

Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилева

УДК 349.222

На правах рукописи

МАМЕДОВА АЙБЕНИЗ ТАРЫВЕРДИ КЫЗЫ

**Договорное регулирование как вид правового регулирования трудовых
и иных непосредственно связанных с ними отношений**

6D030100 – Юриспруденция

Диссертация на соискание ученой степени
доктора философии (PhD)

Отечественный научный консультант
доктор юридических наук,
профессор Е.Н. Нургалиева

Зарубежный научный консультант
доктор юридических наук,
профессор С.Ю. Головина
(Россия, УрГЮА)

Республика Казахстан
Астана, 2013

СОДЕРЖАНИЕ

ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ	3
ВВЕДЕНИЕ	4
1 МЕТОД ТРУДОВОГО ПРАВА И ЕГО ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ В СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРИОД	12
1.1 Общая характеристика метода трудового права.....	12
1.2 Свобода труда – основа договорного метода регулирования трудовых отношений.....	27
2 ИНДИВИДУАЛЬНО-ДОГОВОРНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ТРУДА	39
2.1 Трудовой договор как основной элемент в механизме индивидуально-договорного регулирования.....	39
2.2 Соотношение государственного и договорного регулирования трудовых и иных производных от них отношений.....	56
2.3 Проблемы индивидуально-договорного регулирования и пути их решения на практике.....	77
3 КОЛЛЕКТИВНО-ДОГОВОРНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ТРУДА	98
3.1 Коллективные договоры и соглашения как акты социального партнерства.....	98
3.2 Проблемы формирования содержания коллективных договоров и соглашений и проблемы их выполнения.....	115
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	126
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	129
ПРИЛОЖЕНИЕ А	142

ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ

РК	- Республика Казахстан
РФ	- Российская Федерация
ООН	- Организация Объединенных Наций
СНГ	- Содружество Независимых Государств
ЕврАзЭС	- Евразийское Экономическое Сообщество
ЕЭП	- Единое Экономическое Пространство
ТК РК	- Трудовой кодекс Республики Казахстан
ТК РФ	- Трудовой кодекс Российской Федерации
ТК АР	- Трудовой кодекс Азербайджанской Республики
ФПРК	- Федерация профсоюзов Республики Казахстан
МОТ	- Международная Организация Труда
ст.	- статья
ЕК	- Еврокомиссия
ЕЦБ	- Европейский Центробанк
МВФ	- Международный валютный фонд
ГИТ	- Государственная инспекция труда

ВВЕДЕНИЕ

Общая характеристика диссертации. В предлагаемой работе исследованы теоретические и практические проблемы договорного регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений. В ней проанализированы основные признаки метода трудового права, а также индивидуально-договорное и коллективно-договорное регулирование отношений в сфере труда. Изучен зарубежный опыт правового регулирования социально-трудовых отношений через призму отражения международных трудовправовых стандартов в структуре современных приемов и способов в казахстанском трудовом праве. В диссертации рассмотрены также проблемы договорного регулирования и пути их решения на практике, отражены вопросы выполнения условий коллективных договоров и соглашений.

Актуальность темы диссертационного исследования. Идеи и предложения Президента Республики Казахстан, изложенные им в статье «Социальная модернизация Казахстана: двадцать шагов к Обществу Всеобщего Труда», а также в Послании Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева народу Казахстана от 14 декабря 2012 г. ««Стратегия Казахстан - 2050» - новый политический курс состоявшегося государства», направленные на обеспечение социально-экономической модернизации страны, указывают на то, что в рамках приоритетов социальных преобразований общества одним из главных направлений политики государства является формирование эффективной модели социально-трудовых отношений [1].

Залогом успешного преодоления многих политических трудностей является принятие эффективного законодательства в области профсоюзной деятельности, минимизация социально-экономических рисков и преодоление конфликта интересов между государством, работниками и работодателями, переориентация порядка разрешения трудовых споров из судебной системы во внесудебную посредством цивилизованных переговоров. Эти задачи, в первую очередь, могут быть решены пересмотром существующих приемов и способов правового регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений, преобладанием в трудовом праве договорного метода, расширением сферы индивидуально-договорного регулирования и развития института социального партнерства.

Внедрение договорных начал, повышение роли коллективных договоров и соглашений должны явиться результатом новой политики государства в области модернизации трудового законодательства.

Актуальность проблемы уяснения правовой природы индивидуальных и коллективных договоров также обусловлена тем, что первый Трудовой кодекс Республики Казахстан закладывает в основу регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений договорно-коллективный метод, значительно повысив тем самым роль индивидуальных договоров о труде, коллективных договоров, а также профсоюзов, как представителей наемных работников.

Усиление договорных начал регулирования в сфере труда в Казахстане в нынешний период объективно необходимо, и это не умаляет значения государственного регулирования по ряду причин, одной из которых является природа социальных и, соответственно, трудовых прав человека, требующих не только их законодательного закрепления, но и установления в законе гарантий осуществления и гарантий защиты этих прав. В связи с этим, большинство государств, в том числе экономически развитые, с их свободой предпринимательства и свободой рынка труда, ориентированных на договорное регулирование трудовых отношений, не отвергает государственного регулирования.

Принцип сочетания государственного и договорного регулирования труда проявляется во многих нормах трудового законодательства, устанавливающих трудовые права, свободы и гарантии трудовых прав, имеет большое значение в правотворчестве, правоприменении, при разъяснении норм, в том числе при решении вопросов о сочетании и соотношении трудового законодательства и соглашений социального партнерства различных уровней.

Степень научной разработанности темы. В науке трудового права вопросам договорного регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений посвящен ряд исследований ученых, таких как Э.Н. Бондаренко, К.А. Бондаренко, Л.Ю. Бугров, К.Н. Гусов, С.Ю. Головина, З.Н. Дадашев, Н.И. Дивеева, С.Б. Идрисова, А.М. Касумов, А.М. Куренной, М.В. Лушникова, А.М. Лушников, С.П. Маврин, Р.Н. Рахматуллина, Т.В. Русских, Е.Б. Хохлов, С.Ю. Чуча и др. Казахстанские ученые Т.М. Абайдильдинов, А.К. Надирова, Е.Н. Нургалиева, А.М. Нурмагамбетов, Э.Б. Омарова, Д.Б. Сериков, О.Т. Толеуханова, З.С. Тулегенова и др. в своих научных исследованиях акцентировали внимание на отдельных аспектах договорно-коллективного метода трудового права.

Публичная составляющая метода договорно-правового регулирования в трудовом праве направлена на защиту интересов более слабой стороны, отношений и интересов общества в целом. И это ставит перед Республикой Казахстан, с одной стороны, вопрос о недопустимости отнесения основных стандартов в сфере труда на договорное регулирование и, с другой стороны, о необходимости гибкого учета особенностей труда отдельных категорий работников.

Вся мировая практика свидетельствует о том, что развитую систему отношений можно сформировать только посредством сочетания государственного и договорного регулирования, осуществляемого в соответствии с четкими нормами и единым подходом к регулированию идентичных правоотношений. Ученые-трудовики принимают активное участие в дискуссиях по вопросам продвижения концепции достойного труда, охватывающей создание эффективных механизмов рынка труда, а также формированию условий для устойчивого роста заработной платы, внедрению основополагающих прав в сфере труда и укреплению социального партнерства. Ими написаны и опубликованы многочисленные научные труды по проблемам

сочетания государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда. Основные точки зрения по указанным проблемам были обсуждены на VIII международной научно-практической конференции «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения», состоявшейся 23-26 мая 2012 года в г. Москве на базе Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина.

В то же время объективно необходимы дальнейшие теоретико-практические исследования структуры социально-трудовых отношений, особенностей и характера договорно-коллективного регулирования этих отношений, возможности и целесообразности взаимного сочетания договорного регулирования с государственным регулированием на современном этапе, что вооружит законодателя более глубокими познаниями в использовании экономических и социальных достижений общества, а в сфере организации труда позволит посредством новейших приемов и способов правового регулирования рыночных социально-трудовых отношений достичь усиления производственной и политической активности работников.

Научная новизна исследования. Впервые в казахстанской науке трудового права проведено комплексное исследование проблем договорного и коллективно-договорного регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений.

Обосновывается позиция о том, что движение правовой системы Казахстана в сторону демократии предполагает смягчение метода правового регулирования в трудовом праве, его диспозитивность, включая развитие договорных форм в тех правовых институтах, где раньше их не было, с одновременным ответом на вопрос, отвечают ли эти тенденции потребностям современного казахстанского общества.

Новизной данной работы является решение теоретических и практических проблем применения договорного регулирования, как перспективного вида правового регулирования социально-трудовых отношений.

Выводы диссертанта о характере соотношения частноправовых и публично-правовых норм в трудовом праве крайне важны для дальнейшего формирования системы трудового права, являются ориентиром для законодателя и представляют новое решение сложных теоретических и практических проблем.

Конституционное определение Казахстана как правового, социального государства, нормы ратифицированных международных правовых актов о труде предполагают установления общей ответственности государства за организацию и эффективное функционирование систем социально-трудовых отношений. На основе такого подхода автором сформулированы выводы и предложения по обеспечению взаимодействия централизованного и коллективно-договорного регулирования рассматриваемых отношений по формированию эффективной защиты трудовых прав наемных работников.

Автором обоснованы и предложены проекты ряда новых статей в Трудовой кодекс Республики Казахстан, а также даны конкретные предложения по реформированию законодательства о профсоюзах.

Целью исследования является выработка концептуальной модели договорного и коллективно-договорных методов правового регулирования социально-трудовых отношений, системный анализ и решение проблем сочетания индивидуально-договорного и коллективно-договорного регулирования в рыночных условиях.

Задачи исследования:

- выявление сущности и особенностей свободы труда как основы договорного метода регулирования трудовых отношений;
- исследование трудового договора как основного элемента в механизме индивидуально-договорного регулирования;
- изучение практики применения индивидуально-договорного регулирования и решение возникающих при этом проблем;
- определение тенденций применения коллективно-договорного регулирования на современном этапе;
- выработка предложений и рекомендаций по концептуальным и прикладным проблемам договорного регулирования в сфере трудового права.

Объект исследования составляют индивидуально-договорные и коллективно-договорные приемы и способы правового регулирования социально-трудовых отношений.

Предметом исследования являются история, теория, законотворчество и практика сферы социально-трудовых отношений, система новейших правовых способов и приемов в сфере труда.

Методологическая основа исследования. Авторские выводы сформулированы с использованием общенаучного диалектического метода познания социальных процессов и частных методов системного подхода, структурно-функционального и сравнительно-правового анализа. Эмпирическую базу исследования составили данные, опубликованные в периодической печати, материалы практики.

Положения, выносимые на защиту:

1 Достижение баланса интересов сторон трудовых отношений, являющееся важнейшей задачей трудового законодательства Республики Казахстан, невозможно без установления гибкого механизма правового регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений. Однако поскольку добиться абсолютного равновесия невозможно из-за разнообразных социально-экономических факторов, для поддержания социального мира и стабильности экономики страны в условиях глобализации законодателю необходимо развивать договорные способы установления условий труда при сохранении справедливых гарантий человека в сфере труда.

2 Вопросы создания глобального рынка труда в стране обуславливают применение в трудовом праве приемов и способов других отраслей права, в частности, гражданского права, использующего в основном договорной метод

правового регулирования. Именно договорной метод регулирования трудовых отношений позволяет обеспечить сочетание личных и общественных интересов в сфере применения труда.

3 Провозглашение свободы и равенства в сфере труда при отсутствии реальных гарантий их осуществления, отсутствие должного правового регулирования приводят к доминированию работодателя, который владеет средствами производства и, в одностороннем порядке, диктует условия труда. Работник в ситуации избыточного предложения рабочей силы вынужден соглашаться на любые условия, так как имеет в своем распоряжении только возможность трудиться. И это объективно требует государственного «вмешательства» в процесс регулирования трудовых и непосредственно-связанных с ними отношений.

4 В современных условиях казахстанское трудовое законодательство развивается в русле общемировых тенденций, в частности, тенденций, определяемых Программой достойного труда Международной Организации Труда (МОТ), которая является ответом на вызовы глобализации в сфере труда. В то же время, значительный прогресс в области унификации международного трудового права не сможет решить всех проблем, связанных с исполнением положений международных соглашений странами-участницами, поэтому требуется дальнейшая конкретизация международных трудовправовых норм в национальном законодательстве.

5 В последнее время возрастает значение правового регулирования различных нестандартных форм занятости, что, в свою очередь, требует анализа состояния рынка труда в Казахстане посредством внедрения международных статистических норм. Выявление уровня безработицы в стране даст возможность очертить пределы договорного и централизованного регулирования, их оптимальное сочетание в нормах трудового права, а также найти баланс между гибкостью правового регулирования одной стороны, и необходимой социальной защитой наемных работников - с другой.

6 Обоснованы и предложены проекты новых статей в ТК РК в целях дальнейшей модернизации трудового законодательства: во-первых, в целях применения норм гражданского законодательства в порядке аналогии закона к социально-трудовым отношениям предложен проект статьи в следующей редакции: «В случаях, когда отношения не урегулированы трудовым законодательством или соглашениями сторон, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения. При невозможности использования аналогии закона, права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла трудового законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости». Во-вторых, учитывая, что отсутствует законодательное закрепление злоупотребления правом, встречающегося в сфере трудовых отношений, автор обосновывает необходимость отражения содержания статьи 8 ГК РК применительно к субъектам социально-трудовых отношений. Отмечается, что злоупотребление правом - это самостоятельный

вид отклоняющегося поведения, неправомерное явление, заключающееся в таких действиях (бездействиях), которое по внешним признакам не выходит за пределы субъективного права, однако существенно ущемляет интересы других лиц.

7 На современном этапе социальное партнерство в Казахстане еще не стало действенным механизмом регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений, что главным образом объясняется слабостью казахстанских профсоюзов, отсутствием надлежащей правовой базы для деятельности профсоюзов в условиях рыночных отношений. Автором обосновывается собственная концепция дальнейшего развития профсоюзов, предложены и обоснованы проекты нескольких статей в новый закон РК «О профессиональных союзах».

Практическая значимость исследования и полученных результатов определяется тем, что сформулированные в результате исследования выводы и предложения могут быть использованы в правотворческой деятельности компетентных органов, а также в правоприменительной деятельности организаций. Исследование и решение проблем правового регулирования социально-трудовых отношений может иметь определенное значение для научных учреждений и руководящих органов министерств и ведомств, занимающихся разработкой проектов нормативных правовых актов, а также в кодификационной деятельности государства.

Диссертация может быть использована при чтении лекций в высших юридических учебных заведениях, на курсах повышения квалификации и подготовки работников юридических служб и отделов кадров.

Теоретические выводы диссертации и ее теоретические разработки могут быть использованы в учебном процессе: при чтении курса «Трудовое право» и спецкурсов по проблемам механизма правового регулирования общественно-трудовых отношений.

Теоретическая и нормативно-правовая основа исследования. При проведении исследования были использованы труды отечественных, российских и других зарубежных ученых по общей теории права, трудовому, гражданскому, административному праву, экономическая литература, а также материалы периодической печати и данные правоприменительной практики. Научно-теоретическую основу диссертационного исследования составили труды ученых-правоведов, таких как: С.С. Алексеев, Т.М. Абайдельдинов, А.М. Джафаров, С.Ю. Головина, С.Б. Идрисова, А.М. Касумов, И.Я. Киселев, Д.А. Керимов, Р.З. Лившиц, С.П. Маврин, А.М. Нурмагамбетов, Е.Н. Нургалиева, А.С. Пашков, В.Д. Сорокин, В.Н. Уваров, А.Ш. Хамзин, Е.Б. Хохлов, К.А. Шайбеков, С.Б. Серикбекова, Л.С. Явич и многих других.

Нормативно-правовую базу исследования составили Конституция Республики Казахстан, трудовое законодательство, правовые нормы других отраслей, действующие в регулировании современных общественно-трудовых отношений, а также нормы зарубежных стран и международного трудового права.

Апробация результатов исследования. Диссертационное исследование подготовлено и обсуждено на кафедре гражданско-правовых дисциплин юридического факультета Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева. Результаты диссертации были апробированы в виде научных докладов и статей на 9 международных и республиканских научно-практических конференциях: международной научно-практической конференции «Трудовое право Кыргызской Республики: современное состояние, проблемы правоприменения, опыт международно-правового регулирования труда» (Бишкек, 2010); международной научно-практической конференции «Социально-экономическое развитие государства в условиях мирового финансового кризиса» (Шадринск, 2012); VIII-й международной научно-практической конференции «Стратегические вопросы мировой науки - 2012» (Варшава, 2012); международной научно-практической конференции «Кофола - 2012» (Чехия, Brno 2012); VIII-й международной научно-практической конференции «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения» (Москва, 2012); международной научно-практической конференции «Социально-экономическая модернизация Казахстана в условиях глобальной финансовой нестабильности». VI Рыскуловские чтения (Алматы, 2012), (Web of Knowledge, Thomson Reuters); международной научно-практической конференции «Anti-discrimination Act Three Years After», Masarykova univerzita (Чехия, Brno, 2012); VIII-й международной научно-практической конференции «Научная мысль информационного века – 2013» (Польша, 2013); международной научно-практической конференции «Общество Всеобщего труда: практика и перспективы модернизации и профсоюзного движения и социального законодательства» (Алматы, 2013).

Научные результаты, выводы и заключения диссертации нашли полное отражение в публикациях, в том числе изданиях, рекомендованных Комитетом по контролю в сфере образования и науки МОН РК, в научных изданиях стран СНГ, 2 статьи «Economic and legal aspects of labor market regulations in the modern Kazakhstan», «Abuse of Labor rights: theory and practice» опубликованы в журналах «Business theory and practice» и «World Applied Sciences Journal», входящих в базу данных Scopus.

Основные теоретические выводы, предложения и практические рекомендации прошли апробацию при чтении спецкурса «Механизм правового регулирования труда в условиях рыночной экономики» в Евразийском национальном университете им. Л.Н. Гумилева. Результаты диссертационного исследования также использовались при обсуждении проекта закона РК «О профсоюзах» на различных конференциях и круглых столах.

Структура и объем диссертации обусловлены кругом исследуемых проблем. Исходя из задач исследования и объема освещаемого материала, диссертация состоит из перечня обозначений и сокращений, введения, трех разделов, семи подразделов, заключения, списка использованных источников.

Объем диссертации составляют 147 листов машинописного текста и соответствует требованиям, предъявляемым к подобным научным работам.

1 МЕТОД ТРУДОВОГО ПРАВА И ЕГО ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ В СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРИОД

1.1 Общая характеристика метода трудового права

Конституция Республики Казахстан гласит, что высшей ценностью для нашего государства является «человек, его жизнь, права и свободы» [2]. В Послании Президента Республики Казахстан народу Казахстана от 14 декабря 2012 года ««Стратегия Казахстан - 2050» - новый политический курс состоявшегося государства» отмечалось, что каждый желающий в стране может найти себе работу, поскольку «мы создаем Общество Всеобщего Труда, где безработные не будут просто получателями пособий, а будут осваивать новые профессии, где люди с ограниченными возможностями смогут активно заниматься созидательной деятельностью и создавать им достойные условия труда» [1].

Реформа трудовых отношений в рамках Стратегии «Казахстан-2050», преследует важнейшие цели – усилить реальную защиту трудовых прав работников, соблюдать законные интересы работодателей, повышать уровень оплаты труда и занятости населения. Позитивную роль в формировании цивилизованных трудовых отношений в условиях рынка играет Трудовой кодекс Республики Казахстан (далее - ТК РК), принятый 15 мая 2007 года. Именно в нем расширены возможности договорного регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений [3].

За годы независимости все наши усилия были направлены на реализацию фундаментальных прав человека и интересов всего общества. В то же время Казахстан неизменно привержен своим международным обязательствам в области прав человека и поддерживает ООН, ОБСЕ и другие международные организации в этом направлении. Национальный план действий в области прав человека на 2009-2012 годы не только начал отчет разработке целей и задач новой Концепции правового развития Казахстана, но и явился критерием успешности дальнейших шагов по совершенствованию механизмов защиты прав человека [4, с. 3].

Акцент на соблюдение прав человека и гражданина всегда актуален, но особенно он актуален и своевременен в так называемый «переходный период», который очевидно затянется на долгие годы [5, с. 4]. При этом изменяется и роль права. Его основной задачей становится обеспечение защиты индивидуальных начал при сохранении социального мира в обществе. В этой связи в юридической науке все большее значение приобретают проблемы исследования человеческого фактора, мотивации поведения конкретного индивида. Более того, известный теоретик права С.С. Алексеев характеризуют современное право именно как право человека [6, с. 34].

Основополагающие принципы международных норм о социальной защите содержатся во Всеобщей Декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года, а также Европейской хартии 1946 года. В ст. 2 Всеобщей Декларации подчеркнуто, что «каждый человек, как член

общества, имеет право на социальное обеспечение и осуществление необходимых для поддержания его достоинства и для свободного развития его личности прав в экономической, социальной и культурной областях через посредство национальных усилий и международного сотрудничества и в соответствии со структурой и ресурсами каждого государства» [7, с. 11-16]. В ней предусмотрены основные права человека, в частности, право на эффективное восстановление нарушенных прав (ст. 8), право на образование, в том числе на общедоступное техническое и профессиональное, включая высшее (ст. 20); право на труд, свободный выбор работы, справедливые и благоприятные условия труда и на защиту от безработицы; на равную оплату за равный труд без какой-либо дискриминации; на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное существование для работника и его семьи и дополняемое при необходимости и другими средствами социального обеспечения; право создавать профессиональные союзы и входить в профессиональные союзы для защиты своих интересов. Декларация также закрепляет право на отдых, указывая, что «каждый человек имеет право на отдых и досуг, включая право на разумное ограничение рабочего дня и на оплачиваемый периодический отпуск» [8, с. 69-98].

Особое значение для регулирования социальных отношений имеют акты Международной организации труда (МОТ). По общему правилу, рекомендации МОТ применяются в национальном правовом регулировании отношений в сфере социальной защиты граждан лишь после их ратификации. В социальной модернизации страны важно создание эффективных моделей социально-трудовых отношений, и в формировании таких моделей государство придерживается положений Декларации об основополагающих принципах и правах в сфере труда. 21 конвенции этой организации имплементированы в национальное законодательство. Также отмечено, что все государства-члены МОТ должны соблюдать изложенные в Конвенциях основные принципы независимо от факта ратификации соответствующей конвенции, в частности, свободы объединений и действительного признания права на коллективные переговоры; ликвидация всех форм принудительного или обязательного труда; фактического искоренения детского труда; ликвидации дискриминации в области труда и занятости [9]. Несомненную значимость в этой связи имеет обращение к Программе достойного труда МОТ, которая является адекватным ответом на вызовы глобализации в сфере труда, и поэтому творческое использование опыта реализации ее задач может повысить эффективность правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений в Республике Казахстан [10, с. 22-25].

В жизни людей трудовая деятельность занимает важное место, являясь одной из высших человеческих ценностей. Отношения, возникающие в этой сфере, нуждаются в адекватных способах их регламентации, в том числе посредством норм трудового права. Процесс формирования трудового права, как отрасли права, весьма длителен и сложен. Вряд ли завершение этого

процесса можно увязывать с принятием нового Трудового кодекса Республики Казахстан. Принятие последнего лишь свидетельствует об активизации этого процесса в Казахстане в современный период. В этой связи весьма важным является вопрос об уровнях правового регулирования труда. Труд как благо, неотделимое от личности, с одной стороны, в большой степени позволяет раскрыть человеческий потенциал, личностные качества индивида. С другой стороны, в связи с тем, что предметом трудового отношения является «возмездное потребление чужого труда», личность носителя такой способности к труду в определенной степени подпадает в орбиту социального регулирования. В этой связи трудовое право, формализуя поведение конкретного человека в указанной сфере, должно находить и использовать эффективные способы ее регламентации, позволяющие в полной мере сбалансировать противоречивые интересы основных субъектов трудового права – работника и работодателя, а, кроме того, обеспечить реализацию неотъемлемых прав личности [11, с. 55].

Отмечается также, что современная социокультурная ситуация требует анализа методологических проблем современного правоведения в контексте идущих сегодня изменений общемирового, национального и «внутринаучного» уровня. Вследствие чего перед современным правоведением встает принципиально новый, уникальный по историческому масштабу и гносеологической сложности класс проблем, требующих от юристов кардинального повышения усилий по исследованию фундаментальных проблем своей науки, осмысливанию ее философских оснований и разработке методологических средств.

Обосновывается, что наиболее существенным «внутринаучным» процессом современной науки права является не переход от марксизма к альтернативным философско-методологическим основаниям юридических исследований, а переход от монистической методологии к философско-методологическому плюрализму [12, с. 9].

По утверждению Д.А. Керимова, методология права есть не что иное, как общенаучный феномен, объединяющий всю совокупность принципов, средств и методов познания (мировоззрение, философские методы познания и учение о них, общенаучные и частнонаучные понятия и методы), выработанных всеми общественными науками, в том числе и комплекс юридических наук, применяемых в процессе познания специфики правовой действительности, ее практического преобразования. Д.А. Керимов также указывает, что структурно методология имеет несколько уровней, основными из которых являются: диалектико-мировоззренческий, определяющий главные направления и общие принципы познания в целом (высший уровень); общенаучный (междисциплинарный), использующийся при исследовании особой группы отдельных объектов (средний); частнонаучный, применяемый в процессе познания специфики отдельного объекта (низший уровень), и наконец, от познавательно-теоретической к практически-преобразовательной деятельности, вскрывающий общие пути и формы внедрения результатов научных

исследований в практику [13, с. 86-88]. В указанном ключе в последние годы наблюдается возобновление интереса к вопросам системы права в юридической литературе. При этом необходимо отметить, что мнения ученых, исследующих названные вопросы, существенным образом различаются. Однако многообразие подходов не мешает выделить и подчеркнуть некоторые тенденции, имеющие место в науке, которые, как представляется, являются исходными при рассмотрении вопросов о методе правового регулирования общественно-трудовых отношений [11, с. С. 55-65].

В общефилософском понимании метод (от греч. *methodos* – путь, исследование, прослеживание) определяется как способ достижения определенной цели, совокупность приемов или операций практического или теоретического освоения действительности [14, с. 266]. Метод правового регулирования составляет отдельный признак любой отрасли права наряду с предметом правового регулирования и другими признаками, характеризующими ее самостоятельность.

В зависимости от вида отношений, регулируемых правом, различают:

- 1) общий (общеправовой) метод регулирования, состоящий из дозволений, предписаний, запретов и характеризующий воздействие права в целом;
- 2) отраслевой метод, раскрывающий специфику правового регулирования отдельной отрасли права соответствующего рода общественных отношений;
- 3) метод правового регулирования определенного вида (комплекса) отношений правовым институтом;
- 4) метод регулирования, присущий отдельной юридической норме [15, с. 20].

Вся совокупность способов и приемов воздействия государства на субъекты права и на отношения, возникающие между ними, в правовой литературе принято называть методом правового регулирования.

Метод правового регулирования в юридической литературе анализировался в основном с двух позиций. Первая группа ученых (А.М. Витченко, Р.З. Лившиц, Е.Н. Нургалиева, А.Б. Пешков, А.С. Пашков, А.И. Процевский, В.Д. Сорокин и др.) метод правового регулирования рассматривала как самостоятельное правовое явление, используемое государством в процессе регулирования в целом общественных отношений, объективно требующих правовой регламентации [16, с. 3]. Другие ученые (С.С. Алексеев, В.В. Лазарев, А.М. Нурмагамбетов, А.С. Пиголкин, В.Н. Уваров, Л.С. Явич и др.) полагают, что метод правового регулирования является правовым явлением, носящим отраслевой характер. Вторая позиция исходит из того, что метод становится в один ряд с предметом правового регулирования при разграничении отраслей права и является одним из двух критериев разграничения отраслей права. Ряд казахстанских авторов, как Е.Н. Нургалиева, Д.Б. Толеуханова, С.Б. Идрисова разрабатывают идею единого метода правового регулирования, суть которой сводится к тому, что при едином государственном регулировании общественных отношений одним субъектом – государством метод, как способ правового регулирования, может рассматриваться как единая совокупность

приемов и способов, которыми государство осуществляет правовое регулирование. В то же время они считают, что единый метод, в зависимости от особенностей предмета отдельной отрасли, одновременно может выступать в отраслевом проявлении [17, с. 49].

Теория единого метода правового регулирования общественных отношений, которая выступает одновременно в отраслевом понятии, получила дальнейшее развитие в трудах Д.Б. Толеухановой. Рассматривая метод правового регулирования социально-трудовых отношений на современном этапе исторического развития, автор дает следующее определение этого правового явления: «Общерегулятивный метод правового регулирования – это определяемая единым предметом правового регулирования система правовых способов и приемов воздействия правовых норм представительно-обязывающего и запрещающего характера, осуществляемого государством путем убеждения и принуждения» [18, с. 148]. Особенности отражения общерегулятивного метода проявляется также в защите трудовых прав и законных интересов работников. Вопрос о характере защиты трудовых прав как элемента метода подробно исследован в юридической литературе, посвященной отраслевому методу.

Большинство представителей науки стоят на позиции, согласно которой метод представляет собой не один, а совокупность нескольких юридических признаков. Ученые А.М. Витченко [19, с. 48], А.Б. Пешков [20, с. 28], В.Д. Сорокин [20, с. 30], рассмотрев вопросы системы права, пришли, на наш взгляд, к правильному решению о разработке проблемы правовых методов в двух аспектах: как единого (общего) метода, присущего системе права в целом, так и отраслевого метода правового регулирования. По мнению указанных авторов, воздействие права на общественные отношения может осуществляться только тремя способами: запретами, предписаниями (обязываниями) и дозволениями, которые используются во всех отраслях права. Конкретные же особенности метода правового регулирования могут быть выражены целым набором средств, специфическим для каждой отрасли права. Согласно позиции А.Б. Пешкова и С.В. Полениной: метод каждой отрасли права индивидуален, поскольку имеет характер «пропорций», «дозировки» приемов, способов воздействия права на общественные отношения [21, с. 28].

Под углом зрения методов правового регулирования могут рассматриваться различные стадии правового регулирования той или иной области общественных отношений, отмечали ученые-трудовики еще в семидесятых годах прошлого столетия, а именно: определение правового статуса сторон при возникновении между ними правоотношения; выявление характера юридических фактов, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение или прекращение правоотношений данного вида; установление порядка определения содержания прав и обязанностей сторон; способы охраны прав и обеспечения исполнения обязанностей [22, с. 39].

Юридическая литература последних лет, к сожалению, далее не развивает эту мысль, считая, по всей вероятности, имеющим право на существование

любые позиции ученых, поскольку в разных аспектах раскрываются основные характерные черты метода любой отрасли права в целом примерно одинаково. В казахстанской науке трудового права чисто отраслевой подход поддерживается А.Ш. Хамзиным и др. [23, с. 31].

В условиях, когда общественные отношения, регулируемые нормами одной отрасли права, настолько подвижны, что реализуются приемами и способами разных отраслей права, считаем необходимым более подробно охарактеризовать приемы и способы трудового права с учетом «требований» рыночных отношений на определенном этапе развития общественных отношений, в частности с учетом особенностей переходного периода.

Специфика и характер общественных отношений, составляющих предмет трудового права, во многом определяют и особенности метода их правового регулирования. Для трудовых отношений такой специфической чертой является сочетание частных и публичных начал. Признание частно-публичного характера данной отрасли права делает невозможным выделение только лишь одной основополагающей черты метода правового регулирования трудовых отношений. Поэтому характеристика метода через определенные признаки была первоначально предложена представителями теории права, а в дальнейшем сконструированы представителями трудового права в концепцию метода трудового права [24, с. 130]. К их числу, как отмечалось, относятся:

а) порядок возникновения, изменения и прекращения правоотношений (в основном договорный);

б) общее юридическое положение участников правоотношений (сочетание равенства и субординации);

в) характер установления прав и обязанностей (централизованный и децентрализованный, императивный и диспозитивный);

г) способы защиты прав и средства обеспечения исполнения обязанностей (досудебный, судебный и внесудебный).

Особенности этих признаков сквозь призму определенных правовых средств и способов определяются как особенности метода трудового права.

Несколько иную компоновку признаков метода трудового права предложил М.В. Молодцов:

1) договорный характер возникновения трудовых отношений на основе свободного волеизъявления сторон, исключая любые формы принуждения;

2) органичное сочетание законодательного регулирования социально-трудовых отношений, устанавливающего государственные гарантии прав и свобод субъектов (участников) этих отношений и имеющих публично-правовую природу с договорным регулированием этих отношений, имеющим частноправовую природу;

3) сочетание юридического равенства сторон трудового отношения с их равной подчиненностью трудовому распорядку;

4) существование и постоянное развитие системы способов защиты трудовых прав и интересов работников и работодателей [25, с. 20].

Большой интерес представляет исследование особенностей методов правового регулирования И.Я. Киселевым по материалам зарубежного права. Он находит особенности метода правового регулирования трудовых отношений за рубежом в том, что в этих странах характерно сочетание авторитарного (централизованного) и автономного (децентрализованного) методов регулирования трудовых отношений. Авторитарный метод проявляется в издании государством законодательных и подзаконных актов, действующих чаще всего в общенациональном масштабе. Автономный метод представляет собой санкционирование государством источников правового регулирования труда, разрабатываемых предпринимателями и организациями трудящихся [26, с. 28-31]. Проведенное И.Я. Киселевым исследование позволяет убедиться в том, что метод правового регулирования трудовых отношений является устойчивым признаком отрасли трудового права, который позволяет характеризовать ее как комплексное правовое образование в правовой системе любой отдельно взятой страны.

При рассмотрении метода трудового права необходимо учитывать некоторые новации в ТК РК. Содержание ст. 2 ТК РК прямо исходит из п. 1 ст. 4 Конституции Республики Казахстан, которая гласит: «Если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в настоящем Кодексе, то применяются правила международного договора. Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, к трудовым отношениям применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона» [27]. Тем самым Конституция РК предусмотрела приоритет международно-правовых норм о труде в казахстанском трудовом праве. В них воплотился мировой опыт метода правового регулирования труда [18, с. 35].

Авторы, исследовавшие соотношение трудового законодательства конкретной страны и международного трудового права, призывают всех субъектов, осуществляющих правовое регулирование социально-трудовых отношений, знать и практически применять нормы и принципы международного трудового права, которые содержатся в международных правовых актах, ратифицированных страной [28, с. 5].

Правовой механизм международного – правового регулирования в сфере труда – система правовых средств, обеспечивающих реализацию международно-трудовых норм, который обладает следующими характеристиками:

- а) строится на взаимодействии международных и национальных средств правового регулирования;
- б) осуществляет две функции: регулятивную и охранительную;
- в) имеет в своей основе социально-партнерские начала, т.е. обязательства государства проводить консультации с организациями трудящихся и работодателей [29, с. 131-132].

В этой связи перед Республикой Казахстан, как членом Международной Организации Труда, стоит задача проведения глубокого и всестороннего анализа норм трудового законодательства, включая ТК РК, его соответствие нормам ратифицированных Конвенций МОТ. При этом следует учесть, что мировая практика свидетельствует о том, что развитую систему трудовых отношений можно сформировать только посредством оптимального сочетания государственного и договорного регулирования.

Действующий ТК РК обладает целым рядом важнейших новаций, таких как формирование институтов социального партнерства, его принципов, органов, механизмов введения коллективных переговоров. В кодексе предприняты определенные новации в регулировании оплаты труда, его нормирования, а также предоставления гарантий и компенсаций. К числу положительных сторон действующего Кодекса можно также отнести включение в него норм, регулирующих разрешение трудовых споров [30].

На протяжении последнего десятилетия ситуация в экономике и, главное, в общественном сознании существенно изменилась. Соответственно в ТК РК вносились ряд изменений, направленных на его улучшение [3]. Однако эти изменения оказались недостаточными, они не смогли преодолеть углубляющего противоречия между необходимостью гибкого регулирования трудовых отношений, стимулирования работодателей (как крупных, так и мелких) к развитию бизнеса и стремлением максимально сохранить рабочие места. В современных условиях сохранение подобных норм является не только препятствием к инновационному развитию экономики, но может рассматриваться как сдерживающий фактор для дальнейшего развития рынка труда, проявления новых рабочих мест, создания эффективной занятости. Именно «переходный» характер нынешнего ТК РК затрудняет использование механизмов правового регулирования трудовых отношений, успешно реализуемых странами с давно сложившимися рыночными экономиками [30].

Все это существенно осложняет повышение эффективности рынка труда, так как работодатель не может использовать гибкие формы занятости в условиях уже сложившихся трудовых отношений: любые возможности изменений режима труда и других условий трудового договора по инициативе работодателя строго ограничены случаями изменений в организации производства (ст. 48 ТК РК) [31].

Во многих современных научных публикациях, учебниках по трудовому праву в качестве основных признаков метода трудового права приводятся следующие приемы и способы правового регулирования труда:

Во-первых, это сочетание централизованного и локального, нормативного и договорного регулирования. Их соотношение меняется в сторону усиления договорного (коллективно-договорного, индивидуально-договорного) способа регулирования труда. Сочетание государственного и договорного регулирования традиционно называется как особенность метода трудового права [32, с. 48]. Так, А.М. Куренной, рассматривая вопрос о методе трудового права, говорит о том, что в первую очередь следует учитывать такие

особенности метода правового регулирования трудовых отношений (метода трудового права) как договорный способ установления и изменения трудовых отношений (за исключением тех параметров, которые устанавливаются в централизованном порядке) [33, с. 28]. Такой же позиции придерживаются и другие ученые. Централизованное нормативное регулирование устанавливает минимальный уровень гарантий трудовых прав, который не может быть изменен в сторону уменьшения путем договорного регулирования. Например, ст. 109 ТК РК устанавливает, что «не допускается отзыв из оплачиваемого ежегодного трудового отпуска работника, не достигшего восемнадцатилетнего возраста, беременных женщин и работников, занятых на тяжелых работах, работах с вредными (особо вредными), опасными условиями труда» [31].

Договорный метод регулирования трудовых правоотношений позволяет обеспечить гармоническое сочетание личных и общественных интересов в сфере применения труда, поэтому-то и выделяется главенствующая роль индивидуального трудового правоотношения в системе социально-трудовых отношений. К основным чертам метода трудового права относится все более расширяющееся индивидуальное и коллективное договорное определение юридического состояния субъектов трудового права [34, с. 6].

Для современного трудового права свойственен договорный характер труда и установления его условий. В статье 10 ТК РК «Трудовые договоры, соглашения сторон социального партнерства, коллективные договоры, акты работодателя в сфере труда» закрепляется договорное регулирование трудовых и иных отношений, связанных с трудовыми, что достигается путем заключения, изменения и дополнения трудовых, коллективных договоров и соглашений между работниками и работодателями. В ст. 9 ТК Российской Федерации (далее - ТК РФ) также предусмотрен договорной порядок регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений. Он включает коллективные договоры и соглашения, а также трудовой договор. При этом намечается одинаковая в общем плане субординированность обеих составляющих такого порядка с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами. И этот подход наглядно демонстрирует, что законодатель находит юридическую природу договоров в трудовом праве именно в регламентации социально-трудовых отношений [35, с. 54].

В период становления в Казахстане рыночной экономики все больше акцент в правовом регулировании социально-трудовых отношений, а также отношений, вытекающих из трудовых, делается на договорное регулирование, поскольку суть самого рыночного механизма экономики есть саморегуляция. Следовательно, во всех сферах жизнедеятельности человека присутствуют различные сочетания договорного метода правового регулирования с императивным методом, т.е. с определенным присутствием самого государства.

Роль государства, как известно, заключается в обеспечении интересов государства, а цель правового регулирования – в оптимальном сочетании интересов государства с интересами работодателей и работников. В трудовом

праве договорной метод регулирования устанавливается посредством сочетания индивидуально-договорного и коллективно-договорного методов.

Императивный метод трудового права заключается в установлении в централизованном порядке – в нормах трудового права обязательных для всех работодателей гарантий трудовых прав работников, а также общих признаков и минимальных норм применения труда в целях охраны жизни и здоровья наемных работников и обеспечения достойного уровня их существования.

Договорной метод трудового права является как бы вторичным по отношению к императивному методу, поскольку правовые основы индивидуального и договорного регулирования, формы их реализации на практике, пределы договорного регулирования и др. изначально устанавливаются в централизованном порядке в нормах трудового права государства. Именно государство определяет правила «игры» на трудовом поле для субъектов трудового права. Эти правила должны обязательно соблюдаться, в противном случае наступит правовая ответственность. В базовом нормативном правовом акте - Трудовом кодексе РК и получили отражение как императивные, так и диспозитивные нормы трудового права, определенное их соотношение, исходя из объективных потребностей правового регулирования трудовых и производных от трудовых отношений.

При регламентации социалистических общественно-трудовых отношений, как известно, преобладающее значение имел императивный метод правового регулирования. В условиях перехода к рыночной саморегуляции экономики все больше на первый план выдвигается договорной метод трудового права, ибо ряд функций государства постепенно передается другим субъектам – работодателям, работникам и их представителям. Анализ норм действующего ТК РК показывает, что явно прослеживается такое стремление государства, но, к сожалению, не всегда возможен четкий механизм такой передачи, поэтому законодатель ограничился тем, что многие нормы этого базового нормативного правового акта носят отсылочный, порой декларативный характер без определения пределов полномочий тех, кому передаются функции государства, что очень важно с точки зрения соблюдения законности в сфере труда.

Это проявляется и в расширении сферы индивидуально-договорного регулирования и развития института социального партнерства. При индивидуально-договорном регулировании усмотрение сторон трудового договора ограничено только минимумом законодательно закрепленных социально-трудовых гарантий и прав, так как действует принцип неухудшения положения работников по сравнению с ТК РК, коллективным договором и соглашением [36, с. 258-262]. Однако законодатель, в порядке исключения, допускает включение в трудовые договоры с отдельными категориями работников такие условия, которые могут ухудшать их положение, ограничивая некоторые права: например, дополнительные по сравнению с ТК РК условия о полной (повышенной) материальной ответственности за ущерб, причиненный работодателю. Определенные гарантии предусмотрены также и для

работодателя. Так, согласно ст. 36 ТК РК, в трудовом договоре может быть установлено условие об испытательном сроке в целях проверки соответствия квалификации работника поручаемой работе. Таким образом, свобода сторон в заключении трудового договора уравнивается специальными гарантиями, защищающими интересы каждой из сторон. По мнению некоторых авторов, подобные дополнительные гарантии не отрицают правовой свободы сторон в установлении трудовых отношений, а наоборот, убедительно подтверждают равенство прав работника и работодателя [37, с. 183].

