нетрудоспособности – 2 апреля 2002 г. Миасский городской суд решением от 18 мая 2002 г. в иске отказал, судебная коллегия по гражданским делам Челябинского областного суда своим определением от 4 июля 2002 г. оставила данное решение без изменения, указав на то, что С. В. Матвеев не представил доказательств, подтверждающих осведомленность работодателя о его временной нетрудоспособности.

Но суд надзорной инстанции занял сторону работника, так сказать, встал на защиту прав и законных интересов работника, указав на то, что именно работодатель должен был выяснить и учесть обстоятельства, при наличии которых наложение дисциплинарных взысканий не допускается. Поскольку работодатель этого не сделал и уволил работника в период его нетрудоспособности и только после того, как узнал о болезни работника, изменил дату увольнения, то фактически он нарушил нормы материального права, поскольку это не изменяет факта наложения дисциплинарного взыскания в виде увольнения в период болезни истца¹. Кроме того, данным определением суд не только восстановил работника в должности, но и взыскал в его пользу денежную компенсацию морального вреда.

Данная ситуация возможна потому, что законодатель не очертил границу возможного поведения работника относительно того, когда он должен сообщать работодателю о своей нетрудоспособности. В Федеральном законе от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беременности и родам граждан, подлежащих

¹ Определение президиума Челябинского областного суда от 10 сентября 2003 г. (надзорное производство 4г03-1408) // www.garant.ru.

обязательному социальному страхованию» содержит норму (п. 4 ст. 13), согласно которой работник имеет право на назначение и выплату пособия по временной нетрудоспособности при предъявлении листка нетрудоспособности, а работодатель назначает пособие по временной нетрудоспособности в течение 10 дней со дня обращения застрахованного лица за его получением с необходимыми документами. В п. 1 ст. 12 указанного закона установлено, что пособие по временной нетрудоспособности назначается, если обращение за ним последовало не позднее шести месяцев со дня восстановления трудоспособности.

Информация работника о его временной нетрудоспособности имеет определяющее значение, так как любое действие работодателя, направленное на прекращение трудовых отношений, не будет соответствовать нормам ТК РФ и увольнение данного работника будет считаться незаконным.

Больничный лист рассматривается как основание для назначения и выплаты пособия по временной нетрудоспособности. В трудовом праве больничный лист преследует иную цель – он рассматривается как основание уважительности отсутствия на работе, как некая информационная обязанность работника уведомить своего работодателя о невозможности выполнять трудовые функции в силу наличия уважительной причины: болезни.

В литературе указывается, что данное поведение работника злоупотреблением правом не является, так как ни право работодателя требовать от работника уведомить его о причинах своего отсутствия, ни соответствующая обязанность работника не закреплены в ТК РФ. В данном случае уместнее говорить лишь «об определении границы между добросовестным злоупотреблением работником или работодателем в отношении объема предоставленных ему прав и злоупотреблением этими правами, что является достаточно проблематичным»¹.

¹ Бриллиантова Н. А., Архипов В. В. Злоупотребление правом в трудовых отношениях // Справочник кадровика. – 2008. – № 8. – С. 26.

С данным мнением трудно согласиться. Для злоупотребления правом характерна ситуация, когда субъект права при реализации своих возможностей не выходит за пределы субъективного права, но его поведение противоречит установленным нормативным правовым актом принципам, задачам, целям.

Таким образом, «свобода работника в осуществлении своего права является неограниченной, допускающей возможность воздержаться от использования своего права в своих интересах в ущерб интересам работодателя»¹. Работники оформляют больничные листки для того, чтобы избежать увольнения по виновной статье: за прогул, за появление на работе в состоянии алкогольного опьянения. Следует отметить, что при оформлении больничного листка работник не совершал правонарушения, т. е. не притворялся больным, а лечащий врач выдал больничный лист на законном основании. В рамках данной работы этот термин понимается нами не как документ, подтверждающий факт временной нетрудоспособности лица, а как документ, делающий возможным расторжение трудового договора с работником по инициативе работодателя. В связи с этим умолчание, неинформирование работодателя о наличии у работника листка временной нетрудоспособности на момент увольнения является злоупотреблением правом.

Для того, чтобы предотвратить подобные ситуации, в ТК РФ или локальных нормативных актах целесообразно установить обязанность работника сообщать работодателю в установленный законом срок о своем отсутствии на работе с указанием причины.

Как отмечают М. В. Лушникова и А. М. Лушников происходит повышение роли информации субъектов трудового права на информацию в современном трудовом праве. Под трудовой информацией они понимают «сведения о сторонах трудовых отношений, то есть, о работнике и работодателе, предоставляемые и необходимые для осуществления реализации

¹ Крутова Л. А. Указ. соч. – С. 343.

индивидуальных и коллективных трудовых прав»¹. Вместе с тем информационные правоотношения рассматриваются как очевидные правовые связи, характерные, в том числе, и для трудовых отношений. Тем самым они включаются в структуру сложного единого трудового правоотношения.

Таким образом, информация в трудовом праве имеет определяющее значение. Достаточно большое значение в трудовом праве информация имеет особенно на стадии заключения и стадии прекращения трудового договора, так как законность принимаемого работодателем решения во многом зависит от добросовестного поведения работника. Работодатель, как сторона более сильная с экономической точки зрения, будет нести неблагоприятные для себя последствия в случае, если работник не сообщит важную информацию для трудовых отношений, и формально будет считаться, что работодатель нарушил процедуру увольнения, это будет влечь признание такого увольнения незаконным. Работник, в свою очередь, освобождается от ответственности за неинформирование работодателя об этих обстоятельствах.

Так же интересен тот факт, что за совершение одного и того же деяния работником, следуют абсолютно различные правовые последствия: в первом случае – суд отказал работнику в удовлетворении исковых требований относительно восстановления на работе; в выплате премии, компенсации морального вреда; во втором случае – суд не только восстановил работника в должности, но и взыскал в его пользу денежную компенсацию морального вреда.

На первый взгляд, данные случаи кажутся одинаковыми, но на самом деле имеют существенное отличие – работники под защитой больничного листа стремились избежать привлечения к дисциплинарной ответственности.

Увольнение работника по виновному основанию не выгодно для него. В соответствии с Законом РФ «О занятости населения в Российской Федерации» лицам, уволенным с последнего места работы за виновные действия, выплата

¹ Лушникова М. В., Лушников А. М. Право на информацию субъектов трудового права // Государство и право. – 2004. – № 6. – С. 19.

пособия по безработице приостанавливается на определенный срок. Исходя из этого работники стремятся избежать увольнения за нарушение дисциплины труда, а умолчание работником о наличии у него листка временной нетрудоспособности на момент его увольнения является злоупотреблением правом.

Обсудим другие случаи злоупотребления правом работником, с одним из таких случаев, мы столкнулись изучая и анализируя судебную практику Ленинского районного суда города Челябинска. Суть данной практики обладает примерно одной и той же чертой. Работники. Желая получить отгул и одновременно избежать увольнения за прогул, пользуются, сами того не подозревая, пробелами в трудовом законодательстве, разумеется в своих интересах. Как нами было замечено, работник желая взять отпуск без сохранения заработной платы на один день уведомил об этом начальника цеха в письменном виде за 30 минут до окончания рабочего дня. На следующий рабочий день на рабочем месте не появился. Соответственно, в таком случае был составлен акт об отсутствии работника на его рабочем месте. Однако, на следующий день работник вышел на работу и, более того, предоставил справку, подтверждающую уважительность его отсутствия, а именно, сдача крови.

Другой пример заключается в том, что работник для уважительности отсутствия на рабочем месте только при обращении в суд указал на использование своих «донорских дней», так как это является доказательством уважительности отсутствия работника на рабочем месте. Из материалов дела видно, что справку о сдаче крови на предприятие работник не сдавал; данные дни работник использовал для проведения ремонта дома. Тем самым нарушаются цели трудового законодательства. «Цель такого отдыха заключается в восстановлении сил работника, а не использование этого времени для иных целей»¹. Работнику в удовлетворении исковых требований

¹ Дело № 2-1688/03 по иску Чигишева В. К. к МУП «Челябинское пассажирское автотранспортное предприятие № 2» о восстановлении на работе, компенсации морального вреда // Архив Ленинского районного суда г. Челябинска.

