ОТВЕТСТВЕННОСТЬ СУДЕЙ

Злой срок

Истечение срока для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности не является реабилитирующим обстоятельством при «бессрочном назначении» — Большая Палата ВС признала законным отказ в представлении судьи к назначению

Кристина ПОШЕЛЮЖНАЯ • «Юридическая практика»

Дела судей, принимавших решения в отношении участников Майдана или об ограничении или запрете проведения мирных собраний активистов, спустя пять лет продолжают рассматриваться судами. И если эти дела не повлияли на карьеру судьи сразу (в рамках процедуры дисциплинарной ответственности), то негативный эффект может наступить позже. Однако в этом вопросе довольно противоречивой является сама судебная практика. Сведет ли Большая Палата Верховного Суда (ВС) ее к единому знаменателю?

Мирное ограничение

Судья Окружного административного суда г. Киева С. (свою судейскую карьеру она начинала в Донецке) 5 декабря 2013 года ограничила право на проведение мирных собраний на ул. Резницкой, ул. Гусовского в Киеве и на прилегающей территории (дело № 826/19281/13-а). Суд апелляционной инстанции это постановление отменил.

Позже Высший совет правосудия (ВСП) отметит, что установление судьей ограничения на проведение мирных собраний фактически было запретом, касающимся неопределенного круга лиц и территории, которая конкретно определена не была (ВСП смутила формулировка «на прилегающей территории»).

Это дело было в фокусе внимания дисциплинарного органа. Первая дисциплинарная палата ВСП установила в действиях судьи С. наличие дисциплинарного проступка, однако отказала в привлечении ее к дисциплинарной ответственности ввиду истечения срока. Об этом дисциплинарном деле ВСП вспомнил, рассматривая рекомендацию Высшей квалификационной комиссии судей Украины (ВККС) о внесении представления для назначения судьи на должность бессрочно.

Установленные дисциплинарным органом обстоятельства во время рассмотрения вышеуказанного дела о нарушении судьей норм процессуального права вызывали у ВСП «обоснованные сомнения относительно соответствия судьи критерию добропорядочности и профессиональной этики». Также в Совете указали, что назначение судьи на должность Окружного административного суда г. Киева может негативно повлиять на общественное доверие к судебной власти. В решении ВСП отмечается, что указанные сведения не были предметом рассмотрения ВККС во время решения 23 сентября 2016 года вопроса о предоставлении судье С. рекомендации для избрания на должность судьи, поскольку они установлены решением дисциплинарной палаты ВСП только 2 августа 2017 года.

Докладчик по этому вопросу — член ВСП — предложила назначить судью на должность, однако коллегиальный орган решил иначе: по результатам голосования ВСП отказал во внесении представления Президенту Украины о назначении на должность судьи бессрочно. Решение было принято 7 ноября 2017 года.

Это решение судья обжаловала в судебном порядке. Она просила признать противоправным и отменить решение ВСП, обязать Совет принять решение о внесении Президенту Украины представления о назначении. Обосновывая иск, судья указала, что Совет принял обжалуемое решение с нарушением принципа равенства, поскольку при аналогичных обстоятельствах относительно других судей этот вопрос решался для них позитивно. По ее мнению, ответчик не имел никаких правовых оснований для принятия решения об отказе во внесении представления о ее «бессрочном назначении». Судья добавила, что считает противоправными действия Совета, заключающиеся в оценке судьи на предмет добропорядочности и профессиональной этики при принятии решения об ограничении мирных собраний в городе Киеве, поскольку на то время законом не была предусмотрена необходимость соответствовать этим критериям (!). Она считает, что ВСП не вправе предоставлять оценку принятому решению или исследовать обстоятельства и мотивы его принятия.

Как показывает практика ЕСПЧ, запрет проведения собрания является наиболее существенным из всех возможных ограничений реализации прав на свободу мирных собраний

19 декабря 2018 года Кассационный административный суд (КАС) в составе ВС своим решением удовлетворил иск судьи частично — признал противоправным и отменил обжалованное решение ВСП (дело № 800/551/17). Суд первой инстанции исходил из того, что положенные в основу этого решения обстоятельства не могли не быть предметом рассмотрения ВККС, которая владела информацией о принятом судьей решении от 5 декабря 2013 года относительно ограничения мирных собраний и о наличии поданных дисциплинарных жалоб на судью. Кроме того, КАС ВС пришел к выводу, что установленные ВСП признаки дисциплинарного проступка, за который истек срок привлечения к ответственности, не свидетельствуют о несоответствии кандидата критериям добропорядочности или профессиональной этики или о наличии других обстоятельств, которые могут негативно повлиять на общественное доверие к судебной власти в связи с таким назначением.