И это подтверждает то обстоятельство, что при переходе к рыночным отношениям дифференциация в методах трудового права не ослабевает, а углубляется. Поэтому говорить об устоявшихся приемах и способах правового регулирования социально-трудовых отношений не приходится, поскольку они находятся на стадии реформирования.

Централизованное регулирование играет важную роль в защите интересов и прав человека, в то же время оно сковывает, даже тормозит естественные процессы развития свободного рынка, но оставлять эти процессы неуправляемыми также нельзя. Поэтому представляется, что государство должно «вмешиваться» в жизнь рынка в той степени, в которой это требуется для борьбы с монополизмом, для поддержания конкуренции и контроля за теми сферами, где принципы свободной конкуренции неосуществимы. Под контролем государства должна находиться и вся социальная сфера, связанная с обеспечением нормальной жизнедеятельности граждан, включая здравоохранение, образование, социальное обеспечение, развитие науки и культуры. Таким образом, надо использовать возможности государственных институтов, не замещая ими свободную предпринимательскую деятельность [38].

Во-вторых, это признак равноправия сторон трудовых отношений с подчинением в процессе труда правилам внутреннего трудового распорядка данной организации. Согласно ст. 25 ТК РК, запрещается нарушение равенства прав и возможностей при заключении трудового договора. При установлении факта нарушения равенства прав и возможностей во время заключения трудового договора работодатель несет ответственность, установленную законами РК. Трудовые отношения возникают из договора, поэтому нормы трудового договора носят диспозитивный характер.

Нормативная дефиниция понятия «трудовой договор» содержится в ст. 24 ТК РК, согласно которой по трудовому договору работник выполняет работу (функцию) по соответствующей квалификации за вознаграждение и соблюдает трудовой распорядок, а работодатель обеспечивает условия труда, своевременно и в полном объеме выплачивает работнику заработную плату и осуществляет иные выплаты, предусмотренные трудовым законодательством Республики Казахстан, трудовым, коллективным договорами, соглашением сторон. Из данного определения вытекает, что трудовой договор является продуктом согласования воли двух юридически равноправных субъектов, принимающих на себя обязательства, порождаемые фактом вступления в

трудовые отношения [11, с. 183]. Как видно, методу трудового права свойственно юридическое равенство сторон на всех стадиях существования индивидуального трудового отношения, несмотря на различие в объеме прав и обязанностей его субъектов. В то же время в трудовом правоотношении свободу договора нельзя понимать в традиционном смысле. Их следует отличать от равенства, существующего между субъектами гражданско-правовых отношений, интересы которых противоположны. Каждый из них действует в своих интересах, в целях получения собственной прибыли. Что касается трудовых отношений, то о них также можно говорить об определенной противоположности интересов их сторон, но совсем в другом смысле. Работодатель заинтересован, прежде всего, в удовлетворении потребностей рынка, росте производительности труда, повышении прибыли, а наемный работник – в улучшении условий труда, повышении заработной платы, гарантий. Интересы работодателя составляют производственную сторону трудовых отношений, интересы работника – их социальную сторону. В индивидуальных трудовых отношениях равенство в положении субъектов сугубо формальное, юридическое, что подтверждается отсутствием обязанности трудиться, запретом принудительного труда. В коллективных отношениях равенство заключается в том, что, с одной стороны, работодатель является собственником средств производства и иного имущества, необходимого для получения прибыли. С другой стороны, работники обладают необходимой для получения этой прибыли способностью к труду. Без приложения труда прибыль не может появиться, работники имеют к ее возникновению самое непосредственное отношение: собственно, своим трудом они ее создают. Отсюда и иное качество равенства работников и работодателя в коллективных трудовых отношениях. Именно это обстоятельство и явилось основной причиной возникновения такого явления как социальное партнерство в сфере труда, которое М.В. Лушниковой и А.М. Лушниковым рассматривается в науке в качестве метода регулирования трудовых отношений [39, с. 409].

В-третьих, одним из важных признаков трудового права является особый характер защиты прав и интересов субъектов трудового права, включающий в себя, помимо судебной, внесудебную защиту, основанную на социально-партнерском характере трудовых отношений [39, с. 408].

ТК РК включает специальный раздел: «Социальное партнерство и коллективные отношения в сфере труда». Из анализа данного раздела следует подчеркнуть взаимный и обоюдный характер коллективной формы защиты прав работников и работодателей. Согласно ТК РК, правом на объединение в целях представительства и защиты прав своих членов наделены и работодатели (ст. 262). Таким образом, в сфере трудовых правоотношений работодателям также предоставляется право на объединения в ассоциации с целью защиты их прав и интересов. В данном случае метод социального партнерства, согласно ст. 259 ТК РК, обеспечивает равенство сторон, т.е. равенство прав работников и работодателей на профессиональные объединения с целью представительства и защиты своих корпоративных прав и интересов.

Следует отметить, что к особенностям способов защиты трудовых прав, как коллективных, так и индивидуальных, относится право на самозащиту.

В ТК РК нет такого отдельного института как «Самозащита работниками своих прав», хотя нередко на практике широко применяются способы самозащиты трудовых прав и интересов, таких как досрочное расторжение трудового договора при определенных условиях и др. Одним из основных признаков метода трудового права является специфическая защита трудовых прав. В ТК РК в качестве органов, рассматривающих индивидуальные трудовые споры, обозначены согласительные комиссии и суды. При не достижении соглашения в примирительной комиссии ее работа прекращается, а для разрешения спора создается трудовой арбитраж. При не урегулировании разногласия в коллективном трудовом споре примирительной комиссией, трудовым арбитражем, а также при несогласии с результатом примирительных процедур, работники вправе использовать все иные предусмотренные законом способы защиты интересов, вплоть до объявления забастовки.

Если обратиться к законодательству России, то видно, что в ст. 352 ТК РФ названы три способа защиты трудовых прав работников: государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства; их защита профессиональными союзами; самозащита работниками своих трудовых прав. С принятием ТК РК произошли изменения в сфере охраны труда, в частности, включение в систему основных принципов трудового права таких принципов как: обеспечение права на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены; приоритет жизни и здоровья работника по отношению к результатам производственной деятельности; государственное регулирование вопросов безопасности и охраны труда (ст. 4). Более того, в ст. 9 ТК РК законодатель указал, что Кодекс регулирует отношения по безопасности и охране труда, что является новым в трудовом законодательстве РК.

Можно согласиться с авторами, которые приводят аргумент в пользу того, что в трудовом праве необходимо проводить красную черту различия между «охраной трудовых прав работников» и «защитой трудовых прав работников»; между охранительной функцией, непосредственно направленной на охрану норм действующего законодательства, и функцией защиты трудовых прав работников, непосредственно направленной на восстановление нарушенных субъективных прав работников [40, с. 115].

Весьма интересным и полезным представляется мнение ученых, которые выделяют в качестве основных способов охраны и защиты трудовых прав работников следующее:

- охрана и защита трудовых прав работников профессиональными союзами;
- самозащита трудовых прав работниками;
- судебная форма защиты трудовых прав работников – путем разрешения индивидуальных трудовых споров;
- коллективно-трудовой способ защиты трудовых прав – путем разрешения коллективных споров и забастовки;

– защиты и охрана трудовых прав работников в административном порядке, а также органами государственного надзора и контроля;

– ответственность работодателя за нарушение субъективных прав и законных интересов работников как один из основных способов их защиты [40, с. 115].

К сожалению, в ТК РК нет положения о судебной защите в сфере труда, упущен наиболее действенный способ защиты – судебный. Права и свободы граждан, установленные Конституцией, обязывают государственные органы содействовать полному и беспрепятственному осуществлению этих прав. Право на судебную защиту в Конституции закреплено не только в качестве самостоятельного права, как ряд других прав и свобод (право на жизнь, право на труд, право на материальное обеспечение в старости и т.д.), но в качестве гарантии всех других прав и свобод человека и гражданина. Отсутствие в ТК РК нормы о судебной защите трудовых прав работника не лишает его возможности обратиться в суд. В этом случае должна непосредственно применяться норма Конституции, гарантирующая каждому право на судебную защиту (п. 2 ст. 13 Конституции РК) [41, с. 58]. Современные преобразования в области защиты трудовых прав требуют необходимость приведения норм, регулирующих судебную защиту, в полное соответствие с принципом всеобщности судебной защиты прав и свобод граждан, поскольку от уровня такого соответствия в значительной степени будет зависеть эффективность защиты [42].

Хотелось бы еще раз подчеркнуть, что казахстанские авторы считают, что в ТК РК должен быть отражен отдельный раздел «Защита трудовых прав наемных работников», где по аналогии с ТК РФ надо зафиксировать все формы защиты прав [43, с. 120].

Выделение самостоятельной защитной (социальной) функции трудового права обусловлено тем, что труд имеет общественную ценность, является важнейшей сферой самореализации человека и основой ее жизнедеятельности; труд неразрывно связан с личностью его носителя, здоровьем и творческим потенциалом работника; затрагивает интересы практически всех членов общества, являющихся либо работниками, либо работодателями.

Новым признаком характеристики метода трудового права ученые-трудовики называют единство и дифференциацию правового регулирования труда. «Единство» трудового права отражается в его общих принципах и в единых для всех работников и работодателей основных трудовых правах и обязанностях.

Показателем единства трудового права является, прежде всего, наличие самого ТК РК – единого кодифицированного акта, нормы которого распространяются на всю территорию Республики Казахстан.

В третьем разделе ТК РК: «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников» проявляется объективная дифференциация норм трудового права, которая не посягает на само существо права, которая не приводит к утрате его основного содержания. Как известно, в Трудовом

кодексе нет исчерпывающего перечня правовых норм о регулировании трудовых отношений различных категорий работников в связи с заключением ими разнообразных видов трудовых договоров, поскольку он содержит, как правило, минимальный уровень трудовых гарантий, обязательный для всех работников, независимо от сферы приложения их труда. И это правильно, поскольку невозможно в Кодексе отразить особенности труда различных категорий работников [44, с. 120].

Таким образом, на современном этапе экономического развития страны метод правового регулирования трудовых отношений, основанный на единстве публичных и частных начал, характеризуется возрастанием роли индивидуально-договорного, коллективно-договорного и локального регулирования. Гармонизация трудовых отношений строится на принципе социального партнёрства, социального диалога представителей объединений работников, работодателей и государства, поскольку в начале XXI века правовое социальное государство должно оставаться гарантом трудовых прав и свобод работников. В демократическом правовом государстве должны быть обеспечены условия для всестороннего развития личности, природных задатков и таланта, равенства возможностей, в том числе при использовании своих способностей к труду. В настоящее время аксиоматичным можно считать утверждение ученых о том, каков уровень гуманизма в обществе, таково и трудовое право, ибо оно самое «человеческое» право [45, с. 120].

В связи с тем, что одним из важнейших элементов метода современного трудового права является сочетание государственного и договорного регулирования трудовых и тесно связанных с ними отношений, считаем необходимым в дальнейшем особо акцентировать внимание на различные существенные особенности этого сочетания.

Казахстан 2050 года должен стать сильным и стабильным государством, социальную основу которого составит средний класс, поскольку доля малого и среднего бизнеса в экономике страны увеличится вдвое, а к 2050 году станет преобладающей. Во-первых, страна будет обладать самыми современными технологиями; во-вторых, это страна с гибкой и эффективной политической системой, основанной на демократических принципах и честной конкуренции [2].

Важными составляющими инвестиционного климата, как известно, являются защищенность права собственности, качество и эффективность государственного регулирования, доверие действующей правовой системе, отсутствие коррупции, доступность инфраструктуры и многое другое. Его привлекательность также зависит от состояния казахстанского трудового законодательства. Если работодатель не может быстро и адекватно реагировать на требования рыночной конъюнктуры, в короткие сроки перестроить производство и бизнес-процессы, а должен затрачивать значительные средства на поддержание неэффективных рабочих мест, ему будет невыгодно инвестировать в казахстанскую экономику. И тогда капитал будет вложен туда, где больше гибкости, больше привлекательности и значительно выше

рентабельность. Следовательно, конкуренция за инвестиции – это конкуренция за рабочие места.

Эти и другие вопросы создания гибкого рынка труда в стране также обуславливает применение приемов и способов других отраслей права, в частности, гражданского права как права, использующего в основном договорной метод правового регулирования.

1.2 Свобода труда – основа договорного метода регулирования трудовых отношений

Развитие рыночных отношений, экономические и социальные преобразования в стране привели к изменениям трудовых отношений.

Право – единое сложное социальное явление, которое состоит из отраслей, предметы и методы этих отраслей взаимодействуют и испытывают взаимное влияние. Поэтому можно выделить такие его особенности, черты, которые специфичны именно для отраслевого метода, отличают его от методов других отраслей. Н.Г. Александров писал: «Советской правовой наукой давно уже признано, что именно предмет правового регулирования служит основным (если не единственным) признаком, отличающим одну отрасль от другой» [46, с. 13].

А.С. Пашков отмечал, что при регулировании трудовых отношений в одной и той же самостоятельной отрасли права используется не один, а несколько методов. Но они трансформируются в трудовом праве под влиянием специфики предмета, и вследствие этого утрачивают прежние черты. Например, при регулировании трудовых отношений широко применяется договор как оригинальный гражданско-правовой метод, однако он включает ряд специфических признаков: личный характер, подчинение внутреннему трудовому распорядку и другие, которые делают его принципиально отличным от гражданско-правовых договоров, основанных на автономии и равноправии сторон [47, с. 31].

Одной из черт метода трудового права на нынешнем этапе является индивидуальное и коллективное договорное регулирование отношений, составляющих предмет трудового права. Если предмет дает представление о том, какую группу общественных отношений регулирует та или иная отрасль права, то метод определяет, какими юридическими способами обеспечивается это регулирование [48, с. 21]. Договорный метод регулирования трудовых правоотношений позволяет обеспечить гармоническое сочетание личных и общественных интересов в сфере применения труда.

Ст. 24 Конституции Республики Казахстан гласит: «Каждый имеет право на свободу труда, свободный выбор рода деятельности и профессии». Ч. 2 ст. 24 Конституции РК закрепляет положение о том, что каждый имеет право на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой-либо дискриминации, а также на социальную защиту от безработицы. То есть каждый может реализовать предусмотренное Конституцией право в самых разнообразных формах, таких как наемный труд,

индивидуальная трудовая деятельность, государственная служба, право свободного выбора рода деятельности и профессии заключается в свободном волеизъявлении гражданина. Очевидно, что в данном случае главный конституционный смысл, вкладываемый в термин «свобода», заключается в предоставлении гражданину возможности беспрепятственно реализовать свои способности в сфере труда. В свою очередь, труд как целенаправленная физическая или интеллектуальная деятельность человека, направленная на получение материальных или духовных благ, имеет множество проявлений.

В основу отрасли трудового права положен принцип свободы труда. В частности, ряд авторов, в том числе С.С. Алексеев, трактуют термин правовых принципов следующим образом: «Принципы права – это руководящие идеи, характеризующие содержание права, его сущность и назначение в обществе» [49, с. 49]. Е.Н. Нургалиева и С.А. Бухарбаева, поддерживая данное мнение, отмечают, что такое понимание термина отражает внешнюю сторону его содержания [50, с. 93].

Поскольку принципы отрасли права – это исходные начала и основные положения, определяющие ее единство, сущность правового регулирования и общую направленность развития отрасли права, пронизывающие содержание всех ее норм, они в значительной степени определяют характер отраслевого метода правового регулирования. В Конституции РК и Трудовом кодексе РК закреплён принцип свободы труда. Этот принцип основан на договорных началах отношений в сфере труда. Реализовав свободу труда путем трудового договора, гражданин по соглашению с работодателем определяет конкретную трудовую функцию, другие условия договора.

В Трудовом кодексе Республики Казахстан закреплены такие правовые принципы как недопустимость ограничения прав человека и гражданина в сфере труда; свобода труда; запрещение дискриминации, принудительного труда и наихудших форм детского труда; обеспечение права на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены; приоритет жизни и здоровья работника по отношению к результатам производственной деятельности; обеспечение права на справедливое вознаграждение за труд не ниже минимального размера заработной платы; обеспечение права на отдых; равенство прав и возможностей работников; обеспечение права работников и работодателей на объединение для защиты своих прав и интересов; социальное партнерство; государственное регулирование вопросов безопасности и охраны труда; обеспечение права представителей работников осуществлять общественный контроль за соблюдением трудового законодательства Республики Казахстан (ст. 4).

Л.Ю. Бугров отмечал, что исторически формулировка принципа свободы труда была различной. Его называли принципом добровольности трудового договора; принципом добровольного волеизъявления, договорным принципом; принципом свободы места и рода деятельности с учетом интересов общества и т.д. [51, с. 93].

Проведем краткий исторический экскурс в проблему формулировки принципа свободы труда на примере одной страны. Так, 26 августа 1789 г. во Франции была принята Декларация прав человека и гражданина, одной из центральных и наиболее демократических идей которой была идея свободы. В последующем Конституция Франции, принятая 24 июня 1793 г., закрепила положение о том, что «каждый может предоставлять по договору свои услуги и свое время, но не может ни продаваться, ни быть проданным: его личность не есть отчуждаемая собственность» (ст. 18). Далее Конституция Франции, принятая 04 ноября 1848 г., впервые закрепила термин «свобода труда», провозгласив, что «Конституция гарантирует гражданам свободу труда и промышленности. Общество покровительствует и поощряет развитие труда, предоставляя безвозмездное первоначальное обучение, средства к профессиональному образованию и устанавливая равенство в отношениях хозяина и рабочего...» [52, с. 146]. В ней «право на труд» было провозглашено в качестве неотъемлемого естественного права каждого человека. При этом принцип свободы труда, необходимый именно для работника, рассматривался во взаимосвязи с принципом свободы промышленности, присущей для работодателя. Одновременно провозглашалось равенство в отношениях работника и работодателя.

Новые начала найма труда (найма услуг) в Западной Европе получили закрепление в Гражданском кодексе Наполеона 1804 г., а позднее – в Гражданском кодексе других государств [53, с. 40].

По мнению Т.В. Русских, провозглашенные свобода и равенство в сфере труда при отсутствии реальных гарантий их осуществления, отсутствии должного правового регулирования привели к доминированию одной стороны, а именно работодателя, который владел средствами производства и, в одностороннем порядке, диктовал условия труда. Работник в ситуации избыточного предложения рабочей силы был вынужден соглашаться на любые условия, так как не имел в распоряжении ничего, кроме возможности трудиться. Как следствие, социальные конфликты, злоупотребление и произвол владельцев капитала показали несостоятельность теории и практики «государственного невмешательства» в «свободные» отношения работодателей и рабочих» [54, с. 44]. Поэтому право на труд было выдвинуто в ст. 118 Конституции СССР 1936 года в качестве права на получение гарантированной работы с оплатой по количеству и качеству труда. Эти идеи были развиты далее в Конституции СССР 1977 г., которая также провозгласила и закрепила право советских граждан на труд. Им гарантировалось право на труд как право на получение гарантированной работы; право на выбор профессии, рода занятий и работы в соответствии с призванием, способностями, профессиональной подготовкой, образованием и с учетом общественных потребностей. С другой стороны, добросовестный труд в избранной гражданином области общественно-полезной деятельности, соблюдение трудовой дисциплины рассматривались государством как обязанность и дело чести каждого способного к труду гражданина. Уклонение от общественно полезного труда

было несовместимо с принципами социалистического общества и рассматривалось как уголовное преступление [54, с. 44].

Кодекс законов о труде Казахской ССР, принятый еще в 1972 году, но действовавший и после принятия Конституции Республики Казахстан 1995 года, закрепил принцип свободы труда, но, несмотря на все внесенные в него последующие изменения, по существу не мог обеспечивать интересы зарождающейся рыночной экономики [55]. Поэтому законодатель заменил указанный Кодекс новым законом [56]. Трудовые и производные от них отношения, возникающие в процессе реализации гражданами конституционного права на «свободу труда» в Республике Казахстан, впервые стали регулироваться Законом Республики Казахстан «О труде в Республике Казахстан» (далее - Закон о труде), введенным в действие с 1 января 2000 года, и внесенными изменениями и дополнениями от 27 декабря 2004 года.

15 января 1991 г. были приняты Основы законодательства Союза ССР и республик о занятости населения, предусматривавшие ряд принципиально новых положений в сфере правового регулирования труда. В частности, непосредственно было указано на то, что «добровольная незанятость граждан не может служить основанием для их привлечения к административной, уголовной и иной ответственности» (ч. 1 ст. 1). И это полностью соответствовало положениям Декларации прав и свобод человека и гражданина (ст. 23), которая провозгласила право каждого на труд, который он свободно выбирает или на который свободно соглашается, а также право распоряжаться своими способностями к труду и выбирать профессию и род занятий [57]. В ст. 6 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах право на труд также формулируется как право каждого человека на получение возможности зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который он свободно соглашается и предпринимает надлежащие шаги к обеспечению этого права.

В Европейской социальной хартии понятие «право на труд» в основном совпадает с формулировками Декларации и Пакта, но, вместе с тем, в понятие этого права социальная хартия вносит некоторые новые элементы и дополнительные нюансы: она обязывает государства обеспечивать эффективное осуществление права на труд [58]. С этой целью предлагается некоторыми авторами поставить перед странами в качестве основной задачи достижение и поддержание настолько высокого и стабильного уровня занятости, насколько это возможно, имея ввиду достижение полной занятости; эффективно защищать право работника зарабатывать себе на жизнь, работая по свободно избранной профессии; создавать бесплатные биржи труда для всех работников; обеспечить необходимую профессиональную ориентацию.

В современной науке трудового права вопрос о роли принципа свободы труда и его содержании является одним из дискуссионных. Установление конституционного принципа права на свободу труда вызвало среди ученых прямо противоположные точки зрения на соотношение данного принципа с принципом права на труд. По мнению Т.М. Абайдельдинова, на первый план

выдвигается обязанность государства проводить политику полной занятости, как средство осуществления права на труд [59, с. 27-30]. Международный принцип «права на труд» не нашел своего отражения в действующей Конституции РК, хотя ранее он являлся основополагающей нормой во всех предыдущих конституциях. По нашему мнению, законодатель на некоторое время сознательно упустил этот момент, поскольку в переходный период, в условиях дикого капитализма, очень трудно обеспечить всех трудоспособных граждан достойной работой. «Переход к рыночным отношениям породил новые проблемы в области рационального распределения и использования трудовых ресурсов. С одной стороны, с провозглашением свободы труда и предпринимательской деятельности открылся широкий простор для развития инициативы, предприимчивости, творческих способностей людей, с другой – переход к рынку сопровождался изменением структуры народного хозяйства, приватизацией государственной собственности. В связи с этим на рынок труда оказались выброшенными многочисленные группы квалифицированных рабочих и специалистов, и со всей остротой встала проблема безработицы. Рухнуло конституционное право граждан на труд» [60, с. 15].

К.А. Шайбеков пишет, что «в свете Конституции РК значительно изменено содержание конституционного права граждан на труд, которое включает теперь право на свободу труда и выбора профессии и рода деятельности» [61, с. 7]. Не соглашается с приведенным выводом Т.М. Абайдельдинов, по его мнению: вышеприведенный автор неправильно подошел к осмыслению понятийных аппаратов как форма и содержание. Право на труд, представляемое К.А. Шайбековым внешней формой, облекающей право на свободу труда и выбора профессии и рода деятельности как свое содержание, не закреплено в Конституции РК 1995 года [59, с. 27].

Е.Н. Нургалиева считает, что конституционное право на труд необходимо провозгласить, но понимать его следует не как реальное правообладание, а лишь в качестве признаний законодателем за лицом способности обладать этим правом [62, с. 108]. Юридическое содержание права на труд заключается в том, что оно есть мера возможного, а не должного поведения. Эта возможность служит удовлетворению интересов правосубъектного лица. Право на труд, как элемент правоспособности, отражает свободу и самостоятельность субъекта права, а не его обязанность трудиться.

В этой связи считаем необходимым обратить внимание на основополагающий международный принцип – принцип права на труд, так как его законодательная и научная интерпретация в Республике Казахстан и Российской Федерации не совпадает. В Казахстане этот принцип исключен из содержания нормативных правовых актов, хотя ст. 6 ТК РК закрепляет, что каждый имеет право свободно выбирать труд или свободно соглашаться на труд без какой-либо дискриминации и принуждения к нему, право распоряжаться своими способностями к труду, выбирать профессию и род деятельности. С законодателем соглашается З.С. Тулегенова, которая пишет: «Что такое право на труд? Теперь его в традиционном смысле нет. Ибо в

условиях рынка никто не может гарантировать это право. Это зависит от рынка труда с его законом спроса и предложения. Право на труд теперь по Конституции представлено в виде права на свободу труда, право на свободный выбор деятельности и профессии» [63, с. 29].

В связи с тем, утверждает Г.С. Сапаргалиев, что государство в условиях перехода к рыночным отношениям и возникновения частного сектора в экономике оказалось не способным обеспечить право на труд, новая Конституция провозгласила право на свободу труда, свободный выбор рода деятельности и профессии. А существующие проблемы на рынке труда связаны не с отсутствием права на труд, а с кризисным состоянием экономики [64, с. 33]. По мнению Т.Т. Шиктыбаева, данный конституционный принцип свободы труда не отражает в необходимой мере интересы гражданина и общества в их гармоничном сочетании. Поэтому принцип «Каждый имеет право на свободу труда...» должен быть дополнен. Государство, обеспечивая свободный выбор рода деятельности и профессии, должно закрепить в Конституции нормы, обеспечивающие реализацию права каждого гражданина на труд и обоснованные минимальные размеры оплаты его труда, ниже которых ни один работодатель не вправе оплачивать работу наемного работника [65, с. 5-9].

Поскольку трудовой договор сформировался как правовая категория не на пустом месте, а на базе уже существующей гражданско-правовой конструкции договора личного найма, он совершенно логично воспринял главные характеристики последнего [66, с. 122]. Стороны свободно на основе взаимного соглашения определяют содержание трудового договора (контракта) между ними. Это положение вписывается в более широкую концепцию свободы договора, закрепленную в соответствии с общими принципами правового регулирования рыночных отношений Гражданским кодексом Республики Казахстан.

По мнению некоторых авторов, смысл свободы договоров, согласно гражданскому законодательству, заключается в следующем: в признании свободы заключения договора (недопущение к понуждению заключения договора); в предоставлении сторонам возможности заключать любой договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом (создавать любые модели договоров, не противоречащие действующему законодательству); в свободе сторон определять условия заключаемого договора. Безусловно, традиционная цивилистическая конструкция договора претерпела определенные изменения, трансформируясь в трудовую категорию, в частности, свобода договора в трудовых правоотношениях получила весьма условный характер. Не случайно Трудовой кодекс РФ в качестве принципа трудового права провозглашает принцип свободы труда, а не трудового договора, что не одно и то же [67, с. 83].

Конституционный принцип свободы труда необходимо дополнить отраслевым принципом свободы трудового договора. Под свободой сторон трудового договора следует понимать принадлежащую работнику и

работодателю и гарантированную им государством возможность, в соответствии со своими интересами, воздействовать на определение содержания, изменение и прекращение условий трудового договора. «Если трудовой договор - это соглашение, юридический акт, то трудовое правоотношение - это правовая связь между субъектами трудового правоотношения, возникающая из данного трудового договора, так как основная функция трудового договора – это создание действия трудового правоотношения во времени и его надлежащее регулирование. Следовательно, важнейшая черта института трудового договора, пронизывающая все его нормы, - это свобода трудового договора, отражающая принцип свободы труда в обществе», - отмечает С.Б. Жаркенова [68, с. 23-33].

Не анализируя все принципы, на которых базируется современный трудовой договор, имеется смысл заострить внимание на главном его принципе свободы трудового договора, тем более, что именно названный принцип тесно связан с методом (или способом) регулирования, и, как нам представляется, базируется на нем.

Содержательная сущность принципа свободы трудового договора, с нашей точки зрения, состоит из нескольких ее степеней или уровней.

Первый уровень определяется тем, что граждане нашего государства свободны в реализации права на труд, свободны в выборе вида деятельности, сами решают, чем им заниматься или, например, частно-коммерческой (предпринимательской) деятельностью, или заключить любой гражданско-правовой договор, связанный с личным трудом (личной трудовой деятельностью), или заключить индивидуальный трудовой договор, или вообще оставаться незанятым, свободным от всяких обязанностей человеком.

Второй уровень свободы состоит в том, что гражданин, решивший вступить в трудовые отношения, по своему усмотрению и исходя из своего интереса (на свой риск и страх) выбирает подходящего работодателя.

Третий уровень свободы заключается в том, что будущий работник, а до заключения трудового договора просто гражданин, самостоятельно, без какого-то ни было давления извне, по соглашению с работодателем определяет условия труда. Помимо так называемых основных условий, таких как заработная плата, рабочее время, время отдыха, продолжительность отпуска, охраны труда, социальное страхование, можно говорить и о дополнительных условиях трудового договора. Возможен и следующий уровень свободы сторон трудового договора, на стадии его прекращения. Во-первых, в соответствии с законом, трудовой договор может быть расторгнут по инициативе работника в любое время и без объяснения причин. Для этого необходимо предупредить работодателя в письменной форме за один календарный месяц. В отличие от работника работодатель не обладает правом одностороннего увольнения и может, как известно, расторгнуть трудовой договор в одностороннем порядке по своей инициативе только по основаниям, строго указанным в законе (ст. 48 ТК РК).

Соответственно, свобода сторон трудового договора должна включать в себя три аспекта:

- 1) свободу заключения договора, определения его условий;
- 2) свободу изменения условий договора;
- 3) свободу прекращения договора [54, с. 69].

При этом указанные правомочия должны быть гарантированы государством, так как в любом случае наделение свободой одной стороны всегда будет влечь за собой уменьшение свободы другой стороны договора.

По словам Р.Ф. Иеринга, «факт заключения договора является несомненным доказательством того, что, по мнению обоих контрагентов, упомянутая точка равновесия взаимных интересов достигнута» [69, с. 119]. Тем не менее, применительно к трудовому договору говорить о равенстве сторон, свободном обсуждении условий договора, фактическом достижении взаимных интересов между работником и работодателем не представляется возможным. «Социальная специфика трудового договора, имманентное неравенство его сторон» на практике приводит к тому, что в большинстве случаев работник не может существовать без предоставляемой ему по трудовому договору работы [70]. Заработная плата, обещанная по данному договору, необходима ему, чтобы выжить, прокормить семью или купить лекарство. Работодатель же, напротив, владеет средствами производства, нанимает десятки (сотни) работников и имеет всегда, при нормальных условиях хозяйствования, возможность заменить одного работника другим. Как правило, работодатель диктует свои условия работнику, который не может выбрать между принятием этих условий и отказом от них: он вынужден вступить в предлагаемый договор, ставящий его не в лучшее, если не худшее, положение по сравнению с противоположной стороной. Такая ситуация складывается сама собой из фактического неравенства вступающих в него сторон, зависимости работника от воли работодателя и условий объективной действительности.

Из сказанного выше, как нам представляется, правовое положение работника и работодателя определяется договорной сутью трудовых отношений, которые сочетают в себе равенство и подчинение. При заключении трудового договора презюмируется, но реально не гарантируется равенство его сторон. В процессе трудовой деятельности работник также подчинен работодателю, что вытекает уже из самого определения трудового договора. Если трудовой договор - это соглашение, юридический акт, то трудовое правоотношение - это правовая связь между субъектами трудового правоотношения, возникающая из данного трудового договора, так как основная функция трудового договора - это создание действия трудового правоотношения во времени и его надлежащее регулирование. Следовательно, можно согласиться с авторами в том, что важнейшей чертой института трудового договора, пронизывающей все его нормы должна стать свобода трудового договора, отражающая принцип свободы труда в обществе [70].

Очевидно, отраслевой принцип свободы сторон трудового договора также в первую очередь характерен для стадии заключения трудового договора,

поскольку именно на данном этапе начинается процесс согласования интересов двух сторон – работника и работодателя, который включает в себя возможность выразить свою волю относительно второй стороны договора и его содержания. Вместе с тем, свобода сторон трудового договора на стадии его заключения не является абсолютной и подлежит ограничению в силу различных факторов. Свобода работника и работодателя в выборе второй стороны заключаемого трудового договора в первую очередь может быть ограничена по мотивам пола, возраста, гражданства, состояния здоровья работника, совершения им административного правонарушения или преступления, в связи с наличием у него судимости или в связи с отсутствием соответствующих деловых качеств.

По мнению автора, указанные выше основания предполагают ограничение свободы работника на заключение трудового договора с определенными категориями работодателей, труд у которых будет запрещен или противопоказан работнику, либо невозможен в силу отсутствия у него соответствующих профессионально-квалификационных качеств. С другой стороны, заключение трудового договора с работником, применение труда которого запрещено у данного работодателя, также выступает в качестве ограничения свободы работодателя на заключение трудового договора с любыми категориями работников [54, с. 100].

Статья 186 ТК РК устанавливает один из способов запрета труда женщин на работах, представляющих опасность для их здоровья и детородной функции – установление Перечня работ, на которых запрещается применение труда женщин. В отличие от законов ряда стран, на тяжелых работах, работах с вредными (особо вредными) и (или) опасными условиями труда труд женщин запрещается, а не ограничивается, что, на наш взгляд, является правильным решением.

Так, действует Список работ, на которых запрещается применение труда женщин, предельных норм подъема и перемещения вручную тяжести женщинами, который утвержден Приказом и.о. Министра труда и социальной защиты населения РК от 31 июля 2007 г. №186-п. Приказом и.о. Министра здравоохранения от 18 августа 2004 года №632 также утверждены «Санитарно-эпидемиологические требования к условиям труда женщин» [71, 72]. Ответственность за выполнение санитарных правил возлагается на должностных лиц, специалистов и работников организаций и работодателей – физических лиц.

Особые правила установлены для использования труда женщин на подземных работах. Конвенция МОТ №45 «О применении труда женщин на подземных работах в шахтах любого рода» предусматривает, что ни одно лицо женского пола, каков бы ни был его возраст, не может быть использовано на подземных работах в шахтах. Национальным законодательством может быть сделано исключение для женщин, занимающих руководящие посты и не выполняющих физической работы; женщин, занятых санитарным и социальным обслуживанием; женщин, проходящих курс обучения и допущенных к прохождению стажировки в подземных частях шахты в целях

профессиональной подготовки; других женщин, которые должны спускаться время от времени в подземные части шахты для выполнения работ нефизического характера.

Перечисленные основания ограничения свободы сторон трудового договора выполняют защитную функцию, поскольку направлены на охрану здоровья отдельных категорий работников, обеспечение безопасных условий труда. Ряд оснований направлен на защиту публичных интересов государства и экономических интересов работодателя. Данная позиция законодателя оценивается в юридической литературе неоднозначно. В частности, А.О. Харитоновна считает, что указанные запреты делают для женщин недоступными многие профессии, ограничивают их право свободно выбирать труд. По мнению автора, «необходимо учитывать не только репродуктивное здоровье женщин, но и их интересы как работников» [73, с. 501].

Н.Н. Шептулина, напротив, считает, что «российское законодательство о труде женщин в современный период не нуждается в кардинальном изменении. Закрепление в ТК РФ общего правила об ограничении применения труда женщин правомерно, так как в действительности на многие тяжелые и опасные работы женщины допускаются, но при соблюдении определенных условий и требований, то есть применение их труда ограничивается определенными рамками» [74, с. 2].

В научной литературе по трудовому праву встречается мнение о том, что стороны при заключении современного трудового договора «лишены какой бы то ни было гибкости в отношении любых вопросов, кроме наименования должности и размера заработной платы», в настоящее время «эффективное правовое регулирование трудовых отношений может быть достигнуто, прежде всего, путем расширения возможностей трудового договора» [75].

Специфика трудового права, как особой отрасли права, обусловлена сочетанием в нем публично-правовых и частно-правовых начал, что влечет столкновение интересов работника и работодателя, государства и работника, государства и работодателя. С одной стороны, защита интересов работника в централизованном порядке необходима во избежание социальных конфликтов; обеспечение интересов работодателя обусловлено заботой о производственном потенциале и экономике государства. С другой стороны, предоставление работодателю абсолютной свободы приведет к эксплуатации наемного труда, закрепление абсолютной свободы работника не обеспечит ее реальное осуществление в силу экономической несамостоятельности, зависимости последнего.

Применительно к сфере трудового права необходимо не только закрепление свободы сторон трудового договора, но и ее властное ограничение в установленных пределах. В последнее время ставится вопрос о необоснованном, неоправданном ограничении свободы работодателя. Тем не менее, в силу фактического неравенства вступающих в трудовой договор сторон, зависимости работника от воли работодателя и условий объективной действительности, ограничение свободы сторон трудового договора, и в

первую очередь работодателя, позволит определить то правовое поле, в рамках которого как работник, так и работодатель действительно смогут реализовать свободу.

Совершенно правильно отмечает С.Ю. Головина, что в рамках наметившейся тенденции расширения индивидуально-договорного регулирования в сфере наемного труда наиболее целесообразно, применительно к трудовому праву, закрепить пределы вмешательства государства (либо самих субъектов) в свободу, то есть определить пределы ограничения свободы сторон трудового договора. На самом деле, ограничение свободы сторон трудового договора – это осуществляемое компетентными органами в соответствии с законом наложение на сторон трудового договора запретов, ограничений, установление обязанностей. А правовые пределы ограничения свободы сторон трудового договора – это определенные законом требования, предъявляемые к нормам, ограничивающим свободу сторон трудового договора. В качестве пределов ограничения свободы сторон трудового договора целесообразно обозначить следующее:

- субъект, принимающий нормы, ограничивающие свободу сторон трудового договора, должен действовать в рамках своей компетенции;
- ограничение возможно в строго определенных Конституцией случаях;
- вводимые ограничения должны преследовать конституционно значимые цели;
- ограничение свободы не должно трансформироваться в дискриминацию по различным основаниям;
- ограничение свободы сторон трудового договора не должно нарушать существо первоначально предоставленной свободы, приводить к утрате ее реального содержания;
- ограничение должно быть соразмерным, обеспечивать оптимальное согласование интересов работника и работодателя, баланс интересов личности, общества, государства [76, с. 335-336].

Таким образом, проблема свободы сторон трудового договора и пределов ее ограничения выступает важным элементом науки трудового права, поскольку ее решение непосредственно связано с ответом на вопрос о соотношении и балансе интересов сторон трудовых отношений, государства, в соответствии с теми целями и задачами, что стоят перед трудовым законодательством.

Под свободой сторон трудового договора следует понимать принадлежащую работнику и работодателю и гарантированную им государством возможность в соответствии со своими интересами воздействовать на определение содержания, изменение и прекращение условий трудового договора.

Исходя из конституционных положений, мы присоединяемся к авторам, которые считают, что «в сфере договорного регулирования трудовых отношений нужно искать приемлемый компромисс между интересами работников и работодателей, между социальной и производственной функцией трудового права при общей тенденции расширения договорной свободы сторон

трудового правоотношения тенденции расширения договорной свободы сторон трудового правоотношения не забывать о публично-правовой составляющей метода трудового права с его ограничениями и запретами» [77, с. 41-45].

Таким образом, можно сделать вывод, что принцип свободы труда, закрепленный трудовым законодательством Республики Казахстан, не вполне соответствует требованиям международных стандартов. Принцип свободы труда, в отличие от принципа права на труд, не выступает гарантом права человека на получение работы, не способствует решению вопросов трудовой занятости и проблем безработицы, так как данный принцип носит в большей части своей декларативный характер, отдавая приоритет естественному праву человека на свободный выбор труда без необходимых государственных гарантий. Подводя итоги можно прийти к такому заключению, что свобода труда означает также и свободу трудового договора, который, как правило, является основой возникновения трудовых отношений между работником и работодателем. Не анализируя все принципы, на которых базируется современный трудовой договор, необходимо отметить, что главный его принцип - свобода трудового договора, тем более, что именно названный принцип тесно связан с методом договорного регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений.

2 ИНДИВИДУАЛЬНО-ДОГОВОРНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ТРУДА

2.1 Трудовой договор как основной элемент в механизме индивидуально-договорного регулирования

Трудовое право в силу своего частно-публичного характера является одной из отраслей права, которая сочетает в себе нормативное и индивидуально правовое регулирование. Индивидуальное правовое регулирование осуществляется нормативным и договорным регулированием, а договорное регулирование может быть индивидуальным и коллективным. В правовой литературе сложилось мнение о правовом регулировании посредством правовых норм, нормативных юридических актов. Однако это мнение не включает в себя индивидуальное, договорное регулирование, в качестве которого понимается установление прав и обязанностей в трудовом договоре, регулирование трудовых и иных, непосредственно связанных с ними отношений, в индивидуальном и коллективном порядке. Необходимость введения в научный оборот категории «индивидуально-договорное регулирование» объяснялось тем, что индивидуализация правового статуса работника отражает различные индивидуальные регуляторы: трудовой договор и иные индивидуальные договоры о труде, а также индивидуальные соглашения [78, с. 65]. Проблема индивидуально-договорного регулирования в советском трудовом праве, впервые сформулированные Н.Г. Александровым и А.С. Пашковым, проанализированные и исследованные учеными в советское время в юридической литературе, ныне вновь является актуальной.

С позиции науки трудового права М.Н. Марченко надо отдать должное за то, что он восстановил идеи индивидуально-договорного регулирования [79, с. 208]. Ученый, ссылаясь на статью Н.Г. Александрова «К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений», подчеркивает, что еще в середине прошлого столетия видные исследователи договорной тематики обращали внимание на то, что индивидуальный договор регулирует поведение сторон, непосредственно устанавливает в соответствии с правовыми нормами права и обязанности участников правоотношения, порождаемых этим договором [80, с. 60].

Индивидуальное договорное регулирование в современном трудовом праве вытекает не из индивидуального правового регулирования, а именно из договорного регулирования, находящегося в сложной диалектической взаимосвязи с государственным регулированием [81, с. 54]. Особенность такого регулирования в трудовом праве заключается в том, что оно сочетается с централизованным регулированием трудовых и непосредственно связанных с ними отношений. Трудовой договор занял главное место в системе индивидуальных правовых регуляторов трудовых отношений и в системе индивидуально-договорных регуляторов, не являясь, по мнению Р.Н. Рахматуллиной, нормативным правовым актом, источником трудового права, хотя трудовой договор и источники права (нормативные правовые акты)

имеют один общий признак – они являются правовыми, т.е. обязательными для реализации [82, с. 61].

С точки зрения Н.И. Дивеевой, в современном обществе изменяется и роль права, основной задачей которого становится обеспечение защиты индивидуальных начал при сохранении социального мира в обществе. При этом изменяются роль и значение правового регулирования. Наряду с усилением значимости индивидуальных средств регулирования и саморегулирования трудовых отношений государственно-нормативный и коллективно-договорной уровни регламентации общественных отношений в сфере труда в свою очередь также должны иметь действенный правовой потенциал, обеспечивающий возможности индивидуального регулирования трудовых отношений, защиту трудовых прав и свобод. Нельзя не согласиться с автором в том, что для обеспечения стабильности в обществе индивидуальные и коллективные начала его организации должны не противопоставляться, а уравнивать друг друга [78, с. 5]. Сложность заключается в уровне «уравнивания», в разумном сочетании этих уровней.

