

ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 349.2

ВОЛИНЕЦЬ В.В.

**УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОКРЕМИХ ЕТАПІВ
УКЛАДЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ ЗА ПРОЕКТОМ ТК УКРАЇНИ**

У статті сформульовано ряд пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання окремих етапів укладення трудового договору за Проектом ТК України. Приділено увагу етапу добору працівників та положенням щодо заборони необгрунтованої відмови в прийнятті на роботу. Запропоновано ввести в положення Проекту конструкцію «особливості майбутньої виконуваної роботи».

Ключові слова: *трудоий договір, добір працівників, відмова в прийнятті на роботу, підстави, професійна діяльність.*

В статье сформулирован ряд предложений по совершенствованию правового регулирования отдельных этапов заключения трудового договора по Проекту ТК Украины. Уделено внимание этапу отбора работников и положениям о запрете необоснованного отказа в приеме на работу. Предложено ввести в положение Проекта конструкцию «особенности будущей выполняемой работы».

Ключевые слова: *трудоий договор, отбор работников, отказ в приеме на работу, основания, профессиональная деятельность.*

The article has been formulated the range of propositions according the legal regulation improvement of the certain stages of labour contract conclusion by the draft Labour Code of Ukraine. A special attention was given to the stage of employees' selection, and regulations related to prohibition of baseless refusal of employment. It has been proposed to include the construction "Peculiarities of the future work performed" to the regulations of the Draft.

Key words: *labour contract, employees' selection, refusal of employment, bases, professional occupation.*

Вступ. Актуальність даного дослідження зумовлюється необхідністю оновлення чинного трудового законодавства, яке сьогодні вже не відповідає вимогам часу, не враховує чималу кількість нюансів нової ринкової економіки в країні, не завжди має законодавчі можливості для оперативної реакції на неочікувані зміни в суспільних відносинах. Щоправда, законодавець намагається забезпечувати мінімальні розриви між законодавчою базою та наявними суспільними відносинами, і хоча в ряді випадків йому це вдається, все ж трудові відносини, на жаль, є тією сферою, де це зробити чим далі, тим складніше. Оскільки законодавцю доводиться приклеювати «латки на нові дірки в старому міху»: КЗпП 1971 року є вже застарілим настільки, що навіть постійне внесення змін до нього не може забезпечити адекватність правового регулювання сучасних трудових відносин в Україні. Наприклад, лише тільки визначення трудового договору, який є базовим інститутом усього трудового права, не розкриває належним чином ані поняття, ані сутність трудового договору. Цікаво в цьому контексті, що на практиці трудовий договір серйозно сприймається тільки тими працівниками (так само і роботодавцями, але з їхньої сторони є більш серйозне відношення не до суті трудового договору як такого, а до можливих наслідків невиконання норм закону), які мають певний рівень юридичних знань, в усіх інших випадках (а це переважна більшість населення України) – його зрідка читають, у нього зрідка вникають,

до його змісту відносяться дуже поверхнево, не вважаючи трудовий договір чимось важливим. Звісно, що головна причина такого відношення насамперед – це суцільний правовий нігілізм у державі, відсутність правової свідомості. Але не останню роль у формуванні такого відношення відіграє і якість самого законодавства: якщо в людини, яка читає національний закон, він викликає сміх та подив на кшталт «і де в нас таке є?», то це свідчить, ймовірно, про те, що між законом і реальністю існує значна прірва. Отже, завданням сьогодення є скоротити цю прірву, а в ідеалі – взагалі її позбутися. І першочерговим кроком у даному напрямку, звичайно, має стати прийняття нового Трудового кодексу України. А завданням науки трудового права є обґрунтування таких положень нового кодексу, які максимально будуть враховувати інтереси працівника, роботодавця, можливості держави, особливості культурної спадщини, а також перспективу розвитку трудового права. Отже, в контексті сказаного постає актуальним завдання виявлення тих аспектів трудових відносин, правове регулювання яких можливо вдосконалити задля забезпечення відповідності правових норм дійсним суспільним відносинам. Увагу приділяємо Проекту ТК України, адже від його визначальної досконалості значною мірою залежить якість подальшого правового регулювання трудових відносин у нашій країні.

Аналізу положень Проекту ТК України приділяло увагу чимало видатних науковців (С.М. Прилипка, О.М. Ярошенко, О.В. Вишневецька, П.Д. Пилипенко, В.І. Прокопенко, О.І. Процевський, В.Г. Ротань та інші), а питанню укладення трудового договору – практично всі відомі фахівці науки трудового права. Не применшуючи значущості здійсненого вкладу в подальший розвиток даної науки, все ж слід відмітити, що укладення трудового договору є важливим етапом виникнення трудових правовідносин, а тому аналіз відповідних положень Проекту не втрачає своєї актуальності.

