



На правах рукописи

Лозко Виктория Ивановна

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ТРУДОВОГО
ДОГОВОРА**

12.00.05 – трудовое право; право социального обеспечения

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

25 ИЮН 2009

Москва – 2009

Диссертация выполнена на кафедре трудового права и права социального обеспечения Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина

Научный руководитель: доктор юридических наук,
профессор
Бондаренко Эльвира Николаевна

Официальные оппоненты: доктор юридических наук,
профессор
Передерин Сергей Васильевич

кандидат юридических наук,
доцент
Бриллиантова Нина Алексеевна

Ведущая организация: **Томский государственный университет**

Защита состоится «2» июля 2009 года в 14.00 на заседании диссертационного совета Д 212.123.03 при Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина по адресу: 123995, г. Москва, ул. Садовая Кудринская, дом 9, зал заседаний диссертационного совета.

С диссертацией можно ознакомиться в научной библиотеке Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина.

Автореферат разослан «28» мая 2009 года

Ученый секретарь
диссертационного совета
доктор юридических наук,
профессор



И.В. Ершова

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что трудовой договор имеет исключительное теоретическое и практическое значение. Практическое значение трудового договора состоит в том, что именно на его основании возникают трудовые отношения с лицами, работающими по найму. В то же время, несмотря на известное внимание специалистов к трудовому праву и институту трудового договора, некоторые вопросы теории трудового договора, в том числе, и проблемы его заключения, до настоящего времени остаются малоисследованными.

Формирование рынка труда призвано содействовать рациональному использованию рабочей силы, возрастанию роли трудового договора как основного регулятора применения наемного труда. Заключая трудовой договор, его стороны - работодатель и работник как равноправные участники рынка труда – руководствуются уже не императивными предписаниями государства, как это было в условиях планового ведения хозяйства, а своими интересами и целями. Среди последних доминирует получение прибыли: работником – от реализации своих способностей выполнять определенную работу, работодателем - от использования труда наемных работников.

Вследствие названных причин рыночные отношения оказывают существенное влияние на характер трудового договора. Обладая признаками публичности, отражая волю и интересы государства, современный трудовой договор по мере становления рыночной экономики все больше приобретает черты, свойственные договорам частного права, в основе которых лежат добровольно принимаемые на себя сторонами обязательства, обусловленные их интересами и свободным волеизъявлением.

В течение последних лет в России происходили существенные реформы - приватизация в экономике, вступление в рынок, реформирование банковской

сферы, появились новые негосударственные формы собственности, а следовательно, и новые виды работодателей. В условиях экономического кризиса ситуацию усугубляет и то обстоятельство, что экономический спад повлек за собой выброс на рынок труда большого количества безработных. Таким образом, возник новый тип трудовых отношений – «неформальный». К сожалению, недостаточное внимание и контроль со стороны государства к этим явлениям привели к их распространению в больших масштабах.

Усиление договорных начал и свободного усмотрения сторон в установлении трудовых отношений, тенденция возрастания роли в трудовом договоре универсальных свойств и качеств, присущих всем договорам, безусловно, влияют и на правовое регулирование заключения трудового договора.

В Трудовой кодекс РФ, принятый 21 декабря 2001 года и вступивший в действие 1 февраля 2002 года¹, включена глава 11 «Заключение трудового договора», которой не было в прежних кодифицированных актах о труде. Несмотря на это, не все вопросы заключения трудового договора в ней решены. Существуют как теоретические, так и практические проблемы заключения трудового договора. Требуют дальнейшего исследования также особенности заключения трудового договора с некоторыми категориями работников.

Несмотря на усовершенствованную редакцию Трудового кодекса РФ (ФЗ № 90 ФЗ от 30 июня 2006 года) принятого 21 декабря 2001 года, нормы, регулирующие заключение трудового договора, страдают противоречиями и некоторыми пробелами. Исключительное значение трудового договора как центрального института трудового права и практическая значимость проблем его правового регулирования обусловила актуальность темы диссертационного исследования.

Целью диссертационной работы является комплексный анализ и исследование правового регулирования заключения трудового договора в плане

¹ Федеральный закон от 30 декабря 2001 года № 309-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3

общей теории права и теории трудового права, в частности, на основе изучения истории вопроса, обобщения действующего законодательства и судебной практики по делам, связанным с заключением трудового договора; на этой основе определение перспектив дальнейшего совершенствования законодательства.

Исходя из цели исследования, диссертант поставил перед собой следующие задачи:

- рассмотреть теоретические и практические проблемы, сделав акцент на нерешенных и дискуссионных вопросах, поиске ответов на них;
- дать детальный анализ заключения трудового договора;
- раскрыть способы и порядок заключения трудового договора;
- выявить особенности заключения трудового договора отдельных категорий работников.

Методологической и теоретической основой исследования являются диалектический, исторический, сравнительно-правовой, логический и ряд других методов научного исследования.

