на правах рукописи

Баринов Денис Олегович

ПРОЦЕДУРЫ ЗАКЛЮЧЕНИЯ, ИЗМЕНЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

Специальность 12.00.05 - трудовое право;

право социального обеспечения

Автореферат

диссертации на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Москва - 2012

Работа выполнена в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова (юридический факультет).

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор
Хныкин Геннадий Валентинович

Официальные оппоненты: **Петров Алексей Яковлевич**
доктор юридических наук,
Государственный университет –
Высшая школа экономики, профессор
кафедры трудового права

Цыпкина Ирина Сергеевна
кандидат юридических наук,
Московская государственная юридическая академия
имени О.Е. Кутафина, доцент
кафедры трудового права и права социального
обеспечения

Ведущая организация: Академия труда и социальных отношений

Защита состоится 24 октября 2012 года в 15 часов на заседании диссертационного совета Д 501.001.99 при Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова по адресу: 119991, ГСП - 1, г. Москва, Ленинские горы, МГУ имени М.В. Ломоносова, 1-й корпус гуманитарных факультетов, юридический факультет, аудитория 826.

С диссертацией можно ознакомиться в отделе диссертаций Научной библиотеки МГУ имени М.В. Ломоносова по адресу: 119991, ГСП - 1, г. Москва, Ломоносовский проспект, д. 27, Фундаментальная библиотека, сектор А, 8 этаж, комната 882.

Автореферат разослан «____» сентября 2012 года.

Ученый секретарь

диссертационного совета В.А. Чибисов

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Право на труд, гарантированное каждому гражданину статьей 37 Конституции Российской Федерации, может быть реализовано различными способами. Гражданин может осуществлять предпринимательскую деятельность, оказывать услуги и выполнять работы по гражданско-правовым договорам, быть представителем свободных профессий. Но основной юридической конструкцией, в рамках которой осуществляется трудовая деятельность человека, остается трудовой договор.

Трудовой договор, несомненно, является важнейшим институтом трудового права. Его значимость для данной отрасли права неоспорима. Он является основанием возникновения трудовых правоотношений между работником и работодателем.

Важнейший принцип института трудового договора, пронизывающий как нормы права о его заключении, так и нормы о переводах и увольнениях, – это принцип свободы трудового договора. Данный принцип закреплён в ТК РФ методом косвенной фиксации, то есть его можно «вывести» из ряда статей раздела III ТК «Трудовой договор». Свобода трудового договора означает, что каждый гражданин свободен в своём выборе труда, как и в выборе рода деятельности и профессии, реализую данное ему право на труд, он может заключить трудовой договор и вступить в трудовое отношение. Необходимо отметить, что этот принцип несовместим с запрещённым законом принудительным трудом и дискриминацией, получившими закрепление на уровне принципов (ст. 3, 4 ТК РФ).

Оценив важность самого института трудового договора, нельзя не отметить особую роль процедур, связанных с ним. В науке трудового права недостаточно уделялось внимания процедурам заключения, изменения и прекращения трудового договора. Данная проблематика отражена в работах Н.В. Закалюжной, С.В. Передерина, В.Н. Скобелкина, К.Л. Томашевского, М.В. Филипповой, Г.В. Хныкина, С.Ю. Чучи и других. В российском трудовом законодательстве вышеназванные процедуры отражены

непоследовательно и не всегда корректно. Научная не разработанность, порождающая огрехи отечественного законодателя, негативно влияет на правоотношения между работодателем и работником. Процедурные отношения, речь о которых пойдёт далее, являются прекрасным «смазочным материалом», который будет способствовать эффективному функционированию трудовых правоотношений на взаимовыгодных условиях, как для работодателя, так и для работника.

Таким образом, в настоящей диссертационной работе предпринята одна из первых попыток комплексного научного исследования процедур заключения, изменения и прекращения трудового договора.

Объектом диссертационного исследования являются процедурные отношения, которые являются неотъемлемой частью трудовых отношений, а также существующие в их рамках конкретные процедуры заключения, изменения и прекращения трудового договора.

Предметом исследования является совокупность норм раздела 3 ТК РФ, применяемых для правового регулирования процедурных отношений.

Цели и задачи исследования. Целью настоящей диссертационной работы является исследование наиболее существенных моментов, связанных с процедурами заключения, изменения и прекращения трудового договора, а также выявление некоторых закономерностей и спорных вопросов в правовом регулировании процедурных отношений.

Реализация поставленных целей исследования обусловила необходимость решения следующих задач:

- формулирование определений понятий, связанных с объектом исследования;

- изучение особенностей правового статуса субъектов процедурных отношений и определение их интересов и роли в реализации процедур, предусмотренных в разделе 3 ТК РФ;

- исследование особенностей порядка заключения, изменения и прекращения трудового договора, содержащегося в ТК РФ и выявление его

недостатков;

- оценка нововведений, предложенных законодателем в рамках недавних изменений и дополнений, внесенных в ТК РФ;

- выработка и обоснование предложений, направленных на совершенствование трудового законодательства, связанного с процедурными вопросами трудового договора.