отказали.

Правовая проблема института донорства заключается в следующем: работодатель не может планировать производственные процессы, которые напрямую зависят от того, предоставил ли работник ему необходимую информацию или нет. В случае, когда работодатель не будет проинформирован своевременно об отсутствии работника на рабочем месте, он не исполнит свои обязательства по гражданско – правовой сделке ввиду такого отсутствия, и тогда вопрос о возмещении работодателю причиненного ущерба будет решаться не в пользу работодателя. Таким образом ставится под сомнение возможность решения одной из основных задач трудового законодательства, содержащуюся в ст. 1 ТК РФ: создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов как работника, так и работодателя.

В то же время информация о самом работнике, состоянии здоровья, о составе семьи являются персональными данными работника и представляют собой конфиденциальную информацию. Помимо этого, часть информации о работнике может составлять личную тайну, например, сведения о том, что работник является ВИЧ – инфицированным. Законодательством Российской Федерации установлены запреты на увольнение с работы, на отказ в приеме на работу, ограничение иных прав и законных интересов ВИЧ – инфицированных на основании наличия у них ВИЧ – инфекции¹.

Поэтому работник вправе предоставлять данные сведения исключительно по своему усмотрению и лишь в случаях, когда предоставление такой информации необходимо в связи с трудовыми отношениями. На практике это порождает злоупотребление правом.

Для того, чтобы предотвратить такие ситуации, в ТК РФ целесообразно установить правило: если работник обладает определенным специальным

¹ Федеральный закон от 30 марта 1995 г. № 38-ФЗ «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)» // Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 8. – Ст. 2542.

статусом, например, является инвалидом, донором, то для получения льгот и гарантий он своевременно сообщает данную информацию работодателю. В ином случае поведение работодателя должно регулироваться не императивной нормой, а диспозитивной, то есть должно быть поставлено в зависимость от возможности, невозможности выполнения им своих обязанностей.

Исходя из этого, в представленных случаях причину отсутствия на работе нельзя признать уважительной.

Как известно, беременные женщины являются для работодателей нежелательной категорией работников. Как правило, работодатели стараются не принимать на работу таких работников, для того чтобы избежать в дальнейшем предоставления отпусков по беременности и родам, отпусков по уходу за ребенком. Тем не менее на практике встречаются случаи, когда беременным женщинам удается преодолеть данную дискриминацию, злоупотребляя при этом своим правом.

При приеме на работу или при расторжении трудового договора по инициативе работодателя женщина скрывает информацию о том, что она беременна, а затем при расторжении с ней трудового договора восстанавливается на работе в судебном порядке. Конституционному Суду РФ известен случай, когда женщина отсутствовала на работе в течении 5 дней, при выходе на работу отказалась предоставить лист временной нетрудоспособности, в результате чего была уволена за прогул. Однако впоследствии женщина была восстановлена на работе, так как в ТК РФ отсутствует норма о праве работодателя расторгнуть трудовой договор с беременной женщиной за совершение ею дисциплинарного проступка¹.

Скрывая такую информацию или злоупотребляя предоставленными трудовым законодательством возможностями, женщина фактически ограничивает право работодателя самостоятельно принимать определенные

¹ В практике Конституционного Суда РФ рассматривался подобный случай – определение от 4 ноября 2004 г. № 343-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда г. Красноярск о проверке конституционности ч. 1 ст. 261 ТК РФ» // Собрание законодательства РФ. – 2004. – № 51. – Ст. 5263.

кадровые решения: работодатель не может по своей инициативе расторгнуть трудовой договор с беременной женщиной даже в случае установления факта несоответствия работницы поручаемой ей работе или совершения дисциплинарного проступка.

Современное трудовое законодательство ничего не говорит о моменте, когда работодатель узнал о беременности женщины. «Судебная практика показывает, что в случае увольнения по результатам испытания женщины, подтвердившей состояние беременности на момент увольнения, ее восстановление практически неизбежно»¹.

Отношения между работником и работодателем должны строиться, как на взаимном доверии, так и на контроле работодателя за поведением работника. ТК РФ устанавливает правило о том, что работодатель, продливший срочный трудовой договор с беременной женщиной имеет право запрашивать информацию, которая подтверждает состояние беременности, но не чаще один раз в три месяца (ч. 2 ст. 261).

Таким образом, если действия работницы добросовестны, то она находится под защитой трудового законодательства, если нет – то к ней можно применить меры дисциплинарной ответственности. Интересно предложение М. Филипповой, которая предлагает следующее решение данной проблемы: работодатель, желая расторгнуть трудовой договор с женщиной по любому основанию, информируя ее о своем решении, напоминает ей о том, что если она беременна, то обладает дополнительными правами при увольнении. Если в таком случае женщина будучи беременной не сообщает об этом работодателю, она считается отказавшейся от дополнительных гарантий. При этом до момента издания приказа об увольнении она вправе изменить свое решение. «Такой подход позволяет защитить интересы беременной женщины и при этом не создавать дополнительную угрозу для добросовестного работодателя»².

¹ Тодэ Н. О. Правовые гарантии работающим женщинам // Справочник кадровика. – 2005. – № 7. – С. 46.

² Филиппова М. Увольнение беременной женщины: пути совершенствования законодательства // Кадровик. Трудовое право для кадровика. – 2008. – № 10. – С. 18.

Приведем другой пример злоупотребления правом беременной женщиной. В соответствии со ст. 254 ТК РФ беременные женщины должны быть переведены на другую работу, которая будет исключать воздействие неблагоприятных производственных факторов, такой перевод осуществляется на основании медицинского заключения и непосредственно по заявлению самой женщины, разумеется, с сохранением среднего заработка, имеющегося на прежней работе. До момента наступления такого перевода, женщина должна быть освобождена от работы и работодатель обязан сохранить за ней прежний заработок за свой счет.

Злоупотребление правом в данном случае имеет место быть потому, что беременная женщина немотивированно отказавшаяся от перевода на другую работу, получает преимущество при чем необоснованное перед другими беременными женщинами, которые согласились на такой перевод, а так же перед работодателем, который осуществляет сохранение среднего заработка беременной женщине, не выполняющей никаких трудовых функций.

Решение данной проблемы заключается в корректировке норм ТК РФ о необходимости мотивировать отказ беременной женщины от перевода на другую работу, которая исключала бы воздействие вредных факторов. В случае отсутствия мотивированного объяснения, работодатель освобождается от оплаты времени, когда женщина не работала, по правилам ч. 3 ст. 157 ТК РФ.

Существует еще одна возможность злоупотребления правом работником, которая отражена в ч. 5 ст. 65 ТК РФ. В случае отсутствия у лица, который поступает на работу, отсутствует трудовая книжка, работодатель в таком случае обязан по заявлению этого лица оформить новую трудовую книжку. Таким образом, такой случай уменьшает значение дисциплинарного увольнения работника, так как работодатель уже не может проследить, так называемый, «трудовой путь» работника.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 указывает только на одно правовое последствие злоупотребления правом работником –

отказ в удовлетворении иска. Исследуя проблему злоупотребления правом субъектами трудовых отношений, можно прийти к выводу, что для реализации целей ТК РФ необходимо зафиксировать в ст. 2 ТК РФ самостоятельный принцип недопустимости злоупотребления правом субъектами трудовых отношений.

Для более углубленного изучения вопроса о злоупотреблении правом рассмотрим данный аспект в странах Евразийского экономического союза. Для примера возьмем Казахстан. Трудовое законодательство Казахстана во многом имеет схожие моменты с российским трудовым законодательством. Прямого запрета на злоупотребление правом так же как и в российском трудовом праве нет, однако существуют нормы, которые не прямо, а косвенно позволяют прийти нам к выводу о том, что злоупотребление правом в Республике Казахстан, как минимум, не приветствуется.