Особенности индивидуального трудового договора, как отраслевого проявления общеправового института «договор», были подробно изучены представителями трудового права – учеными С.П. Мавриным, Н.И. Дивеевой, Д.Б. Толеухановой и др. [83, с. 208].

Мнение специалистов по этому поводу диаметрально противоположны друг другу. С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов, Л.Ю. Бугров признают трудовой договор в качестве источника права. Другие авторы, такие как А.М. Лушников, М.В. Лушникова, А.М. Нурмагамбетов, Э.Н. Бондаренко, В.Н. Толкунова, Г.А. Рогалева не относят трудовой договор к числу источников права, а считают, что трудовой договор по своей природе является актом реализации права [84, с. 47-51; 85, с. 29; 86, с. 18]. Отметим, что попытки отнести индивидуальные договоры к числу источников права предпринимались и ранее, в частности учеными цивилистами. Например, Т.В. Кашанина ставила гражданско-правовые договоры в один ряд с законами и подзаконными актами, рассматривая их в качестве разновидности источников права [87]. По мнению М.Н. Марченко, «...придание индивидуальному договору и содержащихся в нем нормам правового характера автоматически означало бы признание за его участниками - гражданами (физическими лицами) и юридическими лицами статуса законодателя – правотворца... Индивидуальный договор как был, так и останется не чем иным, как актом правоприменения» [79, с. 53-57].

Исследуя трудовой договор, Л.Ю. Бугров отмечает: «Если бы трудовой договор являлся исключительно актом реализации права, он был бы полностью исчерпан при его прекращении. Однако после прекращения каждая из сторон может обратиться, например, в суд с иском, вытекающим из содержания этого договора, но не связанным с оспариванием его правомерности...». Он далее отмечает, что невзирая на прекращение трудового договора, остались существовать регулятивные нормы, позволяющие решить данный трудовой спор. Они сохраняют свою «жизнеспособность» до тех пор, пока есть

возможность восстановить сроки исковой давности. На подобные нормы ссылаются не только стороны прекращенного трудового договора, но и третьи лица, например, работодатели по трудовым договорам, заключенным после трудовых договоров, установивших те или иные нормы. Возможность ссылаться на содержание прекращенного трудового договора у третьих лиц относительно этого договора – одно из доказательств факта признания трудового договора источником права. Как известно, трудовое право имеет в своей основе единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений [35, с. 54]. Без признания трудовых договоров источниками права частнопредметная составляющая в указанной неразрывной связи невозможна. Правопорядок в государстве также зависит и от трудовых договоров, их условия включаются в право и обеспечивает как элемент правопорядка. Только что изложенный аргумент фиксирует внимание на неразрывной связи публично-правовых и частнопредметных конструкций. Думается, что для трудового права она особо характерна. Противоречивость суждений о трудовом договоре как об источнике права сохранилась до настоящего времени. Как нам кажется, допустимость включения трудовых договоров в число источников права может быть осуществлена только с изменением концептуальных подходов к понятию «права», что и предлагают некоторые исследователи [35, с. 55].

Несмотря на множество имеющихся работ, посвященных соотношению трудовых договоров с гражданско-правовыми договорами, как в отечественной, так и зарубежной правовой литературе, проблема разграничения именно этих договоров различной отраслевой принадлежности все еще остается. В последнее время, с появлением новых видов договоров о труде, интерес к данной проблеме еще более усилился. Особенно это наблюдается в российской литературе по трудовому праву, что также связано с появлением трудовых договоров с первыми руководителями организации, которые одновременно являются и единоличными исполнительными органами, а также трудовых договоров об альтернативной гражданской службе.

В связи с продолжающимся проникновением гражданско-правовых элементов в трудовой договор, интерес к соотношению этих видов договоров будет усиливаться, поэтому хотелось бы еще раз обратиться к существенным признакам трудового договора.

С принятием Трудового кодекса РК происходит усиление договорных начал трудового права, по-новому регулирующего трудовые и непосредственно связанные с ними отношения. Это, тем не менее, не исключило наличия пробелов в трудовом праве, в том числе и вызванных интенсивным развитием общественных отношений [65, с. 5]. На фоне общей тенденции усиления межотраслевого взаимодействия трудового и гражданского права остается актуальным научное осмысление трудового права как самостоятельной отрасли и возможности применения гражданско-правовых норм к трудовым отношениям.

В этих условиях исследование трудового договора – важнейшего института трудового права приобретает особую важность в связи с тем, что, с одной стороны, необходимо повышение эффективности централизованного регулирования трудовых отношений, закрепляющего определенный уровень гарантий для работников, а с другой – расширение договорной сферы и судебной защиты, трудовых прав, свобод и обеспечения реализации законных интересов различных субъектов трудового права [88].

Легализация трудового (рабочего) договора произошла на рубеже XIX–XX вв. Этот переход осуществился постепенно и первоначально в некоторых странах Запада, в законодательстве которых фактически сформировался особый тип гражданско-правового договора, объектом которого являлся несамостоятельный труд. Российское законодательство о договоре личного найма развивалось в том же направлении и той же последовательности, что и на Западе. Начиная со второй половины XIX века, видные ученые-цивилисты разных стран Европы Ф. Лотмар и В. Эндеман в Германии, Капитан и Пик во Франции, Л.С. Таль в России констатировали появление нового вида договоров – трудовых договоров, и нового вида правоотношений – трудовых правоотношений. Ученые пришли к однозначному выводу о необходимости выделения договоров о труде в самостоятельную родовую категорию, но при этом ограничивали отношения наемного труда от отношений подряда, не сомневаясь в их общей гражданско-правовой природе [89, с. 11].

Все основоположники трудового права, такие как Л.С. Таль, И.С. Войтинский, К.М. Варшавский, интересовавшиеся проблемами трудового договора в дореволюционную эпоху, были по первой научной специализации цивилистами. Российский цивилист В.Б. Ельяшевич стал первым в российской науке, кто ввел в научный оборот термин «трудовой договор» в его современном значении. Он дал подробный обзор правового регулирования труда на Западе. Выводы В.Б. Ельяшевича вполне показательны и некоторые из них даже сейчас не утратили своей актуальности. Во-первых, «личность нанявшегося надо защищать и одними диспозитивными нормами не обойтись. Надо прибегать к принудительным нормам». Он признает здесь единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений.

По его мнению, действующее законодательство не выходит за рамки найма услуг, необходимо создать «единое понятие труда» и его правовую классификацию [90, с. 172–179 с. 273–278, с. 425–434]. Таким образом, В.Б. Ельяшевич вполне признавал правовые предпосылки формирования самостоятельной отрасли трудового права и выделял особый вид договора – трудовой договор.

История науки трудового права началась именно с разработки правовой природы трудового договора. Одним из первых среди российских ученых, кто дал научное определение трудового договора, был Л.С. Таль, который писал: «Трудовой договор есть всякая сделка (независимо от отрасли хозяйства и социального положения работника), по которой одно лицо обещает другому приложение своей рабочей силы на определенный или неопределенный срок к

его предприятию или иному хозяйству в качестве несамостоятельного работника, подчиняясь в пределах, определяемых договором, законом или обычаем, хозяйской власти работодателя и внутреннему порядку его предприятия или хозяйства» [91, с. 11-12]. Им также выделены основные элементы (признаки) трудового договора:

- длительное предоставление рабочей силы, что нельзя отождествлять с предоставлением имущественных благ;
- рабочий обещает приложить рабочую силу к промышленному предприятию работодателя;
- подчинение рабочего внутреннему порядку и хозяйской власти;
- обещание работодателем вознаграждения, которому присущ алиментарный характер [92, с. 72–75].

В советский период свобода договаривающихся сторон была существенно ограничена публичными нормами, а в некоторые периоды фактически отсутствовала. Советское учение о трудовом договоре шло от отрицания буржуазной сущности этого понятия к его законодательному закреплению через указание трех его основных признаков: личного, организационного и имущественного. Нашли они отражение также и в действующем трудовом законодательстве Республики Казахстан.

Только в КЗоТе 1922 г. появилось определение трудового договора, трактовавшее его как соглашения двух и более лиц, по которому одна сторона (нанимающийся) предоставляет свою рабочую силу другой стороне (нанимателю) за вознаграждение. Одной из основных проблем в трудовом законодательстве этого периода была проблема правовой формы возникновения конкретных трудовых отношений. КЗоТ 1922 года закрепил договорный принцип привлечения к труду. Н.Г. Александров считал, что именно договорный принцип наилучшим образом позволяет удовлетворять личную заинтересованность трудящегося в выборе места работы с учетом интересов общества, даст возможность предприятиям, учреждениям и организациям подбирать кадры с наибольшим учетом требований производства, специфики задач данного предприятия [93, с. 20-21]. Переход к договорному регулированию трудовых отношений сопровождался усилением влияния договора на условия труда. КЗоТ 1922 г. рассматривал трудовые права граждан как права, возникающие из договорных отношений. В договорном порядке устанавливались условия о характере и месте работы, о продолжительности отпусков и другие.

В 1970 году были приняты Основы законодательства Союза ССР и республик о труде [94, с. 265]. В этом акте впервые получил легальное закрепление конститутивный признак трудового договора, кардинально отличающий его от гражданско-правовых соглашений о труде – подчинение работника «хозяйской власти» работодателя. Основы законодательства о труде внесли ряд изменений в правовое регулирование трудового договора, направленных на улучшение положения работников. Впервые был запрещен необоснованный отказ в приеме на работу; исключены такие основания

расторжения трудового договора по инициативе администрации, как приостановка работ на срок более одного месяца по причинам производственного характера и увольнение в связи с привлечением к уголовной ответственности и пребыванием под стражей более двух месяцев. Время оплаты вынужденного прогула при восстановлении на работе незаконно уволенного работника было увеличено до трех месяцев. Вносились и другие позитивные изменения. Основы дали мощный толчок развитию индивидуально-договорного (автономному) регулирования в советский период.

Некоторые западные цивилисты не выделяли трудовой договор в своих работах. Достаточно длительное время существует точка зрения ученых цивилистов, согласно которой нормы гражданского права могут заменить трудовое право [95]. Как отмечалось в докладе Генерального директора Международного бюро труда на 72-й сессии Международной конференции труда в 1986 г., «основная цель развития трудового законодательства и систем трудовых отношений на протяжении многих десятилетий заключалась в разрешении противоречий, связанных с цивилистическим подходом XIX в., в соответствии с которым стороны индивидуального договора о найме имеют равную силу и поэтому должны совершенно самостоятельно определять свои взаимоотношения» [96, с. 28-37]. По преобладающему мнению, в странах Запада трудовой договор рассматривается как частноправовой договор, разновидность гражданско-правового договора найма услуг, что предусматривает возможность распространения на него принципов и конструкций гражданского и договорного права. С этой точки зрения «западный» трудовой договор по формальным характеристикам - двусторонний, консенсуальный, возмездный, фидуциарный, каузальный. В то же время усмотрение сторон ограничивается нормами по охране труда, запрету дискриминации, обеспечению основных конституционных прав (на отдых, на неприкосновенность частной жизни, на объединение и др.). Все это придает институту трудового договора черты уникальности, отличает от классических гражданско-правовых договоров. Хотя гражданско-правовые отношения и отношения в сфере труда связаны между собой достаточно тесно и имеют много общего, между ними имеются фундаментальные различия, связанные, прежде всего, с подчинением работника работодателю и, в подавляющем большинстве случаев, радикальным экономическим неравенством работника и работодателя. В связи с этим и метод, и принципы правового регулирования в трудовом праве существенно отличаются от метода и принципов гражданского права.

В науке трудового права неоднократно поднимаются вопросы о разграничении трудовых договоров и гражданско-правовых договоров о труде [97, с. 73]. Этот вопрос представляет собой важнейший теоретический и практический интерес, т.к. по гражданско-правовым договорам работники в меньшей степени социально защищены, чем по трудовым. По вопросу о критериях разграничения трудового договора и договора подряда, высказывалось множество точек зрения. Общепринято, что по гражданско-

правовым договорам не возникают трудовые отношения, в них отсутствуют все обязательные специфические признаки индивидуального трудового договора:

- выполнение работником определенной трудовой функции (работа по определенной специальности, квалификации или должности);

- личное трудовое участие работника в производственной деятельности организации;

- исполнение работником, в процессе деятельности, актов работодателя.

Е.Н. Нургалиева в своем комментарии к ст. 27 ТК РК указывает на следующие различия между трудовым договором и гражданским договором:

- субъектным составом – в качестве субъектов в гражданском праве выступают субъекты, обладающие специальной правосубъектностью – физические лица, зарегистрированные и действующие в качестве индивидуальных предпринимателей. Субъектом может выступать также юридическое лицо. В трудовом договоре субъектом выступает работник, осуществляющий трудовую деятельность. Если в трудовом договоре трудовая деятельность работника является основной, то в гражданском – производной, обеспечивающей достижение результата;

- включение работника в трудовом договоре в хозяйскую сферу работодателя, поскольку его труд обеспечивает функционирование хозяйства;

- трудовой договор характеризуется процессом реализации работником своей способности к труду, а гражданский договор – процессом живого труда косвенно, поскольку его предметом выступает результат труда;

- трудовой договор не прекращается выполнением сторонами обязательств как в гражданском договоре, а носит длящийся характер [98, с. 75].

Таким образом, по мнению Е.Н. Нургалиевой, предмет гражданского права составляет имущественные, а не трудовые отношения, которые выступают в стоимостной форме и образуют сферу товарного оборота [99, с. 58].

Л.Н. Анисимов также выделил несколько признаков, позволяющих разграничить трудовой и гражданско-правовой договоры: во-первых, это личностный признак (выполнение работы личным трудом и включение работника в производственную деятельность предприятия - зачисление в штат); во-вторых, организационный признак (подчинение работника внутреннему трудовому распорядку; его составным элементом является выполнение в процессе труда распоряжений работодателя, за ненадлежащее выполнение которых работник может нести дисциплинарную ответственность); в-третьих, предметный признак (выполнение работ определенного рода, а не разового задания); и наконец, защитный признак (степень социальной защищенности) [100, с. 7].

Важность разграничения трудовых и гражданско-правовых договоров состоит в том, что в практике хозяйственной деятельности нередко заключаются так называемые «скрытые трудовые соглашения», правовая природа которых неоднородна. Под таким названием могут скрываться как трудовой договор, так и договор подряда. Например, оба договора предполагают выполнение определенной работы за вознаграждение, однако

одни договоры регулируются трудовым правом, а правоотношения между подрядчиком и заказчиком - гражданским. «Скрытые трудовые отношения – это отношения, которым придана видимость, отличающаяся от объективной реальности, с целью ликвидации или ослабления защиты, предоставляемой законом, или уклонение от уплаты налогов или от выполнения обязательств в области социального обеспечения» [101, с. 582]. Таким образом, это – попытка скрыть трудовые отношения или исказить трудовые отношения, либо путем их маскировки под другой вид правовых отношений, либо путем придания им формы, в которой работнику представляется меньшая защита. Скрытые трудовые отношения могут также иметь целью замаскировать личность работодателя, когда лицо, выступающее в качестве работодателя, является посредником, призванным освободить истинного работодателя от любого участия в трудовых отношениях и, прежде всего, от любой ответственности перед работниками.

Однако существуют более сложные ситуации, в которых участвует третья сторона, что формирует так называемые «трехсторонние» трудовые отношения, причем сторон может быть и больше. Такие трудовые отношения регулируются в меньшей степени, хотя и существуют положения, касающиеся некоторых аспектов, которые были введены в первой половине XX века, а другие приняты совсем недавно; значительный вклад в эту сферу внесло прецедентное право [102, с. 45].

На рубеже XX–XXI вв. развитие трудового законодательства во всем мире выходит на новый качественный уровень. Трудовой договор прошлого века нередко не укладывается в рамки новой общественной организации труда, продиктованной условиями информационного общества. Переход к постиндустриальному, информационному обществу породил кризис традиционного трудового права в странах Запада. Некоторые юристы, социологи, политики констатируют, что в складывающейся социальной среде постиндустриального общества трудовому праву просто не выжить и оно в конечном итоге обречено, или, по крайней мере, его существование, как самостоятельной отрасли, находится под серьезной угрозой. Нам представляется, что в XXI в. трудовое право преодолет трудности, заново определит свою нишу, усовершенствует инструментарий и возродится на новой основе [103, с. 12].

В советской теории трудового права характеристику содержания трудового договора ученые-трудовики отмечали как совокупности условий, определяемых не только соглашением сторон, но и нормативными актами. Так, Н.Г. Александров о содержании трудового договора писал в двояком смысле:

- во-первых, условия, вырабатываемые самими договаривающимися сторонами (непосредственные условия);
- во-вторых, условия, которые не вырабатываются договаривающимися сторонами, а устанавливаются законом (или иным нормативным актом), но которые (условия) стороны при заключении договора имеют в виду, так как эти условия регулируют взаимные права и обязанности лиц, заключивших

трудовой договор (производные условия) [104, с. 236]. В свою очередь непосредственные условия трудового договора подразделялись им на необходимые (обязательные) и факультативные (дополнительные) [105, с. 240].

Такие условия содержания трудового договора имели место в советской действительности и все чаще стали обосновываться в современной литературе по трудовому праву. Даже действующее законодательство Республики Казахстан сформировано по советской модели механизма правового регулирования труда.

В то же время наблюдается распространение ряда существенных трудовправовых правил на гражданско-правовые договоры о труде, что возвращает признание в труде его существенных общих начал. Отмечая социальную закономерность установления в любом государстве общих правил по поводу труда, Л.Ю. Бугров совершенно правильно отмечает, что они должны иметь смысл реальных юридических гарантий, защищающих хотя бы наиболее важные правомерные интересы участников процесса труда [106, с. 37].

Отличительные признаки трудового договора от иных договоров о труде, такие как выполнение работником трудовой функции, выполнение обязательств лично с подчинением трудовому распорядку, получение работником заработной платы за труд, прямо выделены в ТК РК. Видимо, этого недостаточно, поэтому необходимы дальнейшие научные исследования, посвященные признакам трудового договора, анализ судебной практики с целью выявления скрытых трудовых правоотношений и их легализации. Главная при этом цель – договорные взаимоотношения по поводу труда не должны лишать защиты прав лиц, вступающих в эти взаимоотношения.

В настоящее время ряд организаций стали разрабатывать так называемые «внутренние документы», входящие в пакет антикоррупционных и прилагать их в качестве приложений к трудовым договорам, поскольку п. 2 ст. 28 ТК РК дает право сторонам трудового договора включать иные условия, не противоречащие законодательству РК. И эти обязательные приложения к трудовому договору являются неотъемлемой частью трудового договора, дополнительными обязательными условиями, не содержащими исчерпывающего перечня. Они также не могут ухудшать положение работника по сравнению с установленными трудовым законодательством, иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями, локальными нормативными актами. И эти дополнительные условия тоже требуют их анализа в качестве основных признаков трудового договора, поскольку именно в этой части могут быть заложены дискриминационные положения.

Распространенная в отраслевой юридической науке классификация условий трудового договора оказывается упрощенной и недостаточной для разрешения некоторых практических задач правовой организации труда. Речь идет о так называемых «внедоговорных условиях трудового договора», которые вынесены за рамки соглашения сторон, которые также имеют существенное значение для

правильного определения прав и обязанностей сторон трудового договора [107, с. 26-27].

Особое внимание Рекомендация МОТ №198 уделяет роли служб инспекции труда, которые должны быть обучены в вопросах «распознавания» трудового договора, оформленного работодателем в виде гражданского договора с целью уйти от ответственности перед законом и работником [108].

В настоящее время в Казахстане организована работа государственных инспекторов труда, которые на постоянной основе осуществляют контроль за соблюдением трудового законодательства и законодательства в сфере занятости населения в организациях с последующей выдачей им обязательных для исполнения предписаний и привлечением виновных лиц к правовой ответственности.

В сфере трудовых отношений основными нарушениями в организациях все еще остаются несоответствие законодательству содержания трудовых договоров, а также несвоевременная выплата заработной платы.

Таким образом, по мере развития института трудового договора, соотношение в нем договорных и внедоговорных элементов будет меняться, что зависит от модификации метода трудового права в тот или иной период развития страны. При этом главным является сохранение законных интересов наемных работников. Основным договором, устанавливающим взаимные права сторон в трудовом правоотношении, является трудовой договор. Опосредуя различные стороны трудовых отношений, трудовой договор обладает подвижностью, обеспечивает оперативное регулирование изменяющихся условий труда, учитывает потребности и интересы работодателя и каждого отдельного работника, т.е. индивидуализирует условия труда.

К.Н. Гусов за основу классификации индивидуальных договоров о труде взял такой признак как особенность содержания договоров о труде, их условий [109, с. 33]. Трудовой кодекс РК выразил своё отношение к возможности и необходимости свободного определения индивидуальных условий труда, устанавливаемых соглашением сторон (ст.ст. 22, 23).

Из ст. 393 ГК РК известно, что договор считается заключенным, когда между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным его условиям. Согласимся с мнением ученых, привнесённый из ГК РК термин «существенные условия договора» породил вопросы, ранее не свойственные трудовому праву. Поэтому наблюдалось расхождение мнений ученых, например, относительно не включения отдельных существенных условий в содержание трудового договора. Из ГК РК известно, что в случае недостижения договоренности сторон по существенным условиям договор не может считаться заключенным. В Трудовом кодексе РК таких строгих ограничений нет. Достаточно факта допущения к работе или по поручению работодателя либо его представителя, и трудовые отношения возникают, причем независимо от того, был трудовой договор надлежащим образом оформлен или нет. И.Я. Киселев и А.С. Леонов обоснованно указывают, что в отличие от гражданско-правовых договоров,

которые не могут считаться заключенными без наличия между сторонами соглашения по всем существенным условиям договора, трудовые договоры признаются заключенными (действующими), даже если они не содержат всех существенных условий, предусмотренных ТК РФ [110, с. 122].

Согласно пп. 39 ст. 1 ТК РК от 15 мая 2007 года №251, трудовой договор – это письменное соглашение между работником и работодателем, в соответствии с которым работник обязуется лично выполнять определенную работу (трудовую функцию), соблюдать правила трудового распорядка, работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные настоящим Кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами Республики Казахстан, коллективным договором, актами работодателя, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату. Так, например, с точки зрения Г.В. Хныкина: «Трудовой договор - это акт совместной компетенции работодателя и работника, направленный на формирование его содержания и закрепляющий взаимные договоренности сторон по существенным условиям данного договора» [111].

По мнению А.М. Касумова, приведенное определение делает попытку отказаться от такого признака как «соглашение», который обычно используют ученые при определении любого договора, заменяя его словами «акт совместной компетенции». «Такая реконструкция, ...вряд ли может быть признана удачной, потому что «акт совместной компетенции» и «соглашение сторон» совпадают только частично, в целом это различные правовые категории» [112, с. 188].

Трудовой кодекс Азербайджанской Республики (далее - ТК АР), как и Трудовой Кодекс Республики Казахстан, также дает следующее официальное определение трудовому договору: «Трудовой договор (контракт) – это письменный договор, заключенный между работодателем и работником в индивидуальном порядке, отражающий основные условия трудовых отношений, права и обязанности сторон» (п. 5 ст. 33 ТК АР) [113].

И это определение, с нашей точки зрения, подверглось справедливой критике со стороны ученых-трудовиков. Надо иметь в виду, что в соответствии с частью 2 ст. 46 ТК АР допускается заключение трудового договора с группой лиц. Однако, азербайджанский законодатель, давая общее определение понятию трудового договора, далее, в других статьях отходит от этого определения, допуская, что трудовой договор может заключаться и с группой лиц. В этой связи нам представляется недостаточно удачным определение, разработанное З.Н. Дадашовым: «Трудовой договор есть письменное соглашение между отдельным работником или группой работников (коллективом работников) и работодателем, по которому одна сторона работник или группа (коллектив) работников обязуются предоставлять работодателю свою способность к труду с учетом профессии, специальности, квалификации и подчиняться режиму работы, установленному на данном предприятии, а работодатель обязуется выплачивать работникам заработную

плату и обеспечивать условия труда, предусмотренные действующим трудовым законодательством, коллективным договором и соглашением сторон». По существу этот автор также допускает заключение трудового договора с группой лиц, забывая о том, что труд выполняется лично работником и заключается также лично с ним, а не группой лиц.

Некоторые авторы утверждают, что нормы, образующие институт трудового договора, являются ядром всех иных институтов трудового права, а сам трудовой договор включает в свой состав следующие правовые подинституты:

- 1) испытание при приеме на работу;
- 2) переводы на другую работу;
- 3) основания расторжения трудового договора [114, с. 16-17].

Следует согласиться с мнением, что трудовой договор, выступая в качестве центрального правового института в системе трудового права, все же не в состоянии заменить собой другие институты трудового права, не в состоянии полностью обеспечить регулирование всего сложного комплекса общественных отношений, образующих предмет данной отрасли права.

Ст. 28 ТК РК посвящена содержанию трудового договора как письменного документа, согласно которой трудовой договор должен содержать слишком широкий перечень, включая, помимо условий о трудовой функции, месте работы, заработной плате, дате начала работы, режим рабочего времени и времени отдыха, например, права и обязанности сторон договора, условия по страхованию, гарантии и компенсационные выплаты, порядок их выплаты; ответственность сторон и др. Как видно, содержание многих перечисленных в ст. 28 ТК РК условий относится к сфере государственного и коллективно-договорного регулирования, а не индивидуального, и анализ заключаемых трудовых договоров подтверждает, что договор перегружается информационными условиями, которые, как представляется, не несут особой юридической нагрузки, так как в любом случае должны выполняться, являясь производными условиями. Видится вполне естественным исключить из числа договорных норм те положения в трудовых договорах, которые носят информационный характер, например, сведения о сторонах, дате и месте заключения трудового договора, хотя в современных исследованиях некоторыми российскими учеными подчеркивается особое значение информационных условий трудового договора, которые рассматриваются как фактор реализации воспитательной функции трудового договора [115, с. 43–44].

Отметим, что в литературе также упоминаются критерии разграничения трудового и гражданско-правового договора, исходя из способа оформления работника (заявление, записи в трудовой книжке, издание приказа о приеме на работу). Как правило, работодатель избегает оформления соответствующим образом тех работников, с которыми заключены гражданско-правовые договоры. Указанные критерии являются факультативными, и при их наличии они могут дополнительно подтверждать намерения организации на прием работника именно по трудовым договорам.

Отграничить трудовые правоотношения от гражданско-правовых позволяют также действия работодателя по обеспечению работнику условий труда – предоставлению рабочего места, рабочего инвентаря, средства индивидуальной защиты, направление на прохождение медкомиссии, инструктаж по технике безопасности и т.п.

Исследование законодательного опыта развитых стран и применение его на практике позволяет выделить, что одним из необходимых условий трудового договора является условие о трудовой функции. Если в науке ведутся дискуссии относительно понятия трудовой функции, ее объема, то в законодательстве зарубежных стран трудовая функция определяется номинально. Так, в соответствии с Законом о защите труда Швеции 1982 года в трудовом договоре должно указываться краткое описание обязанностей работника, профессия или должность (секция 6 с) [116]. Закон о трудовых договорах Финляндии 2001 года также лишь упоминает о необходимости указания в договоре краткого описания основных обязанностей работника (статья 4) [117, с. 114].

«Конструкция договора, - писал М.И. Брагинский, - применяется в различных отраслях права: международном, публичном, административным и др. И все же наиболее широко используется в гражданском праве».

Очевидным научным фактом является, то, что в теории права разработана общая теория договора, сформулировано несколько определений договора, выработаны общие признаки и черты общетеоретической модели или конструкции договора, однако мы не находим ни одной попытки ученых-теоретиков к отождествлению, к нивелированию трудовых договоров и гражданско-правовых.

М.И. Брагинский относит трудовые договоры к числу гражданско-правовых. «На наш взгляд, - отмечает он, - воссоединение в будущем трудового договора с гражданским, как и в целом трудового права с гражданским, стало бы одним из важнейших шагов на пути формирования подлинно частного права» [66, с. 14]. Многие ученые-трудовики не соглашаются с профессором М.И. Брагинским, ведь в современном трудовом праве, как известно, применяется большое число различных видов трудовых договоров. Только в ТК РФ в настоящее время официально закреплено их около двух десятков, к этому следует добавить значительное число специальных нормативно-правовых актов. В.Н. Толкунова указывает на 32 вида трудовых договоров [118, с. 114].

Законодательство о труде, рассчитанное на общее применение, не преследует цели регулирования трудовых отношений в их полном объеме, определения всех или конкретных условий труда. Государственной регламентации подвергаются основные, принципиальные вопросы труда [119, с. 113-122]. При этом обращается внимание на следующую особенность законодательства развитых зарубежных стран - сочетание ограниченной законодательной регламентации с договорным установлением, пользующимся государственной поддержкой. Вероятно, таковой она может быть только в странах, достигших высокого уровня развития, не нуждающегося в строгом

контроле государства. Таким образом, характерной особенностью законодательства промышленно-развитых стран является то, что трудовой договор рассматривается как разновидность гражданско-правового договора. Очевидно, что законодательство западных стран очень подвижно, и в нем своевременно находят свое отражение новые тенденции и возникающие проблемы, в частности новые формы занятости, новые виды трудовых договоров.

Отметим также, что в Республике Казахстан с развитием рыночных отношений наблюдается тенденция возрастания универсальных свойств и качеств трудового договора, присущих всем юридическим договорам, прежде всего договорам гражданского права.

Как известно, индивидуальное трудовое правоотношение возникает как юридическая связь между работодателем и работником. Во всех экономических формациях индивидуальное трудовое правоотношение ориентируется на модель общего характера, в качестве которой выступают нормы трудового права. И это означает, что в момент возникновения индивидуального трудового правоотношения стороны должны поступать так, как это предусмотрено в норме трудового права.

Возможность субъекта трудового права поступать согласно собственному волеизъявлению в целях удовлетворения собственных интересов представляет именно субъективное право, и оно признается и охраняется государством. В теории права внешним выражением субъективного права является дозволение действовать в определенных рамках, установленных в законах. Реализация свободы труда обеспечивается также должным поведением иных субъектов трудового права, а объем и вид свободы определяется, прежде всего, уровнем социального экономического развития общества.

В «Стратегии модернизации Казахстана: двадцать шагов к Обществу Всеобщего Труда» отмечается, что все ценности мировой цивилизации, все экономические и культурные богатства создаются человеческим трудом, а не виртуальными финансовыми институтами. Для этого необходимо создать эффективную модель социально-трудовых отношений [120].

Содержание правоотношения в юридической литературе большинством авторов рассматривается в качестве реализации предписания нормы права в ходе регулирования общественного отношения либо в качестве непосредственной деятельности субъектов, направленной на реализацию соответствующей нормы права. В связи с этим не соответствующее предписаниям правовой нормы поведение не может быть соотнесено с понятием правоотношения, поскольку налицо попытка реализации интересов, не входящих в содержание субъективного права или обязанностей, представленных законодателем [121, с. 188].

Классики трудового права особо подчеркивали, что норма трудового права дает стандарт поступков, определяет рамки должного и возможного поведения участников трудовых правоотношений [88, с. 111].

Как решается проблема взаимосвязи трудового правоотношения с нормами трудового права в условиях рыночных отношений? От ответа на вопрос зависит

многое, а именно: соблюдение законности в сфере труда, поскольку качество правоотношения зависит от того, насколько его содержание соответствует нормам.

Поскольку одним из главных институтов, главных инструментов экономической политики государства в вопросах труда является институт «индивидуальные трудовые договоры», рассмотрим указанную взаимосвязь на примере норм данного правового института. Посредством трудового договора определяются границы прав и обязанностей сторон, составляющих содержание трудового правоотношения. Главным в трудовом праве в новых условиях по-прежнему остаются отношения по непосредственному применению труда, которые складываются между двумя субъектами - работником и работодателем [121, с. 189].

Легальное определение трудовых отношений дается в пп. 24 ст. 1 Трудового кодекса Республики Казахстан (далее ТК РК): это отношения между работником и работодателем, возникающее для осуществления прав и обязанностей, предусмотренных трудовым законодательством Республики Казахстан, трудовым, коллективным договором.

Эволюция казахстанского трудового законодательства, начиная от годов перестройки до настоящего времени (в том числе до и после принятия ТК РК 2007 года), характеризуется отходом от централизованного регулирования трудовых отношений и усилением индивидуально-договорного регулирования, которое, в свою очередь, начинает получать качественное развитие.

В ТК РК предусмотрены механизмы, которые позволяют работодателям минимизировать свои расходы на работников. Так, предусмотрен неполный рабочий день по соглашению сторон; отпуск без сохранения заработной платы; возможность для работодателя в одностороннем порядке менять условия трудового договора при изменении технологических и организационных условий. В стране начали внедряться нетипичные формы занятости, такие как дистанционный труд, широко практиковаться различные формы срочного трудового договора.

В частности, в ТК РК содержится развернутый перечень существенных условий трудового договора (ст. 24). В данной статье содержится определение трудового договора с указанием на:

а) выполнение работы определенного рода, а не индивидуально конкретного задания;

б) обязанность работника выполнять трудовую функцию по определенной квалификации, и соблюдать трудовой распорядок.

Как видно, в ней нет указания на «специальность», «должность», что подчеркивает необязательность определять трудовую функцию через эти категории для сторон трудового договора [122]. В новых условиях достаточно простого перечисления видов поручаемых работнику работ, на что, например, указывает ст. 303 Трудового кодекса Российской Федерации. В этом вопросе есть и обратная сторона: возможно расширение трудовой функции, что не может не привести к нарушению прав работников, дискриминации. В

действительности, работники со схожими трудовыми функциями и сопоставимым уровнем образования и опыта работы могут выполнять по специальному распоряжению работодателя разную работу, причем разную принципиально и разную с точки зрения иерархической лестницы организации [123, с. 197].

В казахстанском законодательстве (ст. 24 ТК РК) следует расписать существенные условия трудового договора так, чтобы не ущемлялись интересы не только работника, но и работодателя, т.е. установить «пределы расширения» трудовой функции только для определенной категории работников с учетом специфики их работы.

В данном институте также увеличились возможности по прекращению трудового договора для сторон. Так, например, работник приобретает право расторжения срочного трудового договора без уважительных причин; работодатель получил расширенный круг оснований прекращения трудового договора.

На наш взгляд, очень важным является определение сферы действия трудового законодательства в ст. 9 ТК РК, в ней сформулированы положения о подчинении трудовому законодательству как трудовых, так и непосредственно связанных с ними отношений.

По характеру правового регулирования отношений, образующих сферу действия трудового права, они подразделяются на:

а) отношения, указанные в подпунктах 1) и 2) п. 1 ст. 9 ТК РК, т.е. отношения, составляющие предмет трудового права;

б) предмет совместного правового регулирования трудовым правом и другими отраслями права;

в) отношения, образующие область влияния норм трудового права на регулирование общественных отношений, составляющие предметы других отраслей права.

В последнее время массовое распространение стали получать нетипичные формы занятости, характеризующиеся отсутствием либо видоизменением традиционных трудовых отношений, что, в свою очередь, породило распространение нетипичных трудовых договоров: заемный труд, дистанционный труд и т.п. И это приводит к модификации основных элементов трудового договора, частности личностных и организационных признаков. Так, при заемном труде меняется работодатель, поскольку работник работает не у своего, а у другого работодателя; при дистанционном - работа проходит вне нахождения работодателя, вне трудового коллектива в условиях отсутствия режима рабочего времени. И это порождает необходимость установления в трудовом законодательстве четких механизмов защиты трудовых прав работников, заключивших нетипичные трудовые договоры [124].

В казахстанском трудовом законодательстве недостаточно урегулированы вопросы срочных трудовых договоров. В частности, возможность заключения срочных трудовых договоров полностью отдана на откуп работодателям, которые по своему усмотрению решают, в каких случаях заключать срочный

трудовой договор. Так, согласно ст. 29 ТК РК, с учетом характера работы или условий ее выполнения заключаются срочные трудовые договоры:

- а) на срок не менее одного года;
- б) на время выполнения определенной работы;
- в) на время замещения временно отсутствующего работника;
- г) на время выполнения сезонной работы;

д) с руководителем исполнительного органа работодателя на срок, установленный учредительными документами или соглашением сторон.

В ней отсутствует указание на то, что срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера работы или условий ее выполнения, как это предусмотрено в Трудовом кодексе ТК РФ. Казахстанским законом обязанность указать наличие обстоятельств, делающих невозможным заключение трудового договора с работником на неопределенный срок на работодателя, к сожалению, не возлагается. Поэтому мы полностью соглашаемся с тем, что в трудовом законодательстве должны предусматриваться специальные нормы, «уравновешивающие» издержки срочного трудового договора.

Также в ТК РК следует предусмотреть дополнительные гарантии, обеспечивающие защиту работников от неправомерного заключения с ними срочного трудового договора, на что указывают Рекомендации МОТ №166 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» (1982), предусматривающей гарантии против неограниченного использования при приеме на работу срочных трудовых договоров, ставящих работников в жесткую зависимость от работодателя.

Законодательной защиты также требуют трудовые договоры, заключенные на неопределенный срок.

В целом, казахстанское трудовое законодательство нацелено на сохранение баланса интересов работников и работодателя, хотя имеется определенный крен в сторону защиты интересов работодателя, т.е. производственных интересов. Поэтому при совершенствовании трудового законодательства следует помнить, что метод правового регулирования труда сегодня меняется, большое количество вопросов можно решить по соглашению сторон. Поэтому государство, отдавая многие вопросы на усмотрение сторон трудового договора, допуская установление условий труда в договорном порядке, все-таки должно закреплять минимальные стандарты, определенные пределы волеизъявления сторон трудового договора, границы договорного регулирования [125, с. 16]. Содержащиеся в ТК РК минимальные стандарты недостаточны, не удовлетворяют большинство работников, что видно из их выступлений на страницах печати.

2.2 Соотношение государственного и договорного регулирования трудовых и иных производных от них отношений

Идея социального государства находит свое развитие и подкрепление в ст. 24 Конституции Республики Казахстан. Отметим, что как социальное государство Республика Казахстан должна уважать трудовые права и гарантии, предусмотренные трудовым законодательством, можно предположить, что юридическим критерием будет, с одной стороны, их реальное воплощение, а с другой стороны – обеспечение работникам путем договорного регулирования более высоких стандартов в области труда и социального обеспечения по сравнению с государственным уровнем. Рынок труда стал неотъемлемой частью любой действующей системы. Человеческий капитал, гармонично распределенный и эффективно функционирующий на рынке труда, создает основу устойчивого развития регионов и страны в целом. Казахстан взял курс на создание социально ориентированного государства, который отличается эффективным ростом производства, его нацеленностью на человека и его растущие потребности [126, с. 4-7]. В этом контексте изменилась Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 годы, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года за №858, которая установила, что в условиях рыночной экономики актуализируется вопрос трудовых правоотношений [127]. Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда на разных этапах развития советского, казахстанского общества, их взаимовлияние не остается неизменным – оно как бы движется от одного полюса к другому. В советское время наблюдалась одна крайность – практически полная централизация в сфере трудовых отношений, поскольку никаких других форм собственности, кроме государственной, практически не существовало, и государство, как «единый собственник», считало себя вправе диктовать все условия применения наемного труда «сверху». Затем постепенно раскрывались возможности для применения договорного метода, что создавало и продолжает создавать ошибочную иллюзию по поводу того, что сфера государственного регулирования «отмирает». Говоря о роли государства в регламентации современных трудовых отношений, А.М. Куренной справедливо отмечает, что в трудовом праве, которое характеризуется сочетанием публичных и частных начал, государственная воля проявляется робко. Государству в лице его органов следует смелее брать на себя ответственность в решении основных вопросов в сфере труда, тем более, что оно абсолютно правильно ушло от детального регулирования этих отношений и практически оставило за собой установление минимальных стандартов, обеспечивающих здоровые и безопасные условия труда [128, с. 30].

Трудовое законодательство выполняет цели и задачи, сформулированные в ст. 3 ТК РК, согласно которой целью трудового законодательства Республики Казахстан является правовое регулирование трудовых отношений и иных отношений, непосредственно связанных с трудовыми, направленное на защиту прав и интересов сторон трудовых отношений, установление минимальных

гарантий прав и свобод в сфере труда и создание необходимых правовых условий, направленных на достижение баланса интересов сторон трудовых отношений, экономического роста, повышение эффективности производства и благосостояния людей.

Основной задачей трудового права в новых условиях является резкое сужение централизованного регулирования социально-трудовых отношений и переход к децентрализации, опирающейся преимущественно на договорные методы регулирования. Ведь до сих пор централизованное регулирование принуждало людей к труду, сковывало их инициативу и свободу действий в рамках трудовых отношений. До перехода страны на рыночную экономику в качестве негативных черт трудового права при административно-командной системе ученые-трудовики отмечали: слабость экономических методов регулирования, почти полное отсутствие договорных начал между работниками и работодателями, слабость механизмов защиты норм трудового права при массовом их нарушении, ограниченность предмета и узкая сфера действия трудового права, охватывающая лишь рабочих и служащих государственных предприятий, учреждений, организаций и т.п. Говоря о проблемах сочетания государственного и договорного регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений, надлежит отметить, что в науке трудового права данный вопрос рассматривается как с точки зрения специфики метода правового регулирования, так и в контексте принципов данной отрасли.

К.Н. Гусов, К.Д. Крылов и А.М. Лушников, отмечая соотношение государственного и договорного регулирования социально-трудовых отношений, справедливо утверждают, что на коллективно-договорном уровне условия труда конкретизируются и дополняются, могут повышаться социально-бытовые льготы и гарантии.

Индивидуально-договорное регулирование носит вспомогательный характер и направлено в основном на индивидуализацию и конкретизацию условий трудовых договоров [129, с. 9].

В настоящее время государственное (централизованное) регулирование представляет собой своего рода минимальный обязательный стандарт в сфере обеспечения прав работников, ограничивающий по отношению к ним правовую власть работодателя. Кроме того, государственное регулирование является важнейшим официальным проводником международных стандартов в тех государствах, где нормы международного права не имеют прямого юридического действия. Введенный в 2007 году Трудовой кодекс Республики Казахстан, по оценке Международной организации труда, соответствует всем мировым стандартам, он стимулирует работодателей к повышению эффективности производства и развитию социального партнерства. Именно в нем расширены возможности договорного регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений, регламентированы особенности условий труда отдельных категорий работников.