Методологическая и теоретическая основа исследования. В работе использованы общенаучные (системный анализ, восхождение от абстрактного к конкретному и др.) и специально-юридические методы (историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический).

Теоретической основой диссертационного исследования послужили труды ученых-правоведов, внесших значительный вклад в общую теорию права и науку трудового права. Диссертантом использовались труды Н.Г. Александрова, Е.М. Акоповой, Э.Н. Бондаренко, Л.Ю. Бугрова, Л.Я. Гинцбурга, С.Ю. Головиной, К.Н. Гусова, И.К. Дмитриевой, И.Я. Киселева, И.А. Костян, А.М. Куренного, Ф.М. Левиант, М.В. Лушниковой, А.М. Лушникова, В.И. Миронова, С.П. Маврина, А.Ф. Нуртдиновой, Ю.П. Орловского, А.С. Пашкова, С.В. Передерина, А.Я. Петрова, В.Н. Скобелкина, Н.М. Саликовой, О.В. Смирнова, А.И. Ставцевой, В.Н. Толкуновой, Г.В. Хныкина, Е.Б. Хохлова, Е.П. Циндяйкиной, И.С Цыпкиной, Л.А. Чикановой и многих других известных ученых.

Нормативно-правовую базу исследования составляют международные правовые акты, содержащие нормы и принципы международного трудового права; положения Конституции РФ; федеральные и региональные нормативные правовые акты, нормативные правовые акты бывшего Союза ССР и РСФСР.

В диссертации анализируется практика Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, судов общей юрисдикции. Кроме того, эмпирическую основу исследования составили социально-партнерские соглашения, коллективные договоры, локальные нормативные акты организаций г.

Брянска, Иванова, Рыбинска Ярославской области и Москвы.

В процессе исследования использовалась учебная и научная литература по общей теории права, трудовому и гражданскому праву, правоприменительная практика.

Научная новизна исследования. Диссертация представляет собой комплексное исследование правовой категории «процедуры заключения, изменения и прекращения трудового договора». Сформулированы концептуальные подходы, позволяющие выявить сущность, принципы и особенности процедурных отношений, а также специфику процедурных правил, направленных на возникновение, изменение и прекращение трудового договора.

Наиболее существенными теоретическими выводами и практическими предложениями, выносимыми на защиту и отражающими научную новизну диссертационного исследования, являются следующие.

1. Обоснован вывод о том, что процедурные отношения носят подчинённый и обслуживающий характер по отношению к трудовым отношениям и не могут существовать без последних.

2. Выявлены существенные признаки и дано определение процедурным отношениям, под которыми следует понимать строго последовательные и нормативно закреплённые отношения, подлежащие письменному оформлению, возникающие между работодателем и работником, которые направлены на заключения, изменения и прекращения трудового договора. У этих отношений есть свои субъекты (работодатель и работник), а также объекты, т.е. конкретные процедуры заключения, изменения и прекращения трудового договора. Характерными особенностями этих отношений являются их строгая последовательность, обязательность правового закрепления и письменного оформления.

3. Предпринята попытка обоснования принципов процедурных отношений, посвященных подинститутам трудового договора, то есть его заключению, изменению и прекращению.

4. Обоснован вывод о том, что процедурные правила, связанные с заключением, изменением и прекращением трудового договора, облегчат взаимодействие сторон трудовых отношений. При этом основные, базовые процедуры должны быть установлены в законодательном порядке, другие следует отнести в область договорного регулирования, а третьи рекомендовать как локальные.

5. Высказано и проанализировано предложение о правовой и практической нецелесообразности, связанной с правом на заключение трудовых договоров в качестве работодателя несовершеннолетним лицами в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет. Заключать трудовые договора в их интересах должны их законные представители от своего имени. Подобное предложение сделано и в отношении психически больных лиц и лиц, злоупотребляющих спиртными напитками и наркотическими средствами.

6. На основе анализа трудового законодательства установлено, что защита интересов сторон трудового договора на стадии его заключения характеризуется недостаточностью правовых норм, посвящённых средствам проверки деловых качеств работника. Рассмотрены вопросы о соотношении испытания со смежными способами подбора персонала (стажировка, квалификационный экзамен, конкурсный отбор, аттестация). Предлагается законодательно расширить список таких средств и считать таковыми, кроме традиционных, и иные способы подбора персонала, имеющие распространение на практике (собеседование, анкетирование, тестирование и др.). Применение последних должно регулироваться локальными нормативными актами, определяющими порядок их организации и проведения.

7. Сделанный вывод о том, что трудовое законодательство содержит значительное разнообразие форм изменения трудового договора, позволил разработать конкретные предложения, посвященные последовательным

действиям работодателя, связанным с переводами на другую работу и с изменением условий труда.