Подпункт 9 пункта 1 статьи 1 Трудового кодекса Республики Казахстан дает разъяснение, что собой представляют условия о неконкуренции – условия договора о неконкуренции, ограничивающие право работника на осуществление действий, способных нанести ущерб работодателю. Исходя из этого мы приходим к выводу о том, что законодатель для того, чтобы предотвратить, ограничить злоупотребление правом со стороны работника, установил данное определение. Буквальное толкование данной нормы гласит, что условие о неконкуренции не может быть предусмотрено трудовым договором, такое условие должно быть зафиксировано в договоре о неконкуренции, тем не менее такой договор вытекает из трудовых отношений. По нашему мнению, прежде всего, это делается для того чтобы работник не имел возможности лишиться своего работодателя трудовых кадров. Работник, трудится в определенной организации, знает все плюсы и минусы организационной структуры, не желая продолжать дальнейшую работу на прежнем рабочем месте, предпочитает открыть свое дело и имеет возможность переманить работников на свою сторону, то есть в свою организацию, где непосредственно уже он является работодателем. На лицо в данной ситуации

превалирует ситуация со злоупотреблением правом. Именно для этого казахстанское законодательство установило условие неконкуренции.

Договор о неконкуренции предусматривает обязательство работника не осуществлять каких – либо действий, которые способны нанести ущерб работодателю (п. 1 ст. 29 ТК Республики Казахстан). При этом Трудовой кодекс Республики Казахстан не предусматривает срок действия такого договора. Было бы целесообразно, чтобы договор о неконкуренции действовал как в период срока действия трудового договора, так и в определенный период после прекращения трудовых отношений. Тем самым работодатель обезопасит себя от конкуренции и в течении какого – то времени после увольнения работника. Для этого предмет договора о неконкуренции должен подразумевать обязанность работника не осуществлять действий, которые нанесли бы ущерб работодателю не только во время выполнения своей трудовой функции, но и после расторжения трудового договора.

Интересен тот факт, что в случае нарушения работником условия о неконкуренции, он несет материальную ответственность в полном размере ущерба, который был причинен работодателю (пп. 5 п. 8 ст. 123 ТК Республики Казахстан)

Таким образом, мы рассматриваем условие о неконкуренции как способ предотвращения злоупотребления правом в Республике Казахстан, что считаем очень целесообразным. Законодатель принимает меры для предотвращения такого правового явления, что в целом хорошо сказывается на правовой системе. Однако мы должны понимать, что такой договор заключается между сторонами трудового отношения не всегда, а лишь в отдельных случаях и с отдельными работниками. В сравнении с Россией, необходимо сказать о том, что российское трудовое законодательство не содержит ответственности за деяния, являющиеся злоупотреблением правом. Трудовое законодательство Республики Казахстан аналогично не содержит прямого запрета и мер ответственности за злоупотребление правом, однако предусмотрена некая функция (условия неконкуренции) предотвращения данного правового явления,

а так же существует и мера ответственности за нарушение такой функции. В целом обратим внимание, что законодательства обеих стран в определенной мере пытаются предотвратить существование таких деяний, которые являются злоупотреблением правом, но до конца эта система идеальной не является и нуждается в дальнейшей разработке.

2.2 Злоупотребление правом работодателем

«Трудовое законодательство изначально возникло как средство государственно – правовой защиты работников от злоупотребления работодателем своей властью... Защитная функция трудового законодательства признана обоснованной, так как «реально в трудовых отношениях сильной стороной выступает работодатель»¹. С данным высказыванием мы вынуждены согласиться, действительно работодатель является более сильной стороной в трудовых отношениях (при назначении и выплате премии, при наложении на работника дисциплинарного взыскания).

Действительно, работодатель имеет возможность злоупотребить своим правом на любом этапе трудовых отношений.

Как указывал И. Я. Киселев, одним из направлений развития трудового законодательства в западных странах является защита персональных данных работника от злоупотреблений работодателя при осуществлении персонального подбора.

Помимо этого существует дискуссия на тему самостоятельности структурных подразделений юридического лица, то есть возможности выступать в качестве самостоятельного участника трудовых отношений (работодателя).

Данный спор вполне можно понять, но законодатель сам создал такую ситуацию, указав в ст. 20 ТК РФ возможность выступать в качестве работодателя физическое лицо, юридическое лицо, а так же иные субъекты,

¹ Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). – М.: Интел-Синтез, 2003. – С. 110.

наделенные правом заключать трудовые договоры (филиал, представительство, иное обособленное структурное подразделение).

С другой стороны, ученые отмечают, что «структурное подразделение» как работодатель существовать не может, согласно ГК РФ два вида лиц имеют право заниматься «деятельностью»: физические и юридические лица. Филиалы и представительства выступают от имени юридического лица, так как не являются самостоятельными единицами, они не выступают в правовых отношениях обособленно от самого юридического лица, потому что являются его частью. Следовательно, работодателем может выступать только физическое или юридическое лицо. При ликвидации структурного подразделения, юридическое лицо – работодатель, продолжает существовать. В таком прекращение трудовых отношений должно осуществляться по правилам п. 7 ч. 1 ст. 77 ТК РФ (работодатель должен предложить иную имеющуюся в организации работу, соответствующую его квалификации и состоянию здоровья...).

Следует так же иметь в виду что существуют такие работодатели как Ростелеком, Сбербанк России и иные корпорации, которые имеют свои структурные подразделения на всей территории России. Не каждый работник согласится на перевод в другой город, при прекращении деятельности структурного подразделения, где он осуществлял свои трудовые функции. При этом возникает множество вопросов: за чей счет будет осуществляться переезд работника и членов его семьи, будет ли предоставлено место работы для супруга и др.

Работодатель имеет абсолютную свободу выбора при решении вопроса, по какой статье уволить работника (п. 2 ст. 81 или п. 7 ст. 77 ТК РФ), и в зависимости от такого решения работник будет поставлен в более выгодное или менее выгодное для себя положение. Таким образом, сам законодатель предоставляет работнику возможность осуществлять свое право безразлично относясь к правовым последствиям подобного поведения.

Данная проблема в какой то степени была разрешена с принятием Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ, которым ст. 81 ТК РФ уточняется: работодатель обязан предлагать работнику все отвечающие требованиям вакансии, имеющиеся в данной местности.

Другим аспектом, требующим внимания при изучении такого явления как злоупотребление правом является заемный труд. Известны принципы МОТ о том, что труд не является товаром¹, а также о том, что «недопустимо частное посредничество при трудоустройстве, квалифицируемое как паразитарная деятельность, направленная на эксплуатацию работника и уход от трудового и социального законодательства»². Не смотря на это, многие страны отказались от радикального запрета частного посредничества при найме (Швеция, Италия, Германия, Норвегия, Испания). Помимо этого и у самой МОТ меняется отношение к данному вопросу, так как в 1997 г. приняла Конвенцию № 181 о частных агентствах занятости, которая направлена на сбалансирование частных и публичных элементов, при одновременном соблюдении интересов и работников, и работодателей, и высших государственных интересов³.

Проблема заемного труда в Российской Федерации существует, не смотря на то, что трудовое законодательство не регламентирует данные отношения. Как указывает А. Ф. Нуртдинова, «такие гибкие формы занятости в наибольшей степени предпочтительны работодателями, так как они не связаны трудовыми отношениями с работниками и не несут перед ними никаких обязательств. При этом на работников не распространяются социальные гарантии и он не может участвовать в коллективных переговорах. Все это приводит к ситуациям когда работодатель может злоупотребить правом»⁴.

¹ Декларация Международной организации труда от 10 мая 1944 г. «О целях и задачах Международной организации труда». Принята в г. Филадельфии 10.05.1944 на 26-ой сессии Генеральной конференции МОТ // www.consultant.ru

² Рымкевич О. Р. Заемный труд – последнее табу современного трудового права // Российский ежедневник трудового права. – 2005. – № 1 / под ред. Е. Б. Хохлова. – СПб.: СПбГУ, 2006. – С. 477.

³ Рымкевич О. Р. Указ. соч. – С. 482.

⁴ Нуртбинова А. Ф. Заемный труд: особенности организации и возможности правового регулирования // Хозяйство и право. – 2004. – № 9. – С. 23.

Приходим к выводу о том, что работник, выступающий в трудовых отношениях в качестве заемного находится в более неблагоприятном положении по сравнению с работником, выполняющим трудовые функции по договору найма, то есть непосредственно по трудовому договору. Оно и понятно, в данных случаях прослеживаются разные правовые ситуации. Работодатель фактически не нарушая норм трудового законодательства, может манипулировать заемным работником, при этом не привлекаясь к ответственности, тем самым злоупотребляет своим правом. Работодатель оказывает на работника особое правовое влияние путем привлечения работника к дисциплинарной ответственности, и этим самым заставляет, принуждает его действовать по своим правилам.