Теоретической базой исследования служат труды ученых в области трудового, гражданского и других отраслей права: Е.М. Акоповой, Н.Г. Александрова, С.С. Алексеева, Б.К. Бегичева, Э.Н. Бондаренко, М.И. Брагинского, Л.Ю. Бугрова, В.В. Витрянского, В.Л. Гейхмана, Л.Я. Гинцбурга, С.Ю. Головиной, К.Н. Гусова, И.К. Дмитриевой, Е.А. Ершовой, О.Б. Зайцевой, С.А. Иванова, О.С. Иоффе, Б.Р. Карабельникова, В.С. Колеватовой, Т.Ю. Коршуновой, О.А. Красавчикова, Л.А. Крутовой, А.М. Куренного, Р.З. Лившица, А.М. Лушникова, М.В. Лушниковой, С.П. Маврина, М.В. Молодцова, А.Ф. Нуртдиновой, Ю.П. Орловского, А.Е. Пашерстника, В.Н. Скобелкина, О.В. Смирнова, В.Г. Сойфера, Т.А. Сошниковой, А.И. Ставцевой, Л.А. Сыроватской, Л.С. Таля, В.Н. Толкуновой, Е.Б. Хохлова, Б.Ф. Хрусталева, Л.А. Чикановой, Г.Ф. Шершеневича и других.

Эмпирическую основу исследования составляют международно-правовые акты, постановление Пленума Верховного Суда РФ, судебная практика.

Научная новизна диссертации состоит, прежде всего, в выборе предмета исследования. Заключение трудового договора как самостоятельная тема исследования до сих пор не ставилась в науке трудового права. Отдельные аспекты заключения трудового договора в последние годы были предметом исследования Баркашовой С.В., Лыгина Р.Н., Ломакиной Л.А.²

В настоящей диссертации подвергнуты изучению способы и порядок заключения трудового договора; возникающие при этом проблемы; выявлены и подвергнуты научному осмыслению особенности заключения трудового договора определенных категорий работников.

На защиту выносятся следующие положения:

1. В развитие учения о договорах приводятся дополнительные аргументы того, что существуют два способа выражения внутренней воли при заключении трудового договора - прямое волеизъявление, которое совершается в устной или письменной форме, и фактическое допущение работника к работе. Способ изъявления воли - умолчание - в трудовом праве (в отличие, в частности, от гражданского права) при заключении трудового договора не может быть применен.

2. Сложные правообразующие составы в трудовом праве могут быть однородными и комплексными, то есть состоять либо из юридических фактов, принадлежащих только трудовому праву, либо как трудовому праву, так и другой отрасли. Так, процедуры, предшествующие заключению трудового договора в соответствии со ст. 275 ТК РФ, могут быть установлены законами, иными нормативными правовыми актами или уставом (положением) организации. Но учредительные документы организации не относятся к

² Баркашова С.В. Индивидуальные трудовые споры об отказе в заключении трудового договора и приеме на работу. Дисс. ... канд. юрид. наук. М. 2003; Лыгин Р.Н. Вопросы обеспечения прав и свобод человека и гражданина при заключении трудового договора. Дисс. ... канд. юрид. наук. М. 2005; Ломакина Л.А. Вопросы заключения и прекращения трудового договора и судебная практика. Дисс. ... канд. юрид. наук. М. 2006.

трудового законодательству, а лишь могут содержать нормы трудового права. Трудовой договор с руководителями государственных и муниципальных унитарных предприятий также базируется на нормативном акте, имеющим разноотраслевую структуру. Назначение на должность собственником имущества – административный акт. Приведены аргументы, дополнительные к уже известным в науке, подтверждающие данные выводы.

3. В Трудовом кодексе должно быть четко указано конкретное лицо или орган, которые уполномочены осуществлять функции работодателя по отношению к руководителю. Дополнительные требования к форме трудового договора руководителя организации не должны препятствовать возможности признания в судебном порядке фактического допуска к исполнению должностных обязанностей с ведома и по поручению совета директоров или общего собрания участников ООО основанием для возникновения трудовых отношений. Руководитель организации, как и любой наёмный работник, не должен страдать из-за неисполнения работодателем трудового законодательства, его право на заработную плату за отработанный период и другие трудовые права должны быть защищены независимо от точности соблюдения специальных норм ответственными лицами.

4. Предлагается дополнить абзац четвертый части четвертой статьи 4 Трудового кодекса РФ: «Для целей настоящего Кодекса принудительный труд не включает в себя.....работу, выполняемую вследствие вступившего в законную силу приговора суда под надзором государственных органов, ответственных за соблюдение законодательства при исполнении судебных приговоров, *при условии, что это лицо не будет передано в распоряжение частных лиц, компаний или обществ.* В соответствии с Конвенций МОТ № 29 «О принудительном или обязательном труде» и Конвенцией МОТ № 105 «Об упразднении принудительного труда»

5. Предлагается закрепить в статье 67 Трудового кодекса РФ следующее положение: «Электронная цифровая подпись в трудовом договоре равнозначна

собственноручной подписи в документе на бумажном носителе при одновременном соблюдении условий, установленных в ст. 4 Федерального закона «Об электронной цифровой подписи»³.