8. Предложены процедуры установления неполного рабочего времени, которые позволяют сторонам трудового договора применять гибкие режимы труда, способствуют стабильности трудовых отношений и увеличивают возможности «выживания» работодателя и работников в сложных экономических условиях.

9. Обоснован вывод о том, что если условия труда работодателя не соответствуют государственным требованиям охраны труда, то создается угроза жизни и здоровью работника, а значит, он должен иметь возможность прекратить трудовой договор с работодателем по своей инициативе без отработки общеустановленных двух недель отработки и с выплатой выходного пособия в размере среднего месячного заработка.

10. Анализ процедур увольнения работника при нарушении им трудовых обязанностей позволил сделать вывод о том, что минимализм законодателя относительно дисциплинарной ответственности вынуждает работодателя самостоятельно регулировать многие вопросы, связанные с применением дисциплинарных взысканий, включая «дисциплинарное увольнение». Предложено часть пробелов законодателя устранить путем внесения изменений и дополнений в ТК РФ, а отдельные – посредством локального нормотворчества.

Практическая значимость проведенного исследования определяется тем, что содержащиеся в нем выводы и предложения по совершенствованию правового регулирования процедур, связанных с заключением, изменением и прекращением трудового договора, могут быть использованы для внесения изменений и дополнений в действующее трудовое законодательство и совершенствования правоприменительной практики.

Апробация и внедрение результатов исследования. Основные теоретические положения диссертационного исследования обсуждены и одобрены на кафедре трудового права Московского государственного

университета имени М. В. Ломоносова и нашли отражение в трех опубликованных статьях автора. Отдельные аспекты и выводы диссертации докладывались на международных научных конференциях студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов» в 2010 и 2011 гг., на третьей научно-практической конференции «Проблемы теории и практики исполнения решений судов и других органов», состоявшейся 14 — 15 июня 2012 года в Хмельницком университете управления и права, на пятой международной научно-практической конференции, состоявшейся на юридическом факультете Ивановского государственного университета, 7-8 октября 2011 г.

Структура диссертации определена целью и задачами исследования. Диссертация состоит из введения, четырёх глав, объединяющих десять параграфов, заключения, списка нормативных актов, актов судебных органов, использованной научной литературы.

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертационного исследования, определяются цели и задачи работы, доказывается её научная новизна, освещается разработанность проблемы в науке трудового права, практическая значимость работы, формулируются основные положения, выносимые на защиту, а также сообщается об апробации результатов исследования.

Глава 1: «Процедуры трудового договора: общая характеристика» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе рассматриваются понятие и особенности процедурных отношений. Автором даётся дефиниция процедурным отношениям. В соответствии с ней – это строго последовательные и нормативно закреплённые отношения, подлежащие письменному оформлению, возникающие между работодателем и работником, которые направлены на заключения, изменения и прекращения трудового договора. У этих отношений есть свои субъекты (работодатель и работник), а также

объекты, т.е. конкретные процедуры заключения, изменения и прекращения трудового договора.

Также диссертантом выводятся следующие характерные особенности процедур заключения, изменения и прекращения трудового договора.

Во-первых, их строгая последовательность. Если работодателем будет нарушена эта пошаговость, то при рассмотрении судебного спора, данное обстоятельство может служить основанием для суда о признании неправомерности действий работодателя.

Во-вторых, обязательность письменного оформления этих процедур с соблюдением реквизитов, которые, как правило, предусмотрены в унифицированных формах.

В-третьих, правовое закрепление этих процедур в законе, ином нормативном правовом акте либо в локальных актах с указанием их последовательности. Эта особенность позволяет работодателю иметь некий образец или ориентир, которым необходимо придерживаться при заключении, изменении и прекращении трудового договора.

И, в-четвёртых, действия работодателя всегда конкретны, оригинальны, характерны для того или иного этапа процедурной лестницы.

Отмечается, что процедурные нормы права, содержащиеся в процедурных отношениях, необходимы для обслуживания трудового правоотношения. Эти нормы являются прекрасным «смазочным материалом» для беспрепятственного возникновения, существования изменения и прекращения трудового правоотношения – стержня предмета трудового права.

Второй параграф посвящён принципам процедурных отношений. В этой части диссертации последовательно рассматриваются принципы процедур заключения, изменения и прекращения трудового договора. Эти принципы прямо не предусмотрены в ТК РФ. Однако данное обстоятельство не свидетельствует об их полном отсутствии. Принципы процедурных отношений можно вычленить путём анализа норм ТК РФ.

К принципам процедуры заключения трудового договора автор относит:

- принцип запрета необоснованного отказа в заключение трудового договора;
- принцип недопущения, какого бы то ни было прямого или косвенного ограничения прав или установления прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, возраста, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом;
- принцип запрета отказа в заключение трудового договора женщинам по мотивам, связанных с беременностью или наличием детей;
- принцип запрета отказа в заключение трудового договора работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы;
- принцип письменности сообщения причины отказа в заключение трудового договора;
- принцип судебной защиты при отказе в заключение трудового договора.

