

УДК 349.2:331.556.44

С.О. ГЛИНСЬКА, Львівський національний університет імені Івана Франка

ПРО УКЛАДЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ З ПРАЦІВНИКАМИ- МІГРАНТАМИ

Ключові слова: трудовий договір, працівники-мігранти, трудові відносини

Правовий статус працівників-мігрантів, а також порядок укладення з ними трудового договору українськими науковцями не досліджувався. Частково цієї проблеми торкалися Н.Б. Болотіна і П.Д. Пилипенко. У російській правовій науці цю проблему частково досліджували І.Я. Кисельов, Г.С. Скачкова. Однак вказані науковці обмежилися дослідженням правового статусу працівників-мігрантів, а також розглянули окремих вид трудового договору з ними. Проте поза їхньою увагою залишилися проблеми правосуб'єктності цієї категорії працівників, а також особливості укладення з ними трудового договору, проблема термінів, а також встановлення обмежень на зайняття відповідних посад.

Виходячи з цього метою статті дослідження є поняття «працівник-мігрант» з ціллю уніфікації його у чинному законодавстві, а також дослідження особливостей укладення трудового договору з даною категорією працівників. Новизна статті обумовлюється відсутністю комплексного дослідження укладення трудових договорів з працівниками-мігрантами і полягає в розробці пропозицій для удосконалення правового регулювання укладення трудового договору з цією категорією працівників.

Як відомо, використання праці іноземних працівників різних галузях економіки є необхідним елементом ринку праці. Успіх у цій сфері не в останню чергу залежить від участі держави в міжнародному обміні робочою силою. Це означає, що держава повинна встановити вигідні умови для співробітництва як для працівників-мігрантів, так і для ро-

ботодавців із збереженням пріоритету працевлаштування громадян своєї держави [1, с.17].

З цією метою законодавством усіх держав встановлені обмеження щодо зайняття певних посад не громадянами держави.

Відповідно до Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» іноземці та особи без громадянства не можуть призначатися на окремі посади або займатися трудовою діяльністю, якщо відповідно до законодавства України призначення на ці посади або заняття такою діяльністю пов'язане з належністю до громадянства України. В Україні відсутній єдиний закон, який би урегулював питання, в яких випадках обов'язковою умовою є наявність українського громадянства. Це регулюється певними законами, які визначають правовий статус окремих категорій працівників.

Так, відповідно до Закону України «Про державну службу», на посади державних службовців можуть прийматися виключно громадяни України [2, с.490]. Ст.4 вказаного закону регулює, що право на державну службу мають громадяни України. Більше того, в ст.30 цього ж закону серед підстав припинення державної служби називається порушення умов реалізації права на державну службу, які визначені тією ж ст.4 закону. Звідси можемо зробити висновок, що припинення громадянства України є підставою для звільнення з посади державного службовця. Підставою для припинення державної служби також очевидно може слугувати наявність громадянства іншої держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України. На жаль, у визначенні державної служби у відповідності із ст.1 цього закону вказується, що це професійна діяльність осіб, які займають посади в державних органах та їх апараті щодо практичного виконання завдань і функцій держави та одержують заробітну плату за рахунок державних коштів. Акцентуємо увагу, що закон у визначенні державної служби не оперує поняттям «громадянин», а поняттям «особа», що, на нашу думку, суперечить основним засадам державної служби. Адже, можна зробити висновок

про те, що окремі посади в державній службі можуть займати й не громадяни України. А це у свою чергу суперечить вимогам ст.4 цього закону. Тому видається, що в понятті державної служби слово «осіб» необхідно замінити на «громадян України».

Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» вказує, що це діяльність громадян України [3]. Відповідно до ст.5 цього закону право на службу в органах місцевого самоврядування мають лише громадяни України.

У той же час законодавством не встановлено заборони приймати на роботу за трудовим договором на посади, що не відносяться до державної служби чи служби в органах місцевого самоврядування не громадян України. Іноземні працівники можуть працювати в органах державної виконавчої влади і місцевого самоврядування на посадах технічного персоналу, які не віднесені до посад державної служби, якщо законодавством не встановлено спеціальних обмежень.