Процесс децентрализации является одним из начальных этапов в создании новых норм в области регулирования рыночных отношений труда, передачи

полномочий самим субъектам трудовых отношений. Рыночная экономика нацелена на превалирование производственного интереса над социальным, в связи с чем нельзя сводить задачи трудового права исключительно к обеспечению интересов работника. На самом деле, работодатели вполне заинтересованно инициируют усиление производственной функции трудового права, призванной обеспечить эффективность производства и рост прибыли [39, с. 338-344].

Интересы работодателя, по замечанию Р.З. Лившица, составляют производственную сторону трудовых отношений, интересы работника – их социальную сторону. «Противоречие социального и производственного элементов – неизбежное противоречие, заложенное в природе трудового отношения, его генетическом коде» [130, с. 6]. По мнению С.Ю. Головиной, устранить это противоречие невозможно в силу его объективного характера, поэтому вопрос должен стоять о преодолении разногласий при формировании новелл Трудового кодекса.

Представляется, что процесс развития трудового законодательства должен сегодня осуществляться одновременно по двум направлениям.

Во-первых, это традиционное совершенствование нормативной базы – построение внутренне согласованной системы правовых норм отрасли, устранение дефектов трудового права, «выравнивание» нормативного текста в соответствии с правилами юридической техники. Это работа постоянного характера, она направлена на уточнение понятийного аппарата трудового права, исключение пробелов и противоречий, логических неточностей и лексических ошибок.

Во-вторых, глобальные экономические процессы в мире с неизбежностью ставят вопрос о модернизации трудового законодательства, которая подразумевает обновление правового механизма регулирования отношений в сфере наемного труда, концептуальные изменения в соотношении нормативного и договорного регулирования [77, с. 41-45].

Повышенная юридическая и социальная защищенность гарантируется в сфере государственной собственности, а в сфере частной собственности, где выше возможности потенциального заработка, уровень таких гарантий ниже, поскольку здесь все решают интересы производства. Задачи законодательства о труде должны заключаться в том, чтобы оптимально сбалансировать его производственные и защитные функции.

В настоящее время в стране решена задача по созданию нового законодательства о труде. 15 мая 2007 года принят первый Трудовой кодекс Республики Казахстан как главный приоритетный источник прямого действия, регулирующий всю гамму отношений в сфере труда. Нормы этого Кодекса построены с учетом перспектив развития горизонтальных организационно-трудовых отношений, в которых взаимные права и обязанности возникают в основном из трудового договора, коллективных договоров (соглашений).

По мнению казахстанских ученых, ТК Республики Казахстан, несомненно, играет позитивную роль в формировании цивилизованных трудовых

отношений в условиях рынка, расширив возможности договорного регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений, а также регламентировав особенности условий труда отдельных категорий работников. В качестве положительных тенденций в нем следует отметить:

1) включение в предмет отрасли новых видов отношений, подлежащих трудово-правовой регламентации, что вызвано, прежде всего, такими современными явлениями как информатизация. Так, в ТК Республики Казахстан в 2007 году появилась глава «Защита персональных данных работника», состоящая из 5-ти статей, в которой регламентируются информационные отношения лиц, вступивших в трудовые отношения. Здесь ничего не говорится о защите персональных данных работников, прекративших трудовые отношения с работодателем. Появилась также новая глава, посвященная особенностям регулирования труда работников, занятых на дистанционной работе;

2) включение определенных механизмов, позволяющих работодателю минимизировать свои расходы на персонал в условиях экономического кризиса. В частности, ст. 80 ТК Республики Казахстан – о возможном установлении неполного рабочего времени по соглашению сторон; ст. 48 – о введении неполного рабочего времени в одностороннем порядке по правилам, установленным в данной статье; ст. 111 – о предоставлении отпуска без сохранения заработной платы по инициативе работника; ст. 133 - о снижении заработной платы в период простоя по вине работодателя и др.;

3) наличие норм, посвященных предупреждению незаконных забастовок, поскольку был пересмотрен институт «трудовые споры» с уточнением начала возникновения трудового спора, порядка его оформления; кворума собрания (конференции), конференции представителей работников, сроков рассмотрения трудовых споров. Эти процедурные нормы устанавливают правовые рамки деятельности сторон коллективных трудовых споров в процессе переговоров;

4) внедрение в трудовое законодательство частноправовых конструкций под влиянием глобализации, трудово-правовой интеграции.

Наблюдается увлечение законодателя различными изменениями и дополнениями в действующие законы. Начиная с 2007 года, в Трудовой кодекс Республики Казахстан вносились изменения и дополнения законами иной отраслевой принадлежности и двумя специальными законами, посвященными только ТК РК. Последние изменения и дополнения внесены Законом РК от 17 февраля 2012 года «О внесении изменений и дополнений в Трудовой кодекс РК». Анализ всех внесенных изменений и дополнений показывает, что часть из них носит чисто технический характер, другая – связана с изменениями в других отраслях права, третья – изменения уточняющего либо разъясняющего характера [131, с. 36].

Согласимся с тем, что коренных изменений, связанных с потребностями рыночных отношений в отдельных институтах трудового права, не произошло. Кодекс был дополнен новыми главами, которые, к сожалению, недостаточно продуманы и проработаны. Следовательно, ожидаемого позитивного влияния

на качество в целом Трудового кодекса Республики Казахстан не состоялось, что не может не сказаться на практике регулирования трудовых отношений и обеспечении трудовых прав работников.

Наблюдается «увлечение» законодателя основными понятиями, используемыми в ТК Республики Казахстан, вместо обеспечения механизма прямого действия конкретных статей. Так, ст. 1 ТК РК состоит только из определения понятий, используемых в ТК РК, часть из которых неоднократно подвергались пересмотру и уточнению. Последние изменения коснулись таких понятий, как «тяжелые работы», «трудовой стаж», «представители работников», «цехов, участков, рабочих мест», «коллективный договор» и др. Самый большой, на наш взгляд, пробел в ТК Республики Казахстан – это то, что ряд его норм носит отсылочный характер.

Так, важнейшие вопросы рабочего времени, времени отдыха, заработной платы, материальной ответственности и др. переданы на решение коллективных договоров, которые, как показывает практика, на местах либо не заключаются, либо эти вопросы не уточняют применительно условий конкретных организаций. Ничего не сказано об участии работников в управлении трудом, хотя это важнейшая часть успешной работы любой организации. И это, на наш взгляд, результат того, что работники слабо привлекаются к обсуждению с работодателями вопросов о работе организации, внесении предложений по ее совершенствованию; в обсуждении планов социально-экономического развития организации и т.п.

Казахстанское трудовое право, сформировавшееся в самостоятельную отрасль права вслед за российским трудовым правом, в настоящее время переживает серьезные трудности, проявляющиеся, главным образом, в «размывании той социальной среды, в которой наиболее полно применялись трудовые нормы» [132].

Стала очевидной невозможность на практике выполнить основные задачи данной отрасли права по созданию необходимых правовых условий, направленных на достижение баланса интересов сторон трудовых отношений. Этому свидетельством являются такие негативные факторы, как отсутствие механизмов прямого действия многих важнейших для человека труда норм, пробелы и противоречия, декларативность и несогласованность некоторых статей и т.п. Ряд правовых норм таких важнейших законодательных актов как «Об акционерных обществах», «О борьбе с коррупцией» не согласованы при их принятии с нормами указанного кодифицированного акта, а некоторые и вовсе пришли с ними в противоречие.

В этих условиях возникает объективная необходимость не только в согласовании трудовых норм, содержащихся в законах иной отраслевой принадлежности, с нормами Трудового Кодекса Республики Казахстан, но и пересмотре, как это предлагают ученые, содержания основных функций трудового права. Обстоятельства, обусловленные снижением значимости наемного труда, требуют новых законодательных усилий в направлении защиты прав наемных работников [133, с. 56].

Сочетание диспозитивных и императивных начал в трудовом праве – это отражение гибкости либо жесткости соответствующей правовой системы. Классическим примером жесткой системы трудового права можно назвать советскую: для договорного регулирования практически не оставалось места, несмотря на существование трудовых и коллективных договоров. Реальные переговоры между сторонами по поводу содержания этих договоров сводились к минимуму. Противоположный образец гибкой национальной системы трудового законодательства – право США, одна из характерных особенностей которого – так называемая доктрина «найма по желанию», когда обе стороны трудовых отношений не только свободны в определении условий трудового договора (за исключением достаточно немногочисленных императивных законодательных запретов), но и в любой момент могут расторгнуть трудовой договор без каких-либо обоснований и компенсаций друг другу [134, с. 498].

Оба «полюса», гибкости и жесткости, вряд ли могут быть признаны в качестве оптимальных образцов правового регулирования. Соответственно, задачей любой национальной отрасли трудового права является соблюдение оптимального баланса между гибкостью (экономической эффективностью) и жесткостью (для защиты прав работников). Например, в Западной Европе в последние годы проводится политика, направленная на сочетание гибкости и стабильности правового регулирования труда [135, с. 24].

По мнению И.К. Дмитриевой, определенный интерес в этом смысле представляет позитивный опыт Германии [136, с. 182-183]. «Федеральный трудовой суд Германии в соответствии с Конституцией ФРГ высказался за дальнейшее распространение действия основных прав граждан на область частного права. Вопрос был поставлен таким образом, чтобы наиболее значительные права не только выступали в роли защитных средств от действий государственной власти, но и создавали принципы социальной жизни. Со временем Федеральный трудовой суд воспринял позицию, согласно которой система ценностей, заложенных в основных правах, должна соблюдаться при интерпретации норм частного права. С 1960 г. сложилось мнение, признающим идею «горизонтального действия основных прав» в области частного права, что в свою очередь выступает как следствие связанности законодателя и суда основными правами, т.е. при издании частноправовых предписаний он обязан формировать их таким образом, чтобы конституционно защищаемые права граждан не утратили своего значения. В противном случае правопорядок придет в состояние бесконечных противоречий» [137, с. 230-231]. Проблема возникает, когда необходимо разграничить частноправовые и публично-правовые положения законодательства, особенно при возникновении конфликта между ними, например, отвечая на вопрос, в какой мере отношения между частными лицами можно регулировать с помощью государства, т.е. на основе публично-правовых начал. Значение договорного регулирования трудовых и связанных с ними отношений в глобализирующемся мире возрастает, и его дальнейшее развитие не вызывает сомнений, но столь же

очевидно, что оно должно проходить в цивилизованных границах подобно государствам с развитой и социально ориентированной экономикой [138, с. 66].

Согласимся с А.М. Нурмагамбетовым в том, что «интеграция Республики Казахстан в международный рынок труда диктуется объективными потребностями казахстанской экономики, необходимостью эффективного использования трудового потенциала. Она позволяет, с одной стороны, изучить и внедрить международный опыт регулирования трудовых отношений, с другой - установить пробелы в действующем законодательстве, регулирующем международный труд, что делает актуальной законотворческую работу в данной области» [84, с. 7].

Ситуация на рынке труда постоянно меняется, в нем задействованы практически все институты трудового права, и можно утверждать, что все трудовое право регулирует вопросы рынка труда. Конституционные основы правового регулирования рынка труда нашли свое отражение в Законе Республики Казахстан от 23 января 2001 года №149-ІІ «О занятости населения» [139]. В нормативных актах о занятости населения закрепляются цели, средства, принципы политики занятости, основы деятельности служб занятости, что является обоснованным в связи с тем, что первая задача достойного труда определяется как создание рабочих мест. Важную роль в формировании цивилизованных трудовых отношений в условиях рынка играет, несомненно, Трудовой кодекс Республики Казахстан. В трудовом законодательстве зарубежных стран цель государственной политики в области занятости определяется как содействие полной, продуктивной и свободно избранной занятости. Она рассматривается в аспекте стимулирования экономического роста и развития, повышения уровня жизни, удовлетворения потребностей в рабочей силе и ликвидации безработицы и неполной занятости.

Регулирование рынка труда и сферы занятости в Республике Казахстан, начиная с 1991 года, осуществлялось преимущественно в формате специальных программ занятости населения: Программ по борьбе с бедностью и безработицей, Программы занятости населения Республики Казахстан. В мировой практике для решения такого рода проблем используются активные программы на рынке труда. Первоначально такие программы использовались во время экономической депрессии и высокого уровня безработицы, в настоящее время применяются для смягчения негативного влияния промышленной реструктуризации в странах с переходной экономикой и интеграции уязвимых слоев населения, наиболее отдаленных от рынков труда. Необходимость усиления государственного начала в регулировании рыночной модели занятости диктуется тем обстоятельством, что в переходной экономике сохраняется заметная доля государственного сектора в структуре производства. Поэтому роль государства в регулировании занятости как собственника значительна и не должна уменьшаться, во всяком случае, в смешанной экономике переходного периода [140, с. 75].

Численность безработных в стране на сентябрь 2013 года составила 468,5 тыс. человек. Уровень безработицы составил 5,2% к численности экономически

активного населения. Численность лиц, зарегистрированных в органах занятости в качестве безработных, на конец сентября 2013 года составила 51,7 тыс. человек или 0,6% к численности экономически активного населения. Уровень скрытой безработицы по оценке составил 0,4% от экономически активного населения (35,4 тыс. чел.) [141].

В последние десятилетия развитие рынка труда в Казахстане находилось под непосредственным воздействием внутреннего экономического развития и глобализации экономики. Устойчивый экономический рост и связанные с ним структурные изменения экономики (начиная с конца 1990-х годов и до 2008 года) сопровождалось повышением емкости национального рынка труда и изменением его структуры. Увеличение спроса на трудовые ресурсы, в определенной мере, было связано не только с расширением объемов производства, но и с сохранением при этом относительно низких темпов роста производительности труда и возможностями использования дешевого труда.

Однако, несмотря на позитивные изменения, национальный рынок труда не сбалансирован. При наличии безработных сохраняются незаполненные вакансии, отсутствует объективный прогноз потребностей отраслей экономики в специалистах. Отмечается дефицит рабочей силы, в первую очередь, квалифицированных кадров, работников технического и обслуживающего труда, связанный с низким качеством трудовых ресурсов и отсутствием реальной связи производства и обучения. Примерно треть занятого населения не имеет профессионального образования.

В структуре занятого населения велика доля самостоятельной занятости – 33,3% или более 2,7 млн. человек. Основная часть самозанятых проживает в сельской местности и занята на личном подворье, доходы от которого зачастую находятся на уровне выживания. В подавляющем большинстве самозанятые не охвачены системой социальной защиты и поддержки.

Недостаточное правовое подкрепление новой модели занятости обусловлено декларативностью статей Конституции, касающихся проблем занятости, отдельных положений программ занятости, их рассогласованностью с социальными проектами формирования и использования трудового потенциала страны. Их отсутствие показывает недостаточность традиционных мер политики занятости и проявляется: в отсутствии у подавляющей массы занятых других источников доходов, кроме заработной платы; низком стартовом уровне заработной платы, который провоцирует вторичную, часто мало продуктивную занятость, большую напряженность на рынке труда.

Существенную роль также в регулировании рынка труда играют международные договоры государств, прежде всего, конвенции Международной организации труда (МОТ). Международной организацией труда в 1999 году на 87 сессии Генеральной конференции МОТ принята Программа Достойного труда, где достойному труду определено центральное место в разработке национальных экономических и социальных политик, ключевая роль в обеспечении сбалансированности и социальной справедливости.

Разработанная МОТ концепция достойного труда находит отражение в Страновых программах достойного труда (далее - СПДТ), которые совместно с МОТ разрабатывают и подписывают трехсторонние партнеры. Целью проекта является оказание помощи трехсторонним партнерам (правительству, профсоюзам и организациям работодателей) в восьми странах СНГ – пяти странах Центральной Азии и трех странах Кавказа – в практической реализации приоритетов, которые они идентифицировали в ходе работы над программой «Достойный труд». Таким образом, СПДТ основаны на национальных приоритетах и совпадают с основными целями в плане развития долгосрочных национальных стратегий развития данных стран.

Структура СПДТ основывается на выборе трех приоритетов, определенных национальными партнерами МОТ:

- расширение возможностей занятости;
- модернизация национальных систем охраны труда;
- повышение уровня социальной защиты и социального обеспечения [142].

Таким образом, СПДТ основаны на национальных приоритетах и совпадают с основными целями в плане развития долгосрочных национальных стратегий развития данных стран.

Международные правовые акты, создающие основу современного правового регулирования социально-трудовых отношений во всех странах мира, активно способствуют трудящимся всех стран добиваться социально справедливых условий труда, обеспечивающих им достойный труд.

Интеграция каждой взятой страны в мировое сообщество приводит к тому, что в современных условиях трудовое законодательство страны развивается в русле общемировых тенденций, в частности, тенденций, определяемых Программой достойного труда МОТ, которая является ответом на вызовы глобализации в сфере труда. С тех пор концепция достойного труда претерпела некоторые изменения, которые повлияли на новую формулировку задач достойного труда. Концепция Достойного труда сконцентрирована именно на трудовых отношениях и включает четыре основных направления:

- создание рабочих мест (Creating Jobs);
- обеспечение прав в сфере труда (Guaranteeing rights at work);
- расширение социальной защиты (Extending social protection);
- содействие социальному диалогу (Promoting social dialogue).

Кроме того, в январе 2007 года страны ЕС приняли новую концепцию - «Качество труда и занятости в Европе», которая является развитием на более высоком уровне идей, заложенных в Программе достойного труда МОТ, с учетом специфики Европейской социальной модели [143].

Об актуальности поднятого вопроса свидетельствуют, по меньшей мере, три обстоятельства. Во-первых, программа достойного труда (Decent Work) стала в МОТ одной из первостепенных в последние годы, о чем свидетельствует указание на нее в Декларации о социальной справедливости в условиях справедливой глобализации 2008 г., развивающей общепризнанные принципы международного права в сфере труда.

Комитет экспертов, назначаемых Административным советом МОТ, ежегодно собирается в ноябре, и его доклад содержит комментарии в отношении соблюдения государствами-членами своих уставных обязательств, полученные в результате проведения Общего обзора. Общий обзор 2010 года, согласно первому докладу о периодически обсуждаемых вопросах по проблемам занятости, охватывает шесть ключевых, связанных с занятостью норм: Конвенцию 1964 года о политике в области занятости, Конвенцию 1975 года о развитии людских ресурсов, Конвенцию 1948 года об организации службы занятости, Конвенцию 1997 года о частных агентствах занятости, Рекомендацию 1998 года о создании рабочих мест на малых и средних предприятиях и Рекомендацию 2002 года о содействии развитию кооперативов. Комитет экспертов отмечает, что, несмотря на изменение моделей экономической политики 80-х и 90-х годов, «...почти все страны привержены цели повышения уровня продуктивной занятости» [144].

Это отражается в ссылках на создание занятости в их конституциях, а также в законодательстве по социально-трудовым вопросам; принятии специальных законов и ключевых программных документов. Страны все чаще разрабатывают и принимают национальную политику обеспечения занятости, объединяющую различные меры, программы и учреждения, что влияет на спрос и предложение рабочей силы и на функционирование рынков труда. Благодаря проведению обзора основных вопросов в сфере занятости и трехсторонних согласованных заключений, сформулированных на самом последнем раунде региональных совещаний, проблема занятости молодежи становится одним из главных приоритетов, за которой следует вопрос о путях преодоления последствий глобализации для занятости. Отраслевая политика также становится одним из приоритетов, определяя секторы с высоким потенциалом роста занятости, а также стратегии, которые устранят барьеры на пути реализации потенциала в отношении создания большего числа качественных рабочих мест. Программы достойного труда, принятые в разных странах, являются основным средством выражения потребностей трехсторонних участников на национальном уровне, а также удовлетворения этих потребностей. Как правило, они объединяют программы обеспечения занятости с национальными планами развития, стратегиями сокращения масштабов бедности (ССБ) и страновыми стратегиями занятости [144].

Республика Казахстан приняла программу по достойному труду (НПДТ), которая разработана совместно с трехсторонними партнерами Республики Казахстан и является продолжением совместно проводимой работы по продвижению принципов достойного труда в Казахстане, в целях обеспечения устойчивого социально-экономического развития и повышения стандартов и качества жизни мужчин и женщин [145]. Программа стала продолжением предшествующих программ сотрудничества в сфере социально-трудовых отношений с учетом влияния мирового финансово-экономического кризиса. Основные реформы в сфере занятости будут направлены на продвижение принципов Глобального пакта МОТ о рабочих местах в национальной политике

занятости [146]. В программе сформулированы ключевые индикаторы и стратегии, необходимые для достижения поставленных целей и результатов по трем направлениям: регулирование вопросов в сфере трудовых отношений в соответствии с международными стандартами; содействие эффективной занятости; дальнейшее развитие трехстороннего сотрудничества и социального диалога.

В последнее время проблемы правового регулирования различных форм нестандартной (non-standard) или нетипичной (atypical) занятости являются одними из наиболее дискуссионных не только в зарубежной, но и в отечественной литературе [147, р. 17]. Под нестандартной занятостью традиционно понимаются все формы занятости, отклоняющиеся от занятости по найму в режиме полного рабочего дня на основе бессрочного трудового договора под непосредственным руководством работодателя или уполномоченного им представителя. В советский период в результате формального доминирования идеи всеобщего равенства само понятие нестандартной занятости фактически не имело права на существование, несмотря на легальное закрепление отдельных ее разновидностей в законодательстве о труде. Ситуация изменилась лишь в начале 90-х годов прошлого века с переходом от социалистической к рыночной системе хозяйствования. Сначала в экономической, а затем и в юридической литературе стали говорить о необходимости модернизации трудового законодательства, обеспечении гибкости правового регулирования труда, в том числе посредством расширения сферы применения различных форм нестандартной занятости. Авторы выделяют следующие формы нетипичной занятости:

- работа на условиях неполной занятости (part-time work);
- срочная (fixed-term) или краткосрочная работа (short-time);
- работа на дому (work at home);
- удаленная работа (telework, e-work) работа;
- самозанятость (self-employment);
- псевдосамозанятость (pseudo-self-employment);
- временная агентская работа (temporary-agency) [148].

В настоящее время в юридической и экономической литературе к нетипичному труду принято относить: самозанятость (индивидуальное предпринимательство, работа по гражданским договорам), работу на условиях неполного рабочего времени, работу по срочным договорам, заемный труд, телеработу, труд надомников, работу по вызову.

Данные формы нестандартной занятости обычно относят к неустойчивым ее разновидностям, ассоциируемым с ухудшением положения вовлеченных в них работников, снижением уровня их трудовых прав и гарантий. Это, в свою очередь, обуславливает необходимость особой защиты соответствующих работников со стороны государства, принятия специальных правовых мер, направленных на обеспечение им достойного труда.

В исследованиях, проводимых МОТ за последние годы, отражаются основные тенденции развития рынка труда в странах ЕС и изучаются последние

реформы, проводимые разными странами в целях улучшения ситуации на рынке труда. Занятость остается в подавленном состоянии в большинстве стран еврозоны и еще 4,5 млн. рабочих мест могут быть потеряны, ставя под сомнение примат финансовых целей в качестве основы политической стратегии [149]. В связи с переходом к рыночным отношениям, становлением рынка труда и развитием новой системы социально-трудовых отношений СССР в 1990-м году ратифицировал Конвенцию МОТ №160 «О статистике труда», что обусловило переход на международные статистические нормы в области изучения рынка труда. В соответствии с этими нормами основными экономическими категориями для методологической оценки рынка труда стали экономически активное население, занятые и безработные [150].

В связи с этим были определены показатели, с помощью которых производят оценку состояния и различные исследования рынка труда [151, с. 119-122].

К основным из них относятся:

1) уровень экономической активности населения (Y), определяемый как отношение численности экономически активного населения к численности экономически активного и экономически неактивного населения, определяется по формуле(1):

$$Y_{\text{зан}} = \frac{Ч_{\text{зан}}}{Ч_{\text{зан}} + Ч_{\text{энан}}} \quad (1)$$

где $Y_{\text{зан}}$ – уровень экономической активности населения;

$Ч_{\text{зан}}$ – численность экономически активного населения;

$Ч_{\text{энан}}$ – численность экономически неактивного населения;

2) уровень экономической неактивности населения ($Y_{\text{энан}}$), определяемый как отношение численности экономически неактивного населения к численности экономически активного и экономически неактивного населения, определяется по формуле (2):

$$Y_{\text{энан}} = \frac{Ч_{\text{энан}}}{Ч_{\text{зан}} + Ч_{\text{энан}}} \quad (2)$$

где $Y_{\text{энан}}$ – уровень экономической неактивности населения;

$Ч_{\text{зан}}$ – численность экономически активного населения;

$Ч_{\text{энан}}$ – численность экономически неактивного населения;

При этом выполняется следующее тождество, формула (3):

$$Y_{\text{зан}} + Y_{\text{энан}} = 1 \quad (3)$$

3) уровень занятости, рассчитываемый как отношение численности занятого населения ($Ч_3$) к общей численности экономически активного населения ($Ч_{\text{зан}}$), определяется по формуле (4):

$$Y_3 = \frac{Ч_3}{Ч_{\text{зан}}} \quad (4)$$

где Y_3 – уровень занятости населения;

$Ч_3$ – численность занятого населения;

$Ч_{эан}$ – численность экономически активного населения;

4) уровень безработицы, определяемый как доля численности безработных ($Ч_6$) в численности экономически активного населения ($Ч_{эан}$) [152, с. 119-122].

Продолжительность безработицы или продолжительность поиска работы, определяемая как длительность периода, в течение которого человек, будучи безработным, ищет работу, определяется по формуле (5):

$$Y_6 = \frac{Ч_6}{Ч_{эан}} \quad (5)$$

где Y_6 – уровень безработицы населения;

$Ч_6$ – численность безработных;

$Ч_{эан}$ – численность экономически активного населения;

При этом выполняется следующее тождество, по формуле (6):

$$Y_3 + Y_6 = 1 \quad (6)$$

На рисунке 1 представлены уровни безработицы в Казахстане в 2011 и 2012 годах.

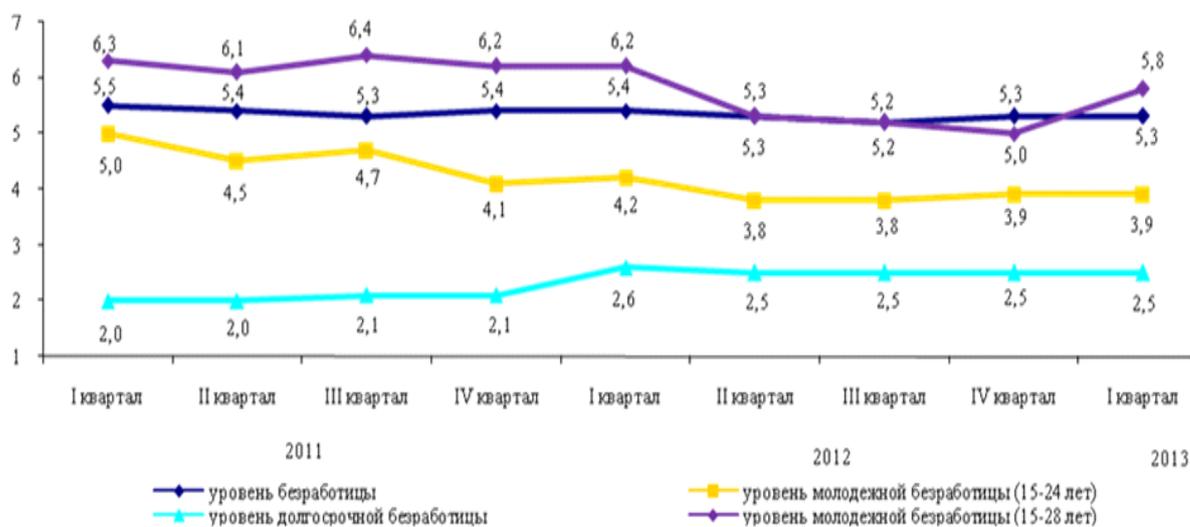


Рисунок 1 – Уровень безработицы в Республике Казахстан

Примечание – Исполнитель Г.Ш. Бекишева, 08.05.2013 г.

По данным Агентства Республики Казахстан по статистике, численность экономически активного населения в возрасте 15 лет и старше в I квартале 2013 года составила 9,0 млн. человек, что на 0,9% больше, чем в соответствующем периоде 2012 года. В экономике республики были заняты 8,5 млн. человек или 67,8% от населения в возрасте 15 лет и старше. Их численность по сравнению с I кварталом 2012 года увеличилась на 83,6 тыс. человек (на 1,0%) (таблица 1) [153].

Таблица 1 - О ситуации на рынке труда в Республике Казахстан

Занятость населения	Население в возрасте 15 лет и старше			
	I квартал			IV квартал
	2011 г.	2012 г.	2013 г.	2012 г.
Экономически активное население, тыс. человек	8610,4	8941,0	9020,6	8974,7
Уровень экономической активности населения, в %	71,2	71,4	71,5	71,7
Занятое население, тыс. человек	8134,5	8462,5	8546,1	8499,9
Уровень занятости, в %:				
к населению в возрасте 15 лет и старше	67,2	67,6	67,8	67,9
к экономически активному населению	94,5	94,6	94,7	94,7
Наемные работники, тыс. человек	5465,9	5759,4	5911,4	5847,2
доля в численности занятого населения, в %	67,2	68,1	69,2	68,8
Самостоятельно занятые, тыс. человек	2668,6	2703,1	2634,7	2652,7
доля в численности занятого населения, в %	32,8	31,9	30,8	31,2
Безработное население, тыс. человек	475,9	478,5	474,5	474,8
Уровень безработицы, в %	5,5	5,4	5,3	5,3
Безработные в возрасте 15-24 лет, тыс. человек	60,6	54,2	46,7	47,6
Уровень молодежной безработицы, в % (в возрасте 15-24 лет) ¹	5,0	4,2	3,9	3,9
Безработные в возрасте 15-28 лет, тыс. человек	160,8	167,3	156,1	132,9
Уровень молодежной безработицы, в % (в возрасте 15-28 лет) ²	6,3	6,2	5,8	5,0
Уровень долгосрочной безработицы, в %	2,0	2,6	2,5	2,5
Экономически неактивное население, тыс. человек	3487,8	3580,5	3589,7	3545,9
Уровень экономической неактивности (пассивности) населения, в %	28,8	28,6	28,5	28,3
Примечания				
1 - Согласно стандартам Международной организации труда;				
2 - Согласно Закону РК «О государственной молодежной политике в РК»;				
3 - Исполнитель Г.Ш. Бекишева, 08.05.2013 г.				

Вся мировая практика с очевидностью свидетельствует о том, что развитую систему трудовых отношений можно сформировать только посредством сочетания государственного и договорного регулирования, осуществляемого в соответствии с четкими нормами и единым подходом к регулированию идентичных правоотношений. Развитие человеческого капитала, рост доходов, улучшение уровня жизни населения – это должно быть целью модернизации трудового законодательства, которые будут способствовать совершенствованию нормативной базы в области трудового права в Республике Казахстан. Именно договорное регулирование является перспективным в связи

с углублением рыночных начал, демократизацией правоприменительной деятельности в организации. Развитие договорного регулирования позволяет всесторонне учитывать интересы субъектов, оперативнее реагировать на запросы и потребности рынка труда, способствует формированию нового правового статуса работника.

Ослабление государственного правового регулирования повлекло за собой практическое выпадение из сферы правового регулирования большого количества вопросов трудового права, которые на централизованном уровне уже не регулируются, а на уровне предприятий еще не подвержены регламентации ввиду отсутствия практики и устаревшего правосознания. В связи с наличием таких противоречий была признана актуальность исследования возможностей активного внедрения в практику способа коллективно-договорного регулирования труда [154]. Вместе с трудовым законодательством, ограничивающим юридическое равенство сторон при заключении трудового договора, коллективные договоры призваны «уравновесить» экономически неравные стороны. Объединяя каждого из индивидуальных работников, коллективный договор противопоставляет работодателю более крупный коллективный субъект права, таким образом, предоставляя больше возможностей для установления справедливых условий труда. Как было отмечено нами выше, для современного трудового права свойственен договорный характер труда и установления его условий. Можно сделать следующие выводы: во-первых, ст. 10 ТК Республики Казахстан предусматривает договорное регулирование трудовых и связанных с ними отношений; во-вторых, оно определяет виды договоров, путем заключения, изменения, дополнения которых работниками и работодателями может осуществляться регулирование указанных отношений; в-третьих, трудовое законодательство устанавливает границы регулирования в договорном порядке, запрещая ограничение трудовых прав и снижение гарантий работников по сравнению с установленными трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права.

А.М. Куренной полагает, что «принцип сочетания государственного и договорного регулирования трудовых отношений проявляется и в том, что Трудовой кодекс не допускает установления условий коллективных договоров, соглашений и трудового договора, ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников по сравнению с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права» [155, с. 90].

Очевидно, сочетание публичных и частных начал оказывало определяющее влияние на пределы осуществления прав работника и работодателя по установлению условий трудового и коллективного договоров. Отсюда пределы осуществления прав работника и работодателя по установлению условий трудового и коллективного договоров ограничены запретом ухудшать положение работника по сравнению с нормативными актами (*in favorem*).

Трудовой договор, как основная форма индивидуально-договорного регулирования, имеет черты, сходные с коллективным договором:

- а) закрепленные в них положения носят правовой характер;
- б) стороны, заключившие их, наделяются соответствующими правами и берут на себя определенные обязанности, невыполнение которых влечет юридическую ответственность.

Под предлогом индивидуализации трудовых отношений работодатели могут включать условия, ухудшающие положения работника, и это может привести к утрате последним социальных гарантий.

Согласно Рекомендации МОТ №163 (1981) о содействии коллективным переговорам, соотношение индивидуально-трудового договора с коллективным договором сводится к следующим правилам [156, с. 90]:

1) коллективный договор связывает подписавшие стороны, а также лиц, от имени которых он заключен, и в таком случае индивидуальные договоры не должны включать условия, противоречащие положениям коллективного договора;

2) если условия индивидуальных договоров противоречат коллективному договору, ухудшая положение работника, они должны считаться недействительными и замещаться на соответствующие положения коллективного договора. Однако, если условия индивидуального договора более благоприятны для работников, чем положения коллективного договора, они сохраняют силу. Таким образом, трудовое законодательство Республики Казахстан не должно ограничивать, снижать уровень трудовых прав работников по сравнению с международно-правовыми стандартами. Положения соглашений сторон социального партнерства, коллективных, трудовых договоров, актов работодателей, ухудшающие положение работников по сравнению с трудовым законодательством Республики Казахстан, признаются недействительными [39, с. 183].

В ст. 28 Трудового кодекса Республики Казахстан установлена недействительность тех положений трудового договора, которые ухудшают положение работников по сравнению с трудовым законодательством Республики Казахстан. В данной статье ТК Республики Казахстан закреплен фундаментальный принцип трудового права – принцип недопустимости ухудшения положения работников по сравнению с нормативным актом, обладающим большей юридической силой. Акты работодателя, ухудшающие положения работников по сравнению с трудовым законодательством Республики Казахстан, коллективным договором, соглашениями либо изданные без соблюдения особых процедур, являются недействительными и не могут применяться. Таким образом, в новых условиях государство не может не вмешиваться в процесс договорного регулирования и происходит такое вмешательство путем установления пределов правового регулирования. В зарубежных государствах в сфере действия трудового права нормотворческая практика в основном такая же, как и в Республике Казахстан. Так, например, в ст. 57 Трудового кодекса Российской Федерации установлено, что в трудовом

договоре могут предусматриваться дополнительные условия, не ухудшающие положение работника по сравнению с установленным законодательством, иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашением, локальными нормативными актами. Нормы трудовых договоров, не отвечающих указанным правилам, следует признать недействительными. Такие же правила существуют почти во всех постсоветских странах [157].

В некоторых странах с учетом социально-экономического положения законодатель допускает исключение из принципа *in favorem* (договоры о труде могут только улучшать, но не ухудшать положение работника по сравнению с законодательством). Например, в Польше разрешено включать в коллективные договоры нормы, ухудшающие условия труда работников по сравнению с законодательством, если это оправдано необходимостью предотвращения или ограничения безработицы [28, с. 183].

По мнению И.Я. Киселева, «сегодня происходит трансформация традиционного трудового права в правовую отрасль, которая, сохраняя прежнее название, приобретает новые черты. Изменения, происходящие в трудовом праве, глубоки, многообразны, не благоприятны для отрасли трудового права. Налицо кризис сложившихся в прошлые года методов правового регулирования труда». Все чаще в литературе высказываются мнения, что узкая сфера действия трудового права, т.е. труд наемный, зависимый, коллективный характеризует трудовое право традиционного типа и не соответствует вероятному развитию правового регулирования труда в будущем. Многие западные юристы считают, что меняется и предмет трудового права. Британский юрист Л. Беттен считает, что личная зависимость, как критерий принадлежности трудовому праву, уходит в прошлое, на смену ей приходит экономическая зависимость. Зависимость работника от работодателя в современном мире скорее интеграция работодателя в организацию нанимателя, т.е. зависимость не юридического, а экономического характера. Необходимость учета международного измерения трудового права объективно обуславливает появление нового направления научных исследований и нового учебного предмета «Сравнительное и международное право». Наряду с тенденцией к расширению предмета отрасли трудового права, в новейшей литературе на Западе обосновывается необходимость по-новому взглянуть на социальное назначение и служебные функции трудового права. Во-первых, функциональная направленность современного трудового права не должна быть односторонней. Необходимо законодательно закрепить защиту интересов работодателя, наряду с интересами работников. Иначе это нанесет ущерб экономическому развитию, что в дальнейшем затронет интересы самих работников, как производителей, так и потребителей. Во-вторых, социальная функция трудового права сегодня должна закрепить развитие прав человека в области трудового права, а не замкнуться только на охране труда. «В связи с пристальным вниманием к правам и свободам человека в проблематику трудового права включается такой вопрос, как защита работников от

злоупотребления государства, корпораций и частных лиц в отношении сбора, хранения, обработки и использования информации о работниках» [132].

Мы тоже согласимся с бельгийскими юристами Р. Бланпен и К. Энгельсом в том, что очень сложно определить адекватный баланс между гибкостью правового регулирования с одной стороны, и необходимой социальной защитой работников с другой.

Попытаемся прояснить данный вопрос, опираясь на сложившийся мировой опыт. Прежде всего, надо обязательно обратиться к истории развития трудового права в нашей стране и его осмыслению в контексте развития социально-экономических процессов. В отличие от стран Запада, где трудовое право развивалось естественным путем, в нашей стране оно имеет свои традиции и корни, адаптация к рыночным условиям протекает с некоторыми особенностями, ведь страна еще находится в переходном периоде. Необходимо вспомнить слова И.Я. Киселева, который подчеркивал, что на Западе необходимость усиления гибкости государственно-правового регулирования рынка труда рассматривается в последние десятилетия как императив, вызванный объективными требованиями современной развитой экономики. От способности современного трудового права приобрести необходимую гибкость в значительной мере зависит его выживание как необходимого и важного для общества социального института. Трудовое законодательство в условиях рыночного капитализма должно защищать права работников и работодателей, с помощью закона устанавливать гарантии и социальные льготы, пособия и выплаты для социально незащищенных слоев населения, осуществлять индексирование зарплаты, совершенствовать трудовые отношения, а также проводить «усиление гибкости в правовом регулировании труда» на примере стран Запада [132]. Хотя в последнее время весьма заметно активизировалась работа по модернизации трудового законодательства, современное казахстанское трудовое законодательство меняется в основном точно, через отдельные статьи Трудового кодекса Республики Казахстан. Как уже было отмечено, раздел 3 Трудового кодекса Республики Казахстан дополнен главой 23-1 в соответствии с Законом РК от 17.02.2012 №566-IV об особенностях регулирования труда работников, занятых на дистанционной работе. По мнению А.К. Надировой, «принятие норм о регулировании труда работников, занятых на дистанционной работе, позволит решить проблемы трудовых отношений с иностранным работником, который осуществляет свою трудовую деятельность за пределами государства работодателя, с инвалидами и пр.» [158]. Необходимо отметить, что, к сожалению, новая глава Трудового кодекса Республики Казахстан не достаточно урегулировала отношения с дистанционными работниками, труд которых не был до сих пор регламентирован специальными нормами.

Стоит акцентировать внимание на том, что российский законодатель тоже недавно принял закон о дистанционной работе. Были уточнены проблемные вопросы, например, в части охраны труда дистанционных работников были внесены дополнительные гарантии. Таким образом, благодаря новым

технологическим возможностям сети Интернет, законодатель разрешил виртуальное общение работодателя и удаленного работника, который работает вне места нахождения работодателя и не под его контролем. В этом проявляются два основных признака дистанционного труда: это территориальная удаленность и использование для выполнения трудовой функции и взаимодействия сторон трудового правоотношения средств электронной связи. Благодаря этому закону, впервые получена возможность заключения трудового договора в электронной форме. Эта идея была заложена как основная концепция законопроекта. Трудовую книжку можно не вести на дистанционного работника, если он этого не потребует. При том, что закон разрешил заключение трудового договора в электронной форме, тем не менее, в законе уточнено, что по просьбе работника в течение трех дней работодателем оформляется письменный вариант трудового договора и отправляется работнику по почте заказным письмом с уведомлением. Это уточнение крайне важно, поскольку работнику может понадобиться письменный (в бумажной форме) трудовой договор, например, для подтверждения трудового стажа. Посредством сети Интернет можно, к примеру, знакомить работников в электронном виде с локальными нормативными актами, с приказами и распоряжениями работодателя, предупреждать работников о предстоящих событиях (например, об увольнении в связи с истечением срока трудового договора) и т.д., т.е. осуществлять в электронном виде те действия, которые сегодня в силу предписаний Трудового кодекса Российской Федерации работодатель обязан делать, подтверждая подписью работника. Дистанционных работников разрешено знакомить со всей необходимой информацией в электронном виде, с помощью усиленной электронной подписи [157].

К заметным недостаткам Трудового кодекса Республики Казахстан в регулировании дистанционного труда относится то, что действующее законодательство не закрепляет норму о прекращении трудового договора с дистанционными работниками.

Но необходимо отметить также и то, что новая глава Трудового кодекса Российской Федерации о дистанционных работниках позволяет работодателям устанавливать в трудовом договоре основания его расторжения. Очевидно, что это вынужденная мера, поскольку традиционные основания увольнения, например, дисциплинарные, в отношении дистанционного работника совершенно неприемлемы. Поскольку соблюдение правил внутреннего трудового распорядка не входит в обязанности дистанционных работников, они вправе сами себе устанавливать режим труда и отдыха (кроме отпуска, предоставление которого определяется трудовым договором). В связи с такой самостоятельностью работника в вопросе режима труда и отдыха говорить о применении дисциплинарных увольнений абсолютно не приходится. Для работника такой договорный способ установления оснований прекращения трудового договора представляет серьезную угрозу стабильности трудовых отношений.