Перечисляются принципы процедуры изменения трудового договора:

1) принцип недопустимости изменения трудового договора без согласия работника;

2) принцип запрета перевода и перемещения работника на работу противопоказанную ему по состоянию здоровья (ч. 4 ст. 72.1 ТК РФ);

3) принцип запрета установления испытания при переводе работника;

4) принцип учёта специальности и квалификации работника при его переводе на другую работу;

5) принцип сохранения за переводимым работником непрерывного трудового стажа;

6) принцип наличия дополнительных льгот против необоснованных переводов работников, ведущих выборную общественную работу.

Называются также принципы процедуры прекращения трудового договора:

- принцип обязательности предложения работодателем работнику другой имеющейся у него работы (обязательное условие при увольнении по основанию, предусмотренному п.п. 2 и 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ);

- принцип недопущения увольнения работника по инициативе работодателя (за исключением случая ликвидации организации либо прекращения деятельности индивидуальным предпринимателем) в период его временной нетрудоспособности и в период пребывания в отпуске;

- принцип обязательного учёта мотивированного мнения выборного органа первичной профсоюзной организации при увольнении работников, членов профсоюза по основаниям, предусмотренным пунктами 2, 3 и 5 ч. 1 ст. 81 ТК РФ (ст.82 кодекса) и др.

В завершении делается вывод о том, что в основе правовых норм, регламентирующих процедурные отношения, лежат принципы, характерные для каждого подинститута института трудового договора.

Глава 2: «Порядок заключения трудового договора» состоит из четырёх параграфов.

Первый параграф посвящён стадиям и процедурам переговоров сторон трудового договора, а также оформлению их договоренностей. В диссертационном исследовании отмечается непоследовательность изложения в ТК РФ процедурных правил, связанных с заключением трудового договора. Процедуры переговоров сторон и оформление

договоренностей должны проходить в основном в рамках императивных установлений, закрепленных трудовым законодательством. Однако, в ТК РФ, как правило, отсутствуют стадии и процедуры, посвященные соответствующим действиям сторон трудового договора. Данное обстоятельство в значительной мере усложняет жизнь сторонам трудовых правоотношений.

Диссертантом обращается внимание на нелогичность российского законодателя, относительно способов подбора персонала. Она проявляется, прежде всего, в том, что введенная в законодательное обращение категория «деловые качества работника» (ст. 3 и 64 ТК РФ) не имеет легального определения. Также необходимо обозначить отсутствие законодательно прописанной процедуры отказа в заключение трудового договора. Таким образом, вопрос о защите прав лиц, которым отказано в приеме на работу, становится весьма проблематичным.

Автором по признаку законодательной регламентации выделяются четыре группы способов проверки деловых качеств работника.

Первая группа (набор документов, медицинский осмотр (освидетельствование) и испытание) детально описана в главе 11 ТК РФ, в статьях 65, 69, 70 и 71.

Вторая названа в ст. 16 ТК РФ, а правовые ориентиры правомерности действия данной группы установлены ст. 18 и 19 ТК РФ. Это - конкурс, назначение и утверждение в должности, для которых характерно то, что они являются способами ограниченного применения. Работодатель может их использовать только в отношении тех должностей, которые предусмотрены соответствующими источниками права, регулирующими отношения в сфере труда.

К третьей группе можно отнести избрание на должность и аттестацию, которые только упоминаются в ТК РФ.

Такой традиционный способ проверки деловой квалификации работника, как аттестация не привлек внимание законодателя. Она

рассматривается в кодексе только как условие увольнения по инициативе работодателя (п. 3 ч. 1 ст. 81 и ч. 3 ст. 82 ТК РФ). Вместе с тем, в зависимости от периодичности проведения она может быть первичной, т.е. может проводиться в течение месяца при назначении на должность или переводе из одной организации в другую.

Четвертая группа - это изобретенные практикой и самые многочисленные способы подбора персонала, предусматривающие собеседование, анкетирование, тестирование и др.

В работе установлены части (этапы) трудового договора, связанные с заключением, изменением и прекращением трудовых отношений и присущие каждому этапу процедуры. Кроме этого, выделяются стадии заключения, изменения или прекращения трудового договора:

1) переговорная;
2) ознакомительная;
3) оформительская.

Каждой стадии соответствует свой набор процедур. Так, на первой стадии применительно к заключению трудового договора работодатель должен установить соответствие соискателя поручаемой работе. На второй - ознакомить работника с необходимыми локальными нормативными актами и условиями работы, На третьей – составить трудовой договор и оформить иные юридические документы, закрепляющие договоренности сторон.

Во втором параграфе рассмотрено установление соответствия соискателя поручаемой работе. Автором обращается внимание на то, что при приеме на работу у работодателя обычно возникают два вопроса, требующие разрешения до момента заключения трудового договора.

