9. Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. М.: Проспект, 2016.
10. Модернизация статуса судьи: современные международные подходы / отв. ред. Т.Н. Нешатаева. М.: Норма: ИНФРА-М., 2011.
11. Морщакова Т.Г. Конституционная и судебная имплементация Европейской конвенции по правам человека // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2(111). С.182-189.
12. Нешатаева Т.Н. Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2004. № 3 (136). С.124- 140.
13. Потапенко С. В. О соответствии открытости и гласности российского гражданского судопроизводства международным стандартам правосудия // Судья. 2017. № 2 (34). С. 32-35.
14. Потапенко С.В. Судебные источники права// Актуальные проблемы сравнительного правоведения: сборник материалов II Всероссийской научно-практической конференции профессорско-преподавательского состава, аспирантов и студентов. Крымский федеральный университет им. В.И. Вернадского (Симферополь), 2017. С. 14-18.
15. Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. 2-е издание, переработанное и дополненное. Учебное пособие. М.: Статут, 2014.
16. Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию: монография. 2-е изд., доп. М: Юр. Норма, НИЦ ИНФРА-М., 2016.
17. Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / кол. авторов; под. ред. д. ю. н. Т.Г. Морщаковой. М.: Мысль, 2012.
18. Тиунов О.И. Конституционный Суд и международно-правовые акты об обеспечении прав человека // Журнал российского права. 1997. № 7. С. 4- 9.
19. Туманов В.А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М: Издательство НОРМА, 2001.
20. Энтин М.Л., Энтина Е.Г. Влияние права прав человека на прогрессивное развитие современного международного права. Часть I // Московский журнал международного права. 2017. № 2 (106). С. 29-44.
9. Marchenko M.N. Sources of law: a textbook. M.: Prospectus, 2016.
10. Modernization of the status of a judge: modern international approaches / resp. ed. T.N. Neshataeva. M.: Norma: INFRA-M., 2011.
11. Morschakova T.G. Constitutional and judicial implementation of the European Convention on Human Rights // Comparative constitutional review. 2016. № 2 (111). Pp. 182-189
12. Neshataeva T.N. The Court and the generally recognized principles and norms of international law // Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation. 2004. No. 3 (136). C.124-140
13. Potapenko S.V. On the Compliance of the Openness and Publicity of Russian Civil Justice to International Standards of Justice // Judge. 2017. No. 2 (34). Pp. 32-35.
14. Potapenko S.V. Judicial sources of law // Actual problems of comparative law: a collection of materials of the II All-Russian Scientific and Practical Conference of the faculty, graduate students and students Crimean Federal University. IN AND. Vernadsky (Simferopol), 2017. P. 14-18.
15. Sakhnova T.V. The course of the civil process. 2nd edition, revised and enlarged. Tutorial. M.: Statute, 2014.
16. Sinyukov V.N. Russian legal system. Introduction to the general theory: monograph. 2nd ed., Ext. M: Jur. Norma, SIC INFRA-M., 2016.
17. Standards of fair justice (international and national practices) / stake. authors; under. ed. d. y. n T.G. Morschakova. M.: Thought, 2012.
18. Tiunov O.I. Constitutional Court and international legal acts on ensuring human rights // Journal of Russian law. 1997. № 7. S. 4-9.
19. Tumanov V.A. European Court of Human Rights. Sketch of the organization and activities. M: Publishing house NORMA, 2001
20. Entin M.L., Entina E.G. The impact of human rights on the progressive development of modern international law. Part I // Moscow Journal of International Law. 2017. No. 2 (106). Pp. 29-44.

**СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА ПРЕИМУЩЕСТВЕННОГО ПРАВА
ОСТАВЛЕНИЯ РАБОТНИКА НА РАБОТЕ
ПРИ СОКРАЩЕНИИ ЧИСЛЕННОСТИ ИЛИ ШТАТА
ПЕРСОНАЛА: ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ**
**JUDICIAL PROTECTION OF PRIVILEGE LEAVING
OF THE WORKER AT WORK AT REDUCTION
OF NUMBER OR THE STATE PERSONNEL:
PROCEDURAL ASPECTS**

Соколенко Н. Н.,

доцент кафедры гражданского процесса

и международного права

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»,

кандидат юридических наук, доцент

Sokolenko N.N.

is assistant professor department of civil process

and international law of Kuban State University,

candidate of legal sciences, assistant professor

Ключевые слова: трудовой договор, работник, работодатель, расторжение, производительность, квалификация.