Что касается требования об обязательстве ВСП принять позитивное для судьи решение, то, как отметил КАС ВС, назначение судьи бессрочно — это определенная последовательность действий ВККС и ВСП с учетом Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей», следовательно, отмена решения ВСП не влечет за собой автоматического принятия Советом решения противоположного содержания без прохождения определенной процедуры. В этой части требования суд отказал.

Истец и ответчик не согласились с таким решением и подали апелляционные жалобы. Судья, обосновывая жалобу, подчеркнула, что одна только отмена спорного решения ВСП без обязательства принять противоположное по содержанию решение не может быть признана эффективным способом защиты нарушенных прав.

Представители ВСП, в свою очередь, парировали тем, что критерии оценки кандидата во время дисциплинарной процедуры и во время «бессрочного назначения» отличаются: «Эти процедуры преследуют разную цель, их нельзя отождествлять, поэтому не исключено, что обстоятельства, признанные недостаточными для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности, могут вызвать общественное недоверие к суду в случае назначения на должность судьи бессрочно».

Апелляционный присмотр

К оценке аргументов участников дела и выводов суда первой инстанции Большая Палата ВС подошла очень скрупулезно.

Оценивая признание КАС ВС необоснованной ссылки ВСП на то, что сведения об обстоятельствах, которые могут негативно повлиять на общественное доверие в связи с назначением истицы, не были предметом рассмотрения ВККС 23 сентября 2016 года, поскольку материалами дела подтверждается, что ВККС владела информацией о принятом судьей решении об ограничении мирных собраний, Большая Палата указала следующее.

В решении ВККС, как установила Большая Палата, нет каких-либо ссылок на сведения о допущенных судьей нарушениях норм процессуального закона при принятии решения от 5 декабря 2013 года, которые ВСП в дальнейшем оценил как обстоятельства, способные негативно повлиять на общественное доверие к судебной власти в связи с назначением истицы на должность судьи. «То есть у ВСП с учетом содержания решения ВККС не было оснований считать, что указанные сведения были предметом рассмотрения ВККС, поскольку в решении Комиссии нет ни одного упоминания об этих обстоятельствах, их юридической оценки и заключений по этому поводу», — обращает внимание суд апелляционной инстанции. Ссылка суда на вероятное наличие у ВККС материалов, содержащих соответствующие сведения, не означает, что такие сведения были предметом рассмотрения ВККС. В то же время материалами дела подтверждается, что действия судьи относительно ограничения мирных собраний были предметом рассмотрения дисциплинарной палаты ВСП. Дисциплинарный проступок (как неумышленное нарушение) не был квалифицирован как существенный. В противном случае поднимался бы вопрос об увольнении судьи за нарушение присяги. Но так как истек шестимесячный срок привлечения судьи к дисциплинарной ответственности, ВСП прекратил дисциплинарное производство.

«Таким образом, дисциплинарный орган ВСП установил факт осуществления судьей дисциплинарного проступка, который не имеет признаков существенного, а основанием для отказа в привлечении ее к дисциплинарной ответственности стало истечение предусмотренного законодательством срока для этого, что является нереабилитирующим обстоятельством», — констатирует Большая Палата ВС.

Рассмотрела Большая Палата и аргумент относительно того, что установленные ВСП признаки дисциплинарного проступка, за который истек срок привлечения к ответственности, не могут быть основанием для заключения о несоответствии кандидата критериям добропорядочности или профессиональной этики либо о наличии других обстоятельств, которые могут негативно повлиять на общественное доверие. Суд отметил, что отказ во внесении Президенту Украины представления о назначении на должность судьи и привлечение судьи к дисциплинарной ответственности по содержанию и сути являются разными правовыми понятиями, в основе каждого из них лежат разные фактические и юридические основания оценки. Этим и объясняется разный объем гарантий, определенных законодателем.