Первый – о соответствии кандидата на вакантную должность требованиям будущей работы и, прежде всего, должностной инструкции. Последняя, к сожалению, не легализованы нашим законодателем. Хотя именно в ней должны присутствовать квалификационные требования,

предъявляемые к соискателю, которые должны быть связаны с его деловыми качествами.

Второй вопрос касается наличия и подлинности документов, связанных с поступлением на работу и деловой квалификацией работника. Особую важность этот вопрос приобрёл в связи с распространенность в России лиц, работающих по поддельным документам об образовании.

Далее автор акцентирует своё внимание на способах проверки деловых качеств работника, предусмотренные трудовым законодательством. Самым распространенным из них является испытание при приеме на работу. Делается вывод о том, что в статьях ТК РФ, посвященных испытанию, отсутствуют процедуры, посвященные соответствующим действиям сторон трудового договора. Вместе с тем, руководствуясь логикой законодателя, диссертант излагает свою последовательность действий работодателя и работника, направленных на достижение соглашения по поводу испытания деловых качеств работника.

Автором исследуется вопрос о соотношении испытания с такими сходными способами подбора персонала, как стажировка, квалификационный экзамен, конкурсный отбор, аттестация.

Если испытание по ТК РФ – это часть института трудового договора, то стажировка является частью институтов профессионального обучения и охраны труда. Она осуществляется в целях формирования и закрепления на практике профессиональных знаний, умений и навыков, полученных в результате теоретической подготовки. В отличие от испытания стажировка незаслуженно забыта законодателем, поэтому автор предлагает восполнить этот пробел в ТК РФ.

Термин «испытание» используется законодателем не только при заключении трудового договора, но и при проведении квалификационного экзамена (испытания). Термин «квалификация» означает официальное выражение технических или профессиональных навыков работника, которые признаются на международном, национальном или отраслевом уровнях.

Применительно к России речь идет о совокупности знаний, навыков и опыта работы, необходимых для выполнения определенной функции. Определение квалификации с помощью квалификационного экзамена (испытания) имеет место в следующих ситуациях:

- при установлении квалификационного уровня в случае приема на работу;

- для определения размера оплаты труда в соответствии с тарифной сеткой;

- при присвоении очередного вышестоящего квалификационного разряда, класса или категории;

- при периодической проверке для подтверждения уровня квалификации.

Конкурсный отбор – явление, порожденное локальной практикой и почти не замеченное нормотворческими органами. Данный способ подбора кадров отличается доступностью и простотой исполнения. Он может проводиться работодателями всех организационно-правовых форм и видов деятельности в отношении любых должностей и работ и не предполагает специального нормативно-правового регулирования.

Действенным способом проверки деловых качеств работника является его аттестация. Основное целевое назначение аттестации – это определение квалификации работника в процессе его трудовой деятельности. В настоящее время определение круга лиц, подлежащих обязательной аттестации, предоставлено федеральным органам исполнительной власти. В итоге ведомственный путь развития аттестации привел к тому, что многоликая и неупорядоченная «армия» аттестуемых стала объектом регулирования в более 50-ти нормативных правовых источниках, которые приняты главным образом федеральными органами исполнительной власти. При таком изобилии нормативного материала, посвященного аттестации и связанных с нею процедурами и последствиями, разработчики ТК РФ не удостоили ее специальной главой. Но сам термин использовали в тексте

кодекса в нескольких значениях, включив ее в правовое регулирование как трудовых отношений, так и иных непосредственно связанных с ними отношений (социального партнерства, заработной платы, охраны труда, повышения квалификации).

Обязательный предварительный медицинский осмотр (обследование) при заключении трудового договора также затронут автором в своём диссертационном исследовании.

Можно выделить следующую триаду интересов, связанных с прохождением предварительного медицинского осмотра.

Во-первых, это интерес работника, т.к. он заинтересован в работе, которая не противопоказана ему по состоянию здоровья.

Во-вторых, несомненен интерес работодателя, заключающийся в привлечении здоровых работников, способных выполнять и перевыполнять нормы труда и приносящих прибыль.

В-третьих, имеется не столь проявляемый интерес третьих лиц, чья жизнь и здоровье может зависеть от состояния здоровья работников обслуживающей их организации.

Диссертант также обращает внимание на проблему, связанную с обязательным медицинским освидетельствованием на предмет выявления вируса иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции) отдельных категорий граждан. Наиболее остро стоит вопрос о порядке медицинского освидетельствования иностранных граждан (лиц без гражданства) на предмет наличия или отсутствия ВИЧ-инфекции.

Кроме того, рассмотрены проблемные вопросы, связанные с курением на работе. В частности, такие: можно ли отказать в приеме на работу из-за наличия у человека пристрастия к смеси никотина и табака; можно ли запретить курить на работе тому, кто уже трудоустроен, несмотря на наличие у него вредной привычки?