Аннотация: в статье на основе трудового законодательства и судебной практики проведен анализ одной из гарантий при расторжении трудового договора по п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, выявлены некоторые проблемы правового регулирования и правоприменения, а также предложены пути их решения.

Keywords: employment contract, worker, employer, denouncement, productivity, qualification.

The summary: in the article on the basis of labor legislation and judicial practice, one of the guarantees was analyzed upon denouncement of an employment contract under Paragraph 2, Part 1, Art. 81 of the Labor Code of the Russian Federation, some problems of legal regulation and law enforcement have been identified, and ways to solve them have been proposed.

Гарантия в переводе с французского означает обеспечение. Исходя из такого смысла, под гарантиями обычно понимают политические, идеологические, экономические и организационные условия, обеспечивающие нормальное функционирование субъекта права в целях беспрепятственного и эффективного осуществления тех социально значимых интересов, носителем, которых он и является¹.

Одной из гарантий при расторжении трудового договора по п. 2 ч. 1 ст. 81 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ)² является преимущественное право на оставление на работе. На первый взгляд может показаться, что данная гарантия сориентирована только на работника, так как защищает его право на труд, но это не совсем так. При ее реализации

работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом имеет возможность самостоятельно, под свою ответственность принимать необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала) (абз. 1 п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда от 17.03.2004. №2)³. Указанное подтверждает и позиция Конституционного Суда РФ. В частности в Определении от 21.12.2006 N 581-О разъясняется, что закрепляя преимущественное право на оставление на работе «законодатель исходил как из необходимости предоставления дополнительных мер защиты трудовых прав работникам, так и из интереса работодателя в продолжении трудовых отношений

с наиболее квалифицированными и эффективно работающими работниками»⁴.

При определении наличия преимущественного права на оставление на работе при сокращении численности или штата работников в силу закона принимаются во внимание два критерия: уровень производительности труда и квалификация (ч. 1 ст. 179 ТК РФ). Однако четких критериев, которые бы позволили определить, у кого из работников более высокая производительность или квалификация, ни ТК РФ, ни иные нормативные правовые акты не устанавливают. Если обратиться к Толковому словарю русского языка производительность – плодотворность, продуктивность, способность выпускать то или иное количество продукции⁵. Исходя из этого понятия, по мнению А.Н. Герасимова судить о производительности труда можно только в отношении рабочих профессий, так как у них существуют нормы выработки и фактически выполняемый объем работ, что подтверждается и судебной практикой⁶. Так, в Апелляционном определении Верховного суда Карачаево-Черкесской Республики от 11.02.2016 по делу N 33-92/2016 указывается, что под производительностью труда понимается показатель, характеризующий выполнение норм выработки, плана и конкретных заданий⁷. Однако имеются и противоположные судебные решения. Из материалов дела следует, что при разрешении вопроса о преимущественном праве оставления на работе критерием оценки производительности труда и квалификации инспекторов отдела приема заявлений КГКУ "Центр социальной поддержки населения Приморского края" ответчик определил количество принятых заявлений. По мнению суда, информация о количестве принятых заявлений от граждан, не дает объективной и всесторонней оценки сравнения деловых качеств работников, без учета образования, стажа, опыта работы, без учета количества отработанных дней в сравниваемом периоде и без учета анализа и оценки иной работы, выполняемой сотрудником, в соответствии с должностной инструкцией, не отражает качество работы, не может свидетельствовать о производительности труда работника. Для оценки производительности труда должны были быть приняты во внимание не только количественные показатели, но и иные характеристики, указанные выше⁸.

Что же касается распространения правила закрепленного ч. 1 ст. 179 ТК РФ на инженерно-технический персонал и служащих то оно не позволяет в должной мере оценить их

производительность труда⁹. На наш взгляд такая точка зрения сегодня не бесспорна, так как при определении производительности труда указанных работников возможно использование эффективного контракта – это трудовой договор с работником, в котором конкретизированы: должностные обязанности, условия оплаты труда, показатели и критерии оценки эффективности деятельности для назначения стимулирующих выплат в зависимости от результатов труда и качества оказываемых государственных (муниципальных) услуг, а также размер поощрения за достижение коллективных результатов труда, меры социальной поддержки (п. 32 распоряжения Правительства РФ от 26 ноября 2012 г. № 2190-р)¹⁰. Согласно Государственной программе Российской Федерации «Развитие образования» на 2013-2020 годы, утвержденной постановлением Правительства РФ от 15.04.2014 № 295¹¹ под отличительным признаком эффективного контракта (трудового договора) является то, что трудовые отношения между работодателем и работниками, основаны на системе оценки эффективности деятельности работников (совокупности показателей и критериев, позволяющих оценить количество затраченного труда и его качество), нормирования труда работников, подробной конкретизации с учетом отраслевой специфики в трудовых договорах должностных обязанностей работников, показателей и критериев оценки труда.