6. Дополнить Трудовой кодекс РФ статьей 67.1 «Ответственность работодателя за несоблюдение письменной формы трудового договора», подчеркнув тем самым особую значимость данного положения по аналогии со ст.ст. 54, 55 Трудового кодекса РФ.

7. Для признания неоформленных трудовых отношений существующими, достаточно установить согласие сторон по двум пунктам: место работы и наименование должности, специальности, профессии. Остальные условия трудового договора, по терминологии ст.57 Трудового кодекса РФ, «обязательные», могут быть установлены исходя из аналогичных условий для той же профессии или в той же организации.

8. Закрепить в части первой ст. 16 Трудового кодекса РФ следующую норму: «Положения трудового договора имеют приоритет над пунктами, обозначенными в письменном приглашении на работу, подписываемом соискателем и работодателем (Job Offer – в переводе – приглашение на работу)»⁴.

9. Закрепить в Трудовом кодексе РФ норму о необходимости письменного согласия на работу в организациях кинематографии, театрах, театральных и концертных организациях и цирках *обоими* родителями. Именно *обоих*, а не одного из родителей, так, как это закреплено сейчас в Трудовом кодексе РФ, потому что зачастую дети и подростки вынуждены работать в области искусства или спорта, реализуя несбывшиеся мечты родителя.

³ Федеральный закон от 10 января 2002 года № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» // Собрание законодательства РФ, 2002. № 2. Ст.127.

⁴ В западных компаниях Job Offer – документ, обязательный для использования, инициируется компанией и гарантирует, что приглашенный кандидат выйдет на работу в срок и понимает суть своей должности. Job Offer содержит указание даты начала работы, срока трудового договора, периода испытательного срока, наименования должности, обязанностей, социального пакета, зарплаты и пр.

10. Расширить объем прав и обязанностей органов опеки и попечительства, касающихся трудовых отношений, для чего дополнить Федеральный закон «Об опеке и попечительстве»⁵ следующими нормами:

- «Органы опеки и попечительства имеют право и обязаны: осуществлять надзор за деятельностью организаций, *применяющих* (выделено автором) труд малолетних»;

- «При обнаружении факта нарушения трудовых прав малолетних, нецелевого использования заработной платы и других социально-трудовых прав малолетних орган опеки и попечительства обязан немедленно обратиться от имени подопечного с требованием о защите их прав и интересов.

- «Возложить на органы опеки и попечительства контроль за расходованием заработной платы опекунами».

11. Законодательно закрепить процедуру выдачи разрешения органа опеки и попечительства на уровне не ниже органов исполнительной власти на работу малолетних в организациях кинематографии, театрах, театральных и концертных организациях, цирках; в спорте.

12. В соответствии с частью второй статьи 9 Федерального закона РФ «О персональных данных»⁶ дополнить ст.86 Трудового кодекса РФ следующей нормой: «субъекты персональных данных обязаны предоставлять свои персональные данные в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

13. Дополнить статью третью «Основные понятия, используемые в настоящем законе» Федерального закона РФ «О персональных данных» словами «биография, навыки, профессиональные характеристики». Изложить пункт 1 части 1 статьи 3 данного закона в следующей редакции: «персональные

⁵ Федеральный закон от 24 апреля 2008 года № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

⁶ Федеральный закон от 27 июля 2006 года № 152-ФЗ «О персональных данных» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3451.

данные - любая информация, относящаяся к определенному или определяемому на основании такой информации физическому лицу (субъекту персональных данных), в том числе его фамилия, имя, отчество, год, месяц, дата и место рождения, адрес, семейное, социальное, имущественное положение, образование, профессия, биография, навыки, профессиональные характеристики, доходы и другая информация».

Теоретическая и практическая значимость диссертации. Основные теоретические и практические выводы и рекомендации могут быть использованы в нормотворческом и правоприменительном процессах в целях совершенствования российского законодательства о труде и повышения его эффективности соответствующими органами государственной власти Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Материалы диссертации могут быть использованы для последующих научных исследований в данной области, в учебном процессе преподавания трудового права России.

Апробация результатов исследования. Диссертация выполнена и обсуждена на кафедре трудового права и права социального обеспечения Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина. Положения диссертации нашли отражение в опубликованных автором работах и выступлениях на международной научно-практической конференции студентов и аспирантов: «Традиции и новации в системе современного российского права», 5-7 апреля 2006; 2007 гг. МГЮА.

Структура диссертации обусловлена объектом, предметом, целью и задачами исследования. Работа состоит из введения, трех глав, объединяющих 9 параграфов, библиографии и списка нормативных правовых актов.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обоснованы актуальность темы, степень ее научной разработанности, определены цели и задачи исследования, раскрыты

теоретические, эмпирические, методологические основы работы, сформулированы научная новизна и положения, выносимые на защиту.

Глава первая «Способы заключения трудового договора» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе «Заключение трудового договора путем достижения соглашения, оформленного надлежащим образом» рассматриваются соотношения понятий «свобода труда», «свобода договора» и «свобода трудового договора».

