

Раздел III

ТРУДОВЫЕ И СОЦИАЛЬНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ В УСЛОВИЯХ СОВРЕМЕННОЙ ЭКОНОМИКИ

НЕТИПИЧНЫЕ ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ В НАЧАЛЕ ХХІ ВЕКА

А. М. Лушников

Ярославский государственный университет имени П. Г. Демидова

На рубеже XX и XXI вв. развитие трудового законодательства на Западе, а сегодня и в России выходит на новый качественный уровень. Трудовой договор XX в. – это юридическая конструкция, сформировавшаяся в индустриальном обществе и только отчасти постиндустриальном. Во многом он рассчитан на сферу серийного производства индустриального типа и генетически связан с рабочим договором. XXI в. начинается как век информационного общества, которое будет основано не на производственной (индустриальной) общественной организации труда, а на новой нарождающейся постиндустриальной общественной организации труда, черты которой только еще намечаются. Трудовой договор прошлого века нередко не укладывается в рамки новой общественной организации труда, продиктованной условиями информационного общества. В отечественной науке трудового права впервые в таком ключе о перспективах развития трудового права и трудового законодательства написал И. Я. Киселев¹.

Модель традиционной (типичной) занятости предполагает заключение бессрочного трудового договора на полный рабочий день, на стационарном рабочем месте под контролем работодателя, с постоянным окладом. За небольшими исключениями эта модель существовала более или менее стабильно вплоть до 1970-х гг., когда массовое распространение получили атипичные формы занятости, характеризующиеся отсутствием либо видоизменением одного или

¹ Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 12.

более классических признаков традиционных трудовых отношений. Следствием этого стало распространение нетипичных трудовых договоров, гибкого правового регулирования трудовых отношений.

Гибкость, на наш взгляд, в большей степени касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Стремление к большей гибкости, обусловленное необходимостью постоянно приспосабливаться к разнообразным ситуациям, приводит к изменению содержания трудового договора.

Очевидно, что атипичная занятость, отвечающая интересам и стремлениям все возрастающей части работников, должна получить больше внимания со стороны законодателя, поскольку отсутствие регулирующих норм может усилить уязвимость положения работников, заключивших нетипичные трудовые договоры.

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

сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав. Отметим, что отдельные виды нетипичных трудовых договоров уже становились объектом исследований, в том числе диссертационных¹.

Ниже мы рассмотрим различные варианты отклонений от типичной модели трудового договора.

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

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

¹ См.: Гуслистая Т. В. Срочный трудовой договор: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006; Кривой Я. В. Правовое регулирование заемного труда: международно-правовой, сравнительный и национальный аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006; Лушников М. В., Лушников А. М. Заемный труд: исторический опыт и перспективы правового регулирования // Человек и труд. 2004. № 7. С. 85–89; Рымкевич О. П. Сравнительно-правовой анализ регулирования отношений по заемному труду: дис. ... канд. юрид. наук, СПб., 2005; Чичина Е. В. Особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников с ослабленной трудовой связью с нанимателем: дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 2005 и др.

Возможность заключения срочных трудовых договоров в некоторых странах может быть ограничена наличием перечня объективных причин: «указанием на то, что это разумно и оправданно при существующих обстоятельствах» (германское законодательство), «сущностью работы» (бельгийское законодательство), «необычностью и исключительностью, т. е. особым характером работы» (испанское законодательство). Несмотря на то, что в Великобритании или Швейцарии свобода сторон на заключение таких договоров не ограничивается законодательством, тем не менее запрещено его перезаключение несколько раз подряд. Данное обязательное правило обеспечено санкцией, а именно возможностью переквалифицировать срочные договоры в бессрочные¹. В соответствии с итальянским законодательством при заключении срочных договоров можно делать ссылку на коллективные договоры, получившие одобрение наиболее представительного профсоюза.

2. Второе отклонение от классической модели, обусловленное экономическими и социальными преобразованиями, касается заключения *договоров на неполное рабочее время*. Важно отметить, что сокращение числа рабочих часов не изменяет саму природу трудового договора, который предполагает по-прежнему подчиненное положение работника. Значительное увеличение количества частично занятых работников является следствием гибкости рынка труда и рассматривается в качестве одной из политических мер, направленных на обеспечение высокого уровня занятости, мер, основанных на принципе солидарности между занятыми и незанятыми работниками.