Вторым критерием, который необходимо учитывать при преимущественном праве оставления на работе является квалификация работника. Следует заметить, что до введения в ТК РФ ст. 195.1¹² в трудовом законодательстве отсутствовало легальное определение «квалификации работника», в связи с этим судам при определении более высокой квалификации приходилось руководствоваться критериями, выработанными судебной практикой. В частности, устанавливалось: имел ли работник второе образование, ученую степень, ученое звание; стаж работы у конкретного работодателя и на данной должности; квалификационные категории, разряды, уровень профессионального образования и др. Согласно действующей редакции закона о труде квалификация работника - уровень знаний, умений, профессиональных навыков и опыта работы (ч.1 ст. 195. 1 ТКФ). Требования к квалификации, необходимой работнику для осуществления того или иного вида профессиональной деятельности, определяет профессиональный стандарт, на основе установления профессио-

нально-квалификационных требований¹³ и Единый тарифно-квалификационный справочник работ и профессий рабочих и Квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и других служащих. Исходя из этого для определения более высокой квалификации необходимо устанавливать ее соответствие требованиям, установленным в указанных актах. Соответственно чем больше у работника в совокупности знаний, умений, профессиональных навыков и опыта работы, тем выше и квалификация. Судебная практика также идет по такому пути. Так, критерием квалификации работника являются: уровень образования (профессиональная подготовка), навыки и опыт практической работы (стаж), которые в совокупности образуют необходимые предпосылки для выполнения работы¹⁴. Но здесь возникает вопрос, чем указанные критерии можно подтвердить? Как показывает судебная практика документами, подтверждающими уровень квалификации, могут быть: документ об образовании; трудовая книжка; свидетельство об уровне квалификации и другие. При этом необходимо заметить, что например, наличие более высокого образования само по себе не свидетельствует о более высокой квалификации по конкретной должности, если уровень образования обоих работников соответствует занимаемой должности. Так, Верховный суд Кабардино-Балкарской Республики от 02.09.2015 по делу № 33-1037/2015 посчитал, что ссылка суда первой инстанции на отсутствие у истицы степени «магистр», для подтверждения более низкой правовой квалификации, является необоснованной, поскольку разница между степенями «бакалавр» и «магистр», согласно федеральному образовательному стандарту, в наличии у магистра права проведения научных исследований. Данная разница не существенна, поскольку проведение научных исследований не нужно для работы юриста в банковской организации¹⁵. Также суды при решении вопроса о преимущественном праве на оставление на работе при проведении мероприятий по сокращению численности или штата работников, указывают, что оценка квалификации работника должна осуществляться применительно к выполняемой работником трудовой функции в соответствии с трудовым договором и должностной инструкцией по занимаемой должности. Наличие у работника других специальностей (профессий) само по себе не свидетельствует о его более высокой по сравнению с другими работниками квалификации по долж-

ности, занимаемой в соответствии с трудовым договором и штатным расписанием¹⁶. Что касается иных документов, которые могут подтвердить более высокую квалификацию работника, то например, Верховный суд Республики Адыгея указал, что Почетная грамота за профессиональное мастерство и многолетний плодотворный труд, не могут достоверно свидетельствовать о квалификации истца, поскольку определение квалификации работника при сокращении штатов является прерогативой работодателя¹⁷.

По мнению Министерства труда и социальной защиты РФ, чтобы проверить знания и умения сотрудников на соответствие какой-либо должности, нужно провести аттестацию¹⁸. На это нацеливает и судебная практика. При вынесении решения по делу Ростовский областной суд в апелляционном определении от 23.10.2018 по делу № 33-17030/2018 указал, что истец был лишен объективной документированной оценки своей научной деятельности в виде протокола работы аттестационной комиссии и других материалов аттестации. Принятая судом в качестве доказательства таблица производительности труда истца и иных работников, которые занимают аналогичную должность, не является надлежащим доказательством и нарушает право истца, как научного работника на объективную оценку¹⁹. Несмотря на то, что согласно действующему законодательству работодатель не обязан проводить аттестацию работников для определения их квалификации она, безусловно, может являться дополнительным подтверждением надлежащей проверки наличия преимущественного права у сокращаемых специалистов.