Один из исследователей, занимающийся проблемами юридической ответственности, в том числе и проблемами ответственности в трудовом праве, Д. А. Липинский в своей монографии указывает, что «работодатель оказывает психологическое воздействие на субъекта (работника) угрозой применения дисциплинарной санкции»¹.

Рассмотрим еще одну возможность злоупотребления правом работодателем, данная возможность заключается в установлении сроков привлечения работников к ответственности. «Работодатель использует предоставленное ему право самостоятельно определять дату увольнения работника, применяет его по-разному на практике, использует зачастую в своих собственных целях: например, когда работодатель длительное время не использует предоставленное ему право уволить работника или увольняет работника в последние дни установленного законом срока (на 29-й или 30-й день после обнаружения дисциплинарного проступка), в таком случае может возникнуть сомнение в наличии у него реального волеизъявления на увольнение работника»².

¹ Липинский Д. А. Проблемы юридической ответственности / под ред. Р. Л. Хачатурова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 316 – 317.

² Чиканова Л. А. Правовые последствия отмены судом надзорной инстанции решения районного суда о восстановлении работника на работе // www.consultant.ru

М. В. Лушникова и А. М. Лушников рассматривают следующую схему: работодатель обладает легкой возможностью злоупотреблять правом при осуществлении процедур по сокращению численности штата работников, так как именно в такой ситуации при возникновении трудового спора, суд не вправе давать оценку целесообразности осуществления таких организационных мероприятий, он может лишь проверять законность тех процедур, которые проводились работодателем. Не смотря на это, суд изучит и проверит доводы истца в отношении мнимого сокращения штатов, которое преследовало цель увольнения «неудобного работника». В связи с этим речь необходимо вести о путях решения вопроса о злоупотреблении работодателем своими правами, т. е. их осуществлением исключительно во вред другому лицу и в противоречии с их социальным назначением (это те цели, ради достижения которых субъективные права предоставляются участникам трудовых отношений)¹.

«Трудовое законодательство закрепляет значительное количество процедур, регламентирующих порядок расторжения трудового договора по волеизъявлению работодателя»², – пишут авторы учебного пособия В. Н. Скобелкин, С. В. Передерин, С. Ю. Чуча, Н. Н. Семенюта. Однако, как показывает практика, некоторые основания расторжения трудового договора недостаточно полно урегулированы, это позволяет работодателям злоупотребить правом.

«Процедура более общего характера имеет иерархическую структуру, состоящую из последовательно меняющихся друг друга элементарных процедур, которые дополняют и детализируют друг друга... служат реализации трудовых и смежных с ними трудовых правоотношений»³. Для того чтобы произвести увольнение в связи с сокращением численности или штатов работников организации необходимо соблюсти процедуру, которая содержит множество более мелких процедур: предупреждение органов службы занятости, работника,

¹ Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс трудового права: в 2 т. Т. 2. Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право: учеб. – М.: Статут, 2004. – С. 45.

² Скобелкин В. Н., Передерин С. В., Чуча С. Ю., Семенюта Н. Н. Указ. соч. – С. 244.

³ Там же. – С. 139.

выборного профсоюзного органа, учет или получение согласия профсоюзного органа, предложение иной работы, выплата выходного пособия, заработной платы и т. д. Как мы понимаем все это абсолютно невыгодно для работодателя, так как несоблюдение хотя бы одного из этих последовательно сменяющих друг друга процедур может повлечь признание увольнения незаконным.

Трудовое законодательство содержит запрет на расторжение трудового договора с беременными женщинами по инициативе работодателя, тем не менее существуют исключения – ликвидация организации или прекращение деятельности индивидуального предпринимателя (ст. 261 ТК РФ). Однако работодатели не заинтересованы в указанной категории работников и поэтому придумывают очень интересные схемы избавления от работника. Приведем пример: работница – заместитель директора филиала организации находилась в отпуске по уходу за ребенком до достижения им возраста полутора лет. За это время в филиале поменялся директор, который изменил штатное расписание организации: из штатного расписания вывел должность замдиректора на одну ставку и ввел должность замдиректора на 0,25 ставки. Сделал это руководитель юридически грамотно. В связи с этим заработная плата работника уменьшилась в четыре раза. Руководитель за два месяца до введения нового штатного расписания направил письменное уведомление об этом работнику, в соответствии со ст. 74 ТК РФ. Естественно, работнице (в нашем случае – это одинокая мать) невозможно достойно существовать на подобную заработную плату и осуществлять уход за ребенком. Таким образом вывод напрашивается сам по себе, работодатель создает неблагоприятные условия работы для работника, тем самым вынуждая расторгнуть трудовой договор по собственному желанию. Закон обладает определенными ограничениями, которые не предоставляют работодателю изменять условия труда, определенные сторонами. Однако, из любого правила следует исключение, и в данном случае это изменение организационных и технологических условий. Работник должен продолжать свою трудовую деятельность по прежней трудовой функции. Касательно штатного расписания, то для его изменения,

атак же введения его в действие никаких дополнительных пояснений не требуется.. «Работодатель может, но не должен указывать причины, по которым происходит утверждение (изменение) нового штатного расписания»¹.

Таким образом, мы вывели следующие варианты злоупотребления правом работодателем при привлечении работника к дисциплинарной ответственности:

1. Применение максимального срока привлечения к ответственности. В данном случае понимается, что при расторжении трудового договора в последний день истечения срока этот срок должен быть обоснован.
2. Подмена реального основания расторжения трудового договора на основание более выгодное для работодателя. Уменьшение численности штата при невозможности увольнения работника за дисциплинарный проступок или изменение штатного расписания при невозможности уволить беременную женщину.
3. Вариативность поведения работодателя при привлечении работника к ответственности, то есть возможность выбора того или иного вида дисциплинарной ответственности.

При анализе судебной практики можно столкнуться с еще одной проблемой. Как указано в п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 правовым последствием за деяния, являющиеся злоупотреблением правом является отказ в удовлетворении иска. Однако, на практике суды приходят к различным решениям при рассмотрении конкретных споров. Правовые последствия при злоупотреблении правом работником в отношении этого работника могут сводиться к: отказу в восстановлении на работе; отказу в удовлетворении исковых требований с изменением даты и формулировки увольнения; восстановлению на работе; удовлетворению исковых требований в части.

¹ Митрофанова В. В. Штатное расписание // Справочник кадровика. – 2004. – № 12. – С. 62, 65.

При этом относительно работодателя ситуация будет явно противоположной: следствием злоупотребления правом в отношении работодателя может стать удовлетворение исковых требований последнего.

Злоупотребление правом – это самостоятельное правовое явление, которое не является ни правонарушением, ни правомерным поведением. Для того чтобы устранить недостатки действующего законодательства необходимо установить в ТК РФ правовые последствия за совершения деяний, являющихся злоупотреблением правом как со стороны работника так и со стороны работодателя.

В результате рассмотренного нами материала, мы убедились в том, что работодатель имея свое субъективное право, может им злоупотреблять точно так же, как и работник, не смотря на то, что является более сильной стороной в трудовых отношениях. Казалось бы, работодатель уже находится в более выгодном положении, тем не менее случаи злоупотребления на лицо.

Таким образом мы приходим к выводу о том, что необходимо закрепить отраслевой принцип недопустимости злоупотребления правом субъектами трудового права. В свое время Е. Б. Хохлов указывал на то, что необходимо закрепить на законодательном уровне понятие «нечестная практика сторон»¹. Данный термин имеет место в законодательстве многих стран. Например, в своде законов США (титул 42, глава 21, § 200-2, § 200-3) говорится о незаконной трудовой практике.

А также необходимо установить дифференцированный подход к правовым последствиям за злоупотребление правом в зависимости от того, кем является злоупотребляющий субъект (работником или работодателем).

¹ Хохлов Е. Б. Правовое регулирование труда в современных условиях: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук – СПб, 1992. – С. 7 – 8.