В соответствии со статьей 2 Трудового кодекса РФ, статьей 421 Гражданского кодекса РФ свобода договора проявляется в трех аспектах.

Во-первых, в признании граждан и юридических лиц свободными в заключение договора. Во-вторых, в предоставлении сторонам возможности заключать любой договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законами или иными правовыми актами⁷. В-третьих, в свободе сторон определять условия заключаемого ими договора. Эти аспекты свободы договора традиционно отмечаются в литературе по трудовому праву⁸.

Свобода труда – понятие более широкое, чем свобода договора. В свою очередь свобода труда и свобода договора – понятия более широкие, чем свобода трудового договора.

В трудовом праве свобода договора преломляется через свободу трудового договора. В качестве принципа свобода трудового договора видится как элемент принципа свободы труда.

Свобода трудового договора обусловлена конституционным принципом свободы труда (ч. 1 ст. 37 Конституции РФ), когда гражданин, который по достижении возраста, установленного ст. 63 Трудового кодекса, вправе: заключить трудовой договор или отказаться от его заключения; выбирать, с

⁷ Данный аспект свободы договора не относится к трудовому праву.

⁸ Бугров Л.Ю. Свобода труда и свобода трудового договора в СССР (юридический аспект). 1984. Красноярск; Дмитриева И.К. О разработке отраслевых принципов в науке трудового права // К 100-летию со дня рождения профессора Н.Г. Александрова. М.: Издательский дом «Правоведение», 2008; Смирнов О.В. Основные принципы трудового права. М.1977 и др.

каким работодателем будет заключен трудовой договор; участвовать в согласовании с работодателем условий трудового договора; расторгнуть трудовой договор.

О свободе трудового договора в законодательстве свидетельствуют отсутствие дискриминации и запрет принудительного труда, которые подробно проанализированы в работе. Трудовой кодекс Российской Федерации устанавливает ограничения на заключение трудового договора, но такие, которые не носят дискриминационный характер, а определяются свойственными данному виду труда требованиями либо обусловлены особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите.

Рассмотрена проблема соотношения понятий «трудовой договор» и «соглашение», воля и волеизъявление. Изучены мнения цивилистов по исследуемому вопросу (Братусь С.Н., Иоффе О.С., Шершеневич Г.Ф.)⁹. В трудовом праве данная проблема была поставлена в работе Н.Г. Александрова «Трудовое правоотношение»¹⁰. Соотношении воли и волеизъявления при заключении именно трудового договора исследовалось и современными авторами¹¹.

В трудовом правоотношении юридическое значение имеет соответствия воли лица его волеизъявлению. В результате проведенного исследования, признавая возможность применения отдельных конструкций гражданского права к трудовому, автором делается вывод: для того, чтобы воля приняла характер волеизъявления, имеющего правовые последствия, внешне выражающий ее трудовой договор должен быть добровольным, пригодным в

⁹ Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. Ученые труды ВИЮН Министерства юстиции СССР. 1947, вып. XI, С.28-31; Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». 2-е изд., испр. – М.: «Статут», 2003. С.575-584; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т.1. –М.: Статут. 2005. С.101.

¹⁰ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. Монография. М. Проспект. 2008 г. С. 78-79.

¹¹ См.: Бондаренко Э.Н. Основания возникновения трудовых правоотношений. Дис. ...докт. юрид. наук. М., 2004, С. 195-207.

правовом отношении (действительным), должен ставить перед собой цель: правовое последствие, – и являться непосредственным основанием достижения этого последствия. Таким образом, соглашение - это согласование двух воль и волеизъявления.

Актуальной остается и проблема установления соотношения момента заключения трудового договора и момента вступления его в силу. Статья 61 Трудового кодекса РФ как общее правило устанавливает, что трудовой договор вступает в силу со дня его подписания сторонами.

Изучена возможность «заочного» заключения трудовых договоров, которая вытекает из части четвертой ст.64 ТК РФ. Приводятся дополнительные аргументы в пользу того, что приглашение на работу может быть сделано работнику, находящемуся в другом населенном пункте, в разных странах. В том случае, когда работник получает письменное приглашение с подходящими ему условиями и выезжает к новому месту работы в месячный срок (ст. 64 ТК РФ), он совершает те действия, которые должны квалифицироваться как конклюдентные. Изучена практика заключения job offer (приглашения на работу), доказано, что положения трудового договора имеют приоритет над пунктами, обозначенными в письменном приглашении на работу, подписываемом соискателем и работодателем (Job Offer). Установлено, что трудовой договор может быть заключен путем составления одного документа посредством того вида связи, который позволяет достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

Рассмотрен третий аспект свободы договора - свобода сторон трудового договора определять условия заключаемого ими договора, в том числе и по указанной в законодательстве модели. Не ставя своей целью подробный анализ содержания трудового договора, автор делает вывод, что из числа обязательных условий, названных в ст. 57 ТК РФ в настоящее время, стороны трудового договора свободны при определении места работы, времени начала работы, частично, трудовой функции и оплаты труда. Это весьма небольшой

круг возможностей, тем более что место работы предопределяется объективными условиями, да и условие о дате начала работы не предполагает большого количества вариантов. Таким образом, на наш взгляд, возможно заключение трудового договора при достижении договоренности по его важнейшим, но не всем условиям. Тем более что часть третья ст.57 ТК РФ в новой редакции предусматривает возможность оформить недостающие условия приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон.