«Заключения дисциплинарного органа ВСП относительно отказа в привлечении судьи к дисциплинарной ответственности не имеют обязательного значения для ВСП при решении вопроса о назначении судьи на должность, поскольку даже принятие во внимание заключений дисциплинарного органа Совета о том, что допущенные судьей нарушения во время ограничения ею прав на мирные собрания были неумышленными и не содержали признаков существенного дисциплинарного проступка, никоим образом не исключает того, что указанные обстоятельства могут негативно повлиять на общественное доверие к судебной власти в случае назначения на должность, — подчеркивает Большая Палата. — Форма вины и в целом наличие или отсутствие в действиях судьи состава дисциплинарного проступка не имеют решающего значения при рассмотрении этого вопроса». Как показывает практика Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), запрет проведения собраний является наиболее существенным из всех возможных ограничений реализации прав на свободу мирных собраний.

Учитывая нормативные положения, практику ЕСПЧ, отсутствие в Украине специального закона о мирных собраниях, Большая Палата ВС приходит к выводу, что ВСП надлежащим образом обосновал свои заключения о существовании обстоятельств, которые могут негативно повлиять на общественное доверие к судебной власти в случае назначения судьи С. на должность судьи.

Что же касается нарушения принципа равенства, гарантированного Конституцией Украины, то Большая Палата отметила следующее: «Тот факт, что ВСП, реализовывая свою конституционную функцию, неодинаково решил вопрос в отношении судей при внешне похожих обстоятельствах, сам по себе не может свидетельствовать о противоправности, дискриминации и произволе во время принятия решений».

4 апреля 2019 года Большая Палата ВС своим постановлением оставила без удовлетворения апелляционную жалобу судьи С. Решение КАС ВС от 19 декабря 2018 года отменено, в удовлетворении иска отказано.

ТРУДОВОЕ ПРАВО

Ресурс-фактор

Практика ЕС показывает, что свободное передвижение трудовых ресурсов — один из основных факторов привлечения прямых иностранных инвестиций, но готова ли Украина открыть свои границы для мигрантов?

Алина НАЗАРЧУК • «Юридическая практика»

Сегодня многие работодатели в Украине испытывают нехватку кадров разной квалификации, даже если предлагается конкурентная заработная плата. Достаточно сложной и дорогостоящей является и процедура получения разрешения на трудоустройство в нашей стране иностранцев. Все это сдерживает привлечение прямых иностранных инвестиций. Такие аргументы приводят авторы проекта Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно преодоления и предотвращения негативных последствий массовой трудовой миграции украинцев за границу» (законопроект № 10272), целью которого, в частности, является либерализация процедуры и правил трудоустройства иностранных граждан.

Передать полномочия

По мнению авторов законопроекта № 10272, легализация труда иностранцев излишне зарегулирована со стороны Государственной миграционной службы Украины (ГМС) и Государственной службы занятости. В связи с этим предлагается передать полномочия по выдаче и продлению действия разрешения на применение труда иностранцев и лиц без гражданства территориальным органам центрального органа, который реализует государственную политику в сферах иммиграции (Государственной миграционной службе Украины).

«Это позволит проходить все процедуры, связанные с получением разрешения на использование труда иностранцев и лиц без гражданства и временного вида на жительство, по принципу единого окна. В то же время столь радикальные изменения потребуют корректировки большого количества подзаконных актов и реструктуризации Государственной миграционной службы Украины», — комментирует **Ольга Мельниченко**, руководитель практики консультирования по вопросам выхода на рынок, трудового и миграционного права АО **PwC Legal**.

Кроме того, существует ряд нюансов, касающихся получения разрешения, которые были выработаны многолетней практикой центров занятости и сглаживали несовершенство нечетко прописанных норм законодательства, обращает внимание **Анна Степанова**, юрист МЮФ **Baker & McKenzie**: «В этих условиях передача полномочий по выдаче разрешений подразделениям миграционной службы в первые несколько месяцев после этого приведет к возникновению сложностей с получением разрешений».