Необходимость модернизации Трудового кодекса Республики Казахстан является одним из приоритетных направлений с учетом наметившихся тенденций в трудовом праве Республики Казахстан. Но при этом нельзя забывать следующую закономерность. Стандартные формы занятости характеризуются довольно высоким уровнем государственной защиты трудовых прав. Чем жестче законодательство, тем сильнее защищены работники. Нестандартные формы занятости, перенос акцентов правового регулирования на договорной уровень (коллективный, индивидуальный) могут объективно привести к снижению уровня гарантии трудовых прав.

Интеграция каждой взятой страны в мировое сообщество приводит к тому, что в современных условиях трудовое законодательство страны развивается в русле общемировых тенденций, определяемых Программой достойного труда МОТ, которая является ответом на вызовы глобализации в сфере труда.

Под тенденциями в праве в самом общем виде можно понимать направления, в которых развивались, развиваются или будут развиваться те или иные правовые явления. Последними могут выступать правовые институты и подинституты, группы правоотношений, методы правового регулирования, принципы права, целые отрасли права и законодательства и другие феномены.

В процессе создания новой правовой основы управления трудом ученые-трудовики выделяют следующие тенденции развития трудового законодательства:

- постепенное расширение предмета правового регулирования трудовых отношений (тенденция трудовправовой экспансии). При этом сохраняются смежные и спорные предметные области с гражданским и административным правом;

- усложнение метода трудовправового регулирования за счет дополнения централизованного регулирования широким спектром средств договорного и локального нормативного регулирования;

- усиление гибкости в регулировании трудовых отношений;

- конвергенция между разными системами трудового права. Например, проводится систематизация законодательства о труде в странах Запада (Кодекс труда Франции 2008 г.), используется судебный прецедент в странах континентальной правовой семьи (Германия);

- унификация и гармонизация трудового законодательства в условиях глобализации при помощи международных стандартов труда (МОТ) и интеграционных процессов в Европе (Бенилюкс, Евросоюз, Совет Европы) и постсоветских республиках (СНГ, ЕврАзЭС) [159].

Невозможно не указать и на такое важное обстоятельство, что в трудовом законодательстве РК также можно констатировать появление ряда направлений, связанных с социальной защитой, а именно: расширение охвата и повышение эффективности социального обеспечения; обеспечение достойных условий труда, включая, прежде всего, охрану труда.

П.Е. Морозов, анализируя трудовое законодательство Российской Федерации в современных условиях, отметил, что оно развивается на основе

реализации концепции достойного труда МОТ. Он выделяет шесть тенденций: тенденцию реформирования правового регулирования занятости населения; тенденцию содействия социальному партнерству; тенденцию оптимизации правового механизма упразднения детского труда; тенденцию совершенствования правового регулирования устранения дискриминации в области труда; тенденцию модификации правового регулирования устранения принудительного труда; тенденцию усиления социальной защиты [160, с. 5-10].

Сегодня в развитии трудового законодательства прослеживается тенденция следования за государственной политикой. Например, в Трудовом кодексе России с конца 2008 года появляются нормы антикоррупционной направленности. Речь идет, например, о работниках государственных корпораций, государственных компаний (ст. 249.1 ТК РФ), а также работниках Пенсионного фонда РФ, Фонда социального страхования РФ, Федерального фонда обязательного медицинского страхования (ст. 249.2 ТК РФ). Это правило докатилось и до руководителей государственных и муниципальных учреждений (ст. 275 ТК РФ). Далеко не бесспорным кажется решение законодателя, если, конечно, подходить к данному вопросу с позиции цели и назначения науки трудового права. Очевидно, российский законодатель определенным образом ограничивает некоторые возможности работников, не делая никаких исключений. Принимая во внимание вышеизложенное, проще сказать, что требования, запреты и ограничения, установленные антикоррупционным законодательством, касаются всех лиц, состоящих в трудовых отношениях с указанными работодателями. Свидетельством расширения и углубления дифференциации трудового права является то, что ТК РК, устанавливая в ст. 9 сферу действия общих норм трудового права, не определил факторы дифференциации трудового законодательства Республики Казахстан.

Следует отметить, что отсутствие правового регулирования особого рода трудовых отношений в ТК РК влечет ряд негативных последствий для работника. Работник оказывается незащищенным от злоупотреблений работодателя, возникающих в связи с неопределенностью или отсутствием правовых норм. Поэтому в нынешних условиях рынка, где экономически господствующей силой выступают работодатели, одной из приоритетных задач казахстанского трудового права и законодательства является изучение и адекватное правовое регулирование новых форм нестандартных трудовых отношений.

Необходимо также указать, что в связи с расширением сферы применения различных форм нестандартной занятости назрела необходимость в дифференциации нетипичных трудовых отношений.

Необходимость в дифференцированном правовом регулировании появляется тогда, когда «эффективное правовое регулирование с помощью общих норм невозможно» [161, с. 30]. Как было показано выше, эффективное правовое регулирование нетипичных трудовых отношений действительно невозможно без учета особенностей таких отношений. Применительно к

регулированию нетипичного труда это означает, что установление специальных правил должно быть направлено на реализацию функций трудового права и обусловлено невозможностью реализации этих функций в отношении «нетипичных» работников обычными средствами трудового права [162, с. 118].

Таким образом, изучив и сравнив современное международное трудовое право, руководствуясь задачами Программы достойного труда МОТ, можно выделить основные тенденции развития трудового права в Республике Казахстан:

- усиление договорного регулирования трудовых отношений с углублением рыночных начал;
- развитие и совершенствование правового регулирования социально-партнерских отношений;
- расширение и углубление дифференциации правового регулирования труда.

2.3 Проблемы индивидуально-договорного регулирования и пути их решения на практике

Возникновение трудового права считается ответной реакцией общества на неравное положение, существующее в правоотношениях между лицом, предоставляющим услуги (работодателем), и выполняющим работу (работником). Существование трудовых норм отражает высокую степень согласования этого вопроса в общих чертах между странами с различными правовыми системами. Следует отметить, что не во всех государствах наука и правовое регулирование поспевают за изменениями экономических и трудовых отношений. Динамика развития трудовых отношений на современном этапе социально-экономического развития Казахстана все еще не позволяет модернизировать трудовое законодательство с учетом мировых тенденций, т.е. с акцентом на внедрение гибких форм трудового договора, решение многих вопросов труда на уровне социального партнерства и др. [36, с. 258-262].

В этих условиях, на наш взгляд, следует пойти по пути частичного изменения норм трудового законодательства.

Во-первых, в практике судов есть примеры применения норм трудового права по аналогии для преодоления пробелов, как при разрешении индивидуальных трудовых споров, так и на уровне принятия нормативного постановления Пленума Верховного Суда Республики Казахстан [163].

Однако проблематичным остается вопрос о применении норм гражданского законодательства в порядке аналогии закона при разрешении трудовых споров. С учетом того, что некоторые правовые конструкции Трудовой кодекс имплементировал из Гражданского кодекса РК, представляется логичным применение норм последнего при разрешении трудовых споров по соответствующим вопросам. К примеру, при разрешении вопроса о компенсации морального вреда суды руководствуются дефиницией данной правовой категории и критериями определения размера компенсаций, сформулированными в

Гражданском кодексе РК. Необходимо в Трудовом кодексе предусмотреть норму следующего содержания.

«В случаях, когда предусмотренные пунктом 1 настоящей статьи отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется трудовое законодательство, регулиующее сходные отношения (аналогия закона). При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла трудового законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости».

Во-вторых, «злоупотребление правом» и «правонарушение» являются самостоятельными правовыми понятиями с присущими им обязательными признаками. Если правонарушение совершается посредством нарушения запрета, неисполнения им надлежащего исполнения обязанности, то «злоупотребление правом» совершается на основе и в процессе использования субъективного права [164, с. 3-8]. Обе правовые категории являются негативными явлениями, поэтому очень важно их разграничивать в правоприменительной практике и давать правильную правовую оценку [165, с. 13-15].

Практика показывает, что суды нередко квалифицируют неисполнение субъективной юридической обязанности в гражданских правоотношениях как злоупотребление субъективным правом, а в трудовых правоотношениях, поскольку нет законодательной базы, регулирующей пределы осуществления субъективных трудовых прав, и вовсе не берут во внимание, следуя принципу «всегда прав работник». Запрет возможных злоупотреблений со стороны работодателя выражен законодателем, прежде всего через запрет «дискриминации в сфере труда» [166, с. 75-79].

Поскольку Трудовой кодекс Республики Казахстан не содержит норм, устанавливающих пределы осуществления трудовых прав казахстанских граждан, обратимся к Гражданскому кодексу Республики Казахстан. Так ст. 8 ГК РК гласит:

«3. Осуществление гражданских прав не должно нарушать прав и охраняемых законодательством интересов других субъектов права, не должно причинять ущерба окружающей среде.

4. Граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели - также правила деловой этики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются.

5. Не допускаются действия граждан и юридических лиц, направленные на причинение вреда другому лицу, на злоупотребление правом в иных формах, а также на осуществление права в противоречии с его назначением. В случае несоблюдения требований, предусмотренных пунктами 3-5 настоящей статьи, суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права».

Существование данной правовой нормы еще не означает, что сложилась определенная практика ее применения в сфере гражданского права.

Е.М. Офман считает, что злоупотребление правом в трудовых отношениях квалифицируется в качестве самостоятельного правового явления, по своим признакам не подпадающего ни под правонарушение, ни под правомерное поведение, которое от правонарушения отличает отсутствием признаков противоправности и наказуемости, а от правомерного поведения отсутствие такого признака как общественная необходимость, обеспечение государством [167, с. 4]. М.В. Лушникова считает, что в тех случаях, когда субъект трудового права нарушает формально определенные законом, локальными актами, коллективным, индивидуальным договором пределы осуществления прав (временные пределы, способы осуществления права и др.), то речь идет о трудовом правонарушении и мерах юридической ответственности [168, с.7]. А.В. Юдин под злоупотреблением правами в трудовых правоотношениях понимает такое недобросовестное осуществление сторонами трудового договора субъективных прав, предоставленных Трудовым кодексом, а также иными законами, при котором управомоченное лицо создает видимость законности собственного поведения, направленного на необоснованное получение организационных, имущественных и иных выгод, сопряженное с обманом другой стороны трудового договора [169, с. 36].

В сфере трудовых отношений встречаются примеры злоупотребления правом, но нет к ней законодательного закрепления, поэтому суды и решают трудовые споры по своему усмотрению, не всегда вникая, к сожалению, в суть и формы злоупотребления правом. Более подробно мы остановимся на злоупотреблениях, допускаемых работником, поскольку возникающие здесь отношения более рельефно передают особенности рассматриваемого нами явления [170, с. 447]. Рассмотрим пример из практики.

Срок трудового договора с работницей А. заканчивался 05.12.2011 года, в то же время учитывая, что срок ее беременности составлял свыше 12 недель и в соответствии п. 2 ст. 185 ТК РК (в случае если на день истечения срока трудового договора женщина представит медицинское заключение о беременности сроком двенадцать и более недель, кроме случаев замещения отсутствующего работника, работодатель обязан по ее письменному заявлению продлить срок трудового договора по день окончания отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет), ею подано заявление о продлении срока трудового договора. За несколько минут до окончания рабочего дня ответчиком 05.12.2011 г. было предложено ей подписать дополнительное соглашение к трудовому договору, однако, по ее утверждению, в связи с тем, что она мгновенно не могла ознакомиться и осмыслить содержание дополнительного соглашения, она попросила необходимое время для ознакомления. В этом ей было работодателем отказано, и трудовой договор с ней был прекращен. Со следующего дня прекратили пускать ее на работу, по ее мнению, в нарушение закона. С приказом о прекращении трудового договора она не ознакомлена. В дальнейшем, после проверок и разбирательств, ответчик добровольно восстановил ее на работе,

предоставив на подпись дополнительное соглашение к трудовому договору о его продлении, которое после изучения ею подписано 09.01.2012 г., после чего она была допущена к исполнению трудовых обязанностей. Она считает, что находилась в вынужденном прогуле в период с 06.12.2011 г. по 08.01.2012 г., в связи с чем просит суд взыскать среднюю заработную плату за время вынужденного прогула с 06.12.2011 г. по 08.01.2012 года [171].

Решениями районного суда и апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам городского суда в удовлетворении иска работницы А. отказано. Кассационная инстанция выносит совершенно противоположное решение, взыскав с ответчика в пользу А. средней заработной платы за время вынужденного прогула за указанный истицей период. Почему судьи по разному решили данный вопрос?

Согласно ст. 218 и 219 Гражданского процессуального кодекса РК (далее ГПК РК) решение суда должно быть законным и обоснованным. При вынесении решения суд устанавливает обстоятельства, имеющие значение для дела, определяет законы, подлежащие применению к данному случаю, оценивает доказательства и в зависимости от установленного решает, подлежит ли заявленное требование удовлетворению.

При вынесении обжалуемых решений судами (районного суда и апелляционной судебной коллегии по гражданским и административным делам городского суда) соблюдены все требования как материального, так и процессуального права. Отмечено, что вопреки требованиям ст. 65 ГПК РК, сторона истца не доказала свои доводы нахождения истца в вынужденном прогуле по вине работодателя.

Судом первой инстанции было установлено, что 22.11.2011 г. и 05.12.2011 г. в связи с предстоящим истечением срока трудового договора от 06.12.2010 г. ответчиком истцу направлялись уведомления, от получения которых истец отказался, доказательством чему служат электронные текстовые сообщения внутреннего документооборота, отправленные 22.11.2011 г., в 17 часов 37 минут и от 05.12.2011 г., в 10 часов 05 минут, о направлении сканированных копий уведомлений на электронный адрес истца.

Также судом установлено, что в 17 часов 12 минут 05.12.2011 г. истцом ответчику направлено заявление о продлении срока трудового договора в соответствии со ст. 185 ТК РК, с приложением справки ВВК о нахождении истца в состоянии беременности сроком свыше 12 недель. Данный факт ответчиком не оспаривается.

05.12.2011 г. в 17 часов 30 минут ответчиком подписано дополнительное соглашение к трудовому договору от 06.12.2010 года, согласно которому п. 46 трудового договора изложен в следующей редакции: «Датой прекращения трудового договора в связи с истечением срока действия является последний день отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет», истцом указанное дополнительное соглашение не подписано, доказательством чему служит акт об отказе в подписании от 05.12.2011 г. за подписью вице-президента

по юридическим вопросам, вице-президента по управлению персоналом, менеджера по кадровому делопроизводству.

То есть, на момент истечения срока трудового договора со стороны работодателя были полностью соблюдены требования ст. 185 ТК РК. Однако истцом указанное дополнительное соглашение подписано лишь 09.01.2012 г., в связи с этим ответчик 10.01.2012 г. отменил ранее изданный приказ о прекращении с А. трудовых отношений.

Таким образом, прогул допущен исключительно по вине самого работника, между тем действующее трудовое законодательство предусматривает взыскание заработной платы за прогул, вынужденно совершенный работником по вине работодателя.

Следовательно, не имеется оснований для удовлетворения иска о взыскании средней заработной платы за дни прогула, совершенного по вине работника.

При таких обстоятельствах коллегия приходит к выводу об оставлении обжалуемого решения суда без изменения, ввиду его законности и обоснованности. Апелляционная жалоба истца оставлена без удовлетворения ввиду необоснованности ее доводов.

На основании изложенного и руководствуясь п. 1 ст. 358 и ст. 360 ГПК Республики Казахстан, коллегия постановила: решение районного суда от 1 августа 2012 г. по гражданскому делу по иску А. к организации о признании незаконным приказа от 05.09.2011 г. о взыскании средней заработной платы за время вынужденного прогула с 06.12.2011 г. по 08.01.2012 г. оставить без изменения. Апелляционную жалобу представителя истца оставить без удовлетворения.

Рассмотрев данный трудовой спор, суд кассационной коллегии приходит к совершенно противоположному выводу и полностью удовлетворяет иск А.

Таким образом, мы имеем разные судебные решения по одному и тому же иску. Рассмотрим правильность этих решений с точки зрения теории трудового права.

В ТК РК понятие «вынужденный прогул» не получило формального определения, поэтому зачастую подобная неопределенность приводит в правоприменительной практике к неоднозначному истолкованию таких формально неопределенных понятий и, как следствие, порождает соответствующие проблемы для правоприменителей.

Между тем анализ взаимосвязанных между собой положений ТК РК позволяет определить вынужденный прогул как незаконное лишение работодателем работника права осуществлять трудовую деятельность, в соответствии с заключенным трудовым договором с работодателем, в течение определенного периода времени.

Рассмотрим, был ли вынужденный прогул у истца А., на оплате которого она настаивает:

– во-первых, истцу было дважды предложено подписать уведомление о прекращении с ней трудового договора от 06 декабря 2010 года, по истечении его срока, от подписания которого она отказалась. Уведомления о предстоящем

прекращении трудового договора истцу также направлялись 22.11.2011 г. и 05.12.2011 г.;

– во-вторых, после предоставления истцом справки ВКК о беременности сроком свыше 12 недель, ответчиком, в свою очередь, предоставлено истцу на подписание дополнительное соглашение, что также было ею отвергнуто;

– в-третьих, 14.12.2011 г. в присутствии представителя соответствующей прокуратуры истец вновь отказывается от подписания дополнительного соглашения.

В указанных действиях А. усматривается злоупотребление своим положением, что выразилось в ее очевидно недобросовестном поведении.

Нельзя признать добросовестным отказ А. от подписания дополнительного соглашения к трудовому договору в период, когда руководство организации неоднократно предпринимало действия подписать с ней дополнительное соглашение в связи с ее беременностью. Тем более истец знала, что срок ее срочного трудового договора истек и своими неоднократными отказами подписать дополнительное соглашение фактически «вынуждала» работодателя продлить срочный трудовой договор, превратив его в бессрочный.

В одностороннем порядке работодатель не мог выполнить требования п. 2. ст. 185 ТК РК.

В данном случае истец, имея право и возможность своевременно подписать дополнительное соглашение на продление трудового договора по день окончания отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста трех лет, не совершает необходимых действий, т.е. не подписывает дополнительное соглашение, обеспечивающее ответчику исполнить свои обязанности, и затем выступает против него же с обвинением в нарушении закона.

В четвертых, вынужденного прогула фактически не было и по следующим причинам:

а) в день неподписания дополнительного соглашения срок трудового договора заканчивался и с 06 декабря 2011 года истец не должна была выполнять трудовые обязанности;

б) дополнительное соглашение, даже в случае его подписания, не дает права истцу выполнять трудовые обязанности, т.к. она находилась на работе по срочному трудовому договору, срок которого истек 05.12.2011 г. Данное дополнительное соглашение действительно предусматривает продление срока трудового договора и его основное назначение - сохранение трудового стажа в связи с рождением и уходом за ребенком до достижения им возраста трех лет;

в) если бы истец А. находилась на бессрочном трудовом договоре, тогда ее иск о выплате вынужденного прогула подлежал бы удовлетворению.

Действия А., выраженные в виде немотивированного отказа от подписания дополнительного соглашения, привели к неоднозначным действиям со стороны Ответчика: прекращению срочного трудового договора, затем его отмене, хотя ответчик после неподписания дополнительного соглашения истцом вполне мог прекратить трудовые отношения по истечению срока трудового договора.

Злоупотребление правом со стороны А. характеризуется следующими признаками:

1) А., реализуя свое субъективное право на продление срочного трудового договора по п. 2 ст. 185 ТК РК, одновременно нарушила законные интересы работодателя своевременно прекратить трудовые отношения, а при появлении определенных обстоятельств (беременности истца) – продлить его срок;

2) своими неоднократными отказами от подписания дополнительного соглашения к трудовому договору она нарушила право работодателя на подбор кадров и его оптимизацию, а также привела к негативным действиям – к требованию возместить за вынужденный прогул, который по закону ей не полагается, т.к. с 06.12.2011 г. она не имела право выполнять трудовые обязанности.

Таким образом, в действиях А. усматривается злоупотребление правом, поскольку для достижения своей цели: превратить срочный трудовой договор в бессрочный, она в течение определенного времени систематически выходит за пределы осуществления своих субъективных прав, действуя назло работодателю, «заволокичивает» подписание дополнительного соглашения и затем, предъявив иск на выплату вынужденного прогула, пытается нанести работодателю материальный ущерб.

Идея злоупотребления правом не получила научного обоснования в современной юридической литературе. Исследуя пределы осуществления гражданских прав, цивилисты понимают под злоупотреблением правом такие случаи, когда управомоченный субъект действует в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках тех возможностей, которые составляют содержание данного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права.

В данном случае работница А., зная, что закон защищает беременных женщин, надеялась и своими неадекватными действиями вынуждала работодателя продлить срок трудового договора и превратить его из срочного в бессрочный. При этом она совершенно не принимала во внимание интересы работодателя, связанные с подбором и расстановкой кадров, с фондом заработной платы и т.п. И такое поведение, в какой-то мере, как выходящее за пределы, установленные законом, можно считать неправомерным. Истец А., не совершив необходимых действий, т.е. своевременно не подписав дополнительное соглашение, подготовленное и предоставленное ей работодателем, практически не позволила работодателю исполнить его обязанности по защите трудовых прав беременной женщины. Следовательно, налицо злоупотребление истицей А. своим правом путем бездействия (неподписания дополнительного соглашения). Возможно, в действиях А. и не было цели причинить ущерб работодателю в виде взысканной заработной платы за вынужденный, по ее мнению, прогул. Тем не менее, длительно удерживая у себя дополнительное соглашение к трудовому договору и не подписывая его, она объективно причинила вред, не давая возможности работодателю своевременно исполнить свои обязанности. Вывод апелляционного

суда в этой части не означает переложение бремени доказывания с истца на ответчика, но влечет отказ в защите принадлежащего истцу права.

Суд первой инстанции и городская коллегия апелляционного суда по гражданским и административным делам, на наш взгляд, правильно вынесли решение, установив, что А. злоупотребила своим правом и отказали в защите принадлежащего ей права.

Злоупотребление правом является средством правовой защиты, прежде всего, ответчика. По данному делу единственным доводом ответчика было злоупотребление правом со стороны истца А. Хотя ответчик и ссылался на эти доводы, кассационная инстанция не приняла их во внимание. Это сложилось отчасти из-за того, что во-первых, в Трудовом кодексе РК нет нормы, посвященной злоупотреблению правом; во-вторых, суды практически всегда решают в пользу женщины, тем более беременной; в-третьих, нет практики разрешения трудовых споров на основе злоупотребления правом. Даже в гражданском законодательстве злоупотребление правом, как способ правовой защиты, не является эффективным средством правовой защиты из-за сложностей доказывания. В любом случае последнее слово остается за судьей, который, по своему усмотрению, оценивает доказательства сторон и квалифицирует действия лица в качестве злоупотребления правом.

В результате проведенных исследований, ученые сформулировали понятие «злоупотребление правом», которое представляет собой допустимое осуществление субъектом права в границах принадлежащего ему субъективного права, нарушающее пределы осуществления субъективного права или не нарушающее данные пределы, но являющееся социально вредным и общественно порицаемым и причиняющее вред правам, свободам и интересам других участников общественных отношений [172, с. 85].

В этом определении содержатся следующие взаимосвязанные признаки «злоупотребления правом»:

- а) допустимое осуществление субъектом права своего субъективного права;
- б) нарушение субъектом права пределов осуществления этого права;
- в) осуществление субъектом своего права в предоставленных законом пределах;
- г) причинение вреда правам, интересам и свободам других участников общественных отношений [173, с. 71].

Таким образом, «злоупотребление правом» не относится к правонарушению, поскольку не нарушает запрета правовой нормы, а выходит за пределы осуществления права, либо не выходит за предоставленные пределы, но в связи с тем, что причиняет вред другим участникам общественных отношений, является социально вредным и общественно порицаемым. Именно поэтому суды, на наш взгляд, должны оценивать, главным образом, социальную вредность и общественную порицаемость действий лиц, злоупотребляющих правом, и выносить справедливое решение.

Определенную трудность, как известно, вызывает практическое применение оснований прекращения трудового договора, в частности, положений статей 51,

52 и 57 Трудового кодекса Республики Казахстан что также может вызвать злоупотребление правом как со стороны работника, так и работодателя.

Соглашение сторон как основание прекращения трудового договора по п.п. 1) ст. 51 ТК РК применяется в случаях, когда для прекращения трудового договора желания только работника или только работодателя недостаточно. Необходимо взаимное волеизъявление сторон на прекращение трудового правоотношения. Данный подпункт 1) ст. 51 ТК РК не предусматривает каких-либо причин, ограничивающих возможность прекращения трудового договора по соглашению сторон.

При достижении договоренности между работником и работодателем трудовой договор может быть расторгнут в любое время в срок, определенный сторонами.

О возможном прекращении трудового договора по соглашению сторон в любое время стороны могут договориться еще при заключении трудового договора. Так, например, в дополнительном соглашении к трудовому договору от 12 октября 2007 года, заключенном 04 января 2012 года между руководителем организации и работником записано: «1.2 Подпункт 6.4 пункта 6 изложить в следующей редакции: «6.4 Настоящий Договор может быть расторгнут по соглашению сторон. Сторона Договора, изъявившая желание расторгнуть Договор по соглашению сторон, направляет уведомление другой Стороне Договора. Сторона, получившая уведомление, обязана в течение трех рабочих дней в письменной форме сообщить другой стороне о принятом решении. Дата расторжения Договора по соглашению Сторон определяется по согласованию между Работником и Работодателем.

В соответствии с п. 4 ст. 52 ТК РК, работодатель вправе расторгнуть трудовой договор без соблюдения вышеуказанных требований, с компенсационной выплатой в размере не менее средней заработной платы за год» [174]. И с этим дополнительным соглашением был ознакомлен своевременно работник, поставив собственноручно свою подпись. Имеется также, в соответствии с Трудовым кодексом РК, и подпись руководителя.

После прохождения всех процедур прекращения и получения компенсационной выплаты работник обращается в суд с просьбой восстановить его на работе, т.к. он считает, что работодатель не предупредил его заранее и не согласовал с ним дату прекращения трудового договора.

Соглашение сторон о прекращении трудового договора по обоюдному согласию, т.е. подпункту 1) ст. 51 ТК РК, является самостоятельным основанием прекращения трудового договора и его нельзя путать с п. 4 ст. 51 ТК РК – также самостоятельным основанием расторжения трудового договора по инициативе работника, где инициатива расторжения исходит от работника и проявляется в форме подачи им заявления с просьбой об увольнении по собственному желанию.

По общему правилу, порядок прекращения трудового договора по соглашению сторон, предусмотренный в п. 2 ст. 52 ТК РК, дает возможность сторонам в трехдневный срок выразить свою волю на предстоящее увольнение

работника. Если в письменном сообщении сторона, получившая уведомление, не выразит свое согласие на увольнение, то трудовой договор по соглашению сторон прекращен быть не может, поскольку данное основание предполагает обоюдное волеизъявление. Стороны при достижении согласия на прекращение трудового договора по соглашению сторон также совместно определяют дату увольнения.

Соблюдения требований, установленных п. 2 настоящей статьи, не требуется, если в трудовом договоре предусмотрено такое право работодателя с компенсацией выплаты в размере не менее средней заработной платы за год. И в этом случае дополнительного согласия работника на увольнение также не требуется, поскольку о возможном прекращении трудового договора по соглашению сторон в любое время стороны: и работник, и работодатель договорились еще при заключении трудового договора.

Следовательно, работник, подписав в свое время дополнительное соглашение к своему трудовому договору, заранее дал свое согласие на возможное увольнение по соглашению сторон в любое время. За такое предварительное согласие работник и получает компенсационную выплату в размере средней заработной платы за год, о чем свидетельствует содержание приказа о расторжении с работником трудового договора согласно п.п. 1) ст. 51 и п. 4 ст. 52 ТК РК.

В данном случае отказ работника от подписания приказа работодателя в присутствии лиц, удостоверяющих его отказ, не имеет правового значения, т.к. свое согласие на возможное прекращение трудового договора с ним по соглашению сторон по п. 4 ст. 52 ТК РК он давал при подписании дополнительного соглашения.

Также следует отметить, что при ознакомлении с дополнительным соглашением о возможном прекращении трудового договора по соглашению сторон, работник мог вполне отказаться от подписи, т.е. от дачи согласия на возможное прекращение трудового договора с ним, согласно п. 4 ст. 52 ТК РК, чего сделано не было. Следовательно, с дополнительным соглашением он был полностью согласен, подписывать его никто не принуждал.

Данный пример также является ярким свидетельством злоупотребления правом со стороны работника. В то же время следует особо подчеркнуть, что действия работника не являются противоправными, так как они направлены на защиту своих интересов в рамках закона. Работник не нарушает предписания ст. 52 ТК РК, а просит суд восстановить его на работе, поскольку считает, что с ним не была конкретно установлена дата прекращения трудового договора по соглашению сторон.

Требую восстановить на работе, работник, возможно, и не предполагает, что он посягает на интересы работодателя, которые выражаются в следующем:

а) получив письменное согласие работника на возможное прекращение трудового договора по соглашению сторон, работодатель рассчитывал на то, что с данным работником будет прекращен трудовой договор в любое время

без соблюдения требований п. 2 и п. 3 ст. 52 ТК РК, т.е. порядка прекращения трудового договора по соглашению сторон;

б) выплатив заработную плату за один год вперед, т.е. оплатив немалую сумму денег за невыполненную работу, работодатель понес материальные затраты, которые он планировал понести взамен на нового, более квалифицированного работника, либо сократить его должность (выполняемую работу) в целях оптимизации кадров и т.п.

Следовательно, требуя от работодателя при прекращении трудового договора с ним п. 4 ст. 52 ТК РК соблюсти положения п. 3 данной статьи, т.е. установить конкретную дату прекращения трудового договора, работник фактически сводит на нет цель и смысл компенсационной выплаты и тем самым допускает со своей стороны злоупотребление правом. Он даже и не задумывается над тем, зачем в ТК РК установлена эта норма и для чего делается ему «подарок» в виде неотработанной и незаслуженной среднегодовой заработной платы.

Таким образом, злоупотреблению правом способствуют пробелы и противоречия, содержащиеся в нормах трудового законодательства; отсутствие квалифицированных юристов, хорошо знающих и правильно разъясняющих трудовые нормы и отсутствие специализированных судов по трудовым спорам.

«Самым опасным и серьезным видом злоупотребления правом является злоупотребление свободой судебного усмотрения, на практике зачастую приводящее к причинению судом вреда правам участников процесса» [164, с. 7]. Так вот по обоим приведенным примерам суды разных инстанций вынесли совершенно противоположные решения. То обстоятельство, что кто-то из судей злоупотребил свободой своего судебного усмотрения, очевидна, ибо суждения о злоупотреблении правом являются исключительной прерогативой суда. Добросовестное пользование правами и свободами является необходимым условием демократии и правового государства. Именно доступность правосудия отличает наше государство от многих других. Для этого, с момента обретения Казахстаном независимости, проводятся целенаправленные реформы. Первое - ещё в середине 90-х годов нашим государством уменьшен размер госпошлины, взимаемой у сторон при обращении в суд, введена возможность обжаловать любое решение без дополнительной оплаты госпошлины. Второе - это большая свобода выбора у лица, желающего обратиться в суд. Прежде всего, гражданин, не прибегая к помощи профессионального юриста, может прийти в суд, взять образцы документов, которые вывешиваются на видных местах во всех судах, составить по ним свой документ. С проблемой злоупотребления правом в Казахстане приходится сталкиваться судьям практически ежедневно. Следует подумать о внесении поправок в законодательство с учётом реалий сегодняшнего дня. Расширить понятие «проявление неуважения к суду», влекущее административную ответственность, включив в него затягивание судебного процесса любыми способами. Можно принять и ряд других мер, но главное, чтобы никто не мог

оказывать давление на судью, не мог затягивать процесс и мешать отправлению правосудия.

Казахстанские суды при разрешении трудовых споров совершенно не задумываются над тем, что в сфере труда, так же как и в сфере гражданского права встречаются злоупотребление субъектами трудового права своим субъективным правом на свободу труда [175].

Поэтому хотелось бы вначале сформулировать дополнительную норму в Трудовой кодекс Республики Казахстан следующего содержания:

«Осуществление трудовых прав не должно нарушать прав и охраняемых законодательством интересов других субъектов права, не должно причинять ущерба окружающей среде.

Работники и работодатели должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена трудовым договором. Добросовестность, разумность и справедливость действий участников трудовых правоотношений предполагаются.

Не допускаются действия работников и работодателей, направленные на причинение вреда другому лицу, на злоупотребление правом в иных формах, а также на осуществление права в противоречии с его назначением. В случае несоблюдения указанных требований суд может отказать лицу в защите принадлежащего ему права».

Эта норма призвана дать средство защиты в форме возражения на иск (эксцепция). Суть его заключается в том, что ответчик может утверждать, что истец, обладая правом, злоупотребляет им. Так, в приведенном примере с беременной женщиной, она, зная, что трудовой договор может быть продлен только посредством подписания ею дополнительного соглашения, не подписывает его даже после неоднократных просьб со стороны ответчика. И это ее бездействие имело цель превратить срочный трудовой договор в бессрочный. Статья 185 ТК РК, предоставляющая беременной женщине продлить срочный трудовой договор в связи с ее беременностью, носит объективный характер, а злоупотребление правом - продукт субъективной воли. При этом истица действует в своих собственных интересах с косвенным умыслом, желает наступления того, что она желает вопреки интересам ответчика.

Отказ в иске на основании предложенной нами новой статьи допустимо, когда речь идет о злоупотреблении полномочием, т.е. правом действовать в чужом интересе. Главным способом обращения к этой статье должно быть возражение против иска, заявленного на основании действительного права, в данном случае – пункта 2 статьи 185 ТК РК.

Злоупотребление правом – самостоятельный вид отклоняющегося поведения, неправовое явление, и оно заключается в таких действиях (бездействиях), которые по внешним признакам не выходят за пределы субъективного права, однако ущемляет законные интересы других лиц, в

данном примере – работодателя. «Злоупотребление правом» имеет определенные юридические пределы, выход за которых чреват последствиями, неблагоприятными для других субъектов. Использование субъективного права в ущерб другому обязательно сопровождается тем, что истец действует (бездействует) без пользы для себя, со злобой, чтобы только навредить ответчику.

С последствиями злоупотребления правами связываются недобросовестное и неразумное осуществление прав и исполнение обязанностей, что в равной степени приводит к отказу в защите их прав. С другой стороны разумность и добросовестность, хотя и не являются правовыми категориями, но юридически являются значимыми составляющими, характеризующими злоупотребление правами. Поэтому некоторые авторы предлагают выделять такую самостоятельную форму злоупотребления правом, как осуществление права, противоречащее принципу добросовестности [176, с. 60].

В современном европейском праве проблема злоупотребления решается с опорой на нравственно-правовые нормы справедливости, добросовестности, разумности. Так, Гражданский кодекс Германии устанавливает следующие правовые средства ограничения воли правообладателя:

а) запрет придинок, т.е. запрещение использовать субъективное право только во вред другому; осуществление права является недопустимым, если оно направлено только на причинение вреда другому;

б) запрет реализации права против «добрых нравов» или обязанность исполнения обязательств на основе надежности и доверия, с учетом «добрых нравов»: «Должник обязан так исполнить свои обязательства, как этого требуют надежность и доверие с учетом обычаев правового оборота»;

в) сроки осуществления права, истечение которых может влечь лишение права на реализацию, и истечение срока давности [177, с. 309].

Трудовое законодательство требует от работника добросовестности только при исполнении своих трудовых обязанностей, возложенных на него трудовым договором, однако не содержит аналогичного требования применительно к реализации и защите работником своих трудовых прав [178, с. 48]. Отсутствие подобного требования следует рассматривать как пробел трудового законодательства, подтверждением чего служит анализ ситуаций, в которых суд испытывал затруднения при квалификации действий работника как недобросовестных. «Трудовое законодательство не очерчивает четких границ дозволенного поведения работников по реализации субъективных прав. Эти границы практически не имеют пределов, если только работник не злоупотребляет своими правами...» [179, с. 131].

Хотя невозможно в законодательном порядке точно очертить грань между свободой пользоваться своим правом и обязанностью уважать право другого при этом, все же можно определить, используется ли субъективное право в соответствии со своим социальным назначением, не нарушаются ли при его реализации общественные либо государственные интересы, либо интересы

других субъектов. И не зря в ст. 857 английского права оно называется «зловредностью» [180, с. 29].

На наш взгляд, главным в «злоупотреблении правом» выступает морально-этический аспект. Несмотря на множество публикаций ученых, посвященных определению пределов осуществления субъективных прав, нам представляется, что предложенные в научной литературе критерии определения пределов недостаточно ясны и практически не используются. Поэтому, все же главным считаем мыслительную деятельность судьи, оценивающего всю доказательственную базу при вынесении решения по конкретному делу.

В-третьих, многочисленные примеры из практики, которые проанализированы Комиссией по правам человека при Президенте РК, показывают, что все еще высок уровень нарушений трудового законодательства со стороны работодателя.

На 1 января 2012 года количество государственных инспекторов труда (далее - ГИТ) по республике составляет 315 человек. В 2012 году государственными инспекторами труда в ходе проверок выявлено 54543 нарушения, из них:

- в области трудовых отношений - 32550;
- в области безопасности и охраны труда - 20965;
- в области занятости населения - 1028.

В области трудовых отношений основными нарушениями явились:

- несоответствие содержания трудовых договоров – 5651 (17,4%);
- несвоевременная выплата заработной платы (задержка от 3 месяцев и более) – 3881 (11,9%);
- превышение установленного законодательством норм рабочего времени (сверхурочные) – 1433 (4,4%);
- нарушение сроков предоставления трудовых отпусков – 1249 (3,8%);
- использование труда работников без заключения трудового договора (количество фактов) – 889 (2,7%) и другие.

В соответствии с действующим законодательством, наряду с государственной инспекцией по труду осуществляется общественный контроль в области безопасности и охраны труда [181].

В ТК введена норма (статья 339-1), предусматривающая создание комитета (комиссия) по безопасности и охране труда в организациях, в состав которого на паритетной основе входят представители работодателя, профсоюзной организации или иные уполномоченные работниками лица.

Комиссия организует совместные действия по обеспечению требований охраны труда, предупреждению производственного травматизма и профзаболеваний, а также проведение проверок условий и охраны труда на рабочих местах и информирование работников о результатах указанных проверок, сбор предложений к разделу коллективного договора (соглашения) об охране труда, что дает возможность расширить полномочия общественных инспекторов по охране труда для профилактики и предотвращения несчастных случаев в организациях.

Анализ выявленных нарушений показывает, что зачастую нарушения работодателями допускаются из-за незнания трудового законодательства или неправильного его применения, халатности руководителей к своим должностным обязанностям, неэффективной организации труда. Тем не менее, на наш взгляд, основной причиной нарушений все же являются пробелы в самом трудовом законодательстве, в силу которых оно не в состоянии обеспечить стабильность в трудовых отношениях [107, с. 13].

В-четвертых, вводя правовой механизм, предусматривающий применительно к работодателям, не относящимся к бюджетной сфере, самостоятельное определение размера, условий и порядка компенсаций в коллективных договорах, актах работодателя, трудовых договорах, законодатель преследовал цель защитить таких работодателей, на свой риск осуществляющих предпринимательскую и (или) иную экономическую деятельность, от непосильного обременения и одновременно – через институт социального партнерства – гарантировать участие работников и их представителей в принятии соответствующего согласованного решения в одной из указанных правовых форм. Тем самым на основе принципов трудового законодательства, включая сочетание государственного и договорного регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, достигается баланс интересов работников и их работодателей. Такое правовое регулирование направлено на учет особенностей правового положения работодателя, не относящегося к бюджетной сфере, и вместе с тем не позволяет ему лишиться работников предусмотренной законом гарантии и уклониться от установления компенсации, поскольку предполагает определение ее размера, порядка и условий предоставления при заключении коллективного договора или трудового договора либо в акте работодателя, принятом с учетом мнения выборного органа первичной профсоюзной организации.

Однако надо иметь в виду, что в тех случаях, когда речь идет о гарантиях трудовых прав работников, законодатель не должен целиком и полностью полагаться на сознательность работодателей, отдавая им на откуп разработку и принятие соответствующих правил поведения. Здесь применение отсылочных норм является неподходящим приемом законодательной техники. Полагаем, что, устанавливая право работодателей, не относящихся к бюджетной сфере, самостоятельно определять размеры гарантийных выплат, законодатель все-таки должен уточнять минимальные гарантии для работников, которые будут действовать при отсутствии работодателских актов. Соответствующие нормы ТК РК должны содержать правила поведения и оговорку: «если иное не предусмотрено коллективным договором, соглашением, трудовым договором или актом работодателя».

В частности, в случае с индексацией заработной платы можно предусмотреть следующую норму, включив ее в ст. 124 ТК РК: «При отсутствии порядка индексации в актах работодателя, коллективных договорах, соглашениях, работодатели обязаны осуществлять такую индексацию ежегодно, исходя из

динамики индексов потребительских цен, устанавливаемой органами государственной статистики».

Примером неправильного использования технико-юридических средств, влекущих возникновение пробелов, является некорректная формулировка ст. 79 и 80 ТК РК. В соответствии с данной нормой по соглашению между работником и работодателем может устанавливаться неполное рабочее время. При этом законодатель не разъясняет, каким образом данный режим отменяется и может ли работник в одностороннем порядке отказаться от него, если необходимость в таком режиме для него отпала [182 - с. 9-15].

В такой ситуации при возникновении спора суду придется применять системное толкование норм права. В подпункте б) п.1 ст. 28 ТК РК в числе обязательных условий трудового договора называется режим рабочего времени отдыха. В соответствии со ст. 32 ТК РК изменение определенных сторонами условий трудового договора допускается только по соглашению сторон трудового договора, за исключением случаев, предусмотренных ТК РК.

П.1 ст. 148 ТК РК предусматривает возможность изменения определенных сторонами условий трудового договора (кроме трудовой функции) по инициативе работодателя в случае изменений в организации производства и (или) сокращения объема работ у работодателя. О предстоящих изменениях определенных сторонами условий трудового договора, а также о причинах, вызвавших необходимость таких изменений, работодатель обязан уведомить работника в письменной форме не позднее чем за один месяц, если иное не предусмотрено в коллективном, трудовом договорах.

Таким образом, можно сделать вывод, что режим неполного рабочего времени, установленный по соглашению между работником и работодателем, может быть отменен либо также по соглашению сторон, либо работодателем в одностороннем порядке с предупреждением работника за один месяц при наличии условий, предусмотренных п. 1 ст. 48 ТК РК. Работник правом самостоятельной отмены такого режима не обладает.