Освещен такой спорный способ тестирования на профпригодность как полиграф. Судьба законопроектных инициатив, связанных с полиграфом,

схожа с другим проектом закона «О заемном труде». К сожалению, их обсуждение растянулось почти на десятилетие без видимых перспектив принятия. В итоге на рынке труда процветают неформальные, полулегальные отношения. В случае с заемным трудом речь идет о существовании отношений по использованию гражданско-правовых договоров в сфере наемного труда, по применению труда работников без соответствующего оформления или при включении в его трудовой договор условий, не соответствующих фактическим.

В итоге диссертант приходит к выводу о том, что при отсутствии законодательно установленных границ, условий и процедур проверки соответствия будущего работника поручаемой работе, работодатель вынужден использовать авторские методики и инструменты управления персоналом, не являющиеся легальными способами установления деловых, личностных и иных качеств претендентов на должность.

Третий параграф посвящён ознакомлению с локальными нормативными актами и условиями работы. Диссертант отмечает, что в ТК РФ не содержится четких указаний относительно того, с какими конкретно локальными нормативными актами и условиями труда следует знакомить работника при заключении трудового договора или его изменении. Поэтому работодатель испытывает значительные сложности при выполнении требований законодателя, связанных с информированием работника о его будущей работе. Если эту процедуру исполнять надлежащим образом, т.е. в соответствии с трудовым законодательством, то предварительно работодатель должен выполнить следующие мероприятия. Во-первых, подобрать правовые акты, посвященные главным образом полномочиям работника и нормативным требованиям охраны труда, во-вторых, соотнести их с условиями производства и, в-третьих, эти соотношения закрепить в локальных нормативных актах.

Законодатель не дает точного перечня локальных нормативных актов, непосредственно связанных с трудовой деятельностью работника. И сделать

это, на взгляд диссертанта, не представляется возможным, поскольку в широком смысле почти все локальные документы регулируют различные аспекты трудовых отношений. Нередко число локальных источников в отдельных организациях приближается к сотне. И это не случайные акты, а, как правило, предусмотренные ТК РФ, поскольку реализация каждой пятой статьи кодекса, поставлена в зависимость от наличия локальных источников права. В ТК РФ зафиксирована очевидная множественность локальных актов: они представлены почти во всех разделах кодекса.

В диссертации делается вывод о том, что процедура обязательного ознакомления работника до подписания трудового договора с коллективным договором, локальными нормативными актами и условиями труда, впервые введенная в законодательную практику современным ТК РФ, несомненно, отвечает интересам работника. Перечень информации, предполагаемой для ознакомления будущему работнику, определяет работодатель, исходя из содержания трудового договора.

Четвёртый параграф посвящён составлению трудового договора и иных юридических документов. Диссертант признаёт, что качественное оформление содержания трудового договора повышает уровень его реализации и снижает многие разногласия и споры между работодателем и работником.

Как верно отмечают Г.В. Хныкин и Е.Б. Хохлов кодекс необоснованно расширил перечень обязательных условий трудового договора за счет включения в его содержание правовых и локальных нормативных актов, тем самым, исказив «представление о необходимом и второстепенном». Кроме того, набор обязательных элементов содержания трудового договора является открытым, что свидетельствует о расширении возможностей индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений.

Автором утверждается, что нет необходимости переписывать в трудовой договор нормы статей ТК РФ и других правовых актов, посвященные гарантиям, компенсациям и льготам за тяжелую работу и

работу с вредными и (или) опасными условиями труда. Или какая необходимость включения в трудовой договор статей ФЗ РФ от 16 июля 1999 г. № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования»?

Поэтому в подобного рода случаях достаточно сослаться в трудовом договоре на соответствующие статьи ТК РФ и локальные документы работодателя.

Продолжая исследование вопроса об условиях содержания трудового договора, диссертант полагает, что эффективное применение режимов рабочего времени на практике тормозится, прежде всего, причинами правового свойства. Первая причина связана с недостаточной правовой урегулированностью вопросов труда и отдыха отдельных профессиональных групп работников. Часть 2 ст. 100 ТК РФ упоминает о возможности особенностей режима труда и отдыха работников транспорта, связи и других, имеющих особый характер работы. Установление подобной специфики вменено в обязанность Правительства РФ. Однако главный исполнительный орган страны не спешит выполнять поручения законодателя. Законодательно не установлены сроки по принятию Правительством РФ соответствующих постановлений.

Вторая причина, перекликающаяся с первой, касается ряда упущений, непосредственно связанных с правовым регулированием рассматриваемого явления. В частности, обращает на себя внимание несоответствие общим правилам (ч. 1 ст. 100 ТК РФ) установление конкретных режимов рабочего времени.

В диссертации делается вывод о том, что качественное оформление содержания трудового договора повышает уровень его реализации и снижает многие разногласия и споры между работодателем и работником. Вместе с тем, не представляется оправданной алогичность подходов законодателя в уточнении структурного подразделения и рабочего места при конструировании случаев изменения трудового договора, а также при определении условий оплаты труда, режимов труда и отдыха работников.

Глава 3: «Процедуры изменения трудового договора» состоит из двух параграфов.