Второй параграф диссертации: «Заключение трудового договора путем фактического допуска к работе».

Статьи 16, 61 и 67 Трудового кодекса РФ посвящены фактическому допущению работника до работы без надлежащего оформления.

Для признания неофициальных трудовых отношений существующими достаточно установить согласие сторон по двум пунктам: место работы и наименование должности, специальности, профессии. Такое согласие проявляется уже в том, что работодатель допускает работника к работе, а работник приступает к работе. Остальные условия трудового договора, названные в Трудовом кодексе РФ обязательными: права и обязанности сторон, режим труда и отдыха, условия оплаты труда и т.д. - могут быть установлены, исходя из аналогичных условий для той же профессии или на том же предприятии.

В диссертации приведен перечень доказательств, обычно принимаемых судом для установления фактических трудовых отношений. На основе судебной практики показано, что работник в силу своего конституционного права на труд и общего смысла трудового законодательства не должен страдать из-за ненадлежащего исполнения работодателем своих обязанностей; доказано, что в случаях заключения гражданско-правового договора вместо трудового необходимо пользоваться не нормами Гражданского кодекса РФ, а дополнить Трудовой кодекс РФ нормой о возможности обращения фактическими работниками в суд с иском об оформлении трудового договора.

Особого внимания заслуживает решение вопроса о возникновении трудовых отношений при фактическом допуске к исполнению должностных обязанностей руководителя юридического лица. Сделан вывод, что дополнительные требования к форме трудового договора руководителя организации не препятствуют возможности признания в судебном порядке фактического допуска к исполнению должностных обязанностей с ведома и по поручению совета директоров или общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью. Анализ норм Трудового кодекса РФ показывает, что дополнительные требования могут устанавливаться лишь к «процедурам, предшествующим заключению трудового договора». Что же касается самого заключения трудового договора с руководителем организации, то оно регулируется общими нормами, в частности, ст. 61 Трудового кодекса РФ.

Вариантом ненадлежащего оформления трудового договора является его подписание лицом, не имеющим полномочий на прием на работу.

Трудовой кодекс РФ ограничивает круг субъектов, наделенных правом заключать с наемным работником трудовой договор: это работодатель - физическое лицо, работодатель - юридическое лицо, от имени которого выступает орган управления или уполномоченные ими лица. Иные лица, имеющие право заключать с работником трудовой договор, должны быть уполномочены соответствующим органом управления в надлежащем порядке. Такое полномочие может быть зафиксировано в уставе юридического лица, в постановлении высшего органа или в приказе единоличного исполнительного органа юридического лица. Согласно ст. 67 Трудового кодекса РФ, постановлению Пленума Верховного Суда РФ № 2 от 17 марта 2004 года (в ред. от 28.12.2006г.) «О применении судами РФ Трудового кодекса РФ», «представителем работодателя будет лицо, которое в соответствии с законом, иными нормативными правовыми актами, учредительными документами юридического лица (организации) либо

локальными нормативными актами или в силу заключенного с этим лицом трудового договора наделено полномочиями по найму работников»¹².

Таким образом, при фактическом допуске к работе, осуществленном с ведома или по поручению лица, не наделенного полномочиями представителя работодателя, трудовые отношения не должны возникать. Такое положение в некоторых случаях нарушает права работника, который не обязан отвечать за нарушение работодателем трудового законодательства и к тому же может заблуждаться насчет полномочий лица, принявшего его на работу. В целях защиты конституционного права граждан на труд необходимо закрепить признание допуска к работе должностным лицом, которое вправе решать вопрос о найме на *определенную* работу, фактическим допуском, влекущим возникновение трудовых правоотношений.

Глава вторая «Порядок заключения трудового договора» состоит из трех параграфов.

В первом параграфе «Гарантии при приеме на работу» юридические гарантии именно при заключении трудового договора, названные в Трудовом кодексе РФ.

Развивая и конкретизируя принципиальные положения конституционного и международного права, Трудовой кодекс Российской Федерации содержит ряд норм, призванных дополнительно гарантировать равные возможности в получении работы, а также устанавливает особые гарантии на получение работы для некоторых лиц, относящихся к нуждающимся в повышенной социальной и правовой защите.

Уровень гарантированности прав граждан определяется степенью реальности провозглашенных прав. Гарантированность прав граждан при заключении трудового договора - одна из принципиальных особенностей современного трудового законодательства, призванного обеспечивать социальное благополучие членов общества в условиях экономического кризиса.

¹² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2004. № 6; 2007. № 3.