Іноземці також не можуть бути суддями Конституційного Суду України, суддями загальних та спеціалізованих судів. Адже обов'язкова вимога громадянства України стосовно цих категорій передбачена Конституцією України.

Окремо необхідно зупинитися на можливості іноземців проходити службу у правоохоронних органах. Відповідно до Закону України «Про міліцію» від 20.12.19991 р. № 565-ХІІ, на службу до міліції приймаються на контрактній основі громадяни, здатні за своїми особистими, діловими і моральними якостями, освітнім рівнем, фізичною підготовкою і станом здоров'я виконувати покладені на міліцію завдання [4]. Тобто, Закон оперує терміном «громадяни», але не вказує, що мова йде про громадян України. Адже у попередніх законах, які ми аналізували, була спеціальна вказівка на те, що право на зайняття відповідних посад мають громадяни України. У Положенні «Про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ» також немає вказівки на те, що до органів внутрішніх справ можуть прийти лише громадяни України.

У п.3 цього положення вказується, що на службу в органи внутрішніх справ приймаються на добровільних засадах особи, які досягли 18-річного віку, здатні за особистими якостями, освітою і станом здоров'я виконувати покладені на них обов'язки [5]. Як бачимо, в законодавстві, яке регулює проходження служби в органах внутрішніх справ, відсутня вказівка на те, що посади можуть займати громадяни України. Лише за допомогою системного тлумачення, оскільки закон зазначає, що міліція - це державний озброєний орган виконавчої влади, можна зробити висновок про те, що службу можуть проходити виключно громадяни України. Що ж стосується військовослужбовців внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України, то відповідно до Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України ними можуть бути лише громадяни України [6].

Відповідно ст.46 Закону України «Про прокуратуру», прокурорами і слідчими можуть призначатися громадяни України, які мають вищу юридичну освіту, необхідні ділові і моральні якості [7]. Тобто, закон також визначає обов'язковою умовою зайняття посади прокурора чи слідчого наявність громадянства України.

Митний кодекс встановлює, що правовий статус посадових осіб митних органів визначається у тому числі й Законом України «Про державну службу». А відповідно до ст.412 Кодексу, на службу до митних органів, спеціалізованих митних установ та організацій приймаються громадяни України, які досягли 18-річного віку і здатні за своїми діловими і моральними якостями, освітнім рівнем і станом здоров'я виконувати завдання покладені на митну службу України [8]. Таким чином, даний закон знову ж таки в якості однієї з вимог для зайняття відповідної посади називає наявність громадянства України. Натомість адвокатом може бути й іноземець за Законом України «Про адвокатуру» [9]. Законом «Про нотаріат» також встановлені обмеження стосовно іноземців [10]. Відповідно до ст.3 цього закону нотаріусом може бути громадянин України.

Окремо необхідно зупинитися на праві іноземців займати посади, пов'язані з діяльністю, яка передбачає допуск до державної таємниці. Відповідно до Закону України «Про державну таємницю», доступ до державної таємниці надається дієздатним громадянам України, яким надано допуск до державної таємниці та які потребують його за умовами своєї службової, виробничої, наукової чи науково-дослідної діяльності або навчання [11]. Отже закон передбачає, що на посади, пов'язані з допуском до відомостей, що становлять державну таємницю, можуть прийматися лише громадяни України.

У той же час чинне законодавство не виключає можливості допуску іноземців до відомостей, що становлять державну таємницю. Так, Закон передбачає допуск іноземців та осіб без громадянства до державної таємниці у виняткових випадках на підставі міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або письмового розпорядження Президента України з урахуванням необхідності забезпечення національної безпеки України на підставі пропозицій Ради національної безпеки і оборони України. Підставою для надання доступу іноземцям та особам без громадянства є міжнародний договір України, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або вмотивоване розпорядження Президента України [12, с.302].

При цьому законодавством встановлено ряд умов. Іноземцям та особам без громадянства може бути надано доступ, якщо вони мають спеціальні знання чи навички для виконання робіт, пов'язаних із державною таємницею, або існують виняткові об'єктивні обставини для надання доступу, і такі іноземці та особи без громадянства взяли письмові зобов'язання щодо збереження державної таємниці, до якої їм передбачається надати доступ.