В то же время не все работодатели и работники настолько грамотны, чтобы делать указанные умозаключения, и во избежание ошибок и ограничения прав работников необходимо дополнить ст. 80 ТК РК пунктом 4 следующего содержания: «Условие о неполном рабочем времени может быть изменено или отменено по соглашению между работником и работодателем». При этом в п. 1 ст. 80 ТК РК следует изложить в следующей редакции:

«1. По соглашению между работником и работодателем могут устанавливаться как при приеме на работу, так и впоследствии неполный рабочий день (смена) и (или) неполная рабочая неделя».

Одним из актуальнейших вопросов сегодняшнего дня является вопрос о том, как законным образом расторгнуть трудовой договор, если работник не появляется на работе длительное время и не информирует работодателя о наличии уважительной причины отсутствия на работе. Эта проблема вызвана отсутствием в ТК РК соответствующего основания прекращения трудового договора. Чтобы уволить работника за прогул, работодатель должен установить факт отсутствия

уважительных причин невыхода на работу, для этого ему необходимо, в соответствии с требованиями ТК РК, затребовать от работника письменное объяснение. Но работник не появляется на работе, а значит, взять у него объяснение не представляется возможным. Попытки работодателей с помощью почтовой или телеграфной связи потребовать от работника объяснений также в большинстве случаев бесперспективны. Получается замкнутый круг – без объяснительной работника уволить за прогул нельзя, а объяснительную получить практически невозможно. Поэтому и назрела необходимость дополнить перечень оснований прекращения трудового договора (ст. 51 ТК РК) дополнительным основанием, которое можно сформулировать как «отсутствие работника на работе по неизвестным причинам более одного месяца» (новый подпункт 10 ст. 51 ТК РК).

Так, установив возможность включать в трудовой договор дополнительное условие об обязанности работника отработать после обучения не менее установленного договором срока, если обучение производилось за счет средств работодателя (ст. 144 ТК РК), законодатель не предусмотрел предельной продолжительности такого срока, что дало почву для злоупотребления со стороны работодателя. Подобное условие договора противоречит закрепленному в ст. 24 Конституции РК принципу свободы труда, согласно которому каждый свободно выбирает или на который свободно соглашается, право распоряжаться своими способностями к труду, выбирать профессию и род деятельности. Представляется целесообразным ограничить срок отработки после обучения за счет средств работодателем тремя годами. В связи с этим предлагаем:

Подпункт 3) п. 1 статьи 144 ТК РК изложить в следующей редакции: «3) срок обучения и срок отработки у работодателя после завершения обучения не более трех лет».

Трудовой кодекс РК содержит большое количество отсылочных норм к законам, иным нормативным правовым актам, коллективным договорам, соглашениям. Отсылки к общепризнанным принципам и нормам международного права, к международным договорам РК также содержатся в ТК РК. В частности, указанные принципы, нормы и договоры ст. 2 Кодекса называет составной частью правовой системы Республики Казахстан.

Одной из проблем, которая нередко возникает при включении в текст ТК РК некорректно сформулированных отсылочных норм, является появление дефектов трудового права, в частности, пробелов в правовом регулировании трудовых отношений. Указанные пробелы возникают в результате закрепления в ТК РК отсылочных норм, предполагающих заключение коллективных договоров, соглашений либо принятие работодателем своих актов. Думается, законодатель при создании норм, отсылающих правоприменителей к коллективным договорам, соглашениям, актам работодателя, должен устанавливать минимальные гарантии для работников, которые будут действовать при отсутствии данных актов. В противном случае могут возникнуть пробелы в праве, влекущие нарушение трудовых прав работников [182]. Таким образом, можно сформулировать следующее правило применения отсылочных норм в трудовом праве: в том

случае, если законодатель позволяет сторонам трудового договора самим урегулировать складывающиеся между ними отношения, либо предоставляет такую возможность работодателю, необходимо использовать не отсылочные, а диспозитивные нормы [183, с. 46].

С.Ю. Головина отмечает, что при анализе Трудового кодекса РФ приходится сталкиваться с разного рода недостатками, как содержательного характера, так и технического свойства, и называет их логико-структурными дефектами текста Трудового кодекса. К ним указанный автор относит пробелы, противоречия, дублирование и чисто технические ошибки [184, с. 23-26].

Исследуя дефекты трудового права, М.А. Жильцов выделяет объективные и субъективные причины их появления. К объективным причинам он относит социально-экономические причины, в том числе отсутствие необходимых материальных условий для реализации трудовых норм, т.е. случаи, когда законодательство не успевает адекватно отразить бурно развивающиеся общественные и экономические отношения. Субъективные – социокультурные причины, когда при принятии нормативных актов в сфере труда нормотворческий орган не учитывает особенности правосознания общества, уровень развития культуры, в том числе культуры трудовых отношений, а также компетенционные (нарушение правил разграничения компетенции между нормотворческими органами), технико-юридические причины [183, с. 47].

В науке существуют различные точки зрения по поводу необходимости дублирования норм права в нормативных актах. Ученые высказывают подчас диаметрально противоположные мнения, характеризуя указанный прием юридической техники. Однако большинства из них выступает против многократного повторения правовых норм в различных нормативных актах, считая такое дублирование дефектом права. В Трудовом кодексе встречаются как абсолютное дублирование (когда норма повторяется слово в слово), так и относительное дублирование (когда правило излагается в иной словесной формулировке, но по существу несет ту же самую смысловую нагрузку).

Примером первого рода дублирования является дефиниция понятия «трудовая функция», включенная в текст статей 24 и 28 ТК РК. Устранить дублирование и неточность можно дополнив ст. 24 ТК РК, поскольку там раскрывается значение и место данной правовой категории.

Образовался пробел в более точном определении понятия «минимальный размер оплаты труда». Повышенная оплата за работу в условиях, отклоняющихся от нормальных, также не должна включаться в минимальный размер оплаты труда. Следует также восполнить пробел.

Подпункт 19) предусматривает возможность прекращения трудового договора с руководителем организации и членами коллегиального органа организации. В нем предусмотрена возможность прекращения трудового договора с руководителем организации и членами коллегиального исполнительного органа организации (например, с членами правления АО) по дополнительным основаниям, если эти дополнительные основания прямо установлены трудовым договором.

Законодатель не определяет ни перечня, ни характера дополнительных оснований прекращения трудовых отношений, которые могли бы быть предусмотрены в трудовом договоре с указанными работниками. В связи с этим в каждом конкретном случае такие основания прекращения трудового договора с руководителем организации или с членами коллегиального исполнительного органа организации устанавливаются по соглашению сторон. В соответствии с законодательством, в качестве дополнительных оснований увольнения в трудовых договорах с руководителями организаций предусматриваются: невыполнение решения общего собрания акционеров; причинение убытков руководимому предприятию, обществу: образование задолженности организации по уплате установленных налогов, сборов и обязательных платежей в государственный бюджет, соответствующие бюджеты областей.

В частности, это:

- невыполнение по вине руководителя утвержденных в установленном порядке показателей экономической эффективности деятельности предприятия;
- необеспечение проведения в установленном порядке аудиторских проверок предприятия;
- невыполнения решения Правительства РК, органов исполнительной власти;
- совершение сделок с имуществом, находящимся в хозяйственном ведении предприятия, с нарушением требований законодательства и определенной уставом предприятия специальной правоспособности предприятия;
- наличие по вине руководителя на предприятии более чем 3-месячной задолженности по заработной плате;
- необеспечение использования имущества предприятия, в т.ч. недвижимого по целевому назначению в соответствии с видами деятельности предприятия, установленными уставом предприятия, а также неиспользование по целевому назначению выделенных предприятию бюджетных и внебюджетных средств более чем 3 месяцев;
- нарушение требований законодательства, а также устава предприятия в части сообщения сведений о наличии заинтересованности в совершении сделок, в т.ч. по кругу аффилированных лиц;
- нарушение установленного законодательством и трудовым договором запрета на занятие отдельными видами деятельности.

Увольнение по дополнительным основаниям, предусмотренным в трудовом договоре, будет явно правомерным, если само дополнительное основание увольнения сформулировано достаточно четко, конкретно и определено. Иными словами, необходимо, чтобы было ясно, при совершении каких действий (или допущении какого бездействия) возможно расторжение трудового договора с руководителем организации или членом коллегиального исполнительного органа организации.

Вполне правомерно, если основания увольнения сформулированы применительно к трудовым обязанностям указанных лиц. Например, невыполнение обязанности, предусмотренной конкретным пунктом трудового договора.

Помимо перечисленных, расторжение трудового договора по инициативе работодателя возможно и в других случаях, если это прямо предусмотрено Трудовым кодексом или иным законом.

В главе 16 следует предусмотреть норму общего характера, статью 177-1 «Особенности регулирования труда» - особенности регулирования труда – это установленные настоящим кодексом и иными законами правовые нормы, частично ограничивающие применение общих правил по тем же вопросам, приспособляющие общие правила к другим условиям или лицам, либо предусматривающие для отдельных категорий работников дополнительные правила».

Итак, наряду с общими нормами, в которых находит выражение единство трудового права, в составе данной отрасли необходимо различать специальные нормы, призванные дифференцировать правовые предписания применительно к различным лицам и обстоятельствам.

На протяжении длительного периода вопрос о соотношении специальных законов, учитывающих особенности данного вида труда, и норм общего законодательства о труде вызывает споры.

Соотношение общих норм и норм дифференциаций – это по существу соотношение общего и специального закона, которое римскими юристами определялось по формуле *lex specialis derogate generali* (специальный закон отменяет действие общего закона). В различных вариациях данное правило формулируется и в научной литературе как по теории права, так и по трудовому праву.

Существует два варианта соотношения названных норм: они действуют совместно и специальные нормы замещают общие. Действительно, что нормы – дополнения, исчерпывающие в основном содержание дифференциации в зависимости от суровости природно-климатических условий, действуют в дополнение, «сверх» общих норм. Их применение отнюдь не исключает действия общих норм. В то же время правило «специальный закон отменяет общий» полностью остается в силе для тех немногочисленных случаев, когда нормы названной дифференциации предусматривают изъятия из общих норм. Таким образом, соотношение норм: общего действия и норм дифференциаций может выступать в двух вариантах: специальная норма дополняет общую, действуя совместно с ней, и специальная норма отменяет общую, действуя вместо нее.

Эффективность решения проблемы единства и дифференциации трудового права во многом зависит от того, как эта проблема отражена в отраслевом кодификационном акте. Единство и дифференциация одинаково присущи трудовому праву и находятся в неразрывной связи. Чтобы обеспечить единство в регулировании трудовых отношений, требуется дифференцированный учет различных субъективных и объективных факторов, а обоснованная дифференциация возможна лишь на базе единства трудового права. Трудовой кодекс во многом решил вопросы оптимизации регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений. Вместе с тем, законодательство, бесспорно, нуждается в дальнейшем совершенствовании в целях достижения

необходимого уровня дифференциации в управлении трудом с учетом специфики сторон трудового договора [36, с. 260].

Данный кодекс должен внести свой вклад в дело решения задачи модернизации экономики, развития производства и создания новых рабочих мест. Одной из основных задач трудового законодательства является создание таких правовых механизмов, которые способствовали бы эффективной реализации трудовых прав работников и не влекли бы за собой потери ими работы и заработка.

3 КОЛЛЕКТИВНО-ДОГОВОРНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ТРУДА

3.1 Коллективные договоры и соглашения как акты социального партнерства

Концепция достойного труда, разработанная Международной Организацией Труда (МОТ) в 1999 году, называет одним из элементов, отражающих трудовые права граждан, наряду с достойной занятостью, оплатой труда, социальной защитой, такой важнейший элемент как социальный диалог. Социальный диалог и практика трипартизма между правительствами и представительными организациями работников и работодателей внутри государств и между ними в настоящее время как никогда актуальны, так как направлены на решение существующих проблем и обеспечение социальной сплоченности и верховенство закона [185, с. 47].

В становлении и функционировании трудовых отношений нового типа важную роль играет социальное партнерство – система взаимоотношений между работниками (представителями работников), работодателями (представителями работодателей), органами государственной власти, органами местного самоуправления, направленное на обеспечение согласования интересов работников и работодателей по вопросам регулирования трудовых отношений. В последние годы система социального партнерства сформировалась законодательно, но развивается в Казахстане слабо. Государство выбрало активную позицию в процессе развития социального партнерства, хотя и существуют определенные проблемы, препятствующие дальнейшему развитию системы социального партнерства.

Адам Смит в своих трудах подробно изложил проблему взаимоотношения работника и капиталиста - работодателя, рассматривал противоборство этих сторон как источник поступательного развития общества, а соперничество – как определенное благо для трудящихся. Признавая корыстный интерес основным мотивом хозяйственной деятельности, он считал «естественным порядком» экономической жизни свободную конкуренцию, господство частной собственности, свободу торговли, невмешательство государства в экономику [186, с. 11].

Философы Г. Лейбниц и И. Кант утверждали, что состояние мира и согласия между людьми должно достигаться на основе компромисса и договора в общественно-экономической жизни [187, с. 9]. Развитие капитализма и притеснение трудящихся провоцировали наемных работников на объединение и создание профессиональных союзов. В начале XX века во многих европейских государствах создавались социально-экономические советы из представителей профсоюзов, правительства и работодателей. Важным событием было создание в 1919 году на основании Версальского мирного договора в качестве структурного подразделения Лиги Наций Международной организации труда (МОТ), которая последовательно стала внедрять в практику коллективно-договорные формы регулирования социально-трудовых

отношений. Деятельность МОТ строится на основе трехстороннего представительства работников, работодателей и правительств – трипартизма. На симпозиуме, проведенном в городе Брюсселе по проблемам реализации трипартизма в Европе, трипартизм был определен как переход к социальным отношениям на основе принципов политической демократии и рыночной экономики, принципов свободы, плюрализма и участия заинтересованных лиц в принятии затрагивающих их решений. Принцип трипартизма в организации МОТ сохранен и до сегодняшнего дня [188, с. 340-349]. Участие советских представителей в деятельности МОТ было крайне затруднено, так как трипартизм никак не мог сочетаться с социалистической системой общества, подразумевавшей отсутствие частной собственности на средства производства. Идея социального партнерства является до известной степени плюралистической и даже деидеологизированной. Она связана с идеей использования в государствах с различным экономическим и социальным строем, особенно в условиях поиска путей выхода из общественно-политических и экономических кризисов. В подтверждение этого можно привести наличие отдельных элементов социального партнерства в политике несхожих государственных деятелей, как Б. Муссолини (итальянский корпоративизм), Ф.Д. Рузвельта («новый курс»), Я. Брантинга (шведская модель социального сотрудничества), Р. Макдональда (английский вариант социального диалога). Это свидетельствует об универсальности идеи социального взаимодействия, ядро которой составляет осознание необходимости консультаций как противовеса классовому противостоянию труда и капитала [189, с. 18-29].

Учение о социальном партнерстве сформировалось в Германии уже после второй мировой войны. Термин «социальное партнерство» связан с именем председателя одного из западногерманских промышленных профсоюзов Г. Лебера, предложившего свой профсоюзный план социального партнерства с работодателем. Конфликты между трудом и капиталом при этом не отрицались, но главным считалось достижение баланса интересов – «конфронтирующее партнерство» [190, с. 63-86]. «Конфронтационная» модель являлась одной из первых, которая зародилась в середине XIX века в промышленно развитых странах. Такой способ регулирования трудовых отношений опирается, как правило, на силовые методы, например, на забастовки и вытекающие из него противоречия между работодателем и работниками. Как показывает современная казахстанская практика, соотношения интересов и конфликта прав могут быть различными, поэтому этот способ не достаточен для разрешения противоречий между сторонами. Профсоюзы зачастую настроены чрезвычайно конформистски во взаимоотношениях с работодателями и предъявляют претензии преимущественно к государству. В ходе исторического развития конфронтационная модель переходит в «соревновательную» модель трудовых отношений. «Соревновательная» модель трудовых отношений есть историческое развитие конфронтационной, характеризуется расширением арсенала механизмов и процедур взаимодействия (досудебных и судебных),

завершением формирования институтов представительства интересов сторон (профсоюзы и объединения работодателей), распространением тарифного регулирования и, наконец, возрастанием роли государства в сфере трудовых отношений [191, с. 29]. Эта идея классового сотрудничества получила широкую поддержку, практическую реализацию в странах Западной Европы, Конвенциях и Рекомендациях МОТ.

В июле 1918 г. был принят Декрет СНК РСФСР «О порядке утверждения коллективных договоров (тарифов), устанавливающих ставки заработной платы и условия труда». Проблемы социального партнерства в советской науке трудового права стали активно исследоваться в 60-е годы XX в. Эти исследования были нацелены на критику буржуазных концепций социального партнерства, практики их применения в капиталистических странах. В советской науке трудового права особое место занимает специальное исследование В.И. Усенина, посвященное рассматриваемой проблеме [192, с. 19]. Изучив буржуазные концепции социального партнерства, ученый подразделил их на две группы в зависимости от круга субъектов. Первую группу он назвал индивидуалистическими концепциями социального партнерства, поскольку здесь рассматриваются отношения работников организации и конкретного работодателя. Вторая группа концепций объединена названием коллективистской концепции социального партнерства и охватывает отношения между профсоюзами и предпринимательскими организациями.

В середине 90-х годов вновь актуализировалась проблема социального партнерства. Одной из глобальных задач трудового права называется определение юридических рамок социального партнерства, установление наиболее рациональных и действенных методов сопоставления и примирения, противостоящих друг другу сторон в сфере труда. На смену классовой теории приходит идея социального партнерства, которая в начале обсуждается теоретически, а затем находит нормативное закрепление. Становлению современной системы социального партнерства в развитых странах способствовало образование в послевоенный период институтов гражданского общества, выработка демократических процедур принятия решений на уровне как предприятий, так и общества в целом. Анализ международного опыта социального партнерства в странах с развитой рыночной экономикой позволяет выделить три основных модели социального партнерства, функционирующих на современном этапе: американскую, европейскую и японскую. Для первой характерен уклон на децентрализованное коллективно-договорное регулирование трудовых отношений с упором на экономическую защиту трудящихся при минимальном вмешательстве государства и принятие решений через коллективные переговоры. Особенностью европейской модели является наличие трехсторонних органов, соглашения и договоры на национальном, отраслевом и региональном уровнях. При этом проявляется обеспечение как экономической защиты, так и социальной солидарности с участием государства в обязательных взаимных консультациях. Третья, японская модель социального

партнерства, характеризуется децентрализованными коллективными переговорами, которые носят менее конфликтный характер, чем американская модель, и координируются на общенациональном уровне, но вмешательство государства не исключается, хотя бы на уровне консультаций. Казахская модель социального партнерства в современных условиях характеризуется значительной ролью органов государственной власти в налаживании социально-трудовых отношений и слабым участием работодателей в коллективно-договорном регулировании социально-трудовых отношений. Цивилизованное разрешение возникающих проблем возможно только через достижение согласия между сторонами на основе реализации их прав и интересов – в этом сущность партнерства, представляющего собой совместную деятельность работников и работодателей, направленную на достижение общих целей.

В начале 90-х годов Казахстан взял курс на построение правового государства с рыночной экономикой. Переход от командно-административной системы регулирования экономических отношений к рыночному хозяйству на всем постсоветском пространстве сопровождается зарождением основ правового, социально ориентированного государства. Одним из главных направлений в этом процессе является создание новой правовой системы, которая отражает взаимодействие государства и других общественных институтов как равноправных участников гражданского общества [193, с. 15]. Существенные изменения произошли и в трудовом законодательстве страны. В Республике Казахстан проблемы социального партнерства стали официально обсуждаться и пропагандироваться с 1991 г., когда страна стала переходить к рыночной экономике, для развития которой была необходима налаженная система социального партнерства. Именно в этот период в Республике Казахстан издаются несколько законодательных актов, регулирующих общие вопросы. Это законы: «О коллективных договорах» от 4 июля 1992 года; «О профессиональных союзах» от 9 апреля 1993 года; «Об охране труда» от 22 января 1993 года (ныне признаны утратившими силу). Наиболее значительным для регулирования рассматриваемых отношений явился Закон Республики Казахстан «О труде в Республике Казахстан» от 10 декабря 1999 года (утратил силу). Он устанавливал общие требования для труда работников всех категорий. Важной отправной точкой в построении казахстанской модели социального партнерства стал принятый Парламентом Республики Казахстан в декабре 2000 года Закон Республики Казахстан «О социальном партнерстве в Республике Казахстан», который дал новый толчок развитию системы отношений и механизмов, направленных на обеспечение согласования интересов между представителями органов исполнительной власти, представителями работодателей и работников [194, с. 23]. До принятия первого Трудового кодекса Республики Казахстан в 2007 году вышеназванный Закон был единственным нормативным актом, регламентировавшим социальное партнерство как целостное явление, как систему. В рамках складывающейся системы социального партнерства начала формироваться система социального

диалога, а также создавались комиссии, которые вели работы по подготовке и заключению соглашений на соответствующем уровне. Социальный диалог, который лежит в основе социального партнерства, является мощным инструментом, который поможет в будущем преодолевать возможную конфронтацию различных слоев населения в условиях рынка, тем самым укрепляя социальное единство общества. Отсюда вытекает, что социальное партнерство является одним из главных механизмов для становления гражданского общества и правового государства.

Принятие Трудового кодекса Республики Казахстан 15 мая 2007 года, развитие системы социального партнерства, работа трехсторонних комиссий – важные шаги на пути к реформированию рынка труда в Казахстане. Впервые Трудовой кодекс Республики Казахстан содержит раздел «Социальное партнерство и коллективное отношение в сфере труда», подробно перечислены в нем задачи социального партнерства, его принципы, органы, формы, стороны, порядок заключения соглашений между сторонами социального партнерства и коллективных договоров, участие работников в управлении организацией и ответственность сторон социального партнерства.

Социальное партнерство, согласно подпункту 7 пункта 1 статьи 1 ТК РК – система взаимоотношений между работниками (представителями работников), работодателями (представителями работодателей), государственными органами, направленная на обеспечение согласования их интересов по вопросам регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений. Из этого определения следует, что в сферу труда могут включаться не только социально-трудовые отношения, но и связанные с ними политические, экономические и правовые отношения. Например, реализация государственной политики в сфере занятости и противодействия безработице, а также профессионального образования. В отношении этого определения существует замечание С.Ю. Головиной, которая в своем фундаментальном труде «Понятийный аппарат трудового права» подвергает сомнению обоснованность использования в определении социального партнерства слова «система», поскольку последнее является полисемантическим и не вносит ясности в определяемый термин [195, с. 249]. Нельзя не согласиться с тем, что казахстанский законодатель также не дал четкого определения социальному партнерству, применив слово «система».

Глава государства Нурсултан Назарбаев Указом от 25 июля 2006 года утвердил «Концепцию развития гражданского общества в Республике Казахстан на 2006-2011 годы», которая была разработана в соответствии с Общенациональной программой демократических реформ и стратегией вхождения Казахстана в число пятидесяти наиболее конкурентоспособных стран мира. «Целью настоящей концепции являлось дальнейшее совершенствование законодательной, социально-экономической и организационно-методической базы для всестороннего развития институтов гражданского общества и их равноправного партнерства с государством и бизнес-сектором в соответствии с международно-правовыми инструментами в

рамках международных договоров и пактов в области прав человека и человеческого измерения», - говорится в документе. На первом этапе (2006-2008) в стране были созданы благоприятные условия для развития институтов гражданского общества. На втором этапе (2009-2010), как и планировалось, достигнут качественный рост гражданского общества. В частности, в этот период стало сильно развиваться в стране социальное партнерство в области трудовых отношений, что должно обеспечить реализацию прав казахстанских работников [196, с. 15-16]. На третьем этапе, который начался с 2011 года, «развитие институтов гражданского общества обретает системный и необратимый характер». Следовательно, необходимо обратить особое внимание на содержание актов социального партнерства, на их соответствие трудовому законодательству и, что особенно важно, на реальность их выполнения. Так, например, анализ действующих коллективных договоров показывает, что сторонами принимается множество обязательств, которые невыполнимы изначально.

Новым аспектом является связь такого вида социального партнерства как коллективный договор с концепцией социального партнерства, поскольку коллективный договор занимает особое место в системе социального партнерства, он является тем базовым инструментом, посредством которого реализуется социальное партнерство. Посредством коллективного договора регулируются вопросы оплаты труда и занятости, обеспечения социальных гарантий работников. При сложившемся достаточно низком уровне законодательно гарантируемых трудовых стандартов в стране широкое внедрение на предприятиях коллективно-договорных механизмов могло быть выходом из данной ситуации. Тем более, что система коллективно-договорного регулирования социально-трудовых отношений в странах СНГ имеет свои особенности, отличающие ее от классического социального партнерства в западных странах.

Социальное партнерство в Казахстане, также как в других постсоветских странах, начало формироваться с оформления законодательной базы, не пройдя обязательных этапов становления сильных независимых институтов, представляющих субъекты трудовых отношений в процессе взаимодействия, не являясь результатом развитого гражданского общества в стране [197, с. 119]. Поэтому на современном этапе социальное партнерство еще не стало главным механизмом регулирования трудовых и непосредственно связанных с ним отношений между работодателями и наемными работниками, отчасти из-за слабости казахстанских профсоюзов. Это можно объяснить тем, что действующая система социального партнерства во многом обусловлена использованием в качестве «строительного кирпичика» сформировавшихся в советский период профессиональных союзов. Вследствие этого профсоюзы недопонимают цели своего существования в современных условиях, т.е. представлять интересы работников, в первую очередь, во взаимоотношениях с работодателями, делать все возможное для улучшения положения трудящихся. Что касается коллективно-договорного регулирования при социализме, то оно

применялось для регламентации общественно-трудовых отношений социализма, но долгое время носило чисто формальный характер. Невозможно не согласиться с мнением С.Ю. Чучи, который считает, что разрушение имевшейся системы было бы большим злом, нежели попытка ее реформирования. Ведь работодателское представительство, формируемое «с нуля», и связанные с этим недостатки стали еще одной причиной низкой эффективности создаваемой системы [198, с. 29]. Зачастую, являясь членами трехсторонних комиссий, работодателские объединения рассматривают свое участие в их работе не столько как механизм регулирования трудовых отношений, сколько как инструмент лоббирования своих интересов в органах власти, поскольку в работе этих комиссий принимают участие не только профсоюзы, но и члены Правительства РК, органы государственной власти и управления. Чем выше уровень представительства региональной или территориальной власти в трехсторонней комиссии, тем важнее для работодателей участие в ее работе, поскольку такая работа становится важным каналом общения бизнеса с властью и решения им своих специфических задач. Механизмы регулирования социально-трудовых отношений получили распространение далеко не во всех отраслях, в регионах и на предприятиях. Регулирование социально-трудовых отношений происходит в той или иной форме на каждом предприятии, но на сегодняшний день в Казахстане не всегда оно осуществляется именно с помощью механизмов и институтов системы социального партнерства, как это принято в большинстве развитых стран мира. Во многом недостаточно широкая распространенность коллективно-договорных регуляторов социально-трудовых отношений является причиной, зачастую, плохих условий труда наемных работников и конфликтов между ними и работодателями. Социальное напряжение, наступление на права работников и профсоюзов, в том числе связанное с процессами глобализации, наблюдается в различных странах. Право на достойный труд необходимо отстаивать в борьбе. В ответ на это профсоюзы проводят собственную «глобализацию» и собственные всемирные акции. В основе идеологии этой акции лежит совокупность усилий, направленных на обеспечение основополагающих социально-трудовых прав человека [199, с. 29]. В целом в системе социального партнерства нет должного содержательного наполнения в плане предоставляемых работникам социальных гарантий. Для этого необходима не только законодательная база, но и достаточно сильный профсоюз при отстаивании своих интересов, а также сильное гражданское общество. Для сравнения отметим, что в развитых странах неформальная культура социального диалога сложилась задолго до ее законодательного оформления, чего не скажешь о Казахстане, где институты социального партнерства развиваются при отсутствии гражданского общества как такового. Слабые, недостаточно организованные профсоюзы, как представители работников, пассивность работающего населения при отсутствии традиций коллективной борьбы за трудовые права, сохраняющийся по вине отдельных работодателей формальный характер коллективных договоров не служат

предпосылкой широкого распространения механизмов социального партнерства.

Существующая система индивидуальных трудовых договоров не может подменять коллективные договоры, так как не защищает полностью интересы работника. Жизненный уровень работника зависит от многих факторов и выходит далеко за рамки компенсации за трудовой вклад, оговоренный в трудовом договоре. Только в заключаемых коллективных договорах фиксируется целый ряд социальных гарантий (занятость, заработная плата, охрана труда, участие в принятии решений) [200, с. 47].

Именно акты социального партнерства играют огромную роль в регулировании взаимоотношений между работниками и работодателями в развитых рыночных странах. В практике регулирования трудовых отношений таких стран большую роль играют тарифные договоры, сторонами которых выступают профсоюзы, отдельные работодатели и их объединения.

Одной из форм социального партнерства является коллективно-договорное регулирование. Идеи социального партнерства должны получить свое воплощение именно в сфере трудовых отношений, поскольку ничьи интересы так не противоречивы, как интересы работника и работодателя, и одновременно ни тот ни другой не могут существовать по отдельности: это создает благоприятные предпосылки для равноправного сотрудничества [201, с. 79-87].

Трудовой кодекс Республики Казахстан выделяет в ст. 260 четыре уровня социального партнерства: республиканский, отраслевой, региональный и локальный (на уровне организации).

Трудовое законодательство в последнее время характеризуется значительным отходом от централизованного регулирования трудовых отношений и усилением роли локального нормотворчества. К тому же расширяются права работодателей по организации труда по сравнению с правами профессиональных союзов. И поскольку перед законодательством в новых условиях стоит задача определить соотношение централизованного регулирования трудовых отношений и норм социального партнерства на локальном (местном) уровне, в целом уровень индивидуально-договорного регулирования, хотелось бы рассмотреть проблемы коллективных договоров в стране. Большинство условий организации и применения наемного труда формируются сторонами социального партнерства в процессе заключения коллективных договоров, в которых и учитываются условия конкретной организации и интересы договаривающихся сторон. Для этого главным образом необходимо выяснить:

а) заинтересованы ли стороны в достижении компромисса и готовы ли они идти на взаимные уступки;

б) ведут ли переговоры в рамках установленных законов и соглашений процедур;

в) используют ли правовой механизм урегулирования разногласий, возникающих в процессе ведения коллективных переговоров [202].

В Казахстане еще не сложилась положительная практика выполнения условий коллективных договоров, хотя Казахстан, как член Международной Организации Труда (МОТ), должен перенять и проверять международные стандарты по вопросам переговоров.

В регулировании коллективных переговоров имеются следующие Конвенции МОТ: Конвенция «О свободе ассоциации и защите права на организацию» №87 (1948) [203], Конвенция «О праве на организацию и на введение коллективных переговоров» №98 (1949) [204]. Эти две Конвенции представляют собой основные акты, регулирующие свободу объединения. Приняты также несколько других актов, относящихся к профессиональным организациям и коллективным переговорам, такие как Рекомендация 1951 г. «О коллективных договорах» (№91), в которой рассмотрены механизм коллективных переговоров, определение коллективных договоров, их последствия и толкование, а также контроль за их соблюдением; Рекомендация 1951 г. «О добровольном премировании и арбитраже» (№92), направленная на содействие созданию механизма примирения и арбитража при равном представительстве обеих сторон; в ней подчеркивается добровольный характер такого механизма и уточняется, что ни одно из положений документа не следует трактовать в качестве ограничения права на забастовку; Конвенция (№154) и Рекомендация (№163) «О содействии коллективным переговорам», принятые в 1981 г. и направленные на поощрение свободных и добровольных коллективных переговоров. МОТ приняла также различные акты с целью учесть специфические трудности, с которыми сталкиваются трудящиеся в ряде отраслей в осуществлении своих профсоюзных прав; усилить защиту представителей трудящихся, гарантировать им условия для быстрого и эффективного выполнения им функций в соответствии с Конвенциями и Рекомендациями МОТ [193, с. 23-28].

Некоторые из этих Конвенций МОТ ратифицированы Казахстаном, поэтому их положения должны быть отражены в казахстанском законодательстве.

По поводу заключения коллективных соглашений в некоторых странах предусматривается исключительно профсоюзное представительство. В Республике Казахстан сторонами социального партнерства признаются: государство в лице соответствующих исполнительных органов, работники и работодатели в лице их представителей, уполномоченных в установленном порядке (ст. 262 ТК РК).

Представителями работников признаются органы профессиональных союзов, их объединений и(или) иные физические и(или) юридические лица, уполномоченные (избранные) работниками в порядке, установленном законодательными актами Республики Казахстан (подпункт 60, п. 1, ст. 1 ТК РК).

На практике часто возникает вопрос о представительстве профсоюзов, когда в организации функционирует несколько профсоюзов. ТК РК 282 (п. 2) гласит: «При наличии в организации нескольких представителей работников

ими может создаваться единый представительный орган для участия в комиссии и подписания коллективного договора. При этом каждому из них предоставляется право на представительство в составе единого органа по ведению переговоров на основе принципа пропорционального представительства в зависимости от численности представляемых ими работников». А как быть, если нет договоренности между представителями?

На наш взгляд, в таких случаях следует руководствоваться Рекомендациями МОТ. Так, комитет экспертов МОТ для случаев, когда работников представляют только профсоюзы, отмечает, что в случае если ни один из профсоюзов не охватывает более половины работающих в данной организации, право на коллективное ведение переговоров должно быть предоставлено всем профсоюзам данного коллектива от имени членов этих профсоюзов. Комитет МОТ по свободе объединений также отмечает, что в случаях, когда в соответствии с существующей системой наиболее представительный профсоюз пользуется исключительными правами для целей переговоров, решения наиболее представительной организации должны приниматься посредством объективных и заранее установленных критериев для устранения вероятности злоупотреблений. Следовательно, на локальном уровне следует применять принцип:

а) наиболее представительного профсоюза или иного представительного органа;

б) единого представительного органа, созданного на принципе пропорционального представительства в зависимости от численности представляемых работников;

в) уполномоченного общим собранием работников представителя.

И это означает, что все представители равны в своих правах независимо от количества представляемых ими работников. Преимущественными правами представительства работников, по сравнению с иными представительными органами работников, наделяются профессиональные союзы. Некоторые страны предусматривают возможность добровольного признания работодателем профсоюза единственным представителем работников. Ряд стран устанавливает «взаимопризнание сторон» в добровольном порядке [45, с. 419]. Так, например, в Трудовом кодексе Молдовы акцент сделан на профсоюзные органы (ст. 25).

В целом, в законодательстве зарубежных стран имеются два способа решения вопроса: либо «взаимопризнание сторон» в добровольном порядке по их усмотрению, либо в обязательном порядке представителями стороны социального партнерства признаются «наиболее представительные» либо «независимые» профессиональные союзы и союзы работодателей [45, с. 420]. Оптимальной нам представляется схема, предложенная казахстанскими учеными. В двухстороннюю комиссию следует включать равное количество представителей от каждого профсоюза предприятия с предоставлением права подписывать коллективный договор председателям обоих профсоюзов [43, с. 197].

Учитывая, что во многих странах преимущественное право на участие в коллективных переговорах представляется профсоюзам, а также то, что профсоюзы реализуют собственные полномочия и практика не знает иных представителей (физических и юридических лиц), считаем необходимым из вышеизложенного определения «представители работников» исключить «иных представителей». Тем более, что иные представители работников совершают юридически значимые действия не от имени работников, а в их интересах.

Общепризнанные принципы и нормы международного трудового права обязательны на территории Казахстана в силу их императивного характера и подлежат непосредственному применению. Конвенции МОТ, как непосредственно регулирующие трудовые отношения, являются договорами самоисполнимыми. В частности, к таким относится конвенция МОТ №87 «О свободе ассоциаций и защите права на организацию».

Поэтому нормы казахстанского трудового права в части правового регулирования социального партнерства следует привести в полное соответствие с нормами международного трудового права.

В Республике Казахстан сторонами социального партнерства признаются: государство в лице соответствующих исполнительных органов, работники и работодатели в лице их представителей, уполномоченных в установленном порядке (ст. 262 ТК РК). И это соответствует международным стандартам. Известно, что в некоторых странах предусматривается исключительно профсоюзное представительство от имени работников, а Трудовой кодекс Республики Казахстан признает в качестве представителей работников не только органы профессиональных союзов, но и иные физические и (или) юридические лица, уполномоченные (избранные) работниками в порядке, установленном законодательными актами Республики Казахстан (подпункт 60, п. 1, ст. 1 ТК РК).

В законодательстве большинства стран СНГ заложены основные принципы социального партнерства, такие как: признание полномочности и равноправия сторон (Азербайджан, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Россия, Таджикистан), уважение интересов сторон (Казахстан, Кыргызстан, Россия, Таджикистан), свобода выбора обсуждаемых вопросов и добровольность принятия обязательств (Азербайджан, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Россия), ответственность сторон за невыполнение по их вине коллективных договоров, соглашений (Азербайджан, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Россия) и др. В то же время такой важнейший принцип «учет реальных возможностей при принятии обязательств» не зафиксирован в Трудовом кодексе Республики Казахстан. Также казахстанское трудовое законодательство не рассматривает работодателей - индивидуальных предпринимателей в качестве самостоятельной стороны социального партнерства. Эти и другие серьезные упущения в ТК РК должны быть изжиты при дальнейшем реформировании трудового законодательства. Тем более, что становление системы социального партнерства успешнее всего идет в институциональном и нормативно-правовом плане. Важнейшие принципы и

ценности социального партнерства еще не укоренились в общественном сознании и деловой практике, как это имеет место в развитых странах мира. Это обусловлено тем, что формирование социального партнерства началось сверху – с принятия законодательных актов и создания структур государственного уровня для участия в регулировании социально-трудовых отношений [205, с. 282].

Таким образом, в процессе совершенствования рыночной экономики, построения в Казахстане гражданского общества важную роль играют профессиональные союзы, как самые массовые общественные организации.

Правовую основу деятельности профсоюзов составляет как собственно закон о них, правах и гарантиях их деятельности, так и трудовое законодательство в целом, поскольку оно используется профсоюзами для защиты прав и интересов наемных работников. Одной из форм осуществления профсоюзами защитной функции в сфере социально-трудовых отношений является общественный контроль профсоюзов за соблюдением именно трудового законодательства (ст. 340 ТК РК).

В зависимости от развития общественных отношений, в которых участвуют профсоюзы, прежде всего, от отношений собственности и социально-политической обстановки в стране, законодательные акты, определяющие правовую основу этой массовой общественной организации, меняются. Особенно корректируются их права и обязанности, направленные на защиту трудовых прав и интересов наемных работников.

Возникнув в свое время как организации защиты интересов трудящихся, профсоюзы в застойные годы не играли существенной роли в реализации своих главных функций. Они не могли хоть в малой степени воздействовать на хозяйственных руководителей, не предотвратили массовых нарушений трудового законодательства, поскольку на деле превратились в союзника государственной власти и отдавали приоритет производству. Такое их положение и нашло отражение в правовых актах, где фиксировалось соучастие профсоюзов в управленческой деятельности государственных органов, администрации предприятий, совместное с ними принятие решений и т.п.

Несмотря на то, что профсоюзы в СССР обладали определенным набором прав, они не имели права на забастовку и играли совершенно иную роль, чем профсоюзы в капиталистических странах. Никаких реальных коллективных переговоров советские профсоюзы с принадлежавшими государству работодателями не осуществляли. Правильнее было бы назвать их «посредниками между государством и работниками», а не представителями работников в переговорах с работодателями. В качестве примера можно вспомнить о профкомах предприятий, учреждений, организаций, бывших в течение определенного периода советской истории инстанцией по разрешению трудовых споров.

В настоящее время Федерация профсоюзов Республики Казахстан (далее - ФПРК) является наиболее массовой и представительной организацией трудящихся страны, объединяет около двух миллионов членов профсоюзов.

Охват профсоюзным членством от общего числа наемных работников (5,7 млн. человек) составляют 37,5%. В нее на добровольных началах входят 26 республиканских отраслевых профессиональных союзов, 14 областных объединений и профсоюзов столицы, города Астаны. Их структуры насчитывают более 17 тысяч первичных, свыше 530 городских и районных, 190 областных организаций профсоюзов [206]. В Республике Казахстан в настоящее время существуют два крупных объединения профсоюзов: Федерация профсоюзов Казахстана и Конфедерация свободных профсоюзов. На протяжении последних десятилетий профсоюзы являются участниками строительства новой жизни, с их участием принимаются все законы, касающиеся сферы социальных и трудовых отношений.

В основе профсоюзного движения лежит идеология организованной общественной организации, поэтому деятельность профсоюзов и определяет уровень защищенности отдельно взятого наемного работника. Следует при этом помнить, что во многих странах сократилось качество организованных работников, являющихся членами профсоюзов, что не может не отразиться на профсоюзном движении в нашей стране. Тому причиной, по мнению многих исследователей, явились: смещение промышленной занятости в сферу малых предприятий, применяющих систему гибкой занятости, сокращение сектора гражданской службы как основы профсоюзного движения.

Одной из наиболее важных функций ФПРК является ее участие в социальном партнерстве, в работе Республиканской трехсторонней комиссии по социальному партнерству и регулированию социально-экономических и трудовых отношений (представители Правительства, работодателей и трудящихся). Один раз в три года представители Федерации профсоюзов подписывают с Правительством и Союзами работодателей Генеральное соглашение. Все областные объединения профсоюзов также заключают с местными исполнительными органами и союзами работодателей региональные соглашения. На уровне организаций в стране действуют более 21 тысячи коллективных договоров, что составляет более 85% предприятий и учреждений, где действуют профсоюзные организации. Специалисты Лондонской школы экономики долгое время исследовали проблемы профсоюзов в десяти странах Западной Европы. Ученые в своей авторской статье отмечают, что «современные государства заявляют о своей неспособности сопротивляться диктату глобальных экономических сил. Крупные компании почти повсеместно являются транснациональными по форме собственности и стратегиям производства; профсоюзы зачастую оказываются дезориентированными. Некоторые наблюдатели вообще ставят под сомнение актуальность роли профсоюзов как стороны в социально-экономических отношениях. Но тяжелые времена способны стимулировать новое мышление и, таким образом, создавать новые возможности для развития; основная трудность состоит в том, чтобы пересмотреть цели и приоритеты профсоюзов и разработать новые пути их достижения и реализации. Это может

потребовать трудных решений: не все цели могут получить одинаковую степень приоритетности, особенно когда ресурсы тают» [207].

С 1993 года Республика Казахстан является членом Международной Организации Труда, и это уже обязывает профсоюзы предусматривать в национальном законодательстве нормы, соответствующие Конвенциям МОТ. Как известно, Казахстан ратифицировал все 8 основополагающих Конвенций МОТ, в целом в национальное законодательство имплементировано 21 Конвенция МОТ. Процесс применения данных норм проходит в рамках механизмов действующего трудового законодательства и совместной с МОТ Национальной Программы по достойному труду.