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

Частичная занятость не только не запрещена, но, напротив, урегулирована законодательством большинства европейских стран, таких как Бельгия, Испания, Франция, Италия, Норвегия, Голландия, Португалия, Швейцария. Законом Швеции 1982 г. закреплено, что

¹ См.: Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 106.

права сторон в договорах на условиях полной занятости применимы и к частичной занятости, однако на пропорциональной основе относительно более короткой продолжительности рабочего времени.

Помимо *«договоров на замещение»*, стороны могут добровольно заключить *соглашение о разделении работы*. При этом соответственно работники делят между собой и заработную плату, и различные льготы. Это явление получило особую популярность в Нидерландах, Великобритании, Ирландии, где оно регулируется специальным законодательством. В других странах, таких как Италия, определение содержания договора оставлено на усмотрение сторон, что в некоторых случаях может привести к нарушению их равенства. При этом, например, во Франции, Италии, Испании профсоюзы демонстрируют неприятие данной формы гибкого использования труда, рассматривая ее как угрозу уже сложившейся модели договора с условием о полной занятости, обращая внимание на то, что работодатель может обязать работника выполнять весь объем работы в случае отсутствия второго работника.

3. Следующий тип отклонений от стандартной модели занятости касается места выполнения работы. В последнее время появляются такие виды договоров, которые предполагают выполнение работниками работы вне места нахождения работодателя. Данное новшество также носит относительный характер. Однако сегодня появляются совершенно особые экономические и организационные формы работы, они становятся распространенными в немалой степени благодаря техническому прогрессу. Осуществление работником вне пределов фирмы трудовой деятельности, которая составляет часть ее производственного цикла и которая, как правило, всегда выполняется в самой фирме, ставит вопрос о том, как это соотносится с общим представлением о подчинении работника работодательской власти. Рассмотрим несколько разновидностей таких договоров.

Децентрализация работы. В прошлом, во времена кризиса капиталистической экономики (дефицита сырья, колебания цен и т. д.), фирмы были вынуждены выводить за рамки производства отдельные функции. Сегодня по различным причинам децентрализация функций становится даже выгодной предприятиям. Во Франции такое явление известно как *филиализация*. Оно означает создание новой компании-спутника другой компанией; посредством

разделения штата последней каждая новая компания обеспечена своим собственным независимым персоналом.

Отдельное внимание должно быть уделено домашним работникам (надомникам), работа которых ранее ограничивалась ручным трудом и представляла небольшую значимость для предприятия. На сегодняшний день перспективы значительно изменились, особенно в связи с использованием телекоммуникационных и информационных технологий, которые позволяют обеспечить децентрализацию многих составляющих производственной деятельности предприятия, от наиболее сложных и точных (торговля, бухгалтерское дело, программирование, проведение исследований, сбор, обработка и обмен информацией) до самых простых (набор текста на компьютере).

Явление, известное как *телеработа*, представляет собой форму работы, в процессе которой используются различные виды телекоммуникационной связи и которая может быть выполнена как непосредственно в фирме, так и за ее пределами. Телеработа, как сознательный выбор организации, нацелена на обеспечение большей гибкости в управлении рабочей силой. Круг работников, которые охватываются данным явлением, гораздо шире, чем те, труд которых регламентируется законодательством о надомном труде. Надомный труд определяется в основном как малоквалифицированный труд по производству товаров. Например, в соответствии с итальянским и бельгийским законодательством надомник – это тот, кто работает с сырьем или дополнительными материалами. Однако в сегодняшней ситуации труд телеработника может заключаться в получении и обработке информации, т. е. не иметь овеществленного результата. В данном случае возникает проблема применения законодательства, которое во многих странах регулирует процесс ручного труда надомников, исключая нематериализуемый труд (например, в Нидерландах). При этом и надомничество, и телеработа могут предполагать подчинение даже в том случае, когда работа выполняется за пределами фирмы, поскольку данное обстоятельство не исключает возможности осуществлять работодателем власть. Концепция подчинения, таким образом, не теряет ни одного из своих основных моментов даже в том случае, когда работники в географическом плане находятся далеко от работодателя. Следствием этого является необходимость распространения на таких работников

всех защитных положений действующего трудового законодательства¹.