Можемо зробити висновок, що законодавством встановлені обмеження стосовно іноземців для зайняття певних посад. Ці обмеження продиктовані вимогами держави стосовно захисту національних інтересів, здійс-

нення повноважень держави.

Оскільки мова йде про обмеження у здійсненні права на працю, то необхідно зазначити, що це повинно регулюватися виключно законами України. А тому вказівка закону про те, що умова про громадянство для зайняття відповідної посади повинна регулюватися законодавством, не відповідає Конституції України. Видається, що в ч.4 ст.8 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» слова «відповідно до законодавства України» необхідно замінити словами «у відповідності із законами України».

Необхідно зазначити, що в українському законодавстві є деяке протиріччя стосовно укладення трудового договору з працівником-мігрантом. Так, якщо Закон «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» наділяє іноземців та осіб без громадянства тими ж правами і обов'язками що й громадян України, то починаючи з 1993 року фактично встановлено дозвільний порядок укладення трудового договору з працівниками-мігрантами.

У зв'язку з цим усіх працівників-іноземців можна поділити на дві категорії:

- іноземці, які постійно проживають в Україні;
- іноземці, які приїхали в Україну для тимчасового працевлаштування.

Нарівні з громадянами України, за встановленими законодавством винятками, право на працевлаштування мають лише іноземці, які постійно проживають в Україні, тобто ті, які в установленому законом порядку отримали посвідчення на проживання в Україні [13].

Іноземці, які тимчасово іммігрували в Україну для працевлаштування, можуть укладати трудовий договір виключно на підставі отриманого в установленому порядку дозволу на працевлаштування [14].

Умовою надання дозволу на працевлаштування є відсутність в країні (регіоні) працівників, спроможних виконувати відповідні роботи. Дозвіл також може бути наданий у випадку наявності достатніх обґрунтувань доцільності використання праці іноземця. На жаль, порядок не регулює, при яких умовах

роботодавець може надати ці достатні обґрунтування для надання дозволу на працевлаштування іноземця, що у свою чергу може створювати умови для корупції. Вимога стосовно отримання дозволу на укладення трудового договору з іноземним працівником не потрібна для іноземців, які постійно проживають в Україні, а також для іноземців, найнятих інвестором у межах і за посадами (спеціальністю), визначеними угодою про розподіл продукції.

Необхідно звернути увагу на те, що вказаний порядок не поширюється на велику групу іноземців, які тимчасово проживають в Україні. Цих категорій є дві. Це особи, які подали документи для отримання статусу біженця. Відповідно до закону «Про біженців» вони мають право на працевлаштування, а міграційні служби зобов'язані їм сприяти у працевлаштуванні. Однак чинне законодавство не встановлює порядок такого працевлаштування, оскільки, як видається, затверджений Кабінетом Міністрів України від 08.04.2009 р. порядок на них не поширюється.

Другою категорією є особи, які вже тимчасово проживають на території України та мають бажання працевлаштуватися. Відповідно зазначеному порядку дозвіл на тимчасове працевлаштування надається іноземцям, які перебувають в Україні з метою працевлаштування, і він є підставою для видачі візи на в'їзд в Україну. Отож можемо зробити висновок про те, що у випадку, коли іноземець вже тимчасово проживає в Україні і бажає працевлаштуватися то порядок видачі дозволу на нього не поширюється оскільки віза у нього уже є. Тому порядок необхідно доповнити вказівкою, що він поширюється у тому числі на іноземців, які тимчасово проживають в Україні і бажають працевлаштуватися.

Законодавством передбачено загальний порядок надання дозволів на працевлаштування, а також спеціальний порядок. Спеціальний порядок надання дозволу на працевлаштування стосується іноземців, які направлені іноземним роботодавцем на основі договорів між українським і іноземним суб'єктом господарювання, а також на іноземців, які належать до категорій «внутрі-

шньо корпоративні цесіонарії» і «особи, що надають послуги без комерційної присутності в Україні».