2.3 Правовые последствия злоупотребления правом субъектами трудовых отношений

Феномен злоупотребления правом заключается в том, что это явление является реально существующим и оно, на удивление, не нашло отражения в трудовом законодательстве. Особенность правовых последствий за деяния, являющиеся злоупотреблением правом заключается в том, что законодатель не установил за это никаких санкций. Единственный п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 ввел специфическое правило: отказ в защите нарушенного права. По просьбе работника суд может изменить дату увольнения, но тем не менее работодатель не должен выплачивать работнику не полученный им заработок.

Пленум Верховного Суда РФ в данном случае вышел за пределы своей компетенции, установив самостоятельный вид правового явления (злоупотребление правом), а так же ввел правовое последствие за совершение деяний такого рода. Характер данного последствия – отказ в удовлетворении иска.

Законодательством не установлена ответственность за деяния, являющиеся злоупотреблением правом, так как это противоречит теории права, ведь ответственность наступает лишь за правонарушение. Отказ в защите права – это не юридическая ответственность, а мера защиты. Как указывают С. С. Алексеев, В. С. Нерсесянц «меры защиты – это разновидность мер государственного принуждения; помимо юридической ответственности существуют и другие способы правового государственного воздействия, к числу которых относятся меры защиты»¹. «К мерам защиты относятся: взыскание долга; признание сделки недействительной и восстановление

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Т. 1. – Свердловск, 1972. – С 378; Липинский Д. А. Указ. соч. – С. 63 – 65.

первоначального имущественного положения сторон; отмена незаконного нормативно – правового или правоприменительного акта»¹.

Отказ в защите права не является санкцией, это правовое последствие, которое не влечет для злоупотребившего лица негативных последствий. Меры защиты направлены на обеспечение неприкосновенности права, а юридическая ответственность еще и на предупреждение правонарушений. Отличие мер защиты от мер юридической ответственности заключается в основании возникновения: при юридической ответственности – это правонарушение в совокупности всех его элементов, а для применения мер защиты достаточно хотя бы одного из элементов правонарушения. Помимо этого можно еще выделить основание для сравнения – выполняемые функции: мерам защиты не свойственна карательная функция, они направлены на восстановление прежнего положения субъекта трудового правоотношения, основная же функция юридической ответственности – наказание либо возмещение ущерба, направленное против правонарушителя. Помимо этого, по мнению Ю. Н. Полетаева отличие заключается «в отсутствии отрицательных последствий, дополнительных обременений для сторон трудового договора, а также в отсутствии каких бы то ни было изменений существовавших обязанностей и ответственности»².

Таким образом, отказ в удовлетворении иска не является юридической ответственностью. В удовлетворении иска можно отказать в связи с пропусками сроков исковой давности, с недоказанностью участия ответчика в совершении правонарушения и т.д.

Проблема установления правовых последствий злоупотребления правом заключается в том, что одним из признаков данного феномена является вред, как имущественный так и неимущественный, либо создание реальной угрозы его применения. Однако в действиях злоупотребляющего лица отсутствует

¹ Проблемы общей теории государства и права: учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 490 – 491.

² Полетаев Ю. Н. Меры защиты имущественных прав сторон трудового договора // Справочник кадровика. – 2005. – № 6. – С. 16 – 24.

противоправность, поэтому указанное лицо нельзя привлечь к ответственности. Тем не менее, для того чтобы уравнивать баланс прав и интересов субъектов трудовых отношений, отказа в удовлетворении исковых требований будет недостаточно.

Приведем пример, это может произойти в ситуациях, когда работодатель терпит убытки, связанные с сохранением среднего заработка за работником при отказе его от перевода в случае административного приостановления деятельности (ст. 3.12 Кодекса РФ об административных правонарушениях). На время приостановления работ не по вине работника за ним сохраняются место работы и средний заработок. Согласно ч. 3 ст. 220 ТК РФ работник может быть переведен на другую работу с оплатой труда по выполняемой работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе. Таким образом данная норма дает возможность злоупотребления правом работником своим правом отказаться от перевода, так как в любом случае ему сохраняется заработная плата.

Для того чтобы преодолеть подобные ситуации в ТК РФ целесообразно указать, что работник при отказе от перевода на другую работу должен быть обоснованным. В случае если отказ был не обоснован, то средний заработок за работником не сохраняется.

Еще одна проблема обращает на себя внимание. Придерживаясь той позиции, что злоупотребление правом – это самостоятельное правовое явление, думается, что оно не должно повлечь за собой те правовые явления, которые характерны для правонарушения. Тем не менее ТК РФ, материалы судебной практики в частности Конституционного Суда РФ содержат правило, согласно которому работодатель может быть привлечен к материальной ответственности за незаконное лишение работника возможности трудиться по правилам ст. 81.1, 234 ТК РФ (абз. 3 п. 4.3 постановления Конституционного Суда РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П). При этом данное последствие может наступить и за правонарушение, и за злоупотребление правом.

Для того чтобы избежать противоречий подобного рода необходимо закрепить в ТК РФ отраслевой принцип недопустимости злоупотребления

правом субъектами трудовых отношений, а так же установить правовые последствия для лиц злоупотребляющих.

Сегодня мы сталкиваемся с той проблемой, что последствия злоупотребления правом устанавливаются не законом, а постановлением Пленума Верховного Суда РФ. Пленум Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 указывает, что суды при злоупотреблении правом работником не обязаны восстанавливать его на работе, и работодатель не обязан возмещать работнику средний заработок за незаконное лишение его возможности трудиться.

Неблагоприятными последствиями злоупотребления правом может быть и личный неимущественный вред, который заключается в физических и нравственных страданиях субъектов трудовых отношений. На законодательном уровне закреплено право работника на компенсацию морального вреда, причиненного ему неправомерными действиями работодателя. (ст. 237 ТК РФ). Не смотря на это работник может претерпевать физические и нравственные страдания в связи и с правомерными действиями работодателя, который стремится избежать различных расходов, предоставления льгот, гарантий и компенсаций.

Что касается стран Евразийского экономического союза, то рассмотрим Республику Казахстан и Кыргызскую Республику. В чем же заключается наш интерес. В том, что Трудовой кодекс Республики Казахстан не содержит нормы, которая бы регулировала возмещение именно морального вреда, причиненного субъекту трудовых отношений. То есть нормативный правовой акт не регулирует никаким образом случаи наступления личного неимущественного вреда, в кодексе предусмотрена лишь ответственность (материальная) за причиненный имущественный вред. Противоположным Трудовому кодексу Республики Казахстан является Трудовой кодекс Кыргызской Республики и в то же время он имеет идентичные российскому трудовому законодательству нормы, касающиеся возмещения морального вреда. Как нами было уже указано, ст. 237 ТК РФ предусматривает возмещение морального вреда. Трудовой кодекс Кыргызской Республики аналогично

содержит подобную норму (ст. 248). Таким образом, трудовое законодательство Республики Казахстан в данном аспекте не имеет схожих черт с российским трудовым законодательством, чего нельзя сказать про трудовое законодательство Кыргызской Республики, которое предусматривает возмещение морального вреда за физические и нравственные страдания. Именно поэтому мы можем рассматривать вопросы, касающиеся последствий злоупотребления правом с позиции российского законодательства и законодательства Кыргызской Республики. Ведь, как нами было уже указано, последствиями злоупотребления правом может быть и личный неимущественный вред. В рассматриваемых нами странах, личный неимущественный вред возмещается в результате неправомерных действий, тем не менее физические и нравственные страдания субъект трудового отношения может претерпевать и в результате правомерных действий.

Например, работодатель имеет желание уволить работника и для этого принимает на работу другого работника, который будет выполнять идентичную трудовую функцию. Затем по истечении определенного времени работодатель расторгает трудовой договор с ненужным ему работником по п. 2 ст. 81 ТК РФ (сокращение численности работников).

В приведенном примере действия работодателя не нарушают норм трудового законодательства, но могут причинить физические и нравственные страдания работнику: потеря среднего заработка, невозможность найти подходящую работу, лишение каких – либо благ, потеря трудовых навыков и т.д.

Основанием возмещение морального вреда согласно ст. 237 ТК РФ является неправомерное действие или бездействие работодателя, а при злоупотреблении правом нормы права не нарушаются. Следовательно лицо лишается права на удовлетворение данных требований. Целесообразно установить норму в ТК РФ, предоставляющую лицу, право которого нарушено, возможность требовать компенсации моральных и физических страданий. При этом необходимо, чтобы была доказана причинная связь между действием, то

есть злоупотреблением правом и неблагоприятными последствиями, которые наступили.