Многочисленные статистические исследования отмечают, что по различным причинам уровень членства в профсоюзных организациях за последние десятилетия существенно снизился в большинстве стран мира. Специалисты отмечают связь между уровнем членства в профсоюзах и объединениях работодателей: в тех странах и отраслях экономики, где в профсоюзах состоит большее количество работников, выше и уровень участия работодателей в своих объединениях. Вместе с общим снижением уровня профсоюзного членства снижается и мотивация работодателей участвовать в объединениях. Эти тенденции коснулись и казахстанской системы социального партнерства, а также его законодательного обеспечения, которые заметно ослабли, особенно в последнее время. К сожалению, реальность такова, что профсоюзы в Казахстане уже не смогут стать настолько сильными субъектами трудового права, какими они были в экономически развитых странах «Запада» в середине XX в., когда требовалось от государства лишь обеспечение «невмешательства» [208, р. 40]. Общемировая тенденция ослабления профсоюзного движения обусловлена, прежде всего, изменением социальной структуры трудовых отношений, перемещением в экономически развитых странах рынка труда в сферу услуг по сравнению со сферой производства и «размыванием» рабочего класса как мощной социальной структуры индустриального государства. Для трудового права стран Запада эта тенденция оказалась более разрушительной, чем для казахстанского, поскольку механизмы защиты прав и интересов работников в этих странах в большей степени зависимы именно от «коллективной самозащиты» с помощью профсоюзов, а защита прав наемных работников с помощью законодательных норм развита значительно слабее [209, р. 199-220]. Если для «западного» права в настоящее время нередки панические рассуждения о «смерти» трудового права в связи с ослаблением профсоюзов, глобализацией мировой экономики и рынка труда, то в постсоветских странах уместно говорить лишь о необходимости усиления соответствующего института трудового права. Причем делать это можно и нужно не только за счет законодательного регулирования деятельности профсоюзов, но и внедрением эффективных реальных механизмов представительства работников, связанные с информированием и консультациями, с учетом опыта по этому вопросу, имеющегося в Европейском союзе [210, с. 13-29].

Одной из нерешенных проблем также являются: использование работодателями различных способов ухода от надлежащего оформления возникших трудовых отношений; сокрытие полученной прибыли от своих работников, игнорирование роли трудовых коллективов в управлении предприятием и многое другое. В современных условиях многое зависит от определения места профсоюзов в регулировании трудовых отношений, так как усиление позиций собственника требует обеспечения действенной социальной защиты со стороны именно этой общественной организации, предоставляющей профессиональные интересы работников труда [201, с. 81].

Конвенция МОТ №87 «О свободе объединений и защите права объединяться в профсоюзы» устанавливает право как работникам, так и работодателям, без какого-то ни было различия создавать по своему выбору организации без предварительного на то разрешения, а также право вступать в такие организации при единственном условии - подчиняться уставам этих последних» (статья 2).

Следовательно, основными тенденциями развития и совершенствования законодательства о профсоюзах, их правах и гарантиях в современный период являются:

- а) приведение законодательства в соответствие с существующими общественными отношениями;
- б) отказ от несвойственных профсоюзам, как общественной организации, полномочий;
- в) сохранение, укрепление и расширение прав, позволяющих профсоюзам нацелено отстаивать социально-трудовые права и интересы наемных работников.

В сферу трудового права входят связанные с трудом отношения профсоюзов с работодателями, их объединениями и представителями, а также с государственными органами и органами местного самоуправления. Поэтому и признается, что одним из признаков метода трудового права и является участие профсоюзов в регулировании социально-трудовых отношений, в частности, в установлении и применении условий труда [16, с. 29].

Совершенно очевидно, что в условиях рынка следует обеспечить взаимодействие трех главных сил: наемных работников в лице своих профсоюзов, работодателей, объединенных в различные ассоциации, союзы и правительство – как главных сил на пути продвижения общества к прогрессу в открытом, гласном противоборстве, без накопления социальной напряженности. Для этого профсоюз должен быть самостоятельной общественной организацией, действующей независимо от органов государственного управления и в пределах, установленных законом. Настоятельно необходима прочная правовая основа, на которой должны строиться отношения профсоюзов с органами власти и управления на всех уровнях и с другими общественными формированиями. В этой связи требует коренного пересмотра ныне действующий Закон Республики Казахстан «О профессиональных союзах», где слабо реализован принцип защиты

социально-экономических прав людей, касающийся их трудовых отношений в современных условиях, не пересмотрена структура профсоюзов, где предоставлялось бы больше прав их первичным организациям. Права профсоюзов в условиях рынка должны исходить из положения общественной организации – представителя интересов, главным образом, наемных работников.

В этой связи считаем своевременным объявление в стране новой социальной политики «Социальная модернизация Казахстана: Двадцать шагов к обществу Всеобщего Труда» в целях создания конкурентоспособного и сильного Общества Всеобщего Труда. В этом документе особое внимание уделено и вопросам профилактики, предупреждению и регулированию трудовых конфликтов, в частности, прямо сказано о недостаточности правовой ответственности за незаконные социально-трудовые конфликты. Нередко его стороной становится трудовой коллектив, спровоцированный намеренным ухудшением условий труда, срывом производственного процесса, задержками выплаты заработной платы и т.д. В настоящее время перед профсоюзами страны поставлены новые задачи по участию в Стратегии «Казахстан-2050». По мнению Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева, на профсоюзы, на фоне усиливающейся нестабильности в обществе, также как и на другие субъекты социально-трудовых отношений, ложится ответственность за социальную безопасность и социальную стабильность в обществе. После публикации статьи «Социальная модернизация: Двадцать шагов к Обществу Всеобщего Труда» началась разработка Закона о профсоюзах в Республике Казахстан», основная цель которого - сформировать принципиально новую модель профсоюзных отношений [120].

Актуальность и социальная значимость решения данного вопроса обусловлены не только ростом экономики страны, но и устойчивым развитием квазигосударственного сектора, динамичностью рынка труда, интенсивным интеграционным процессом республики в международное сообщество. А также развитием механизмов государственно-частного партнерства и социальной ответственности бизнеса [211, с. 9].

При разработке нового закона РК «О профессиональных союзах» необходимо, на наш взгляд, акцентировать внимание на том, чтобы в нем:

а) нашли отражение нормы, регулирующие внутриуставные взаимоотношения профсоюзов;

б) были расписаны порядок организации деятельности органов профсоюза;

в) нашли отражение гарантии деятельности профсоюзов, в частности, гарантии членам профсоюзов и выборным профсоюзным работникам; порядок учета мотивированного мнения органа профсоюзной организации при расторжении трудового договора по инициативе работодателя и многое другое.

От выполнения всех этих условий зависит эффективность заключенных коллективных договоров.

При разработке нового казахстанского законодательства о профессиональных союзах, следует также обратить внимание и на Конвенцию

МОТ №135 от 23 июня 1971 г. «О защите прав представителей трудящихся на предприятии и предоставляемых им возможностях», поскольку определяет основные базовые стандарты в области регламентации основных положений представителей трудящихся. Данный международный акт представляет как понятийные категории, так и основные критерии функционирования института представительства. В частности, предлагая термин «представители трудящихся», конвенция прописывает, что это лица, признанные таковыми в соответствии с национальным законодательством или национальной практикой, но при этом перечисляет представителей профессиональных союзов, назначенных или избранных профессиональными союзами или членами таких профсоюзов, а также выборных представителей, избираемых на свободной основе трудящимися предприятия. Порядок избрания конвенцией не определяется, данный вопрос остается прерогативой национальных правовых систем, правил или коллективных договоров. Таким образом, именно национальному законодательству или правилам, коллективным договорам, арбитражным или судебным решениям отводится роль по определению категории представителей трудящихся [212, с. 13-16].

Так, например, следует полностью согласиться с Е.Н. Нургалиевой, которая предлагает включить в проект Закона нормы, касающиеся внутренней структуры, содержания уставов. Так, необходимо включить самостоятельную статью с перечислением основных положений, которые должны содержаться в Уставах, а именно: цели, задачи профсоюза; категории и профессиональные группы объединяемых работников; порядок организации деятельности органов профсоюза, включая порядок созыва, подготовки и проведения общего собрания (конференции) членов профсоюза, порядок принятия решений органами профсоюза, источник образования доходов и иного имущества и др. В уставе могут предусматриваться и другие положения, относящиеся к деятельности общественного объединения, не противоречащие законодательству Республики Казахстан. Важным также является вопрос об осуществлении профсоюзными организациями своей деятельности на основе Типового Устава, утвержденного республиканским органом профессиональных союзов. Ряд статей должны быть посвящены осуществлению общественного контроля за соблюдением трудового законодательства в организации, за выполнением коллективного договора (соглашений) с закреплением широкого комплекса прав за общественными инспекторами профсоюзов по охране труда.

Необходимо также разработать нормы, посвященные органам управления профессиональных союзов: высшему органу – общему собранию (конференции) членов профсоюза; исполнительному органу, ревизионной комиссии, иным органам в соответствии с уставом профсоюза. Установление в Законе процедуры проведения общего собрания членов профсоюза позволит не допускать нарушений при его проведении, обеспечит легитимность актов высшего органа этой общественной организации. Следует определить также процедурные вопросы проведения годовых и внеочередных общих собраний. С целью защиты прав и интересов профсоюзов необходимо также установить

требования, согласно которым решения по особо важным вопросам деятельности принимаются с участием основной массы членов профсоюза квалифицированным большинством. Установление исключительной компетенции общего собрания должно гарантировать членам профсоюза оказывать решающее влияние на определение общего направления деятельности профсоюза, контроль за деятельностью его исполнительных органов и решение вопроса о самом существовании профсоюза.

Непосредственным представителем профсоюза в отношениях с другими субъектами права является его исполнительный орган, через который профсоюз приобретает гражданские права и несет обязанности. В сферу деятельности исполнительного органа входит решение повседневных задач, стоящих перед профсоюзом, управление текущими делами профсоюза, распоряжение имуществом, найм и увольнение освобожденных работников, а также решение других вопросов, не относящихся к исключительной компетенции общего собрания. Необходимо в законе четко определить основные функциональные обязанности руководителя исполнительного органа профсоюза, поскольку он должен нести ответственность за свои неправомерные действия. Для контроля за финансовой и хозяйственной деятельностью профсоюза необходима ревизионная комиссия.

В связи со значительным влиянием деятельности профсоюзов на социальную стабильность и устойчивость общества необходимо предусмотреть юридическую ответственность должностных лиц профсоюза, что соответствует общеправовому принципу ответственности и обеспечит баланс интересов профсоюзов и работодателей, а также гарантии добросовестного выполнения должностными лицами своих обязанностей.

Согласимся с тем, что хорошего качества трудовой жизни казахстанских граждан можно достичь лишь при помощи эффективных средств, а не путем произвольного и фрагментарного изменения отдельных норм трудового законодательства [214, с. 13].

В этой связи нам хотелось бы предложить редакцию некоторых норм этого проекта. В частности, самостоятельную главу, посвященную управлению профессиональным союзом (Приложение А).

3.2 Проблемы формирования содержания и выполнения коллективных договоров

В тяжелое кризисное время в связи с приостановкой и остановкой производства, несвоевременной выплатой заработной платы, массовыми сокращениями и другими причинами участились в республике коллективные трудовые споры. Ряд коллективных трудовых споров вылились в забастовки, где требования работников в основном были связаны с вопросами оплаты труда, а также другими вопросами социального характера.

Тем не менее, на наш взгляд, основной причиной нарушений все же являются пробелы в самом трудовом законодательстве, в силу которых оно не в состоянии обеспечить стабильность в трудовых отношениях. «Стабильность

трудовых отношений – это, в какой-то мере, и стабильность общества», - отмечает С.Ю. Головина [107, с. 75]. Полностью соглашаясь с ее мнением, хочется дополнить, что, к сожалению, ни в одном из государств СНГ в настоящее время не создан Трудовой кодекс, который в полной мере успешно выполнял бы одновременно и производственную, и социальную функции.

Сфера труда, как сложнейшая сфера человеческих отношений, нуждается в тончайших инструментах ее регулирования с главной целью – не допустить нарушения социального равновесия. Перед законодателями в настоящее время стоит архисложная задача, но решать ее нужно усилиями всех заинтересованных сторон трудовых отношений: государства, работников, работодателей и их представителями. Избежать трудовых конфликтов не всегда удается. Все они возникли стихийно, без соблюдения норм Трудового кодекса, и были связаны, прежде всего, с несвоевременной выплатой зарплаты и требованием о ее повышении. Из них в строительной отрасли отмечено 10 конфликтов в течение одного года, по одному – в горно-металлургическом, нефтегазовом и других секторах экономики. Особую озабоченность общества вызывают факты недовольства трудовых коллективов, которые повсеместно перерастали в забастовки. Поэтому основной акцент в работе государственных инспекторов труда был направлен на решение проблем, связанных с выплатой заработной платы. Так, если на 1 января 2011 года общая сумма задолженности по заработной плате по стране составляла 3,2 млрд. тенге, то на начало 2012 года этот показатель снизился до 1,4 млрд. тенге [113, с. 37].

Большую помощь в выявлении нарушений трудового законодательства могли бы оказать профсоюзы. Однако они, во-первых, созданы не во всех организациях; во-вторых, не в состоянии, в силу своей слабости, решать возникающие трудовые конфликты. Одной из нерешенных проблем также являются: использование работодателями различных способов ухода от надлежащего оформления возникших трудовых отношений; сокрытие полученной прибыли от своих работников, игнорирование роли трудовых коллективов в управлении предприятием и многое другое.

Право на забастовку является одним из основополагающих социальных прав, поэтому юридическое закрепление права на забастовку содержится в ст. 24 Конституции Республики Казахстан и ст. 22 Трудового кодекса Республики Казахстан. Жанаозенские события – трагический факт в нашей истории, отрицательный пример, когда обе стороны трудовых отношений заняли непримиримую позицию, выходящую за рамки соблюдения процедуры разрешения трудового конфликта, хотя требования рабочих о повышении оплаты труда были правомерными. Результат – слабое знание работниками своих трудовых прав; слабая подготовленность профсоюзных лидеров, профсоюзных активистов к защите работников на основе законодательства [154].

Наглядным примером незнания законов является тот факт, что работники одной из организаций требовали восстановить дополнительные условия коллективного договора, которые утратили силу в связи с принятием ими же

самими другого коллективного договора. К тому же в утративших силу дополнительных соглашениях не было никаких положений об установлении повышенных тарифных ставок, которые требовали работники.

Требования работников о включении ежемесячных текущих премий в состав постоянной части заработной платы также не согласуются с действующим трудовым законодательством, поскольку, согласно ч. 3 ст. 126 ТК РК, система оплаты труда и стимулирования труда работников определяется условиями коллективного договора, трудового договора и(или) актами работодателя, а согласно действующему в организации коллективному договору, премии по итогам работы за месяц относятся к переменной части заработной платы. Все это наглядно показывает, как важно юридически грамотно заключать нормативные условия коллективного договора, одновременно расписать обязательственные условия с учетом экономических возможностей работодателя.

Коллективный договор – правовой акт в форме письменного соглашения между коллективом работников в лице уполномоченных их представителей и работодателем, регулирующий социально-трудовые отношения в организации, порядок разработки и заключения которого установлен статьей 282 Трудового кодекса РК подпункт 78 п. 1 ст. 1 (далее ТК РК). Из данного определения следует, что коллективный договор - это не просто соглашение, а правовой акт, который может содержать нормы практически по всем вопросам труда, его организации и оплаты с сохранением установленного государством минимума гарантий.

«Коллективно-договорные отношения способствовали кристаллизации и выдвижению требований, касающихся всех работников, помогали отстаивать их перед работодателем, позволяли предпринимать коллективные действия в случае их нарушения», - отмечают ученые, исследовавшие историю становления коллективно-договорного регулирования [28, с. 408].

Известно, что система коллективно-договорных актов состоит из четырех уровней: генеральное соглашение, региональные и отраслевые соглашения, коллективные договоры.

Коллективный договор является правовым актом социального партнерства низового звена, заключаемым между работодателем и профессиональным союзом данной организации в целях определения условий труда (п.п. 21 п. 1 ст. 1 ТК РК) и занятости; регулирования отношений между сторонами коллективного договора. И это определено Конвенцией МОТ №154 «О содействии коллективным переговорам» (1981).

Рекомендация МОТ №91 «О коллективных договорах» (1951) определяет коллективный договор как всякое письменное соглашение относительно условий труда и найма, заключаемое, с одной стороны, между работодателем, группой работодателей или одной или несколькими представительными организациями трудящихся или, при отсутствии таких организаций, представителями самих трудящихся, надлежащим образом избранных или уполномоченных согласно законодательству страны.

Отличие казахстанского определения понятия «коллективный договор», по сравнению с данным Рекомендацией МОТ №91, заключается в том, что в нем содержатся наиболее существенные признаки данного договора:

а) коллективный договор не просто письменное соглашение, а принятый в установленном порядке и имеющий обязательную юридическую силу акт, содержащий предписания, регулирующие социально-трудовые отношения;

б) имеющие нормативный характер правовые предписания;

в) преобладание в нем нормативных условий по отношению к обязательственным условиям [201, с. 80].

Хотя в казахстанском определении не акцентируется внимание на договорном характере коллективного договора, все же договоренность, как один из существенных признаков, существует, и потому можно сказать, что это правовой акт, принятый путем договоренности между известными сторонами этого соглашения, т.е. правовой акт-соглашение. Следовательно, соглашение следует отнести не только к порядку его правоустановления, а к существенным признакам коллективного договора. Тем более, что в современных условиях Казахстана, к сожалению, нормативно-правовое начало не является определяющим в данном акте в силу различных причин. Нельзя сказать, что заключенные и действующие на предприятиях коллективные договоры, как нормативный правовой акт, регулируют все важнейшие в данном предприятии социально-трудовые отношения.

Согласно ст. 284 ТК РК, содержание коллективного договора включает следующие положения нормативного характера:

а) о нормировании, формах, системах оплаты труда, размерах тарифных ставок и окладов, надбавок и доплат работникам, в том числе занятым на тяжелых работах, работах с вредными (особо вредными) и(или) опасными условиями труда;

б) о порядке индексации заработной платы, о выплате пособий и компенсационных выплатах, в том числе при несчастных случаях;

в) о допустимом соотношении между максимальным и минимальным размерами заработной платы по соответствующей профессии, специальности и должности в организации;

г) об установлении межразрядных коэффициентов;

д) о продолжительности рабочего времени и времени отдыха, о трудовых отпусках;

е) о создании здоровых и безопасных условий труда и быта, об объеме финансирования мероприятий по безопасности и охране труда, об улучшении охраны здоровья. При этом в коллективный договор могут быть включены нормативные положения, если в законах и иных нормативных правовых актах это право предоставляется сторонам. Указанная статья ТК РК содержит также примерный перечень обязательств, которые сторонами определяются по взаимному согласию.

Нельзя сказать, что заключенные и действующие на предприятиях коллективные договоры, как нормативный правовой акт, регулируют все важнейшие в данном предприятии социально-трудовые отношения.

МОТ приняла также различные акты с целью учета специфических трудностей, с которыми сталкиваются трудящиеся в ряде отраслей в осуществлении своих трудовых прав; усиления защиты представителей трудящихся, гарантирования им быстрого и эффективного выполнения условий коллективных договоров. И, поскольку Казахстан является полноправным членом МОТ, считаем, что в законодательных актах о социальном партнерстве следует отразить основные принципы коллективных переговоров.

Согласно подпункту 8 пункта 1 ст. 23 ТК РК, работодатель обязан рассматривать предложения представителей работников вести коллективные переговоры и в порядке, установленном в данном ТК РК, заключать коллективный договор. Из этого видно, что обязанность работодателя наступает только в части вступления в коллективные переговоры и последующего заключения коллективного договора по согласованным условиям.

К сожалению, ТК РК также не отвечает на вопрос о том, целесообразно ли заключать коллективный договор только в согласованной части, будет ли такой коллективный договор эффективным, удовлетворяющим интересы обеих сторон. И это недостаток Кодекса, поскольку неясно, обязан ли работодатель заключать коллективный договор, если да – то по каким согласованным вопросам (нормативным или обязательственным) считать заключенным.

Вопросы возникают и по части разрешения разногласий. Так, например, нормы ТК РК в отношении обязательной стадии разрешения коллективного спора примирительной комиссией оцениваются учеными неоднозначно. С одной стороны, по формальным критериям, обязательная (принудительная) примирительная комиссия (ст. 292 ТК РК) является нарушением принципа добровольности коллективных переговоров, а с другой – примирительная комиссия создается на паритетных началах спорящими сторонами, ее работа является продолжением коллективных переговоров в конфликтной ситуации.

На наш взгляд, не совсем было бы верно оставлять создание примирительной комиссии на усмотрение сторон, поскольку требования работников в любом случае должны быть доведены до логического завершения: разрешиться посредством либо принудительных, либо добровольных примирительных процедур или вовсе не разрешиться, и работники могут воспользоваться своим конституционным правом на забастовку. В этой части законодатель, на наш взгляд, не до конца предусмотрел все возможные варианты разрешения конфликтной ситуации (ст. 294 ТК РК).

Несмотря на то, что в реальной жизни нередко возникает необходимость изменения правового статуса организаций в связи со структуризацией и реорганизацией организации и иными основаниями их преобразования, коллективный договор продолжает действовать в случаях изменения

наименования организации, ее реорганизации в форме преобразования, а также расторжения трудового договора с руководителем организации [111, с. 43]. Подобное правило предполагает наличие у представителей работников достаточно серьезного и взвешенного подхода к разработке проекта коллективного договора или соглашения, поскольку в них должны быть максимально учтены интересы всех работников, независимо от их положения в организации, с учетом особенностей производства и специфики деятельности организации [215, с. 26]. Из определения коллективного договора, имеющегося в действующем законодательстве, С.В. Казаков выделяет основополагающие характеристики данного правового понятия. «Во-первых, - пишет он, - коллективный договор является одной из разновидностей локальных нормативных правовых актов, актов социального партнерства, содержащих общеобязательные правила поведения, установленные сторонами для самих себя в рамках их компетенции. Во-вторых, сферой регулирования коллективного договора являются социально-трудовые отношения, перечень которых гораздо шире круга отношений, входящих в предмет трудового права» [216, с. 12].

Для международного трудового права коллективные договоры имеют значение, во-первых, потому что в большом количестве международных актов, касающихся регулирования труда, содержатся прямые отсылки на коллективные договоры, заключаемые между социальными партнерами, и, во-вторых, потому что в последние десятилетия все большее распространение получают коллективные договоры, заключаемые в рамках многонациональных корпораций, действующие на территории сразу нескольких государств (транснациональные коллективные договоры). Так, на уровне соглашений транснациональных корпораций (далее - ТНК) договоренности сторон касаются дополнительных гарантий по оплате труда в виде размера ставки первого разряда в сравнении с минимумом, установленным в государстве, на территории которого находится организация – участник корпорации, а также повышения уровня средней зарплаты в зависимости от эффективности работы ТНК в целом [217, с. 324-328].

Хотя за последние два десятилетия в Европе наметился сдвиг в сторону большей децентрализации коллективных переговоров, по мнению Торстен Шультен, основные черты коллективных соглашений, заключаемых с множественным работодателем, остались в большинстве стран Европы стабильными.

Тем не менее, отмечает автор: «...на фоне глубокого экономического кризиса все больше европейских стран сегодня двигаются в направлении радикальной децентрализации коллективных переговоров, и характерной чертой этого процесса является прямое вмешательство правительств в свободное ведение коллективных переговоров, что ведет к разрушению устоявшихся структур отраслевого и национального колдоговорного процесса. Почти во всех случаях движущей силой этого процесса оказывалась так называемая «Тройка» – Еврокомиссия (далее - ЕК), Европейский Центробанк

(далее - ЕЦБ) и Международный валютный фонд (далее - МВФ), – которая ставит условием предоставления займов или приобретения ею государственных облигаций, проведение широких «структурных преобразований», особенно на рынке труда» [218].

Так, например, по мнению К.Р. Войцех, экономическая ситуация части работодателей в Польше не наилучшая. Сложно ожидать, что в ближайшем будущем она существенно изменится в лучшую сторону. Конца экономическому кризису не видно, даже если на первом этапе он не коснулся нашей страны, однако его глобальный характер приводит к тому, что кризис влияет и на состояние польской экономики, тем самым влияя на польских работодателей. Констатация этого факта существенна потому, что экономическая ситуация работодателя является одним из основных факторов, детерминирующих содержание трудового, а также коллективного договора, определяющих возможность повышения стандартов труда, ведь большинство положений коллективных договоров, превышающих обычные стандарты, имеет имущественный характер. Поскольку экономическая ситуация работодателей не является удовлетворительной, сложно надеяться, что стороны коллективных договоров будут полностью использовать полученную ими формально от законодателя большую договорную свободу.

Автор далее отмечает, что модель трудового права, созданная в Польше государственными органами, в частности, Трудовой кодекс, является такой моделью, которой характеризуется централизованная и огосударствленная социально-экономическая система, в которой роль коллективных договоров была существенно ограничена. Согласно такой модели, законодательные нормы трудового права и нормы, изданные на их основе, были направлены на непосредственное регулирование трудовых отношений, а не на создание (установление) минимальных стандартов, которые должны быть развиты в коллективных и трудовых договорах. В связи с таким положением дел трудовые стандарты, проистекающие из норм трудового законодательства, а также подзаконных нормативно-правовых актов, изданных на основе законов, устанавливаются на довольно высоком уровне. Это привело к тому, что во многих ситуациях нормы трудового законодательства и нормы актов, изданных на основе этого законодательства, не приспособлены к специфике, потребностям и, что самое важное, к реальным возможностям работодателей. При таком положении дел сложно вести речь о развитии установленных государством трудовых стандартов в коллективных договорах.

Следует также согласиться с К.Р. Войцех, что коллективные договоры занимают важное место в системе источников трудового права, поскольку их нормы занимают особое место среди норм трудового права, имеют приоритет для конкретных трудовых коллективов по сравнению с нормами закона и изданными на их основе подзаконными актами. Коллективные договоры предназначены формировать содержание трудового отношения, однако условия, созданные экономическим кризисом, и модель трудового права, навязанная государством еще в социалистическую эпоху, существенно

ограничивают их роль в формировании содержания трудовых отношений в настоящее время [219, с. 72-75].

Совершенствование трудового законодательства идет по пути децентрализации правового регулирования, чему свидетельством является то, что решение большинства вопросов в сфере труда переданы на локальный уровень: коллективным договорам и актам работодателя. По мнению казахстанских ученых, если учесть, что не везде еще заключаются коллективные договоры, низкое качество заключенных коллективных договоров, слабое знание трудового законодательства субъектами социально-трудовых отношений, а также «слабость» профессиональных союзов в защите интересов наемных работников, то нетрудно сделать вывод о состоянии законности в трудовоправовой сфере.

Исследование практики выполнения условий заключенных коллективных договоров показывает, что работодателями нередко игнорируются взятые на себя обязательства, грубо нарушаются нормативные положения коллективных договоров. Так, например, в АО «Арселор Миттал Темиртау» нарушается общая продолжительность допустимых сверхурочных работ в месяц и в год; фактическая численность технического персонала в цехах и производствах значительно ниже расчетной, утвержденной штатным расписанием.

Вследствие этих нарушений не обеспечиваются безопасные условия труда для работников, занятых на работах с вредными условиями труда, которые, согласно распоряжениям директора по персоналу, в связи с производственной необходимостью работают в свои выходные дни. Численность технологического персонала в цехах не соответствует расчетной численности, требованиям нормативных документов, штатному расписанию: по вине работодателя произошло несоответствие между укомплектованностью работ и привлечением работников в выходные дни.

Таким образом, усматривается грубое нарушение норм трудового законодательства со стороны руководства АО, что вызывает справедливое недовольство со стороны Профсоюза АО «Арселор Миттал Темиртау», представляющего трудовой коллектив данной организации. Особо акцентируется внимание на несогласие работников с политикой руководства компании, направленной на сокращение численности персонала и оптимизацию.

В соответствии с Трудовым кодексом Республики Казахстан, расторжение трудового договора в связи с сокращением численности или штата работников (по подпункту 2) п. 1 ст. 54 ТК РК) производится:

- а) исключительно по инициативе работодателя;
- б) работодатель при этом, согласно п. 1 ст. 56 ТК РК, должен предупредить работника о расторжении трудового договора за один месяц, если в трудовом, коллективном договорах не предусмотрен более длительный срок предупреждения;
- в) производить расторжение трудового договора с работниками, являющимися членами профсоюза, с учетом мотивированного мнения органа

профсоюза данной организации в порядке, предусмотренном коллективным договором;

г) должен принимать меры к переводу работников с их согласия на другую работу (п. 5 ст. 56 ТК РК);

д) в связи с изменениями в организации производства, в том числе при реорганизации и(или) сокращении работ у работодателя, допускается изменение условий труда работника, что может повлечь сокращение численности или штата работников.

При этом работодатель в целях сохранения рабочих мест имел право, с учетом мнения профсоюзов, вводить режим неполного рабочего времени. Как видно из этого, законодатель устанавливает целый комплекс требований, которые работодатель должен выполнить перед сокращением численности работников. В разделе 4 коллективного договора также перечислены многочисленные обязанности Правления АО по обеспечению занятости в соответствии с трудовым законодательством.

Раздел 4 коллективного договора, заключенного между Правлением АО «Арселор Миттал Темиртау» (далее - Правление) и Профсоюзной организацией металлургического комбината АО «Арселор Миттал Темиртау» (далее – Профсоюз) от 12 октября 2007 года «Обеспечение занятости, условия приема и увольнения работников» полностью посвящен вопросам обеспечения занятости в АО «Арселор Миттал Темиртау» в соответствии с трудовым законодательством. Тем не менее, пункты 4.1; 4.2; 4.4; 4.5; 4.6 и др. совершенно не выполняются, что и явилось предметом рассмотрения в суде.

«Раздел 4. Обеспечение занятости, условия приема и увольнения работников

4.1 Правление обязуется сохранить рабочие места в пределах утвержденной плановой численности работающих. Одностороннее снижение и корректировка плановой численности в течение года не допускается.

4.2 В случае сокращения должностей (рабочих мест) отдельных работников, Правление принимает меры по их трудоустройству, предлагая им работу по роду деятельности или специальности, а при отсутствии таковой другую работу при наличии вакансий в подразделениях АО «Арселор Миттал Темиртау» с переподготовкой по новой профессии за счет средств комбината. В случае отказа от предложенной работы работник увольняется по сокращению штата с выплатой пособия в размере двухмесячного среднего заработка.

4.3 За работником, направляемым на переподготовку, переобучение с отрывом от производства в связи с сокращением штатов, сохраняется средний заработок по последнему месту работы на весь период обучения.

4.4 При кратковременном снижении объемов производства не по вине работников, Правление обязуется принимать следующие меры для сохранения квалифицированных кадров и плановой численности работающих:

4.4.1 Временно переводить работников с их согласия с учетом специальности и квалификации на режим неполного рабочего времени с оплатой по выполняемой работе за фактически отработанное время.

4.4.2 Временно переводить работников на другие работы с учетом их специальности и квалификации на весь период снижения объемов производства с оплатой по среднему заработку.

4.4.3 Предоставлять с согласия работников ежегодные оплачиваемые трудовые отпуска в период, не предусмотренный графиком отпусков.

4.4.4 Предоставлять своим работникам приоритетное право на выполнение объемов работ вместо подрядных организаций.

4.4.5 Предоставлять работникам отпуска без сохранения заработной платы (по личному заявлению).

4.4.6 Материально стимулировать работников, имеющих право на пенсию, к расторжению трудового договора.

4.5 В случае высвобождения работников в связи с осуществлением мероприятий по сокращению численности или штата, при применении схемы добровольного увольнения на работников, достигших возраста 53 года для женщин и 58 лет - для мужчин, распространяется статус пенсионера АО «Арселор Миттал Темиртау».

4.6 Расторжение трудового договора по инициативе Правления с работниками, являющимися членами профсоюза, в случаях, предусмотренных подпунктами 2, 3, пункта 1 статьи 54, подпунктом 2 пункта 1 статьи 59 Трудового кодекса РК производится с учетом мотивированного мнения профсоюзного комитета цеха, производства, управления, а по подпунктам 6,7, 13 пункта 1 ст. 54 с предварительным уведомлением Профсоюза».

В частности, согласно пункту 4.1 этого коллективного договора, Правление обязуется сохранить рабочие места в пределах плановой численности работников. Одностороннее снижение и корректировка плановой численности в течение года не допускается.

Эти требования, как видно из представленных материалов, Правлением АО «Арселор Миттал Темиртау» были не выполнены из-за необходимости согласовывать предстоящее сокращение численности работников с Профсоюзной организацией комбината, что практически было невозможно в условиях градообразующего предприятия, а также все еще действующего и не отмененного пункта 4.1 коллективного договора, подписанного Правлением АО как стороной коллективного договора.

О том, что на самом деле происходит массовое высвобождение работников, свидетельствует то, что в течение шести месяцев (с 1 января 2012 по 1 июля 2012 года) по различным основаниям уволилось 1157 работников.

В целях недопущения явного нарушения трудового законодательства при сокращении численности работников, Правление АО «заменяет» такое увольнение пунктом 4 статьи 52 ТК РК – расторжение трудового договора по соглашению сторон, с выплатой компенсации в размере годичной заработной платы, даже несмотря на то, что данное основание увольнения затратное, т.к. ведет к увеличению перерасхода фонда зарплаты и сокращению социальных расходов. Эти издержки и легли тяжким бременем на плечи оставшихся работников, которые вынуждены выполнять в настоящее время сохранившийся

объем работы меньшим количеством. Отсюда и недовольства трудового коллектива, и социальная напряженность.

Следовательно, нынешнее состояние штатной численности работников намного меньше фактической численности, в связи с невыполнением Правлением АО пункта 4.1 коллективного договора, поэтому решения судов о необходимости доукомплектования работниками являются законными.

Неисполнение ряда пунктов коллективного договора наблюдается и на предприятиях АО Разведка Добыча «КазМунайГаз». Например, пункт 5.3 гласит: «Стороны пришли к согласию, что, в первую очередь, трудовые споры будут разрешаться сторонами в досудебном порядке, а именно: индивидуальные трудовые споры – согласительной комиссией, коллективные – в порядке примирительных процедур. При недостижении согласия в порядке примирительных процедур стороны вправе обратиться в суд для разрешения трудового спора». Далее, в п. 5.4 отмечается, что «Общество отнесено к опасным производственным объектам и, соответственно, забастовки в Обществе, согласно законодательству РК, запрещены и признаются незаконными. Стороны пришли к согласию, что трудовые споры будут рассматриваться сторонами «исключительно в порядке, определенном пунктом 5.3 настоящего коллективного договора». Таким образом, действие указанного коллективного договора распространяется на филиалы АО «Разведка Добыча «КазМунайГаз», в частности, на «ОзенМунайГаз», известные сейчас печальными событиями разрешения коллективных трудовых споров через забастовки.

Рассмотренные положения позволяют констатировать, что эффективность коллективно-договорного регулирования можно познать только путем анализа действующих коллективных договоров, а также соотношения норм данных актов с требованиями закона.

Как справедливо указывается в литературе, значение коллективных договоров и соглашений по социально-трудовым вопросам в части формирования и практической реализации государственной политики в сфере труда проявляется в том, что они, во-первых, объективно оценивают состояние экономики, условия и иные факторы труда; во-вторых, фиксируют договоренности работников, работодателей, органов государственной власти по наиболее значимым и актуальным вопросам развития социальных отношений и оформляющего их законодательства; в-третьих, устанавливают нормативные положения и обязательства сторон, имеющие принципиальное значение для построения всей нижестоящей системы коллективно-договорного регулирования труда, включая локальные акты работодателей [220, с. 72-75].

Таким образом, подводя итог проведенному исследованию, можно сделать вывод, что коллективный договор в настоящее время позволяет на локальном уровне более конкретно закреплять права и обязанности сторон трудовых отношений, а также защищать как индивидуальные, так и коллективные права и интересы, вытекающие из трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Процессы демократизации казахстанского общества, расширение договорного способа регулирования общественных отношений возродили интерес к изучению правовой конструкции «договор» и связанных с ней категорий исследователями тех отраслей права, в которых длительное время преобладали публично-правовые начала. Превалирование императивных норм, недостаточное понимание того, что развитие трудового права – это вопрос не противостояния, а взаимодействия сторон трудовых отношений, рассматривается как фактор, препятствующий эффективному функционированию баланса интересов в трудовом праве. К тому же современное трудовое законодательство возвело сочетание государственного и договорного регулирования трудовых отношений и иных непосредственно с ними связанных отношений в ранг основного принципа.

Договорное регулирование отношений в сфере труда представлено правовыми средствами, имеющими различную юридическую природу. Одни из них являются результатом социального диалога работников и работодателя либо объединения работодателей и приобретают статус источников трудового права. Другие же являются продуктом согласования воли юридически равноправных сторон трудового договора (иногда потенциальных) – работника и работодателя и именуется актами индивидуально-договорного регулирования.

Индивидуально-договорное регулирование представляет собой совокупность договоров и соглашений, направленных на упорядочение правовых связей, заключивших их субъектов трудового права в пределах, определенных нормативными правовыми актами. Использование в вышеприведенном определении двух понятий «договор» и «соглашение» не случайно, поскольку многообразие правовых средств, образующих механизм индивидуально-договорного регулирования, воплотилось в Трудовом кодексе Республики Казахстан. В трудовом праве известно нормативное (государственное) и договорное регулирование общественных отношений, образующих его предмет. Договорное регулирование означает установление условий труда работника с помощью трудового договора.

Соотношение государственного и договорного регулирования изменяется в зависимости от социально-экономических, политических и других объективных факторов. В советский период в механизме правового регулирования трудовых отношений доминирующее положение занимал нормативный способ, что соответствовало потребностям командно-административной системы. История развития трудового законодательства – это история поисков наиболее правильного сочетания государственного и локального (договорного) регулирования трудовых правоотношений (включая условия труда) в интересах субъектов этих отношений.

В наши дни приоритетным способом регулирования является сочетание централизованного и локального, законодательного и договорного

регулирования (в социально-партнерском, коллективно-договорном и индивидуально-договорном) труда. При этом соотношение метода все больше изменяется в сторону расширения локального и договорного регулирования.

В системе договорной регламентации наибольшее значение имеет индивидуально-договорное регулирование трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений. Сформированное международное законодательство обязывает все государства, в том числе и Казахстан, соответствовать международным стандартам и нормам, неукоснительно выполнять обязательства по защите трудовых прав и свобод граждан. Становление нового трудового законодательства протекает довольно сложно и противоречиво, так как Казахстан находится на этапе преобразования от командно-административного регулирования к рыночному капитализму, где основные средства производства сосредоточены в руках частного капитала и происходит снижение жизненного уровня населения. Цель работодателей – получение прибыли, а цель работников – получение достойной заработной платы за достойный труд, в нормальных условиях труда.

Достойный труд стоит в центре внимания всех четырех стратегических задачах МОТ: содействие правам в сфере труда; занятость; социальная защита; и социальный диалог. Первостепенная задача на сегодня заключается в том, чтобы женщины и мужчины имели возможности получить достойную и продуктивную работу в условиях свободы, равенства, экономической безопасности и человеческого достоинства.

Необходимость модернизации Трудового кодекса Республики Казахстан является одним из приоритетных направлений с учетом наметившихся тенденций в трудовом праве РК. Обоснованы и предложены проекты новых статей в ТК РК в целях дальнейшей модернизации трудового законодательства: во-первых, в целях применения норм гражданского законодательства в порядке аналогии закона к социально-трудовым отношениям. Во-вторых, учитывая, что отсутствует законодательное закрепление злоупотребления правом, встречающегося в сфере трудовых отношений, автор обосновывает необходимость отражения содержания статьи 8 ГК РК применительно к субъектам социально-трудовых отношений.

Необходимо также указать, что в связи с расширением сферы применения различных форм нестандартной занятости назрела необходимость в дифференциации нетипичных трудовых отношений. Но при этом нельзя забывать следующую закономерность. Стандартные формы занятости характеризуются довольно высоким уровнем государственной защиты трудовых прав. Чем жестче законодательство, тем сильнее защищены работники. Нестандартные формы занятости, перенос акцентов правового регулирования на договорной уровень (коллективный, индивидуальный) могут объективно привести к снижению уровня гарантии трудовых прав. Казахское трудовое законодательство в условиях рыночного капитализма должно защищать права работников и работодателей, с помощью закона устанавливать гарантии и социальные льготы, пособия и выплаты для

социально незащищенных слоев населения, осуществлять индексирование заработной платы, совершенствовать трудовые отношения, а также проводить «усиление гибкости в правовом регулировании труда» на примере стран Запада.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- 1 Назарбаев Н.А. Стратегия «Казахстан-2050»: новый политический курс состоявшегося государства: послание народу Казахстана. – Астана, 2012, декабрь - 14 // www.akorda.kz/ru/pagege_kazakstan-respublikasynyn-prezident7
- 2 Конституция Республики Казахстан: принята 30 августа 1995 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.02.2011 г. // <http://www.constcouncil.kz/rus/norpb/constrk>.
- 3 Республика Казахстан. Трудовой кодекс: принят 15 мая 2007 года, №251-III (с изменениями и дополнениями по состоянию на 04.07.2013 г.) // Информационная система «Параграф», 2013. <http://online.zakon.kz>.
- 4 Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы // под общ. ред. Т.Д. Абишева, С.Т. Турсунова. - Астана, 2009. – 133 с.
- 5 Касумов А.М., Алескерова Л.Г. Время отдыха: учебное пособие. - Баку: Ганун, 2011. – 151 с.
- 6 Алексеев С.С. Частное право. – М.: Статут, 1999. - С. 34 // http://www.pravo.vuzlib.org/book_z287_page_5.html.
7. Всеобщая декларация прав человека: принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН 10.12.1948 года. - Минск, 1998. - 16 с.
- 8 Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий / сост. и авт. А.Н.Талалаев. - М.: Юрид.лит., 1997. - 333 с.
- 9 За достойный труд – достойную зарплату // Казахстанская правда. - 2013. - №201-202.
- 10 Морозов П.Е. Современные тенденции развития зарубежного трудового права в условиях глобализации: автореф. ... докт. юрид. наук. – М., 2012. – 51 с.
- 11 Мамедова А.Т. Основные признаки метода трудового права // Материалы VIII междунар. науч.-практ. конф. «Стратегические вопросы мировой науки. - 2012». - Варшава, 2012. – 88 с.
- 12 Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: автореф. ... докт. юрид. наук. - М., 2002. – 48 с.
- 13 Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. - 5-е изд. - М.: СГУ, 2009. – 349 с.
- 14 Краткая философская энциклопедия / под ред. Е.П. Блаватской. - М.: Изд. группа «Прогресс» - «Энциклопедия», 1994. - 576 с.
- 15 Петров Д.Е. Отрасль права: автореф. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2002. - 34 с.
- 16 Нургалиева Е.Н. Метод правового регулирования общественно-трудовых отношений: дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1979. – 192 с.
- 17 Идрисова С.Б. Метод правового регулирования социально-трудовых отношений на современном этапе // Право и государство. - 2003. - №2. - С. 49.
- 18 Толеуханова Д.Б. Метод правового регулирования социально-трудовых отношений. - Алматы, 2007. – 327 с.