Дозвіл на працевлаштування видає роботодавцю державна служба зайнятості, або за її дорученням центр зайнятості Автономної республіки Крим, обласний, Київський та Севастопольський центр зайнятості. Видається, що в даному випадку від цієї процедури необґрунтовано усунули органи міграційної служби, оскільки вони надають дозвіл на в'їзд в Україну.

Обов'язки щодо оформлення документів для отримання дозволу на працевлаштування покладаються на роботодавця. Він повинен оформити документи, необхідні для отримання дозволу, та подати їх до центру зайнятості. Однак правом подачі документів для отримання дозволу на працевлаштування іноземців володають не усі роботодавці. Таким правом володіють лише ті роботодавці, які зареєстровані у центрі зайнятості як платники страхових внесків до Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття, а також ті, які не мають перед цим Фондом заборгованості по сплаті страхових внесків.

Серед інших документів, які подаються для отримання дозволу на використання праці іноземця, роботодавець зобов'язаний подати копію проекту трудового договору, довідку проте, що робоче місце або посада, на яких використовуватиметься праця іноземця, відповідно до законодавства не пов'язана з належністю до громадянства України і не потребує надання допуску до державної таємниці, копії документів про освіту або кваліфікацію іноземця.

Таким чином ми бачимо, що вже на стадії попередніх переговорів про працевлаштування іноземця існують особливості укладення трудового договору. Роботодавець зобов'язаний спочатку проводити переговори з потенційним іноземним працівником і обговорити можливі умови трудового договору чи контракту. При цьому служба зайнятості на етапі вирішення питання про надання дозволу на працевлаштування вже здійснює контроль за умовами цього договору. Необ-

хідно зазначити, що трудовий договір може укладатися лише на строк дії дозвільних документів. Оскільки дозвіл на працевлаштування іноземця видається на строк до одного року, то й відповідно трудовий договір з ним може бути укладений на той же строк. Такий дозвіл може бути продовжений на аналогічний строк.

Дозвіл на використання праці іноземця, який належить до категорії «внутрішньокорпоративні цесіонарії», або «особи, що надають послуги без комерційної присутності в Україні», видається на строк не більше ніж три роки. Строк дії зазначеного дозволу може бути продовжено на два роки. Відповідно строк дії таких трудових договорів може бути продовжений на той же строк. У даному випадку до таких трудових договорів не можна застосувати правила про трансформацію строкових трудових договорів у безстрокові.

Чинне трудове законодавство не передбачає, що з іноземцями, які тимчасово прибули в Україну з метою працевлаштування, укладається строковий трудовий договір. Тому, пропонується доповнити проект Трудового кодексу нормою про те, що з іноземними працівниками, які тимчасово прибули в Україну з метою працевлаштування трудові договори укладаються на строк дії дозвільних документів.

Закон «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» не встановлює якихось особливостей по змісту та формі трудового договору. Відсутні такі вказівки і в чинному трудовому законодавстві. У Порядку видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства є вказівка, що з іноземним працівником може укласти трудовий договір (контракт). Оскільки контракт є особливим видом трудового договору, і сфера його застосування визначається законами України, то можна зробити висновок, що з іноземцем завжди укладається звичайний трудовий договір. І лише у випадку, коли з даною категорією працівників передбачено укладення контракту, то з іноземцями також буде укладатися контракт.

На сьогодні контракт за своїм змістом є

дещо ширший за зміст трудового договору, оскільки законодавством передбачена можливість регулювання ширшого кола трудових відносин порівняно зі звичайним трудовим договором. Оскільки трудовий договір з іноземцями має свою специфіку, то з ними доцільно укладати контракти. Тому пропонується у Закон «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» внести зміни, якими передбачити можливість укладення контракту з іноземними працівниками.

Законодавством передбачені випадки, коли дозвіл на працевлаштування іноземців не видається. Серед них можемо відмітити наступні:

- трудовим договором (контрактом) передбачено умови праці іноземця гірші, а розмір заробітної плати менший, ніж для громадян України, які виконують аналогічну роботу;

- роботодавець має намір найняти іноземця на роботу, яка відповідно до законодавства пов'язана з належністю до громадянства України та/або потребує надання допуску до державної таємниці;

- роботодавець має заборгованість перед Фондом страхування на випадок безробіття;

- роботодавець порушив строки подання документів на продовження строку дії дозволу;

- внаслідок змін на ринку праці у країні (регіоні) відпадає необхідність використання роботодавцем праці іноземця.