Другой проблемой, с которой мы можем столкнуться, является распространение правдивых порочащих сведений в отношении другой стороны трудовых отношений с целью причинения вреда. В данном случае речь идет о достоверной диффамации. Настоящее законодательство не знает ответственности за данное явление, предусмотрена лишь уголовная ответственность за недостоверную диффамацию, являющуюся клеветой. Гражданско – правовой способ защиты чести, достоинства и деловой репутации от клеветы предусмотрен в ст. 152 ГК РФ. Рассмотрим какие последствия может повлечь достоверная диффамация.

Приведем пример достоверной диффамации. Работник прекратил трудовые отношения по собственной инициативе, по причине того, что работодатель не повысил ему заработную плату. На момент расторжения трудового договора за работником оставалась компенсация за неиспользованный отпуск, которую работодатель выплачивать отказался. Решив отомстить своему бывшему работодателю, работник на сайтах Интернет начал распространять информацию, с какой – то стороны достоверную, но не желательную для работодателя. В результате чего, на сайте начали появляться отрицательные отзывы бывших работников. По итогу компания попала на первые позиции самых худших организаций.

Помимо этого, работник написал заявление в полицию о том, что организация использует контрафактное программное обеспечение. Как решится дело работнику было без разницы, главное, что конторе был нанесен ущерб. В результате руководство пошло на переговоры и сумма задолженности перед работником была погашена. Компания понесла прямые материальные потери, подорвала свою репутацию, испытывала негативные организационные последствия.

Полагаем, что данные действия работника можно расценивать как злоупотребление правом, так как совершая данные действия у работника была

цель причинить вред работодателю, тем самым были нарушены принципы и цели, установленные нормативными правовыми актами. Работодатель в данном случае грубо нарушил нормы трудового законодательства и в таком случае работнику следовало обратиться в суд за защитой своих прав, вместо того, чтобы самостоятельно применять меры, на его взгляд карательные, к работодателю.

Бесспорно необходимо дифференцированно подходить к правовым последствиям за совершение деяний, являющихся злоупотреблением правом, в зависимости от субъекта, совершившего деяние. Если субъектом злоупотребляющим является работник, то судам необходимо руководствоваться положениями постановления № 2, то есть отказать работнику в защите прав и обязать его возместить причиненный им работодателю вред. Если правом злоупотребил работодатель, то правовые последствия должны быть иными. В случае злоупотребления правом работодателем работник имеет право требовать восстановления нарушенных прав, то есть работодатель будет нести ответственность как за правонарушение и как за злоупотребление правом. Однако, злоупотребление правом представляет собой самостоятельное правовое явление, а это значит что правовые последствия должны быть отличными.

Как нами понимается, обращение работника в суд за защитой своих прав заключается в получении компенсации или оплаты времени вынужденного прогула. Согласно действующему законодательству (ст. 394 ТК РФ) и постановлению № 2 (№ 60) работник, уволенный без законного основания или с нарушением установленного порядка увольнения, подлежит восстановлению на прежней работе. Однако, совершенно очевидно то, что работник не сможет по прежнему работать в данной организации, работнику будет тяжело работать, а так же работодатель может создать такие условия, при которых работник будет вынужден прекратить трудовые отношения по собственному желанию. В качестве таких обстоятельств могут выступать любые некомфортные ситуации для работника.

Для того чтобы избежать таких ситуаций следовало бы использовать международный опыт – Конвенцию МОТ № 158 о прекращении трудовых отношений по инициативе работодателя (1982 г.), а именно, правило предусмотренное ст. 10: если суд, трибунал по трудовым вопросам, арбитражный комитет или арбитр устанавливают необоснованность увольнения, и если они в соответствии с национальным законодательством и практикой не имеют полномочий или не считают практически возможным отменить решение об увольнении и/или отдать распоряжение или предложить восстановить трудящегося на прежней работе, они наделяются полномочиями отдавать распоряжение о выплате соответствующей компенсации или такого другого пособия, которое может считаться целесообразным. В большинстве зарубежных стран выплата возмещения является единственным последствием незаконного увольнения. Что касается Республики Казахстан, то основания незаконного увольнения совпадают с основаниями в Российской Федерации. Это могут быть случаи увольнения беременной женщины, увольнение работников, которые имеют преимущественное право сохранения работы при сокращении штата работников и тд.

Как представляется, при установлении факта злоупотребления правом со стороны работодателя необходимо установить аналогичный порядок в случае невозможности восстановления на работе выплачивать уволенному работнику денежную компенсацию за ее потерю.

«Зарубежное законодательство в подобных случаях, то есть при досрочном расторжении срочного трудового договора без уважительных причин, без вины работника обязывает работодателя выплатить работнику заработную плату до конца срока трудового договора»¹.

Коснемся категории шиканы, и не важно, что это лишь одна из форм злоупотребления правом, в трудовом праве, а точнее в целом в

¹ Киселев И. Я. Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда: учеб. / под ред. М. В. Лушниковой. – М.: Изд-во Эксмо, 2008. – С. 347.

законодательстве Республики Казахстан, так как эта страна входит в круг участников Евразийского экономического союза. Принцип недопустимости злоупотребления правом имеет огромное значение для установления определенных пределов, ограничивающих право. В трудовом праве Республики Казахстан до сих пор не закреплён. Однако в п. 5 ст. 8 Гражданского кодекса Республики Казахстан закреплён принцип запрета, даже не недопустимости, а именно запрета злоупотребления правом. При этом, хочется отметить, что формулировка такого принципа в Гражданском кодексе Республики Казахстан наиболее благоприятно звучит в сравнении с формулировкой в ГК РФ. Конечно, хотелось бы наблюдать закрепление такого принципа в Трудовом кодексе любой из рассматриваемых нами стран, но на данном этапе довольствуемся тем, что есть.

Позволим себе вырвать из контекста статьи определенные формулы: не допускается злоупотребление правом в любых формах, а так же содержится запрет на злоупотребление правом в соответствии с его назначением. Вот что нас именно интересует, так это то, что изначально законодатель понимает невозможность закрепления закрытого перечня всех форм злоупотребления правом. И этот факт характерен для любой отрасли права, как для гражданской, так и для трудовой. Помимо этого, на законодательном уровне Республики Казахстан установлено то положение. На которое мы ссылаемся, что злоупотребление правом – это не правонарушение, а самостоятельное правовое явление. Это всего на всего нарушение границ осуществления своего субъективного права, то как раз о чем нам и говорит Гражданский кодекс Республики Казахстан – использование своего права не по назначению.

Было бы неплохо наблюдать данный принцип в трудовом, а не гражданском законодательстве Республики Казахстан, но тем не менее плюсы мы для себя выявили и из гражданского законодательства.

Идем дальше. Поговорим о последствиях злоупотребления правом в Республике Казахстан. Как мы знаем в ТК РФ ничего не говорится о злоупотреблении правом и в этом случае на помощь нам приходит лишь

постановление Пленума Верховного Суда РФ № 2, о котором упоминалось ранее, где как раз и закреплён принцип недопустимости правом, а так же такое последствие как отказ в защите права, на как мы разбирали ранее санкцией или мерой наказания это не является. Что касается Республики Казахстан, то такое последствие содержится на законодательном уровне. Что не помешало бы проецировать на ТК РФ. Однако не стоит упускать из внимания тот факт. Что в Республике Казахстан данное последствие закреплено в гражданском законодательстве.

Если мы закрепляем принцип недопустимости злоупотребления правом, то мы совершенно четко понимаем тот факт, что любое общество, даже самое развитое не может обеспечить индивиду полную свободу действий. Именно поэтому существует этот принцип, пусть в какой то степени даже формально. Вот почему юристы используют поговорку: «свобода твоего кулака заканчивается у кончика моего носа».

В настоящее время все попытки ученых в области права по поводу злоупотребления до сих пор успехом не увенчались. Более того, существуют позиции, говорящие о том, что закрепление принципа недопустимости злоупотребления правом на уровне закона приведет еще к большему количеству случаев злоупотребления правом. Данная позиция имеет место быть, как и любая другая.