Наиболее полно такие гарантии, направленные на социальную защиту граждан, желающих трудоустроиться к конкретному работодателю, приведены в ст. 64 ТК РФ «Гарантии при заключении трудового договора», которая предусматривает фактически три вида гарантий.

Первая гарантия выражается в запрещении необоснованного отказа в приеме на работу. Вторая возлагает на работодателя обязанность по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, сообщить ему причину отказа в письменной форме. И третья гарантия - это установление возможности обжалования отказа в заключении трудового договора в суд.

Раскрывается понятие запрета необоснованного отказа в заключении трудового договора по деловым качествам лица, поступающего на работу; женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей; работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы.

Работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме, которое должно быть дано в форме официального документа: на бланке организации с подписью работодателя или уполномоченного им лица, с печатью организации, датой выдачи, регистрационным номером. Содержательную часть должна составлять информация о причинах, послуживших основанием отказа. Необходимо ввести в практику обязательный унифицированный документ приема гражданина на работу, копия которого с положительной или отрицательной резолюцией работодателя или уполномоченного им лица выдавалась бы заявителю. Важная гарантия – право любого лица, получившего такой отказ, обжаловать его в суд по месту нахождения ответчика - работодателя в течение трех месяцев с момента получения. Позитивно следует оценить изменение гражданского процессуального законодательства - все категории трудовых споров,

возникающие из трудовых отношений, в настоящее время подсудны районному суду на основании Федерального закона № 147 от 22 июля 2008 года «О внесении изменений в статью 3 Федерального закона «О мировых судьях в Российской Федерации» и статью 23 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации».

Параграф второй «Документы, предъявляемые при заключении трудового договора. Трудовая книжка». посвящен обязательным документам: трудовой книжке, документам об образовании; о медицинском освидетельствовании (ст.ст. 213,266 ТК РФ) и др.

Работники вправе предоставить и иные сведения о себе, не перечисленные в ст.65 Трудового кодекса РФ, причем не только документальные, при условии, что работодатель не обязывает их это делать

Уделено внимание получению и обработке персональных данных работника. Приведены дополнительные аргументы того, что нормы Трудового кодекса РФ нуждаются в детализации процесса затребования от работника персональных данных и в закреплении в законе перечня случаев, когда работодатель имеет право с уведомлением работника затребовать персональные данные от третьих лиц.

В параграфе третьем «Форма трудового договора» исследованию подвергается письменная форма трудового договора.

Действующее трудовое законодательство не устанавливает типовой формы письменного трудового договора. В каждом конкретном случае она определяется произвольно. Однако при заключении трудового договора необходимо учитывать положения ст. 57 ТК о содержании трудового договора.

Перечень закреплённых в Трудовом кодексе РФ условий, подлежащих согласованию, гарантирует права работника при возникновении споров, однако отсутствие или неверное указание каких-либо условий в трудовом договоре не лишает последний юридической силы, а работника - права доказывать в судебном порядке фактические обстоятельства своей

трудовой деятельности, не зафиксированные или неверно зафиксированные в трудовом договоре. На основе анализа судебной практики сделан вывод, что наиболее распространенным нарушением в этой сфере является отсутствие указания в трудовом договоре размера заработной платы или указание заниженной суммы, либо вопрос об установлении действительного содержания взаимных прав и обязанностей работника и работодателя при несоответствии условий заключенного трудового договора фактически сложившимся обстоятельствам.

Особое внимание уделено юридическому значению оформления приема на работу. В нескольких значениях раскрывается понятие «заключение трудового договора», «оформление заключения трудового договора»: оформление заключения трудового договора имеет сходство с оформлением приема на работу, закрепленным в ст. 68 ТК РФ, но шире его, полностью включает его в себя.

Рассмотрены варианты возможной письменной формы трудового договора: признание надлежащей формой заявление работника с резолюцией на нем руководителя; возможность заключения договора в электронной форме. Отмечается, что заявление о приеме на работу не является обязательным документом.

Исследована ответственность за соблюдение сроков и порядка заключения трудового договора, которая по общему правилу возлагается на работодателя. Работник не несет какой-либо ответственности за то, что трудовой договор с ним не оформлен в письменной форме и в установленный срок или оформлен, но не надлежащим образом, либо не издан приказ о зачислении его на работу. Указанная во втором предложении ч. 2 ст. 67 Кодекса юридическая обязанность работодателя оформить трудовой договор в письменной форме порождает корреспондирующее ей субъективное право работника на оформление договора в такой же форме. Правильнее было бы внести в ст.21 ТК РФ обязанность работника подписывать трудовой договор,

поскольку подписание трудового договора - документа в письменной форме, будучи обязанностью работодателя, производится в интересах работников.

Глава третья «Особенности заключения трудового договора с отдельными категориями работников» посвящена анализу оснований возникновения трудовых отношений на основании сложных юридических составов (ч. 2 ст. 16 Трудового кодекса). Они получили свое закрепление в названии гл. 2 и ст. 16 "Основания возникновения трудовых отношений" и статьях 16-19 ТК РФ.