Минимальный стандарт

Впрочем, в последние несколько лет в Украине упростилась процедура получения разрешений на использование труда иностранцев и лиц без гражданства, подчеркивает **Богдана Пархомчук**, адвокат, АО PwC Legal: «Необходимость подтверждать сведения, которые содержатся в государственном реестре, исчезла. Теперь работодатель может получить для своего экспата разрешение не только на год, но и со сроком действия менее одного года и более одного года. Кроме того, появилась категория «временно направленных иностранных работников», которых принимающая сторона совершенно не обязана трудоустраивать после получения разрешений».

То, что процедура найма иностранцев уже была существенно упрощена, подтвердила и **Ольга Каращук**, старший консультант **«KPMG в Украине»**: «В 2017 году перечень основных документов, необходимых для получения разрешения на применение труда иностранцев, был сокращен с семи (включая те, которые нужно было получать и заверять за границей) до четырех: это заявление, паспорт, фото и копия трудового договора».

И все же в противовес упрощенным процедурам украинским работодателям необходимо выполнить ряд дополнительных условий. Так, согласно пункту 3 статьи 42[1] Закона Украины «О занятости населения» зафиксировано такое условие привлечения квалифицированной иностранной рабочей силы, как выплата заработной платы не менее десяти минимальных ее размеров. Инициаторы законопроекта № 10272 считают, что эта норма снижает конкурентную среду для отечественных работодателей при выборе сотрудников, и предлагают отменить требование о минимальной заработной плате таких работников.

Таким образом, принятие законопроекта № 10272 позволит уменьшить расходы работодателей на процедуру найма иностранных работников и оплату их труда, подчеркивает Анна Степанова: «Отмена требования о минимальном уровне заработной платы для иностранных работников, а также минимальный пакет документов, необходимых для получения разрешения (например, недавняя отмена необходимости предоставления медицинской справки об отсутствии у работника некоторых болезней, что ранее было сдерживающим фактором), откроет путь для массового наплыва неквалифицированной дешевой рабочей силы из стран третьего мира, что обвалит и без того невысокий уровень оплаты за простую работу и неминуемо вызовет рост безработицы и бедности (и связанный с этим рост уличной преступности). Также отмена данного требования позволит недобросовестным работодателям платить заработную плату иностранным работникам неофициально, что приведет к потерям налоговых поступлений».

Эксперты опасаются, что принятие законопроекта № 10272 может открыть путь для массового наплыва неквалифицированной дешевой рабочей силы из стран третьего мира

В настоящее время украинские и иностранные компании испытывают острую проблему дефицита кадров, причем как в отношении «белых», так и в отношении «синих воротничков», обращает внимание **Евгения Прудко**, адвокат, **CMS Reich-Rohrwig Hainz**: «Отмена требования о минимальной заработной плате для иностранцев в частном секторе (сейчас около 42 тысяч гривен) позволит привлечь для работы в Украине высококвалифицированный персонал и топ-менеджмент, а также персонал среднего звена и, что особенно важно, представителей рабочих профессий. Ведь именно «синие воротнички» сейчас являются основой трудовой миграции».

Вместе с тем снятие ограничения может повлиять и на многих «белых воротничков» с иностранным гражданством, которые основное вознаграждение, как правило, хотят получать за рубежом от материнской компании, на локальном уровне ограничиваясь при этом лишь символической суммой, комментирует **Инесса Летич**, советник **Asters**.

Полная либерализация

Законопроектом № 10272 предлагается еще одно положительное нововведение для работодателей — снижение стоимости получения разрешения на применение труда иностранцев и лиц без гражданства до одного прожиточного минимума для трудоспособных лиц, установленного законом на 1 января текущего календарного года. Сейчас в зависимости от срока, на который выдается разрешение, плата за его получение варьируется от двух до шести прожиточных минимумов. Кроме того, соответствующая плата установлена и для продления действия разрешения. Здесь важно отметить, что законопроектом предусмотрено, что продление действия разрешения будет осуществляться бесплатно.

Упрощению процедуры выдачи разрешений на применение труда иностранцев будет способствовать и предложение сократить перечень оснований для приостановления рассмотрения заявления о выдачи разрешения. Так, несоответствие условий трудового договора (контракта), заключенного с иностранцем, законодательству Украины о труде, согласно законопроекту № 10272, не считается основанием для приостановления рассмотрения заявления. Получается, что функция контроля над соблюдением трудовых прав иностранца станет задачей самого работника, а не государства на этапе выдачи разрешения, отмечает Инесса Летич.