Для того, чтобы предотвратить неблагоприятные последствия, наступающие в результате совершения деяний, являющихся злоупотреблением правом, на наш взгляд, необходимо закрепить следующие положения. Ввести в ст. 2 ТК РФ отраслевой принцип о недопустимости злоупотребления правом субъектами трудовых отношений. Установить правовые последствия злоупотребления правом в зависимости от субъекта злоупотребляющего правом.

Следует отметить, что законодатель идет по пути совершенствования трудового законодательства. Тем не менее до сих пор не решена основная

проблема – установление превенции злоупотребления правом и правовых последствий этого деяния.

Помимо этого, как нами было уже указано, в качестве возможных неблагоприятных последствий злоупотребления правом может выступать личный неимущественный вред, который как мы знаем, проявляется в физических и нравственных страданиях субъектов трудовых отношений. С принятием ТК РФ (ст. 237) на законодательном уровне работник получил право на компенсацию морального вреда, который был причинен неправомерными действиями или вовсе бездействиями работодателя. В данном случае проблемный аспект заключается в том, что работник может претерпевать физические и нравственные страдания и при осуществлении работодателем правомерных действий. Здесь мы не имеем в виду конкретно правомерные действия в чистом виде, нет. Подразумевается именно злоупотребление правом, то есть нарушение границ субъективного права. Как нам известно, только правонарушение может служить основанием для компенсации морального вреда. Злоупотребление правом таковым не является, а из этого следует, что лицо теряет право на удовлетворение своих требований о компенсации морального вреда.

Таким образом в ТК РФ необходимо ввести норму, которая бы позволяла работнику, чье право нарушено требовать компенсации физических и нравственных страданий, причиненных ему в результате совершения деяния – злоупотребление правом. В таком случае работник обязан доказать сам факт страданий, а так же причинную связь между деянием, то есть злоупотреблением правом и наступившими последствиями, которые являются неблагоприятными.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Понятие злоупотребление правом достаточно часто используется в научной литературе, а так же часто встречается в судебной практике. При рассмотрении этого феномена в основном на примере Российской Федерации и Республики Казахстан, напомним, что это страны, входящие в круг Евразийского экономического союза, мы пришли к выводу, что существенных различий в этой теме нет. Более того, труды различных исследователей основаны на работах одних и тех же звучащих авторов.

В результате исследования мы приходим к выводу о том, что злоупотребление правом является самостоятельным правовым явлением. При этом злоупотребление правом не должно влечь за собой правовых последствий идентичных правовым последствиям правонарушения.

На современном этапе развития трудового законодательства отсутствует легальное определение понятия злоупотребление правом. Именно этот факт создает трудности в понимании такого понятия, квалификации действий, представляющих собой злоупотребление правом, а так же появляются проблемы в установлении соразмерности правовых последствий за такое деяние.

Как нами выявлено, прямое указание на недопустимость злоупотребления правом в трудовом законодательстве отсутствует. Это представляет собой реальную угрозу нормального развития трудовых отношений.

Правовая регламентация злоупотребления правом отсутствует, что влечет за собой ненаказуемость субъекта, злоупотребляющего правом, ведь наказуемость – это следствие противоправных действий, то есть нарушение предписаний правовых норм.

Следует установить дифференцированный подход к правовым последствиям за злоупотребление правом в зависимости от того кем является субъект злоупотребляющий – работником или работодателем. Для работников установить такое правовое последствие как отказ в защите прав. Если правом

злоупотребил работодатель, помимо установленного последствия – восстановления работника на работе, альтернативно использовать такое последствие как выплата работнику денежной компенсации за потерю работы.

В ходе нашего исследования, мы пришли к выводу о том, что последствием злоупотребления правом может быть не только личный вред, но и личный неимущественный вред, который выражается, как правило, в физических и нравственных страданиях. Работник может претерпевать физические и нравственные страдания не только вследствие неправомерных действий, но и в результате правомерных действий работодателя. Проблема проявляется в том, что основанием для компенсации морального вреда является правонарушение, то есть противоправное деяние, а как мы выяснили, злоупотребление правом противоправным деянием не является.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» содержит правило о недопустимости злоупотребления правом. Однако это не разрешает всех проблем и свидетельствует о том, что необходимо продолжать изучать такой феномен как злоупотребление правом.

Опасность злоупотребления правом проявляется в том, что субъект, злоупотребляющий правом, действует абсолютно в пределах своего права и внешне не нарушает границы права, однако причиняет вред или создает угрозу его применения для других субъектов трудового права. Из этого следует обратить внимание на необходимость закрепления на законодательном уровне отраслевого принципа недопустимости злоупотребления правом. А так же решить проблему относительно соразмерности правовых последствий таких деяний.

Все это послужит фундаментом для позитивных изменений в сфере трудового законодательства.

В результате проделанной нами работы, мы безоговорочно убедились в несовершенстве трудового законодательства и полностью убеждены в

необходимости его реформирования, путем внесения изменений в Трудовой кодекс РФ.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1 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. Конвенция № 158 Международной организации труда «прекращении трудовых отношений по инициативе работодателя» (Заключена в г. Женеве 02.06.1982) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2013. – № 34. – Ст. 3274.
3. Всеобщая декларация прав человека (Принята 10.12.1948 Генеральной Ассамблеей ООН) // Права и свободы личности. Библиотечка «Российской газеты» совместно с библиотечкой журнала «Социальная защита». Вып. 11. – М., 1995. – С. 10 – 17.
4. Устав Международной организации труда (Принят в 1919 г.) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XVI. – М., 1957. – С. 351 – 370.
5. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 1 (ч. 1). – Ст. 424.
6. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2016. – № 7. – Ст. 609.
7. Федеральный закон от 20.07.2012 № 125-ФЗ «О донорстве крови и ее компонентов» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2012. – № 30. – Ст. 4176.
8. Федеральный закон от 29.12.2006 № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 42. – Ст. 4263.

9. Федеральный закон от 30.06.2006 № 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 Российской Федерации. – 2006. – № 38. – Ст. 3961.
10. Федеральный закон от 30 марта 1995 г. № 38-ФЗ «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 31. – Ст. 3823.
11. Закон РФ от 19.04.1991 № 1032-1 (ред. от 07.03.2018) «О занятости населения в Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 17. – Ст. 1915.
12. Трудовой кодекс Республики Казахстан от 23 ноября 2015 года № 414-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 16.04.2018 г.) // online.zakon.kz
13. Трудовой кодекс Кыргызской Республики от 4 августа 2004 года № 106 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.07.2017 г.) // cbd.minjust.gov.kg

2 Постановления высших судебных инстанций и материалы
юридической практики

14. Определение Конституционного Суда РФ от 4 декабря 2004 г. № 421-О «По запросу Первомайского районного суда города Пензы о проверке конституционности части 1 ст. 374 Трудового кодекса Российской Федерации» // Российская газета. – 2004. – № 12. 27 янв.
15. Определение Конституционного Суда РФ от 4 ноября 2004 г. № 343-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда г. Красноярска о проверке конституционности ч. 1 ст. 261 ТК РФ» //

- Собрание законодательства Российской Федерации. – 2004. – № 51.
– Ст. 5263.
16. Определение Конституционного Суда РФ от 6 февраля 2003 г. № 105-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Аванова Александра Яковлевича на нарушение его конституционных прав положением пункта 2 статьи 3 Закона Российской Федерации "О занятости населения в Российской Федерации"» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2003. – № 4.
17. Определение Конституционного Суда РФ от 5 октября 2000 г. № 199-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Кушнарёва Андрея Михайловича на нарушение его конституционных прав положениями части первой статьи 40. 1 Кодекса законов о труде Российской Федерации и пункта 1 статьи 12 Закона Российской Федерации "О занятости населения в Российской Федерации"» // Экспресс – Закон. – 2001. – № 6. Февраль.
18. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // Российская газета. – 2004. – № 72. 8 апр.
19. Определение судебной коллегии по гражданским делам Челябинского областного суда от 27 июля 2000 г. по делу № 33-2941: при уклонении работника от получения трудовой книжки в случае расторжения трудового договора и отсутствия его согласия на получение трудовой книжки по почте основания для взыскания заработной платы за время задержки трудовой книжки предприятием отсутствуют // СПС «Гарант».
20. Дело № 2-506/03 Тимошенко В. В. К ООО «Черкизово – Урал» о восстановлении на работу // Архив Федерального суда Ленинского района г. Челябинска.