В параграфе первом «Избрание на должность» основное внимание уделяется исследованию проблем, связанных с возникновением трудовых отношений на основании трудового договора в результате избрания на должность, если избрание на должность предполагает выполнение работником определенной трудовой функции.

К таким выборным должностям относятся: единоличный исполнительный орган или члены коллегиального исполнительного органа акционерного общества, исполнительный орган общества с ограниченной ответственностью, председатель производственного кооператива, декан факультета, заведующий кафедрой образовательного учреждения высшего профессионального образования. Раскрывается определение понятия руководителя организации, отмечается, что в силу двойственного правового статуса руководителя организации порядок заключения с ним трудового договора отличается своеобразием и имеет ряд отличительных черт.

В научной литературе выделяют акты избрания на должность в зависимости от их целевого назначения: избрание на должность с целью осуществления управления имуществом собственников; избрание на должность с целью осуществления управления коллективом работников. Нормы специальных актов в части регулирования труда руководителя имеют приоритет над общими правилами трудового законодательства

Специфика норм института трудового договора, регулирующих труд руководителей организации, прослеживается и в специфике представительства от имени работодателя. Ни избрание на должность, ни заключение трудового договора сами по себе не могут быть основанием возникновения трудового правоотношения в данном случае, и наличие одного юридического факта предполагает другой. Трудовой договор с руководителем логично заключать на срок действия исполнительного органа организации¹³.

Во втором параграфе «Избрание по конкурсу на замещение соответствующей должности» проанализированы условия избрания по конкурсу; круг лиц, избираемых по конкурсу; процедуры, предшествующие заключению трудового договора с руководителем данной организации в зависимости от организационно-правовой формы организации. Не разработаны в централизованном порядке примерные положения, которые могли бы служить моделью для конкретных организаций для избрания по конкурсу на должности определенных категорий работников, специалистов, руководителей.

Избрание по конкурсу рассмотрено на примере трудовых отношений профессорско-преподавательского состава высших учебных заведений и руководителей государственных и муниципальных унитарных предприятий. Избрание по конкурсу традиционно регулируется как специальными правовыми нормами (конкурсного избрания на соответствующую должность), так и общими нормами трудового законодательства (заключение трудового договора). Но применительно к конкурсному порядку установления трудовых правоотношений решающее значение придется не тем элементам общего порядка, которые существуют при обычных условиях возникновения трудовых правоотношений, а элементам, присущим только конкурсу. Это обязательные квалификационные требования к участникам конкурса, строгое соблюдение

¹³Коршунова Т.Ю. Правовое регулирование труда руководителя организации: единство и дифференциация // Журнал российского права. 1998. № 6. С. 7-30.

процедуры конкурса, обеспечивающее максимальную степень ознакомления членов комиссии с материалами конкурса по каждому участнику, и, наконец, решение соответствующего органа об избрании одного из нескольких участников конкурса. Конкурс - это особый порядок подбора кадров, отражающий повышенные требования к лицам, как состоящим в трудовых отношениях, так и претендующим на замещение определенных должностей.

Тестирование отличается от конкурса тем, что в этом случае отбор производит работодатель единолично, и процедура отбора нормативно не закреплена. При конкурсном отборе решение принимается конкурсной комиссией с соблюдением установленной процедуры. По мнению автора, тестирование как этап конкурсного отбора является правомерным, если тесты составлены на основании Единого тарифно-квалификационного справочника руководителей, специалистов и служащих; по тем разделам законодательства, которое должен знать руководитель.

Итак, основанием возникновения трудового правоотношения может быть сложный фактический состав, который содержит не только ряд самостоятельных юридических актов, но и дополняется включением процедуры избрания претендента по конкурсу.

Параграф третий «Назначение на должность, утверждение в должности» – назначение или утверждение в должности, которое может иметь место, если оно напрямую предусмотрено положениями нормативно-правовых актов или уставом (положением) организации. В этом случае трудовые отношения могут возникнуть при наличии приказа о назначении на должности (утверждении в должности), с даты, указанной в приказе, и если приказ издан уполномоченным на то лицом.

Назначение на должность или утверждение в должности необходимо в тех случаях, когда вопрос о возможности заключения трудового договора требует согласования с собственником или его представителем и не может решаться работодателем (или уполномоченным им лицом) самостоятельно.

Назначение и утверждение касаются определения субъектного состава договора (утверждение предлагаемой кандидатуры под вопросом), поэтому носят предварительный характер.

Законодатель не всегда последователен в установлении порядка накопления юридических фактов в сложном составе. Назначение на должность предполагает согласие работника, которое выражается в трудовом договоре. До издания соответствующего акта (о назначении) лицо не может приступить к осуществлению той деятельности, для которой оно назначается. В отличие от трудового договора, волеизъявление гражданина в случаях назначения на должность вышестоящим органом не совпадает во времени с волеизъявлением данного органа¹⁴. «Здесь воля одного лица является условием для выражения воли другого. Сперва объективируется одна воля, потом другая. Юридические же последствия наступают только после выражения второй воли»¹⁵.