Первый параграф посвящён переводам на другую работу.

В диссертационном исследовании рассматривается порядок оформления переводов по инициативе работника, работодателя, а также в соответствии с медицинским заключением. В редакции ТК РФ от 30 июня 2006 г. законодатель довольно резко поменял терминологию и «правила игры», связанные с изменением трудового договора. Новым содержанием наполнились постоянные и временные переводы на другую работу, переводы в соответствии с медицинским заключением. Появились новые переводы на другую работу.

Автор, обращая особое внимание на ч. 1 ст. 72-2 ТК РФ, предусматривающую временные переводы до одного года, отмечает главный их недостаток – невозможность записи таких срочно-длительных переводов в трудовую книжку работника, поскольку в соответствии с ч. 4 ст. 66 ТК РФ в нее записываются только переводы на другую постоянную работу. Значит, у работника, временно переведенного на длительный срок, возникнут трудности при исчислении специального трудового стажа или при начислении трудовой пенсии в случае занятия руководящей должности или при выполнении работ, связанных с вредностью.

Законодатель, установив предельный срок для других временных переводов, предусмотренных ч.ч. 2 и 3 ст. 72-2 ТК РФ, – до одного месяца, не указал их количество в пределах данного срока. Такой пробел создаёт угрозу применения труда работников в принудительном порядке, а также подрывает стабильность трудового правоотношения.

Автор отмечает многообразие научных подходов к понятию и определению правового феномена переводов в связи с их многогранностью и изменчивостью трудового законодательства. Процедурные правила о переводах способствуют соблюдению прав сторон (в первую очередь –

работника) и поэтому нуждаются в более детальном правовом регулировании.

Второй параграф посвящён действиям работодателя, связанных с изменением условий труда.

В этом параграфе рассмотрены процедуры, характерные для реализации мероприятий, предусмотренных ст. 74 ТК РФ. Особого внимания, по мнению автора, заслуживает режим неполного рабочего времени.

Представляется, что законодатель допустил ошибку, суть которой в неверной расстановке приоритетов между договорным и локальным регулированием трудовых отношений. Результат – рассогласование правовых норм, т.е. статей 93 и 100 ТК РФ, посвященных регулированию неполного рабочего времени. Такой перевод, искусственно изобретенный законодателем при принятии ТК РФ и ранее не применяемый на практике хотя бы в порядке эксперимента, вводимый без согласия работников и не содержащий перспективы их возвращения в прежние нормальные условия труда, содержит признаки принудительного труда. Кроме того, увеличение продолжительности «расставания» с работником вместо законодательно установленных 4-х до 10-ти месяцев экономически невыгодно, и вряд ли работодатель согласится содержать работников, «приговоренных» к увольнению, а значит не имеющих мотивов к производительному труду.

С момента введения в действие изменений и дополнений ТК от 30 июня 2006 г. ситуация с неполным рабочим временем, на взгляд диссертанта, кардинально изменилась. Законодатель, включив в ст. 100 ТК РФ неполное рабочее время в виде неполной рабочей недели и неполного рабочего дня, тем самым узаконил возможность для работодателя самостоятельно вводить режим частичной занятости работающих, используя механизм изменения условий трудового договора, предусмотренный ч. 1-4 ст. 74 ТК РФ. При множестве возможных «минусов» для работников и не до конца разрешенных проблем данный вариант установления режима неполного рабочего времени соответствует ч. 2 ст. 1 ТК РФ, которая формулирует

основные задачи трудового законодательства: достижение оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений и интересов государства. Сохранение коллектива работников, поддержание их квалификации и части заработной платы соответствует тройственности интересов работодателя, работников и государственных органов. Данное решение является также одним из способов защиты от безработицы.

Автор заключает, что правовые нормы, посвященные режимам рабочего времени, не лишены недостатков. Однако, применение гибких режимов рабочего времени способствует стабильности трудовых отношений, увеличивает возможности «выживания» работодателя и работников в сложных экономических условиях.

Глава 4: «Процедуры прекращения трудового договора» состоит из двух параграфов.

Первый параграф посвящён расторжению трудового договора в случаях ликвидации организации, сокращения численности или штата работников.

Автор, рассматривая процедуры расторжения трудового договора в случаях ликвидации организации, отмечает, что отдельные проблемные моменты. В частности, касающиеся сроков предупреждения об увольнении работников, работающих у работодателей – физических лиц, которые определяются трудовым договором. Представляется неудачной передача на уровень договорного регулирования установление материальных правовых гарантий, связанных с прекращением трудового договора. Результаты рассмотрения трудовых споров в данной ситуации непредсказуемы. Судебные органы при рассмотрении и разрешении трудовых споров по искам о восстановлении на работе, оценивая правомерность такого увольнения, скорее всего, будут вынуждены руководствоваться нормами, предусмотренными ч. 2 ст. 180 ТК РФ, которые устанавливают правила прекращения трудового договора со всеми работниками, в силу того, что иные условия не определены соглашением сторон.