- 19 Витченко А.М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений. - Саратов, 1974. – 248 с.
- 20 Пешков А.Б. О методе правового регулирования // Правоведение. - 1971. - №2. - С. 24-32.
- 21 Сорокин В.Д. О едином методе правового регулирования // Правоведение. - 1975. - №7. - С. 30.
- 22 Советское трудовое право / под ред. Н.Г. Александрова. - М.: Юридическая литература, 1972. – 409 с.
- 23 Хамзин А.Ш. Признаки метода правового регулирования в современных рыночных отношениях Казахстана // Фемида. - 2003. - №3. - С. 30-39.
- 24 Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений. - М., 1972. – 229 с.
- 25 Молодцов М.В., Головина С.Ю. Трудовое право России: учебник для вузов. - М.: Норма, 2003. – 640 с.
- 26 Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право: учебник для вузов. - М.: Дело, 1999. - 728 с.
- 27 Постановление Правительства Республики Казахстан. Об утверждении доклада о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах: утв. 12 июня 2009 года, №892 // <http://www.adilet.gov.kz/ru/node/23779>.
- 28 Горохов Б.А., Маврин С.П. Российское трудовое законодательство и международное трудовое право // Правоведение. - 2004. - №6. – С. 5-14.
- 29 Лушникова М.В., Лушников А.М. Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения. - М., 2011. – 452 с.
- 30 Предложения о коренной модернизации Трудового законодательства, включая обновление Трудового кодекса / Российский союз промышленников и предпринимателей 13.11.10 // <http://xn--o1aabe.xn--p1ai/position/view/51>.
- 31 Трудовой кодекс Республики Казахстан. Постатейный практический комментарий: подготовлен в соответствии с распоряжением премьер-министра РК от 5 июля 2007 года, №178-р «О мерах по реализации Трудового кодекса РК» // <http://www.kosstu.kz/static/uploads/library/urist/kodeks/u-k-15.htm>.
- 32 Бондаренко К.А. Договорное регулирование как особенность метода трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. - 168 с.
- 33 Трудовое право России / под ред. А.М. Куренного. – М.: Правоведение, 2008. - 541с.
- 34 Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части. – Томск: ТГПУ, 1998. – 184 с.
- 35 Бугров Л.Ю. Дискуссии о трудовом договоре как источнике права // Трудовое право в России и за рубежом. - 2010. - №2. - С. 54.
- 36 Мамедова А.Т. Новые направления в регулировании рынка труда // Сб. материалов VIII Международ. науч. конф. молодых ученых «Наука и образование - 2013». - Астана, 2013. - Т.2. - 676 с.
- 37 Иванов С.А., Лившиц Р.З., Орловский Ю.П. Советское трудовое право: вопросы теории. - М., 1978. – 297 с.

- 38 Нургалиева Е.Н. Концептуальные новации Трудового кодекса Республики Казахстан // <http://journal.zakon.kz/4531085-konceptualnye-novacii-trudovogo-kodeksa.html>.
- 39 Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. - СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. – 938 с.
- 40 Касумов А.М., Джафаров З.И. Правовое регулирование трудовых споров в контексте способов защиты трудовых прав. – М.: Проспект, 2013. – 328 с.
- 41 Нургалиева Е.Н., Ермагамбетова Ж.Б. Индивидуальные трудовые споры. – Алматы, 2004. – 152 с.
- 42 Кеник К.И. Судебная защита трудовых прав граждан: автореф. ... канд. юрид. наук. – Минск, 2000. – 38 с.
- 43 Омарова Э.Б. Материальная ответственность наемных работников: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. - Астана, 2010. - 158 с.
- 44 Скачкова Г.С. Единство и дифференциация в регулировании труда иностранцев в РФ // Трудовое право в России и за рубежом. - М., 2011. - №2. - С. 13.
- 45 Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. - М.: Статут, 2009. – Т. 1. – 879 с.
- 46 Александров Н.Г. О методе трудового и колхозного права в системе советского социалистического права // Советское государство и право. - 1958. - №5. – 127 с.
- 47 Проблемы правового регулирования труда в развитом социалистическом обществе / под ред. А.С. Пашкова. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1984. – 312 с.
- 48 Уваров В.Н. Трудовое право Республики Казахстан. – Алматы: КазГЮА, 2000. – 518 с.
- 49 Алексеев С.С. Теория государства и права. – М.: Юридическая литература, 2005. - 565 с.
- 50 Нургалиева Е.Н., Бухарбаева С.А. Принципы трудового права. – Алматы, 2004. - 160 с.
- 51 Бугров Л.Ю. Проблемы свободы труда в трудовом праве России. – Пермь, 1992. – 240 с.
- 52 Конституция Франции: принята 24 июня 1793 года // http://historydoc.edu.ru/catalog.asp?cat_ob_no=14697&ob_no=14871.
- 53 Гражданский кодекс Франции 1804 г. // <http://forum.yurclub.ru/index.php?download=204> // <http://forum.yurclub.ru/index.php?download=204> (дата обращения 29.11.12).
- 54 Русских Т.В. Свобода сторон трудового договора и пределы ее ограничения: дис. ... канд. юрид. наук. - Ижевск, 2011. – 203 с.
- 55 Кодекс законов о труде Казахской ССР: принят 21 июля 1972 года // Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. – 1972. – №31.
- 56 Закон Республики Казахстан. О труде в Республике Казахстан: принят 10 декабря 1999 года // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 1999. - №24.

57 Декларация прав человека и гражданина: принята 26 августа 1789 года // <http://ru.wikipedia.org/wiki/>

58 Европейская социальная хартия: принята 3 мая 1996 года // Российское трудовое право: Международно-правовые акты: сб. нормативных актов. - Воронеж, 2001. - Ч. 1. - 512 с.

59 Абайдельдинов Т.М. О праве на труд и международных обязательствах // Материалы IX междунар. науч.-практ. конф. «Пути реализации в России программы достойного труда и достойного социального обеспечения». - М., 2013. - 780 с.

60 Пашков А.С. Избранные труды по трудовому праву. - СПб., 2006. - 518 с.

61 Шайбеков Д.К. Трудовое правоотношение Республики Казахстан и рынок. - Алматы, 1997. - 128 с.

62 Нургалиева Е.Н. Механизм правового регулирования труда. - Алматы: Жеты жаргы, 1996. - 168 с.

63 Тулегенова З.С. Трудовой договор в условиях перехода к рынку Республики Казахстан: дис. ... канд. юрид. наук. - Алматы, 1997. - С. 5.

64 Сапаргалиев Г.С. Основы государства и права Республики Казахстан. - Алматы: Жеты жаргы, 1997. - С. 33.

65 Шиктыбаев Т.Т. Правовые аспекты социально-трудовых отношений в рамках модернизации казахстанского общества // Материалы науч.-практ. семинара «Концепция Трудового кодекса Республики Казахстан и реализация его норм на современном этапе». - Астана: Кристалл, 2012. - С. 5-9.

66 Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право // Кн. первая: Общее положение. - М.: Статут, 2003. - 840 с.

67 Головина С.Ю. К вопросу о свободе трудового договора // Материалы VIII междунар. науч.-практ. конф. «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения». - М., 2012. - 720 с.

68 Жаркенова С.Б. Вопросы трудовой миграции в условиях глобализации // Материалы науч.-практ. семинара «Концепция трудового кодекса Республики Казахстан и реализация его норм на современном этапе». - Астана: Кристалл, 2012. - 92 с.

69 Иеринг Р.Ф. Избранные труды: в 2 т. - СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. - Т. 1. - 618 с.

70 Карабельников Б.Р. Л.С. Таль и судьба его сочинений в российской правовой действительности. Печальные размышления у непарадного подъезда отечественного законодательства // Вестник гражданского права. - 2006. - №1 // <http://www.mvgrp.ru/articles/3/14/>.

71 Приказ и.о. Министра труда и социальной защиты населения Республики Казахстан. Об утверждении Списка работ, на которых запрещается применение труда женщин, предельных норм подъема и перемещения вручную тяжести женщинами: принят 31 июля 2007 года, №186-п (Утратил силу в соответствии с приказом Министра труда и социальной защиты населения РК от 25 ноября 2011 года, №418-п).

72 Приказ и.о. Министра здравоохранения Республики Казахстан. Об утверждении санитарно-эпидемиологических правил и норм: принят 18 августа 2004 года, №632 (Утратил силу в соответствии с приказом Министра здравоохранения РК от 28 июля 2010 года, №553).

73 Харитонов А.О. О пределах ограничения трудовых прав работников // Современное состояние российского законодательства: проблемы и пути совершенствования: тез. докл. междунар. науч.-практ. конф. - Пермь, 2009. - С. 501.

74 Шептулина Н.Н. Проблемы совершенствования законодательства о труде женщин // Трудовое право. - 2008. - №1. - С. 2.

75 Сойфер В.Г. Пределы договорного регулирования трудовых отношений нуждаются в расширении // Трудовое право. - 2009. - №4 // <http://base.consultant.ru>.

76 Русских Т.В. Ограничение свободы в трудовом праве как необходимое условие обеспечения достойного труда // Матер. IX междунар. науч.-практ. конф. «Пути реализации в России программы достойного труда и достойного социального обеспечения». - М., 2013. - 780 с.

77 Головина С.Ю. К вопросу об определении пределов договорного регулирования трудовых отношений // Закон. - 2011. - №10. - С. 41-45.

78 Дивеева Н.И. Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений: автореф. ... докт. юрид. наук. - СПб., 2008. - 396 с.

79 Марченко М.Н. Источник права. - М., 2005. - 702 с.

80 Александров Н.Г., Голяков И.Т., Денисов А.И. и др. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки Всесоюзного института юридических наук. - М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1946. - 229 с.

81 Бондаренко Э.Н. Трудовой договор как основание возникновения правоотношений. - СПб., 2004. - 224 с.

82 Рахматуллина Р.Н. Индивидуально-договорное регулирование отношений при заключении, изменении и прекращения трудового договора. - М.: Волтерс Клувер, 2010. - 144 с.

83 Маврин С.И. О роли метода правового регулирования и структурировании и развитии позитивного права // Правоведение. - 2003. - №1. - С. 208.

84 Нурмагамбетов А.М. Рынок труда (правовые проблемы и перспективы): дис. ... докт. юрид. наук. - М., 1998. - 324 с.

85 Толкунова В.Н. Трудовое право. - М., 1997. - 346 с.

86 Рогалева Г.А. Локальное регулирование условий труда и система источников трудового права. - М., 2003. - 229 с.

87 Кашанина Т.В. Предпринимательство: правовые основы. - М.: Юридическая литература, 1994. - 175 с.

88 Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. - М., 1977. - 372 с.

- 89 Мамедова А.Т. Проблема соотношения и разграничения трудового и гражданско-правового договоров // Научная мысль информационного века – 2013: матер. VIII междунар. науч.-практ. конф. - Варшава, 2012. – С. 23-30.
- 90 Эльяшевич В.Б. Новое движение в области договора о труде // Право. - 1907. - №3. - С. 172–179; №4. - С. 273–278; №6. - С. 425–434.
- 91 Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Общее учение. - Ярославль: Типография губернского правления Ярославль, 1913. - Ч. 1. – 422 с.
- 92 Таль Л.С. Очерки промышленного права. - М., 1916. - 127 с.
- 93 Александров Н.Г. Договорный принцип социалистического труда // В кн.: КЗоТ РСФСР 1922 года и современность. - М., 1974. - С. 20-21.
- 94 Ведомости Верховного Совета СССР. - М., 1970. - №29(1531).
- 95 Якимова И.С. Правовая природа и сущность современного трудового договора: дис. канд. юрид. наук. - М., 2010. – 174 с.
- 96 Луганцев В.М. Проблемные вопросы сферы действия современного трудового права // Государство и право. - 2004. - №5. - С. 28-37.
- 97 Нургалиева Е.Н., Серикбекова С.Б. Индивидуальные договоры о труде. - Алматы, 2004. – 200 с.
- 98 Нургалиева Е.Н. Комментарии к Трудовому кодексу Республики Казахстан. Общая и Особенная части. – Алматы: Жети жаргы, 2009. - 476 с.
- 99 Нургалиева Е.Н., Хохлов Е.Б. Проблемы трудового права в современных условиях. – Караганда, 1994. – 194 с.
- 100 Анисимов Л.Н. Трудовой договор в свете нового законодательства. – М.: Деловой двор, 2008. – 273 с.
- 101 Мюллер А. Нормотворческая деятельность Международной организации труда по теме «Трудовые отношения» // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения: матер. междунар. науч.-практ. конф. / под ред. К.Н. Гусова. - М., 2007. – 582 с.
- 102 Рекомендация МОТ №198. О трудовом правоотношении // URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=628.
- 103 Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество) // Управление персоналом. - 2002. - №4. - 343 с.
- 104 Александров Н.Г. Трудовое правоотношение: монография. – 2-е изд. – М.: Проспект, 2009. – 344 с.
- 105 Советское трудовое право / под ред. Н.Г. Александрова. - М.: Юридическая литература, 1972. - 360 с.
- 106 Бугров Л.Ю. Соотношение трудовых договоров с гражданско-правовыми договорами о труде в России и за рубежом // Российский ежегодник трудового права. - СПб., 2010. - №6. - С. 276-287.
- 107 Сухарев А.Е. Соотношение договорных и внедоговорных условий трудового договора // Российское право. - 2011. - №4-5. – С. 26-37.
- 108 Сфера трудовых отношений // Международная конференция труда 91-я сессия 2003 года / Международное бюро труда. - Женева, 2013. - 102 с.

- 109 Гусов К.Н. Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: дис. ... докт. юрид. наук. - М., 1993. – 277 с.
- 110 Киселев И.Я., Леонов А.С. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. - М., 2003. – 587 с.
- 111 Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. А.М. Куренной, С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов. – М.: Юристъ, 2005 // [lawdiss.org.ua>books/a1607.doc.html](http://lawdiss.org.ua/books/a1607.doc.html) к.
- 112 Касумов А.М., Адыгезалов Д.Б. Индивидуально-договорной метод регулирования наемного труда // Матер. VIII междунар. науч.-практ. конф. «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения». - М., 2012. – 720 с.
- 113 Трудовой Кодекс Азербайджанской Республики: принят 1 февраля 1999 года, №618-IQ. - Баку: Издательство «Юридическая литература»; Ганун, 2007. – 272 с.
- 114 Дадашев З.Н. Договоры о труде в условиях перехода к рыночной экономике: автореф. ... канд. юрид. наук. - Баку, 2004. - 28 с.
- 115 Лебедев В.М. Трудовое право и акрибология (Особенная часть). - М., 2008. – 293 с.
- 116 Employment Protection Act // Svensk Forfattnings samling. - 1982. - №80. – P. 175.
- 117 Employment Contracts Act // Finlands Forfattnings samling (BIBL). - 2001. - №55. - P. 22.
- 118 Толкунова В.Н. Трудовое право: курс лекций. - М.: Проспект, 2003. – 317 с.
- 119 Френкель Э.Б. Коллективно-договорное регулирование труда в зарубежных странах // В тр.: Правовое регулирование труда в условиях перехода к рыночной экономике. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения, 1995. - №60. – 122 с.
- 120 Назарбаев Н.А. Социальная модернизация Казахстана: Двадцать шагов к Обществу Всеобщего Труда // Казахстанская правда. – 2012, июль - 10. - №218/219.
- 121 Викторова С.И. Содержание трудового правоотношения – основные подходы и принципы // Российский ежегодник трудового права. №6. 2010 / Под редакцией Е.Б. Хохлова. - СПб., «Юридическая книга», 2011. – 568 с.
- 122 Постатейный практический комментарий // Трудовой кодекс Республики Казахстан // <http://law.delovoimir.kz/laws/view/132>.
- 123 Пенюв Ю.В. Оправданное «расширение» трудовой функции работника или стремление снизить издержки производства // Российский Ежегодник трудового права. - СПб., 2011. - №6. – 567 с.
- 124 Рымкевич О.П. Заемный труд – последнее табу современного трудового права // Российский ежегодник трудового права. - 2006. - №1. - С. 476-490.
- 125 Головина С.Ю. Главная задача сегодня – найти устойчивый баланс интересов работника и работодателя // Российское право: образование, практика, наука. - 2011. - №4-5 (75-76). - С. 16.

- 126 Назарбаев Н.А. Рынок и социально-экономическое развитие. - М.: Экономика, 1994. - 495 с.
- 127 Указ Президента Республики Казахстан. О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года: утв. 24 августа 2009 года, №858 // Казахстанская правда. - 2009, август – 27. - №205(25949).
- 128 Куренной А.М. Проблемы правового регулирования труда в начале 21 века // Российский Ежегодник трудового права. - СПб., 2011. - С. 30.
- 129 Гусов К.Н., Крылов К.Д., Лушников А.М. и др. Договоры о труде в сфере действия трудового права. - М.: Проспект, 2010. – 248 с.
- 130 Трудовое право России / под ред. Р.З. Лившица, Ю.П. Орловского. - М., ИНФРА - М - Норма, 1998. – 482 с.
- 131 Нургалиева Е.Н., Мамедова А.Т. О состоянии казахстанского трудового законодательства // Трудовое право в России и за рубежом. - 2012. - №3. - С. 36.
- 132 Киселев И.Я. Новый облик трудового права в странах Запада: прорыв в постиндустриальное общество // Управление персоналом. – 2002. - №4 // <http://ecsocman.hse.ru/text/18009905/>.
- 133 Мотина Е.В. Тенденции развития функций трудового права Республики Беларусь // Трудовое право в России и за рубежом. – 2011. - №4. - С. 56.
- 134 Finkin M. Clyde Summers: disturber of the legal order // Comparative Labor Law and Policy Journal. – 2011. - Vol. 32, №3. - P. 498.
- 135 Гусов К.Н., Лютов Н.Л. Международное трудовое право. - М.: Проспект, 2012. - 592 с.
- 136 Дмитриева И.К. Принципы российского трудового права. - М.: РПА МЮ РФ, 2004. – 334 с.
- 137 Государственное право Германии // В 7 т. / сокр. пер. с нем.; под ред. Б.Н.Топорнина. - М.: ИГиП РАН, 1994. – Т. 2. - 320 с.
- 138 Трудовое право России / под общ. ред. Е.Б. Хохлова, В.А. Сафонова. – М.: Юрайт, 2012. – 671 с.
- 139 Закон Республики Казахстан. О занятости населения: принят 23 января 2001 года, №149-П (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.06.2013г.) // <http://online.zakon.kz/>.
- 140 Ле Тханг Бинь. Рынок труда и тенденции занятости в переходной экономике: опыт России и Вьетнама: дис. ... канд. экон. наук. - М., 2005. – 144 с.
- 141 Краткие итоги социально-экономического развития Республики Казахстан в январе-сентябрь 2013 года. Официальный интернет-ресурс Министерства экономики и бюджетного планирования Республики Казахстан // <http://minplan.gov.kz/economyabout/9258/51117/>.
- 142 Преодоление кризиса и обеспечение достойного и безопасного труда. Устойчивое региональное развитие с целью создания рабочих мест и установления принципов социальной справедливости путем осуществления страновых программ достойного труда (СПДТ). http://www.ilo.org/public/russian/region/eurpro/moscow/projects/proj_brief_ru.pdf.
- 143 Quality of work and employment in Europe // <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/studies/tn0612036s/index.htm>.

144 Политика в сфере занятости во имя социальной справедливости и справедливой глобализации. МБТ, Женева, - 2010.
http://sartraccs.ru/Traffic/scien_rep/0031/wcms.pdf

145 Программа достойного труда в Республике Казахстан на 2010-2012 гг.
www.ilo.org/public/russian/region/eurpro/moscow/countries/files/dwcpkz2010_2012_ru.pdf

146 Выход из кризиса: Глобальный пакт о рабочих местах // Междунар. конф. труда, 98-я сессия. - Женева, 2009, июнь // http://www.ilo.org/public/russian/region/eurpro/moscow/news/2009/ilc98spi_r3_200906_ru.pdf.

147 Tucker D. «Precarious» Non-Standard Employment // A review of the Literature. – Wellington, 2002. – P. 17.

148 Григорьев И.Е. Рынок труда и механизмы его регулирования в условиях формирования новой экономики: дис. ... канд. экон. наук. - СПб.: РГБ, 2007. - 171 с.

149 EuroZone job crisis: trends and policy responses. ILO. 11.07.2012 // <http://www.ilo.org/global/research/publications/lang> // http://countryoffice.unfpa.org/kazakhstan/drive/undaf_2010_2015_rus.pdf.

150 Конвенция МОТ №160. О статистике труда // http://www.conventions.ru/view_base.php?id=335.

151 Статистика: учебник / под ред. И.И. Елисеевой. - М.: ВИТРЭМ, 2002. - 448 с.

152 Шайкин Д.Н. Оценка уровня занятости молодежи в аграрном секторе экономики (на примере Сибирского Федерального округа Российской Федерации) / Экономика и статистика. - 2012. - №4. - С. 119-122.

153 Агентство Республики Казахстан по статистике / Департамент статистики труда и уровня жизни / исп. Г.Ш. Бекишева. - 2013, май - 8 // www.stat.kz/digital/stat_trud/2013/Май/01_2013_Э-12-02.

154 Нургалиева Е.Н. Пути совершенствования законодательства о коллективных трудовых спорах и забастовках. – 2012 // <http://www.zakon.kz/4491238-puti-sovershenstvovaniya.html>.

155 Трудовое право России / под ред. А.М. Куренного. – 2-е изд., испр. и доп. - М.: Правоведение, 2008. – 544 с.

156 Рекомендация Международной Организации Труда №163. О содействии коллективным переговорам: принята в 1981 году // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1021150.

157 Трудовой кодекс Российской Федерации: принят 30 декабря 2001 года, №197-ФЗ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 23.07.2013 года) // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30396416.

158 Надирова А.К. вопросу об актуальных проблемах правового статуса субъектов трудового права // Российский Ежегодник трудового права. - 2013. – №1, 2013 – С. 553-563.

159 Томашевский К.Л. Актуальные проблемы трудового права: учебное пособие. – Минск: Амалфея, 2012. – 232 с.

160 Морозов П.Е. Концепция достойного труда МОТ как основа современных тенденций развития трудового законодательства РФ // Матер. IX междунар. науч.-практ. конф. «Пути реализации в России программы достойного труда и достойного социального обеспечения». - М., 2013. - 780 с.

161 Гусов К.Н. Единство и дифференциация трудового права: некоторые вопросы // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения: матер. 5-й междунар. науч.-практ. конф. / под ред. К.Н Гусова. - М., 2009. - С. 3.

162 Коркин А.Е. Нетипичные трудовые отношения: заемный труд, телеработа и работа по вызову // Правовая природа, зарубежное законодательство и российские перспективы. - М.: Инфотропик Медиа, 2013. - 208 с.

163 Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан. О некоторых вопросах применения судами законодательства при разрешении трудовых споров: утв. 19 декабря 2003 года, №9 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 30.12.2011 г.) zakon.kz/Document.

164 Одегнал Е.А. Злоупотребление правом как явление правовой действительности: автореф. ... канд. юрид. наук. - Ставрополь, 2009. - 51 с.

165 Юрасов И.А. О дискриминации в сфере труда. Истоки и причины дискриминации в сфере трудовых отношений // Трудовое право. - 2007. - №4. - С. 13-15.

166 Михайлов А.В. Нетипичные формы дискриминации в трудовой деятельности // Трудовое право. - 2007. - №5. - С. 75-79.

167 Офман Е.М. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений: автореф. ... канд. юрид. наук. - Екатеринбург, 2006. - 189 с.

168 Лушникова М.В. О запрете злоупотребления трудовыми правами // Трудовое право в России и за рубежом. - М.: Юрист, 2009. - С. 7.

169 Юдин А.В. Злоупотребление правом в трудовых отношениях // Трудовое право. - 2007. - №10. - С. 36.

170 Гребенщиков А.В. Трудовое право России: учебник. - М.: Юрист, 2003. - 559 с.

171 Материалы Алматинского городского суда. - 2012 // <http://www.spr.kz/almati-i-almatinskaya-gorodskaya-administratsiya/almatinskiy-gorodskoy-sud.html>.

172 Грибанов В.Н. Пределы осуществления и защиты, гражданских прав. - М., 1972. - 284 с.

173 Малиновский А.А. Злоупотребление правом: теоретические аспекты // Журнал российского права. - 1998. - №3. - С. 71.

174 Нургалиева Е.Н. Комментарий к Трудовому кодексу Республики Казахстан. - Алматы, 2009. - 656 с.

175 Оскембеков С. Казахстанским судьям постоянно приходится сталкиваться с проблемой злоупотребления правом // <http://www.inform.kz/rus/article/2524912> 09 0113.

- 176 Гаджиев Г.А. Конституционные принципы добросовестности и недопустимости злоупотребления субъективными правами // Государство и право. - 2002. - №7. - С. 60.
- 177 Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. - М., 2001. - С. 309.
- 178 Желтов О.Б., Сошникова Т.А. Трудовое право России: учебное пособие. - М.: Эксмо, 2005. - С. 48.
- 179 Бриллиантова Н.А. и др. Трудовое право России: учебник / под ред. О.В. Смирнова. - 2-е изд. - М.: Проспект, 2005. - 555 с.
- 180 Свод английского гражданского права. Обязательственное право / под ред. Э. Дженкса. - М.: НКЮ СССР, 1941. – 304 с.
- 181 Доклад о ситуации с правами человека в Республике Казахстан в 2012 году. – Астана, 2013 // http://www.mki.gov.kz/rus/departamenty/dep_obsh_rab/doklad_prava_cheloveka.
- 182 Нургалиева Е.Н. Стратегия модернизации трудового законодательства Республики Казахстан // Матер. науч.-практ. семинара «Концепция Трудового кодекса Республики Казахстан и реализация его норм на современном этапе». – Астана: Кристалл, 2012. - 92 с.
- 183 Головина С.Ю. Дефекты Трудового кодекса России и способы их устранения // Юрист. - 2008. - №4. – С. 23-26.
- 184 Жильцов М.А. Дефекты трудового права. - Екатеринбург, 2010. - 312 с.
- 185 Головина С.Ю. Правовые инструменты формирования интегрированного трудового законодательства стран Европейско-Азиатского региона // В кн.: Правовые формы интеграционных процессов в современном мире: реальность и перспективы. - Екатеринбург, 2012. - С. 45-47.
- 186 Михеев В.А. Основы социального партнерства: теория и политика. - М.: Экзамен, 2001. – 448 с.
- 187 Кязимов К.Г. Социальное партнерство. - М.: Гардарики, 2008. - 271 с.
- 188 Мамедова А.Т. Зарождение и развитие социального партнерства в Казахстане // Матер. междунар. науч.-практ. конф. «Социально-экономическое развитие государства в условиях мирового финансового кризиса». - Шадринск, 2012. – 398 с.
- 189 Лушникова М.В. Государство, работники и работодатели: история, теория и практика правового механизма социального партнерства. - Ярославль, 1997. - 223 с.
- 190 Премслер М. Теория о «социальном партнерстве» (на примере ФРГ) // Труд, право, идеология. - М.: Наука, 1982. – 173 с.
- 191 Иванова И.А. Коллективные переговоры при заключении коллективных договоров в системе социального партнерства: трудовые аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. - Пермь, 2006. – 164 с.
- 192 Усенин В.И. Социальное законодательство и социальное партнерство в странах капитала (социально-правовые аспекты современных отношений): автореф. ... докт. юрид. наук. - М., 1968. – 30 с.

193 Нургалиева Е.Н., Сериков О.Т. Коллективно-договорное регулирование труда работников (на примере нефтегазовой промышленности Республики Казахстан). - Алматы: Гылым, 2002. – 280 с.

194 Закон Республики Казахстан. О социальном партнерстве в Республике Казахстан: принят 18 декабря 2000 года, №129-ІІ // Казахстанская правда. - 2000, декабрь – 18.

195 Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права: дис. ... докт. юрид. наук. - Екатеринбург, 1998. – 363 с.

196 Назарбаев Н.А. Концепция развития гражданского общества Казахстана до 2011 года. 30.07.2006. Kazakhstantoday // <http://www.centrasia.ru/news/A.php?st=1154269740>.

197 Садовая Е.С. Современные механизмы регулирования социально-трудовых отношений: опыт развитых стран и России // Государство и право. - М., 2010. - №5. - С. 119.

198 Чуча С.Ю. Социальное партнерство в сфере труда: Становление и перспективы развития правового регулирования в Российской Федерации: дис. ... докт. юрид. наук. - М., 2004. - 376 с.

199 Шмаков М.В. Право на достойный труд необходимо отстаивать в борьбе // Профсоюзы. – 2008. - №9. – С. 29.

200 Горяева Г.С. Коллективно-договорное регулирование социально-трудовых отношений в условиях реформы трудового законодательства: дис. ... канд. юрид. наук. - М., 2000. – 203 с.

201 Мамедова А.Т. Институт социального партнерства как один из инструментов договорного регулирования трудовых отношений // Матер. науч.-практ. семинара «Концепция трудового кодекса Республики Казахстан и реализация его норм на современном этапе». – Астана, 2012. - 92 с.

202 Воронкова Е.Р. Порядок проведения коллективных переговоров в трудовом законодательстве Великобритании // Российский ежегодник трудового права. - 2006. - №2. – 840 с.

203 Конвенция №87. О свободе ассоциации и защите права на организацию: ратифицирована Законом Республики Казахстан от 30 декабря 1999 года, №29-ІІ // <http://www.enbek.gov.kz/node/241818>.

204 Конвенция Международной Организации Труда №98. О применении принципов права на объединение в профсоюзы и на ведение коллективных переговоров: принята 8 июня 1949 г. - Женева // http://online.zakon.kz/Document?doc_id=1017788.

205 Лютов Н.Л. Сочетание договорного и законодательного регулирования в российском трудовом праве // Матер. VIII междунар. науч.-практ. конф. «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения». – М., 2012. – 720 с.

206 Федерация профсоюзов // http://egov.kz/wps/portal/Content?contentPath=/egovcontent/employment/employment_job_search/article/profsouzi&lang=ru.

207 Ребекка Гимбрелл-Мак Кормик, Ричард Хайман. Профсоюзы Западной Европы: тяжелые времена, трудные решения // http://www.socdeistvie.info/news/profsojuzy_zapadnoj_evropy_tjazhelye_vremena_trudnye_reshenija.

208 Kahn-Freund, «Legal System» / eds. A. Flanders and H.A. Clegg // The System of Industrial Relations in Great Britain: Its History, Law and Institutions. - Oxford: Basil Blackwell, 1954. – P. 50.

209 Trade Unions. Resurgence or demise? / eds. S. Fernie, D. Metcalf. - London: Routledge, 2005. – P. 199-212.

210 Arthurs H. Labour Law After Labour // The Idea of labour law / eds. G. Davidov, V. Langille. – Oxford: Oxford University Press, 2011. - P. 13-29.

211 Кусаинова Л., Жакупов Р. Требуется новый закон о профсоюзах // Казахстанская правда. - 2013. - №71-72. - С. 9.

212 Проект Закона Республики Казахстан. О профессиональных союзах: принят 30 сентября 2013 года // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31312067.

213 Межибовская И.В. Международные обязательства Республики Казахстан в области социального партнерства – состояние и перспективы // Сб. междунар. науч.-практ. конф. «Общество всеобщего труда: практика и перспективы модернизации профсоюзного движения и социального законодательства. - Алматы, 2013. – 329 с.

214 Кручинин А.В. Влияние ценностно-целевых установок на методологию науки трудового права // Российское право. – 2011. - №4-5. – С. 13.

215 Вольдман Ю.Я. Новый трудовой кодекс Российской Федерации: пробелы, упущения, противоречия, ошибки // Гражданин и право. - 2002. - №5. - С. 26.

216 Казаков С.В. Новые правила проведения коллективных переговоров // Трудовые споры. - 2007. - №2. - С. 12.

217 Раманкулов К.С. Сочетание средств государственного и договорного регулирования оплаты труда в условиях многоукладной экономики Кыргызской Республики // Матер. VIII междунар. науч.-практ. конф. «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения». - М.: Проспект, 2012. – 720 с.

218 Торстен Шультен. «Тройка» и система централизованных коллективных переговоров // <http://www.unionstoday.ru/news/world/2013/06/26/18286>.

219 Войцех К.Р. Роль трудовых коллективных договоров в формировании содержания трудового правоотношения // Матер. VIII-й междунар. науч.-практ. конф. «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения». – М.: Проспект, 2012. – 720 с.

220 Абалдуев В.А. Договорной метод формирования государственной политики в сфере труда // Матер. VIII-й междунар. науч.-практ. конф. «Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения». – М., 2012. – 720 с.

ПРИЛОЖЕНИЕ А

Проект закона о профсоюзах

Глава «Управление профессиональным союзом»

Статья «Органы управления профессиональным союзом» (проект)

1 Органами управления профессиональным союзом являются:

- 1) высший орган - общее собрание (конференция) членов профессионального союза;
- 2) исполнительный орган – коллегиальный орган (президиум, дирекция и т.д.);
- 3) ревизионная комиссия (ревизор);
- 4) иные органы в соответствии с Уставом профессионального союза.

2 Члены исполнительного органа, ревизионной комиссии (ревизор) и иные лица в соответствии с Уставом профессионального союза являются должностными лицами профессионального союза.

Статья «Общее собрание (конференция) членов профессионального союза»

1 Общее собрание (конференция) членов профессионального союза вправе принимать решения по любым вопросам деятельности профессионального союза.

2 Общие собрания (конференция) членов профессионального союза, с количеством более ста человек, могут проводиться путем участия в них делегатов, избранных членами профессионального союза. Делегаты на общее собрание (конференцию) членов профессионального союза представляют интересы определенного количества членов профессионального союза, установленного Уставом профессионального союза.

3 Общие собрания (конференции) членов профессионального союза подразделяются на годовые и внеочередные.

4 Профессиональный союз обязан в течение трех месяцев по истечении года проводить годовое общее собрание (конференцию) членов профессионального союза. Иные общие собрания (конференции) являются внеочередными.

5 Предварительное уведомление членов профессионального союза о проведении общего собрания (конференции) проводится не менее чем за 30 календарных дней до начала общего собрания (конференции).

6 Извещение о проведении общего собрания (конференции) профессионального союза должно содержать:

- 1) полное наименование и место нахождения исполнительного органа профессионального союза;

2) сведения об инициаторе созыва общего собрания (конференции) профессионального союза;

3) дату, время и место проведения общего собрания (конференции), время начала регистрации участников собрания (конференции) профессионального союза;

4) повестку дня общего собрания (конференции) профессионального союза.

Статья «Порядок созыва общего собрания (конференции) членов профессионального союза»

1 Годовое общее собрание (конференция) членов профессионального союза созывается исполнительным органом профессионального союза.

2 Внеочередное общее собрание (конференция) членов профессионального союза созывается по инициативе:

1) исполнительного органа профессионального союза;

2) членов профессионального союза в количестве не менее двух третей от общего числа членов профессионального союза организации.

3 Подготовка и проведение общего и внеочередного собрания (конференции) членов профессионального союза осуществляется исполнительным органом профессионального союза.

4 Расходы по созыву, подготовке и проведению общего и внеочередного собрания (конференции) членов профессионального союза несет профессиональный союз.

Статья «Принятие решений общим собранием (конференцией) членов профессионального союза»

1 Решения общего собрания (конференции) профессионального союза по вопросам, отнесенным к исключительной компетенции профессионального союза, принимаются квалифицированным большинством голосов от общего числа членов профессионального союза организации.

Решения общего собрания (конференции) профессионального союза по иным вопросам принимаются простым большинством голосов от общего числа членов профессионального союза организации.

При голосовании каждый член профессионального союза имеет один голос. Не допускается передача голосов членами профессионального союза друг другу, за исключением случая избрания делегата, указанного в пункте 2 статьи 21 настоящего Закона. Избранные делегаты голосуют количеством голосов равным количеству избравших его членов профессионального союза.

2 Не допускается передача вопросов, принятие решений по которым отнесено к исключительной компетенции общего собрания (конференции)

членов профессионального союза, в компетенцию исполнительного органа, должностных лиц профессионального союза, если иное не предусмотрено законами Республики Казахстан.

3 Общее собрание (конференция) членов профессионального союза вправе отменить любое решение иных органов профессионального союза по вопросам, относящимся к внутренней деятельности профессионального союза, если иное не определено Уставом профсоюза.

4 Решение общего собрания (конференции) оформляется в виде протокола и хранится исполнительным органом профессионального союза.

Статья «Исключительная компетенция общего собрания (конференции) членов профессионального союза»

К исключительной компетенции общего собрания (конференции) членов профессионального союза относятся:

1) утверждение, внесение изменений и дополнений в Устав профессионального союза или утверждение его новой редакции;

2) определение количественного состава, срока полномочий исполнительного органа, избрания его членов и досрочного прекращения их полномочий, а также определения размера и условий выплаты вознаграждений членам исполнительного органа;

3) избрание руководителя исполнительного органа;

4) определение количественного состава и срока полномочий ревизионной комиссии (ревизора), избрания ее членов и досрочного прекращения их полномочий;

5) утверждение годового отчета о доходах и расходах профессионального союза;

6) утверждение годового отчета о проделанной работе исполнительного органа;

7) добровольная ликвидация профессионального союза;

8) иные вопросы, принятие решений по которым отнесено Уставом профессионального союза к исключительной компетенции общего собрания (конференции) членов профессионального союза.

Статья «Счетная комиссия профессионального союза»

1 Счетная комиссия избирается на каждом общем собрании (конференции) профессионального союза из числа присутствующих членов и работников профессионального союза.

2 Счетная комиссия должна состоять не менее чем из трех человек. В счетную комиссию не могут входить члены исполнительных и иных выборных органов профессионального союза.

3 Счетная комиссия:

- 1) проверяет полномочия лиц, прибывших для участия в общем собрании (конференции);
- 2) регистрирует участников общего собрания (конференции);
- 3) определяет наличие кворума общего собрания (конференции), в том числе и в течение всего времени проведения общего собрания (конференции), и объявляет о наличии или отсутствии кворума;
- 4) подсчитывает голоса по вопросам, рассмотренным общим собранием (конференцией), и составляет протокол об итогах голосования на общем собрании (конференции).

Статья «Исполнительный орган профессионального союза»

1 Руководство текущей деятельностью профессионального союза осуществляется исполнительным органом, состоящим не менее чем из трех членов, возглавляемых руководителем. Руководитель исполнительного органа не может быть избран из числа работников и членов профессионального союза, и состоит в трудовых отношениях с профессиональным союзом.

Состав исполнительного органа профессионального союза может ежегодно переизбираться общим собранием (конференцией) членов профессионального союза по результатам рассмотрения годового отчета о деятельности профессионального союза.

2 Членами коллегиального исполнительного органа могут быть руководитель исполнительного органа и члены профессионального союза.

3 Исполнительный орган профессионального союза:

- 1) утверждает документы, регулирующие внутреннюю деятельность исполнительного органа;
- 2) представляет интересы членов профессионального союза в комиссиях по разработке и заключению коллективных договоров;
- 3) представляет интересы членов профессионального союза в примирительных комиссиях;
- 4) принимает решения по любым вопросам деятельности профессионального союза, не отнесенным настоящим Законом и Уставом профессионального союза к компетенции общего собрания (конференции) членов профсоюза.

4 Решения коллегиального исполнительного органа общества принимаются простым большинством голосов от общего числа членов исполнительного органа и оформляются протоколом, который должен быть подписан всеми членами исполнительного органа и содержать вопросы, поставленные на

голосование, итоги голосования по ним с отражением результата голосования каждого члена исполнительного органа по каждому вопросу.

5 Передача права голоса членом исполнительного органа профессионального союза иному лицу, в том числе другому члену исполнительного органа профессионального союза, не допускается. В случае невозможности участия в заседании член исполнительного органа должен предупредить руководителя исполнительного органа и в письменной форме предоставить свое мнение по каждому вопросу повестки дня для принятия решения.

6 Порядок деятельности исполнительного органа и принятия им решений определяется Уставом профессионального союза с учетом положений настоящего Закона.

Статья «Руководитель исполнительного органа профессионального союза»

Руководитель исполнительного органа:

1) организует выполнение решений общего собрания (конференции) членов профессионального союза и исполнительного органа;

2) без доверенности действует от имени профессионального союза в отношениях с третьими лицами;

3) выдает доверенности на право представления профессионального союза в его отношениях с третьими лицами;

4) осуществляет прием, перемещение и увольнение штатных работников профессионального союза (за исключением случаев, установленных настоящим Законом), применяет к ним меры поощрения и налагает дисциплинарные взыскания;

5) в случае своего отсутствия возлагает исполнение своих обязанностей на одного из членов исполнительного органа;

6) представляет интересы профессионального союза в отраслевом объединении профессиональных союзов;

7) осуществляет иные функции, определенные Уставом профессионального союза и решениями общего собрания (конференции) членов профессионального союза и исполнительного органа.

Статья «Ревизионная комиссия профессионального союза»

1 Ревизионная комиссия профессионального союза избирается на общем собрании (конференции) членов профессионального союза из числа членов профессионального союза на срок полномочий исполнительного органа.

2 Ревизионная комиссия состоит из председателя и ее членов в количестве не менее трех человек.

3 Ревизионная комиссия осуществляет контроль за финансово-хозяйственной деятельностью профессионального союза, исчислениями и поступлениями членских профсоюзных взносов и других денежных поступлений, а также правильного расходования денежных средств и использования имущества профессионального союза.

4 Ревизионная комиссия руководствуется в своей деятельности положением о ней, утвержденным общим собранием (конференцией) членов профессионального союза.

Статья «Ответственность должностных лиц профессионального союза»

1 Должностные лица профессионального союза несут установленную законом ответственность, в том числе перед профессиональным союзом и его членами за убытки, причиненные их действиями (бездействием), в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

2 Профессиональный союз вправе на основании решения общего собрания (конференции) профессионального союза обратиться в суд с иском к должностному лицу о возмещении вреда либо убытков, нанесенных им профессиональному союзу.

3 Должностные лица профессионального союза освобождаются от ответственности в случае, если голосовали против решения, принятого органом профессионального союза, повлекшего убытки, или не принимали участия в голосовании.