4. Еще одна гибкая модель трудового договора касается содержания обязательств работника. Характерной чертой трудового договора является готовность работника выполнять работу в конкретный период времени. Юридическая связь с работодателем сохраняется, даже когда работник фактически не работает (находится в отпуске или временно нетрудоспособен). В настоящее время, однако, появляются такие разновидности трудового договора, в соответствии с которыми работник принимает на себя обязательство выполнять работу в будущем, а именно тогда, когда работодатель решит привлечь его для выполнения этой работы. Такие договоры получили наименование «работа по вызову». Заключая подобный договор, работник дает обещание, выражает свою готовность работать на фирму, даже если он не является нанятым этой фирмой. Это и составляет отличительную особенность данной формы занятости. Подобное явление достаточно распространено в сфере услуг (например, экспресс-почта), туризме, воздушном транспорте, однако во многих странах оно не урегулировано законодательством. Например, в Финляндии труд таких работников регулируется подобно труду надомников. В Германии закон устанавливает три ограничения, которые в некоторой степени защищают работника. Во-первых, закреплена обязанность работодателя, как минимум за четыре дня предупредить работника о возобновлении работы. В противном случае работник не обязан выполнять свою работу. Во-вторых, работодатель обязан гарантировать, что продолжительность работы будет составлять не менее трех последовательных часов в день. В-третьих, договор должен содержать пункт, гарантирующий его минимальную продолжительность.

В заключение можно отметить следующее. На сегодняшний день в странах Запада традиционный трудовой договор не способен регулировать все существующие формы трудовых отношений. Это обусловлено тем, что трудовое право исторически возникло как комплекс правовых положений, изначально нацеленных на защиту находящихся в подчиненном положении работников, на регламентацию отношений, основанных на трудовом договоре,

¹ См.: Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс трудового права: в 2 т. М., 2004. Т. 2. С. 40–46.

заключенном на неопределенный срок. Однако возникают новые типы работников, например, такие как «самозанятые» или «квазиподчиненные работники», иные формы труда, когда трудящимся предоставляют больше самостоятельности в обмен на более оперативное достижение целей, которые перед ними представлены. Их труд также должен регулироваться нормами трудового права. Сегодня отношения по поводу занятости предполагают, с одной стороны, готовность трудящегося выполнять работу или добиваться заданной цели благодаря своим навыкам – но без учета стабильности в смысле ее продолжительности и содержания трудовой функции. С другой стороны, оплата труда и рабочее время определяются на основе проявленных навыков и результатов труда¹.

Поскольку такие категории работников находятся, как правило, за пределами защитной функции трудового права, некоторые исследователи высказывают предложения о необходимости изменения его предмета, расширения сферы действия отраслевых норм и включения в нее всех видов общественно полезной деятельности, в том числе зависимого и независимого труда². Такие предложения являются следствием осознания того, что нетипичные формы трудового договора – это глобальный феномен, вызванный в том числе нестабильностью экономики многих стран. Они отражают реально происходящие структурные перемены в обществе, а потому игнорировать их нельзя. Данная идея особенно поддерживается в Италии, где понятие «подчинение» трактуется достаточно широко, в том смысле, что оно не должно быть всегда непосредственным. Очевидно, что возможное признание официального статуса обеспечит минимальный уровень правовой защиты нетипичных работников путем выведения их из сферы нелегальной занятости или самозанятости и перевода в сферу той категории работников, которые трудятся на основе нетипичных трудовых договоров. При этом для совмещения гибкости и защиты трудящихся предлагается, в первую очередь, заменить понятие «занятость» понятием «труд», а понятие «наемный работник» понятием «трудящийся», каков бы ни был характер отношений занятости³.

¹ См.: Болле П. Динамика перемен и защита трудящихся // Международный обзор труда. 2002. № 3–4. С. 153.

² См.: Киселев И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. М., 2005. С. 296.

³ См.: Болле П. Указ. соч. С. 161.