Рассматривая процедуры расторжения трудового договора в связи с сокращением численности или штата работников, диссертант отмечает, что работодатели нередко беспричинно сокращают численность персонала. Дело в том, что формулировка п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ позволяет работодателю единолично решать вопрос о кадровом составе и численности его персонала. Тем самым, открываются не ограниченные возможности для злоупотребления правом. Однако, представляется, что подобное право не должно быть безграничным, не может превращаться в средство необоснованной интенсификации труда, иных нарушений трудовых прав работников.

Анализируя процедуры расторжения трудового договора по сокращению численности или штата, автор уделяет особое внимание порядку выбора кандидатов на увольнение. Отмечено, что ни ТК РФ, ни Верховный Суд РФ не вырабатывали критерии использования перечня лиц, имеющих право на преимущественное право на оставление на работе, тем более дополненного иными федеральными законами и коллективными договорами. Поэтому работодатель, выбирая среди работников из данного перечня, может не соблюдать той последовательности, которая дана законодателем. При выборе оставляемого работника может сложиться ситуация, когда все работники относятся к той или иной категории из указанных в ч. 2 ст. 179 ТК РФ. Поскольку их преимущества равны, то, видимо, предпочтение должно быть за теми из них, кто одновременно относится к нескольким из названных категорий. Если такого критерия нет, то работодатель вправе отдать предпочтение любому из этих работников, и орган по рассмотрению трудового спора, очевидно, не может пересматривать решение работодателя.

В итоге автор приходит к выводу, что в ТК РФ нет четкости в вопросах расторжения трудового договора в связи с ликвидацией организации и с сокращением численности или штата работников. Работодатели, особенно индивидуальные предприниматели и физические лица, вступающие в

трудовые отношения с работниками, не имеют законодательно очерченного последовательного плана действий при решении данных вопросов.

Во втором параграфе рассматривается расторжение трудового договора при нарушении работником трудовых обязанностей.

Автор критически относится к факту неполноценного использования правовой категории «дисциплинарная ответственность». Вольное обращение законодателя с этим понятием в итоге привело к тому, что в содержании ТК РФ мы не найдем главы, называемой «дисциплинарная ответственность работников». Есть только отдельные упоминания о ней в статьях 419 и 195 ТК РФ. Но полновесного раздела с таким названием или хотя бы определения самого понятия «дисциплинарная ответственность» - в российском кодексе, к сожалению, нет.

Дисциплинарная ответственность в ТК РФ представлена всего лишь четырьмя статьями (192 – 195). При этом разработчики кодекса не озадачившись ни дефиницией, ни принципами, ни характеристиками данного явления. Причем, часть норм, направленных на защиту слабой стороны трудовых правоотношений, т.е. работника, к сожалению, не была воспроизведена ТК РФ. Поэтому правоприменителям приходится самим домысливать целостность картины, обозначенной двойственным наименованием «Трудовой распорядок. Дисциплина труда» (раздел 8 ТК РФ).

Диссертантом делается вывод о том, что сегодня обеспечение порядка на производстве становится не общегосударственным делом, а частной проблемой работодателя. Законодатель же, вместо того, чтобы представить дисциплинарную ответственность как часть дисциплины труда наряду с внутренним трудовым распорядком и поощрением, повел себя крайне консервативно. Он определил всего лишь пределы дисциплинарной ответственности путем установления трех видов общих дисциплинарных взысканий (замечание, выговор, дисциплинарное увольнение) и указал на некоторые специальные виды, предусмотренные федеральными законами,

уставами и положениями о дисциплине. Установил также отдельные процедуры наложения взысканий, названные порядком их применения (ст. 193 ТК РФ). Причем, отдельные законодательные рецепты в деле укрепления дисциплины труда трудно назвать разумными.

Описывая процедуры привлечения к дисциплинарной ответственности, автор приходит к выводу, что минимализм законодателя относительно дисциплинарной ответственности вынуждает работодателя самостоятельно регулировать многие вопросы, связанные с применением дисциплинарных взысканий, включая «дисциплинарное увольнение».

В заключении автором подводятся теоретические итоги диссертационного исследования, а также формулируются предложения по совершенствованию трудового законодательства.

Список работ, опубликованных по теме диссертации:

1. Защита интересов сторон трудового договора при его заключении // Законодательство. 2012. № 10. 0,65 п.л.

2. Баринов Д. О. Испытание при приеме на работу: традиции и проблемные вопросы // Університетські наукові записки: Часрпис Хмельницікого університету управлення та права. 2012. № 3 (43). 0,5 п.л.

3. Процедуры испытания деловых качеств работника // Конституционная доктрина современной России: проблемы теории и практики (к 18-летию принятия Конституции РФ): материалы ежегодной региональной научно-практической конференции. Иваново, 12 декабря 2011г. / отв. ред. М.Н. Лопатина. – Иваново: Иван. гос. ун-т, 2012. 0,7 п.л.