Акты назначения и утверждения как правообразующие юридические факты носят властный характер. Решающее значение здесь имеет то обстоятельство, что трудовое правоотношение работника при назначении или утверждении, взаимодействует с управленческими, административно-правовыми отношениями.

Таким образом, в названных выше случаях основанием для возникновения трудового правоотношения является также сложный фактический состав, в который входит два юридических акта: трудовой договор и назначение на должность или утверждение в должности. Но при утверждении в должности вышестоящим органом на основе достигнутого соглашения на работника возлагается лишь исполнение обязанностей, а «устойчивый характер трудовые правоотношения приобретают только после

¹⁴ *Гейхман В.Л.* Особые основания возникновения трудовых правоотношений // Советское государство и право. 1973. № 5. С. 109.

¹⁵ *Пашерстник А.Е.* Право на труд. – М., 1951. С. 227–228.

издания приказа об утверждении в должности»¹⁶. До издания такого приказа сложный юридический фактический состав является незавершенным.

В четвертом параграфе «Направление на работу уполномоченными в соответствии с федеральным законом органами в счет установленной квоты» исследовано значение квотирования; раскрыто понятий «квота» и «квотирование рабочих мест»; рассмотрен порядок квотирования рабочих мест на основе регионального законодательства - закона г.Москвы «О квотировании рабочих мест в г.Москве».

Данный сложный состав содержит юридические факты, принадлежащие не только трудовому праву. Сложный состав в этом случае состоит из двух элементов: направления на работу, выдаваемого уполномоченными законом органами, и трудового договора. Момент возникновения трудового правоотношения – заключение трудового договора при наличии направления органа занятости.

Особое внимание уделено выполнению квоты при приеме на работу. Федеральный закон от 24 ноября 1995г. № 181-ФЗ "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации", во исполнение которого принят Закон о квотировании рабочих мест г.Москвы от 22 декабря 2004 года №90, предусматривает, что работодатели в соответствии с установленной квотой для приема на работу инвалидов, обязаны: создавать или выделять рабочие места для трудоустройства инвалидов. При этом прямо не оговорено, что условием выполнения квоты является трудоустройство граждан соответствующих категорий на все созданные рабочие места. В соответствии же с Законом о квотировании рабочих мест г.Москвы обязанность работодателя по выполнению квоты признается выполненной в момент трудоустройства граждан соответствующих категорий на созданные рабочие места. Указанное противоречие следует устранить, закрепив в установленном

¹⁶ Гейхман В.Л. Новый Трудовой кодекс и особые основания возникновения трудовых правоотношений // Новый Трудовой кодекс Российской Федерации и проблемы его применения (материалы Всероссийской научно-практической конференции 16-18 января 2003г.) // Отв. ред. К.Н. Гусов. – М.: ТК Велби, 2004. С.26.

законом порядке момент выполнения установленной квоты. В данном случае Закон г.Москвы следует привести в соответствие с федеральным законодательством, поскольку цель квотирования – не *создание* рабочих мест, а трудоустройство социально незащищенных категорий работников, которым все равно *созданы или выделены* для них рабочие места, особенно в условиях экономического кризиса.

Подводя итог данной главе, следует сказать, что абсолютное большинство сложных составов, предусмотренных ст. 16 Трудового кодекса РФ, как можно было видеть, являются *разностраслевыми*. Говоря об особенностях возникновения трудового правоотношения, надо отметить, что почти во всех сложных правообразующих составах ст. 16 ТК РФ их завершение зависит только от работника, но не от работодателя. Следует подчеркнуть, что трудовой договор в соответствии с Трудовым кодексом РФ завершает создание сложного состава, является обязательным правообразующим фактом. Это прямо следует из названия ст. 16 ТК РФ.

По теме диссертационного исследования опубликованы следующие работы:

1. *Лозко В.И.* Документы, предъявляемые при заключении трудового договора // *Право: теория и практика*, 2008. №7. (0,8 п.л.).
2. *Лозко В.И.* Возраст, с которого допускается заключение трудового договора // *Право и государство: вопросы теории и практики*, 2008. №12. (0,5 п.л.).
3. *Лозко В.И.* Правовое регулирование труда моряков // *Материалы VI международной научно-практической конференции студентов и аспирантов: традиции и новации в системе современного российского права*. 2007. МГЮА. (0,7 п.л.).
4. *Лозко В.И.* Различие между цивилистическим и трудовым подходами к регулированию отношений наемного труда // *Сборник тезисов V Международной межвузовской конференции аспирантов и студентов: традиции и новации в системе современного российского права*. 2005. МГЮА. (0,2 п.л.).

Подписано в печать: 26.05.2009

Заказ № 2159 Тираж - 160 экз.

Печать трафаретная.

Типография «11-й ФОРМАТ»

ИНН 7726330900

115230, Москва, Варшавское ш., 36

(499) 788-78-56

www.autoreferat.ru