Кроме аттестации для определения более высокой квалификации работника работодатель может направить его на независимую оценку квалификации (ст. 196 ТК РФ), в соответствии с Федеральным законом от 3.07.2016 г. №238-ФЗ²⁰, вступившим в силу с 1 января 2017 г. Согласно ст. 2 данного закона «независимая оценка квалификации работников или лиц, претендующих на осуществление определенного вида трудовой деятельности – это процедура подтверждения соответствия квалификации соискателя положениям профессионального стандарта или квалификационным требованиям, установленным федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, проведенная центром оценки квалификаций».

Буквальное толкование ч. 1 ст. 179 ТК РФ позволяет предположить, что при определении преимущественного права оставления на работе работодатель должен одновременно устанавливать более высокую производительность труда и более высокую квалификацию работника. Однако уровень квалификации работника и производительность его труда не всегда прямо взаимосвязаны, в связи с чем, возникает, проблема, когда работодателю при проведении мероприятий по сокращению численности или штата необходимо выбрать между работником с более высокой производительностью труда, но относительно низкой квалификацией и работником с более высокой квалификацией, но относительно невысокой производительностью труда (например, когда работники занимают одинаковые должности, но один из них имеет высшее образование по специальности (более высокую квалификацию), а второй, несмотря на более низкую квалификацию (отсутствие высшего образования) имеет большую производительность труда. Для устранения правовой неопределенности представляется целесообразным изложить ч. 1 ст. 179 ТК РФ в следующей редакции: «При сокращении численности или штата работников преимущественное право на оставление на работе предоставляется работникам с более высокой производительностью труда, при равной производительности труда с более высокой квалификацией». Рассматривая данный вопрос, Ю.П. Орловский отмечает: «Если у одного работника более высокая производительность труда, а его квалификация уступает квалификации другого работника, то вопрос о преимущественном оставлении на работе решается в зависимости от конкретных обстоятельств. Как правило, предпочтение отдается работникам с более высокой производительностью труда»²¹.

В отсутствие определенного перечня критериев более высокой производительности труда, закрепленного законодательством в судебной практике как мы смогли убедиться зачастую встречаются не тождественные позиции по делам со схожими фактическими обстоятельствами. В связи с этим, по нашему мнению, в Трудовом кодексе РФ необходимо закрепить понятие производительности труда, для целей данного закона либо определить примерный перечень ее показателей и критериев в Постановлении Пленума Верховного Суда от 17.03.2004 №2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», чтобы исключить субъективное мнение работодателя, сложив-

шееся о том или ином работнике во время исполнения им служебных обязанностей, при увольнении по п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ.

В соответствии с ч. 2 ст. 179 ТК РФ при определении наличия преимущественного права на оставление на работе, если у работника равная производительность труда и квалификация работодатель должен учитывать обстоятельства, характеризующие личность работника. При этом необходимо заметить, что содержащийся в ней перечень лиц является исчерпывающим, поскольку в нем нет отсылки к другим нормативным правовым актам. С учетом данного обстоятельства следует оценить правила, содержащиеся в других федеральных законах. Например, преимущественное право на оставление на работе при сокращении численности или штата независимо от времени работы на данном предприятии, в учреждении, организации имеют граждане, подвергшиеся воздействию радиации вследствие чернобыльской катастрофы (п. 7 ч. 1 ст. 14 Закона РФ от 15.05.1991 N 1244-1 «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС»)²²; сотрудники, допущенные к государственной тайне на постоянной основе (абз. 2 ч. 6 ст. 21 Закона РФ от 21.07.1993 N 5485-1 «О государственной тайне»)²³ и др. Поскольку в силу действующего законодательства в случае противоречия между ТК РФ и иными федеральными законами, содержащими нормы трудового права, применяются положения ТК РФ (ст. 5 ТК РФ) положения, содержащиеся в иных законах, не подлежат применению до внесения соответствующих дополнений в ст. 179 ТК РФ. В связи с указанным ч. 2 ст. 179 ТК РФ необходимо дополнить фразой: «а также иным лицам, перечень которых закреплен в иных федеральных законах».