Эмиграция украинцев

И все же законопроект № 10272 призван урегулировать вопрос трудоустройства не только иностранцев в Украине, но и наших граждан за рубежом. Авторы законопроекта № 10272 обращают внимание на случаи мошенничества, с которыми сталкиваются украинцы во время поиска работы за границей. В основном мошенничество заключается в том, что с соискателей работы берут деньги за будущее трудоустройство, после чего компания-посредник исчезает. Лицензия, которая выдается Министерством социальной политики Украины компаниям-посредникам в международном трудоустройстве, введенная для защиты украинцев, на самом деле не работает надлежащим образом, считают инициаторы документа. Следовательно, для преодоления мошенничества необходима не только легальность работы компании-посредника, но и установление запрета получать деньги с потенциального соискателя работы. Такие компании должны получать прибыль от иностранных работодателей, для которых они рекрутируют персонал, ведь подобная система работает во многих развитых странах, утверждают авторы законопроекта № 10272.

Таким образом, в часть 2 статьи 38 Закона Украины «О занятости населения» предлагается внести следующие изменения: субъект хозяйствования, оказывающий услуги по посредничеству в трудоустройстве за границей, обязан бесплатно предоставлять гражданам Украины информацию и консультации относительно преимуществ легального трудоустройства за рубежом, о характере будущей работы, об условиях и размере оплаты труда, условиях проживания в государстве пребывания, наличии международных договоров (соглашений) в сфере трудоустройства и социального обеспечения, заключенных между Украиной и государством пребывания. Кроме того, статью 38 предлагается дополнить частью 3, предусматривающей, что таким субъектам хозяйствования запрещается получать от граждан, которым предоставлены указанные услуги, гонорары, комиссионные и другие вознаграждения, а оплата услуг по трудоустройству осуществляется исключительно работодателем.

За невыполнение данного предписания законопроектом № 10272 предлагается ввести административную ответственность в виде наложения штрафа на физических лиц — предпринимателей и должностных лиц юридического лица от двух до трех тысяч необлагаемых минимумов доходов граждан.

Данный запрет действительно мог бы стать значимым нововведением для украинцев, которые ищут работу через посредников, считает Ольга Каращук: «Запрет может привести к постепенной легализации рынка посредничества в трудоустройстве за границей и более прозрачной работе фирм, предоставляющих данные услуги. Но для этого необходимо, чтобы соответствующие государственные органы регулярно и последовательно контролировали такие фирмы, проверяли их работу и применяли штрафы в случае нарушений. Если этого не произойдет, количество фирм-мошенников не уменьшится».

В том, что для обеспечения эффективной защиты прав и экономических интересов граждан, желающих воспользоваться услугами агентов по трудоустройству за рубежом, запретов недостаточно, убеждена и **Марьяна Марчук**, советник МЮФ Baker & McKenzie: «Во всяком случае сейчас мошенникам ничуть не мешает, что действующее законодательство уже содержит запрет для агентов на получение вознаграждения от граждан до подписания акта выполненных работ, то есть, исходя из нормы, до реального предоставления услуги. Необходимо также предусмотреть в качестве лицензионного условия обязательное страхование таких граждан за счет агента от соответствующих рисков (отсутствия работы, отличающихся условий труда и быта, невыплаты зарплаты и т.п.), причем на (существенную) сумму не ниже определенного минимума, а также страхование ответственности агента перед гражданами и членами их семей (наследниками). Связанные с этим меры страховых компаний по минимизации своих убытков создадут действенный фильтр против недобросовестных агентов (либо они не смогут получить полисы, либо их стоимость будет очень высока в связи с большими суммами осуществленных выплат по связанным с этими агентами страховым случаям)».

И все же предложенное законопроектом № 10272 положение полностью соответствует международным принципам, обращает внимание Инесса Летич, в частности, Конвенция Международной организации труда о частных агентствах занятости № 181 запрещает вознаграждение для посредников со стороны любых работников-соискателей, включая тех, кто ищет работу в своей стране. Вряд ли такое изменение само по себе выведет сферу посредничества в трудоустройстве за границей из тени, однако оно точно сэкономит деньги многим соискателям, резюмировала эксперт.