На наш взгляд, традиционная юридическая конструкция трудового договора не отрицает этих новых форм организации труда. В новейших зарубежных трудовправовых исследованиях и актах МОТ последовательно проводится идея о необходимости сочетания гибкости для предприятий и гарантий защищенности для работников (гибких гарантий), трудовой мобильности и стабильной занятости. Общеизвестно, что рынок труда, который меняется радикальным образом под воздействием как процесса глобализации, так и технического прогресса, уже не будет обеспечивать гарантий занятости и социального обеспечения, как это было в прошлом. В связи с этим необходимо развивать новые гарантии в отношении занятости, доходов и социальной защиты¹. И хотя сообщения о завершении эпохи стабильной занятости и бессрочных трудовых договоров «сильно преувеличены», в экономически развитых странах пребывание на рабочем месте или в должности уже не воспринимается в качестве синонима гарантий занятости. Для достижения достойного труда необходимо нечто большее, чем стабильные рабочие места и типичный трудовой договор. Конечно, идея обеспечения полной занятости остается одной из руководящих в деятельности МОТ, но европейская модель трудовых отношений, к которой тяготеет и Россия, основана как на защите занятости, так и на признании позитивного влияния гибкости труда на занятость и безработицу².

Сегодня на Западе появилась целая школа исследователей, выступающих в защиту ценностей «переходных рынков труда», обеспечивающих гарантии от социальных рисков, связанных с рынком труда. Они ратуют не за создание «защитной оболочки», консервирующей старые рабочие места, а выдвигают идею «крыльев безопасности», защищающих переходы между различными сегментами рынка труда, такими как: между рабочими местами; между работой и безработицей; между работой и профессиональной подготовкой; между образованием и профессиональной

¹ См.: Справляясь с переходными процессами: Управление как средство обеспечения достойного труда. Доклад Генерального директора. Т. 2. Женева: МБТ, 2005. С. VI–VII, 2, 9, 66 и др.

² См.: Лушников А. М., Фомина М. А. Особенности правового регулирования трудовых отношений при нестандартных формах занятости // Труд за рубежом. 2007. № 2. С. 88–109.

деятельностью и др.¹. Это значит, что работник должен иметь возможность переходить с одного рабочего места на другое посредством плавных «переходов» через переобучение, профессиональную подготовку, социальную защиту в период временной безработицы. Работники должны быть защищены через механизмы социальной защиты: материально обеспечиваться в случае безработицы, которая должна быть только краткосрочной и заканчиваться трудоустройством с учетом запросов работника. Переход от работы к профессиональному обучению должен быть безболезненным и не вести к ухудшению материального положения работника, открывать просторы для его карьерного роста. Отсюда вывод экспертов МОТ: «Определенный уровень гибкости труда приемлем в тех случаях, когда он не разрушает стандартных трудовых отношений и опирается на гарантии рынка труда, что обеспечивает защиту при переходе на другое место работы, поскольку это способствует укреплению благополучия работника, а не его разрушению...Правительства должны формировать эффективную систему гарантий рынка труда, основанную на политике в области труда, а также в первую очередь на труде, и только затем – на социальной защите»².

Таким образом, на наш взгляд, сочетание стабильности и гибкости трудового договора означает дальнейшую дифференциацию правового регулирования трудовых отношений (нормативный уровень гибкости) и индивидуализацию условий трудового договора (индивидуально-договорный уровень гибкости), но в пределах, диктуемых публичными началами трудового права. При этом в каждом проявлении гибкого регулирования трудовых отношений динамика, отступление от регламентации стандартной занятости должны сочетаться с гарантиями прав работника, стабильностью трудового правоотношения. В каждом сегменте рынка труда глубина гибкости должна быть сопоставима с правовыми гарантиями. Это даже не «две стороны медали», а диалектическое единство внешнего проявления производственной и социальной функции трудового права, согласования прав и интересов сторон трудового договора. Понятие стабильности трудового договора во многом связывается с гарантированностью трудовых прав работника, запретом ухудшать

¹ Справляясь с переходными процессами... С. 70, 74, 75.

² Справляясь с переходными процессами... С. 76.

положение работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав, а равно уровнем международно-правовых стандартов трудовых прав.

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

Полагаем, что любая юридическая конструкция нетипичных трудовых договоров должна также «жить по законам» правовых принципов, которые отражают единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений. Они обеспечивают, с одной стороны, стабильность (гарантированность) трудовых прав работника, заключившего нетипичный трудовой договор. С другой стороны, именно правовые принципы устанавливают и общие пределы договоренности сторон трудового договора.