3 Литература

21. Агарков, М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве / М. М. Агарков // Известия АН СССР. Отделение экономики и права. – 1964. – № 6. – С. 424 – 436.
22. Бару, М. И. Охрана трудовой чести по советскому законодательству / М. И. Бару. – М.: Юридическая литература, 1966. – 765 с.
23. Бару, М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса / М. И. Бару // Советское государство и право. – 1958. – № 12. – С. 117 – 120.
24. Бару, М. И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве / М. И. Бару // Советское государство и право. – 1970. – № 7. – С. 104 – 107.
25. Братусь, С. Н. О пределах осуществления гражданских прав / С. Н. Братусь // Известия высших учебных заведений. Серия «Правоведение». – 1976. – № 3. – С. 79 – 86.
26. Грибанов, В. П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип / В. П. Грибанов. – М.: Статут, 2001. – 438 с.
27. Дмитриева, И. К. Принципы российского трудового права: монография / И. К. Дмитриева. – М.: РПА МЮ РФ, ООО «Цифровичок», 2004. – 132 с.
28. Ершова, Е. А. Правовые гарантии, предоставляемые работникам при расторжении трудового договора по инициативе работодателя / Е. А. Ершова // Трудовое право. – 2005. – № 10. – С. 4 – 12.
29. Ершова, Е. А. Расторжение трудового договора по подп. 10 – 14 ст. 81 Трудового кодекса РФ / Е. А. Ершова // Трудовое право. – 2005. – № 9. – С. 18 – 24.
30. Зайцева, С. Г. «Злоупотребление правом» как правовая категория и как элемент нормативной системы законодательства Российской Федерации / С. Г. Зайцева – Рязань: Поверенный, 2002. – С. 5 – 8.
31. Зайцева, С. Г. К вопросу о злоупотреблении правом путем создания ситуаций с «легальной видимостью» / С. Г. Зайцева // Юрист. – 2001. – № 3. – С. 7 – 9.

32. Зайцева, С. Г. Трансформация правовой категории «злоупотребление правом» в категории права / С. Г. Зайцева // Юрист. – 2002. – № 11. – С. 19 – 23.
33. Иоффе, О. С. Пределы осуществления субъективных гражданских прав / О. С. Иоффе, В. П. Грибанов. // Советское государство и право. – 1964. – № 7. – С. 15 – 23.
34. Киселев, И. Я. Зарубежное трудовое право: учеб. для вузов / И. Я. Киселев. – М.: Норма, Инфра – М, 2000. – 634 с.
35. Киселев, И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). / И. Я. Киселев. – М.: Бизнес – школа «Интел - Синтез», Журнал «Управление персоналом», 2003. – 112 с.
36. Киселев, И. Я. Сравнительное трудовое право / И. Я. Киселев. – М.: ТК Велби, Проспект, 2005. – 127 с.
37. Киселев, И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. / И. Я. Киселев. – М.: Эксмо, 2005. – 648 с.
38. Козлова, Т. А. Персональные данные работника: сбор, хранение, ответственность за достоверность и незаконное распространение / Т. А. Козлова // Трудовое право. – 2004. – № 8. – С. 58 – 64.
39. Коршунова, Т. Ю. Некоторые проблемы определения правосубъектности участников трудовых отношений / Т. Ю. Коршунова // Трудовое право. – 2004. – № 4 – 5. – С. 96 – 100.
40. Лушников, А. М. Курс трудового права: в 2 т. Т. 1. Историко – правовое введение. Общая часть. Коллективное трудовое право: учеб. / А. М. Лушников, М. В. Лушникова – М.: Проспект, 2003. – 879 с.
41. Лушникова, М. В. Курс трудового права: в 2 т. Т. 2. Трудовые права в системе прав человека. Индивидуальное трудовое право: учеб. / М. В. Лушникова, А. М. Лушников. – М.: Проспект, 2004. – 769 с.
42. Лушникова, М. В. Пределы осуществления трудовых прав // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. Практика применения трудового законодательства и законодательства о

- социальном обеспечении: материалы Международной научно – практической конференции / под ред. К. Н. Гусова. – М.: Велби, 2006. – С. 94 – 101.
43. Лушников, А. М. Курс трудового права: учеб.: в 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. 2-е изд., перераб. и доп. / А. М. Лушников, М. В. Лушникова. – М.: Статут, 2009. – 697 с.
44. Лушникова, М. В. Право на информацию субъектов трудового права / М. В. Лушникова, А. М. Лушников // Государство и право. – 2004. – № 6. – С. 42 – 48.
45. Малеин, Н. С. Закон, ответственность и злоупотребление правом / Н. С. Малеин // Советское государство и право. – 1991. – № 11. – С. 28 – 35.
46. Малеина, М. Н. Содержан № 9. ие и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства / М. Н. Малеина // Государство и право. – 2000. – № 2. – С. 16 – 21.
47. Малиновский, А. А. Злоупотребление правом / А. А. Малиновский – М.: МЗ – Пресс, 2002. – 386 с.
48. Молодцов, М. В. Материальные и процессуальные нормы в трудовом праве // Проблемы защиты трудовых прав граждан: материалы научно – практической конференции / под ред. А. С. Леонова. – М.: Права человека, 2004. – С. 105 – 109.
49. Нуртдинова, А. Ф. Заемный труд: особенности организации и возможности правового регулирования / А. Ф. Нуртдинова // Хозяйство и право. – 2004. – С. 22 – 30.
50. Пашин, В. М. Институт злоупотребления субъективными правами *de lege ferenda* // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 7 / под. Ред. О. Ю. Шиловхоста. – М.: НОРМА, 2003. – С. 34 – 38.
51. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. / И. А. Покровский. – М.: Статут, 2003. – 353 с.

52. Рымкевич, О. Р. Заемный труд – последнее табу современного трудового права // Российский ежегодник трудового права. 2005. № 1. / под. ред. Е. Б. Хохлова. – СПб.: Издательский дом Санкт – Петербургского государственного университета, 2006. – С. 476 – 490.
53. Рясенцев, В. Условия и юридические последствия отказа в защите гражданских прав / В. Рясенцев // Советская юстиция. – 1962. – № 9. – С. 7 – 10.
54. Скобелкин, В. Н., Передерин С. В., Чуча С. Ю., Семенюта Н. Н. Трудовое процедурно – процессуальное право: учеб. пособие / под ред. В. Н. Скобелкина. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2002. – 232 с.
55. Тодэ, Н. О. правовые гарантии работающим женщинам / Н. О. Тодэ // Справочник кадровика. – 2005. – № 7. – С. 47 – 57.
56. Чиканова, Л.А. Правовые последствия отмены судом надзорной инстанции решения районного суда о восстановлении работника на работе / Л. А. Чиканова. – М.: Юридическая литература, 2004. – 232 с.
57. Эрделевский, А. М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. 3-е изд., испр. и доп. / А. М. Эрделевский. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – 320 с.
58. Яценко, Т. С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность / Т. С. Яценко. – М.: Статут, 2003. – 157 с.
59. Яценко, Т. С. Проблемы ответственности за злоупотребление правом по российскому гражданскому законодательству / Т. С. Яценко // Юрист. – 2002. – № 8. – С. 8 – 12.

4 Диссертации и авторефераты диссертаций на соискание ученой
степени

60. Каплун, Е. В. Осуществление работодателем субъективных прав: теоретические аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / Е. В. Каплун. – М.: Пермь, 2005. – 27 с.
61. Муранов, А. И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве: дис. ... канд. юрид. наук. / А. И. Муранов. – М.: 1999. – 272 с.
62. Поротикова, О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом: дис. ... канд. юрид. наук. / О. А. Поротикова. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 245 с.
63. Хохлов, Е. Б. Правовое регулирование труда в современных условиях: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. / Е. Б. Хохлов. – СПб, 1992. – 30 с.
64. Шафикова, Г. Х. Компенсация морального вреда, причиненного работнику: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. / Г. Х. Шафикова. – Екатеринбург, 2000. – 18 с.