Подводя итог можно сделать вывод, что недостаточная определенность правовых формулировок ст. 179 ТК РФ, отсутствие норм, раскрывающих формы и способы определения более высокой производительности труда и квалификации, создает для работодателя сложности при проведении мероприятий по сокращению штата, а для работников является причиной подачи жалоб в Конституционный Суд РФ, который отказывает им в признании указанной статьи неконституционной.

Несмотря на то, что работодатель как независимый хозяйствующий субъект при определении производительности труда и квалификации сотрудников вправе самостоятельно выбирать вид критериев оценки работника,

исходя из собственных внутренних убеждений, по собственному усмотрению в связи со спецификой деятельности предприятия²⁴, необходимо чтобы правовая норма была определенной, ясной и недвусмысленной, поскольку иное не может обеспечить ее единообразное применение, не исключает неограниченное усмотрение в правоприменительной практике и, следовательно, ведет к произволу³.

¹Курс российского трудового права. В 3-х т. Т. 1: Общая часть / Под ред. Е.Б. Хохлова. – СПб.: 1996. С. 292.

²Трудовой кодекс Российской Федерации: от 30.12.2001 N 197-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. N 1 (ч. 1). Ст. 3.

³Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. N 6.

⁴URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online>. (Дата обращения 30.04.2019 г.)

⁵Толковый словарь русского языка: в 4 т. / Под ред. Д. Ушакова. М.: 2007.

⁶Герасимов А.Н. У кого есть преимущественное право остаться на работе // Трудовое право. 2012. N 5. С. 39 - 67.

⁷URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 1.05.2019г.)

⁸Апелляционное определение Приморского краевого суда от 11.07.2017 по делу N 33-6347/2017[Электронный ресурс] // URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 1.05.2019г.)

⁹Герасимов А.Н. Указ. соч. С. 39 - 67.

¹⁰Об утверждении Программы поэтапного совершенствования системы оплаты труда в государственных (муниципальных) учреждениях на 2012 - 2018 годы // Собрание законодательства РФ. 2012. N 49. Ст. 6909.

¹¹Собрание законодательства РФ. 2014. № 17. Ст. 2058.

¹²О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации и статью 1 Федерального закона «О техническом регулировании» // Собрание законодательства РФ. 2012. N 50 (ч. 5). Ст. 6959.

¹³Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) (3-е издание, пересмотренное) / под ред. А.М. Куренного, С.П. Маврина, В.А. Сафонова, Е.Б. Хохлова. М.: 2015. С. 323.

¹⁴Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 01.06.2017 N 33-9216/2017 по делу N 2-185/2017 [Электронный ресурс] //

URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 1.05.2019г.)

¹⁵Апелляционное определение Верховного суда Кабардино-Балкарской Республики от 02.09.2015 по делу N 33-1037/2015 [Электронный ресурс] // URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 2.05.2009г.) [Электронный ресурс] // URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 2.05.2009г.).

¹⁶Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 11.02.2016 N 33-912/2016 по делу N 2-1812/2015[Электронный ресурс] // URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 1.05.2009г.).

¹⁷Апелляционное определение Верховного суда Республики Адыгея от 05.02.2016 по делу N 33-164/2016 [Электронный ресурс] // URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 1.05.2009г.).

¹⁸Письмо Минтруда России от 28.09.2017 N 14-2/В-876 // Нормативные акты для бухгалтера. 2017. N 22.

¹⁹URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения (2.05.2019г.); Апелляционное определение Московского городского суда от 18.12.2018 по делу N 33-52759/2018 [Электронный ресурс] // URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 2.05.2019г.) и др.

²⁰Официальный интернет-портал правовой информации // URL: <http://www.pravo.gov.ru>

²¹Орловский Ю.П. Некоторые вопросы применения законодательства о расторжении трудового договора с работником // Журнал российского права. 2010. N 6. С. 52 - 66.

²²Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. N 21. Ст. 699.

²³Российская газета. 1993. 21 сентяб.

²⁴Постановление Президиума Амурского областного суда от 22.10.2018 по делу N 44Г-190/2018 [Электронный ресурс] // URL:<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online> (Дата обращения 2.05.2019г.).

³По делу о проверке конституционности части второй статьи 16 Закона города Москвы "Об основах платного землепользования в городе Москве" в связи с жалобой гражданки Т.В. Близинской: Постановление Конституционного Суда от 13 декабря 2001 г. № 16-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. N 2.