Як бачимо, невиконання умов ст.9 КЗпП України про заборону погіршення становище працівників порівняно з законодавством України про працю є підставою для відмови у видачі дозволу на працевлаштування іноземця.

На основі проведеного аналізу можемо зробити висновок про те, що законодавство недостатньо регулює порядок укладення трудового договору з працівниками-мігрантами. Необхідно на законодавчому рівні передбачити обмеження з прийняття на роботу даної категорії працівників і передбачити укладення з ними контрактів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Наумова Р. Л. Труд иностранцев у рос-

сийського роботодавця / Р. Л. Наумова. – М. : Издательско-торговая корпорация «Дашков и К», 2009. – 192 с.

2. Закон України «Про державну службу» : від 22.05.2008 р., № 3723-12 // ВВР України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.

3. Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» : від 07.06.2001 р., № 2493-III // ВВР України. – 2001. – № 33. – Ст. 175.

4. Закон України «Про міліцію» від 20.12.1991 р., № 565-XII // ВВР України. – 1991. – № 4. – Ст. 20.

5. Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ / затв. Постановою Кабінету Міністрів УРСР : від 29.07.1991 р., № 114 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=114-91-%EF>.

6. Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України / затв. Указом Президента України : від 10.12.2008 р., № 1153/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 95. – Ст. 3129.

7. Закон України «Про прокуратуру» : від 05.11.1991 р., № 1789-XII // ВВР України. –

1991. – № 53. – Ст. 793.

8. Митний кодекс України : від 11.07.2002 р. // ВВР України. – 2002. – № 38-39. – Ст. 288.

9. Закон України «Про адвокатуру» : від 19.12.1992 р., « 2887-XII // ВВР України. – 1993. – № 9. – Ст. 62.

10. Закон України «Про нотаріат» : від 02.09.1993 р. // ВВР України. – 1993. – № 39. – Ст. 383.

11. Закон України «Про державну таємницю» : від 21.01.1994 р., № 3855-XII // ВВР України. – 1994. – № 16. – Ст. 93.

12. Положення про порядок підготовки документів щодо надання доступу до державної таємниці іноземцям та особам без громадянства / затв. Указом Президента України : від 17.07.2006 р., № 621/2006 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 29. – Ст. 2083.

13. Болотіна Н. Б. Трудове право України : підручник / Н. Б. Болотіна. – К. : Знання, 2008. – 840 с.

14. Порядок видачі, продовження строку дії та анулювання дозволів на використання праці іноземців та осіб без громадянства / затв. Постановою Кабінету Міністрів України : від 08.04.2009 р., № 322 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 26. – Ст. 871.

Глинська С. О. Про укладення трудового договору з працівниками-мігрантами / С. О. Глинська // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 93–98 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-2/10gcozpm.pdf>

Розглянуто обмеження працевлаштування працівників-мігрантів на окремі посади, або на виконання певних робіт; акцентується увага на необхідності укладення з іноземними працівниками контракту; аналізується порядок надання дозволу на працевлаштування іноземців, які прибули в Україну з метою тимчасового працевлаштування.

Глинська С.О. О заключении трудового договора с работниками-мигрантами

Рассмотрены ограничения трудоустройства работников-мигрантов на отдельные должности, или на выполнения определённых работ; внимание акцентируется на необходимости заключения с иностранными работниками контракта; анализируется порядок предоставления разрешения на трудоустройство иностранцев, которые прибыли в Украину с целью временного трудоустройства.

Glinska S.O. On the Conclusion of the Labor Agreement with Migrant Workers

Restrictions of employment of workers-migrants on separate posts, or on performance of certain works are considered; the attention is accented on necessity of the conclusion with foreign workers of the contract; the order of granting of the permission to employment of the foreigners, which profits to Ukraine for the purpose of time employment is analyzed.