Постановка завдання. Отже, метою даного дослідження є визначення проблемних аспектів передбачених Проектом ТК України положень щодо окремих питань укладення трудового договору, зокрема, відносно відбору працівників та відмови в прийнятті на роботу. Відповідними завданнями, які передбачається вирішити задля досягнення поставленої мети, є: проаналізувати положення Проекту ТК України, якими врегульовується право та реалізація права роботодавця на добір працівників, встановлення вимог до працівників, підстави відмови в прийнятті і на роботу; обґрунтувати необхідність внесення змін до означених положень; сформулювати відповідні пропозиції щодо означених змін.

Результати дослідження. У ст. 25 Проекту ТК України визначено право роботодавця на добір працівників, що є безумовним складовим етапом укладення трудового договору. Так, у ч. 1 говориться про те, що роботодавець має право приймати на роботу осіб, які безпосередньо звертаються до нього або за сприянням центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, його територіальних органів чи суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва в працевлаштуванні. А в ч. 2 вказано, що роботодавцю під час добору працівників забороняється висувати будь-які вимоги дискримінаційного характеру, в тому числі в рекламі про вакансії (прийм на роботу), а також вимагати від особи, яка шукає роботу, інформацію про її сімейний стан, особисте життя та іншу інформацію, не пов'язану з професійною діяльністю [1].

Заборона на вимагання від особи, яка шукає роботу, інформації про її сімейний стан, особисте життя та інші відомості, не пов'язані з професійною діяльністю, йде своїм корінням у ранній період після радянського законодавства, коли було введено заборону на вимагання від працівників відомостей про їх партійну і національну приналежність, походження, реєстрацію місця проживання чи перебування та документи, подання яких не передбачено законодавством (ст. 25 КЗпП). Із таким підходом тих часів цілком можливо погодитись, адже після періоду ідеологічно-партійного контролю в країні намагалися ввести певний рівень свободи та визволення від партійної залежності. Однак сьогодні доцільність підтримання даного підходу саме в такому ракурсі мусимо поставити під сумнів.

Насамперед, визначимось із застосуванням у ч. 2 ст. 25 Проекту словосполученням «інформація, не пов'язана з професійною діяльністю». По-перше, яка інформація є пов'язаною з професійною діяльністю? По-друге, яка, відповідно, є не пов'язаною з такою діяльністю?

Якщо намагатись дати законодавче визначення вказаному словосполученню, то маємо констатувати, що воно відсутнє. Відсутнє і визначення професійної діяльності як такої в чинному законодавстві України. Спробу визначити поняття «професія» робить Класифікатор посад, вказуючи, що це «здатність виконувати подібні роботи, які вимагають від особи певної кваліфікації», а кваліфікація – це здатність виконувати завдання та обов'язки відповідної роботи; робота – пев-

ні завдання та обов'язки, що виконані, виконуються чи повинні бути виконані однією особою [2]. Як бачимо, навіть Класифікатор все ж чіткого визначення не надає, відсилаючи до інших термінів. Виходить, що професія представляє собою певні завдання та обов'язки, які виконуються однією особою. Звісно, якщо досить сильно узагальнювати, то можна казати й так. Але видається більш емним та чітким визначення, розроблене наукою трудового права. Зокрема, С.М. Прилипка та О.М. Ярошенко вказують, що професія – це рід трудової діяльності людини, що володіє комплексом спеціальних знань, практичних навичок, одержаних шляхом спеціальної освіти, навчання чи досвіду, які дають можливість здійснювати роботу в певній сфері суспільного виробництва з урахуванням різних форм власності чи господарювання [3, с. 274]. Отже, інформація, пов'язана з професійною діяльністю, являю собою ту, володіючи якою можна зрозуміти, яким комплексом спеціальних знань, практичних навичок, одержаних у результаті спеціальної освіти чи під час практичного досвіду, в певній сфері суспільного виробництва володіє особа, яка прийшла найматися на роботу до роботодавця.

Відповідно, вся інформація, яка не розкриває зміст професійних вмінь претендента і не стосується взагалі професійних аспектів, є інформацією, не пов'язаною з професійною діяльністю. Звісно, що провести чітку межу між обома видами інформації буде складно, оскільки видів професійної діяльності існує багато, і те, що в одному випадку є професійними навичками (наприклад, вміння водити автомобіль), в іншому випадку взагалі не відноситься до професійної діяльності конкретної особи (наприклад, перукар).

Разом із тим М.В. Писарева зазначає, що «професійна діяльність є складним явищем, оскільки охоплює як психологічні, моральні, розумові аспекти особистості працівника, так і здатність до виконання відповідної роботи, можливості займатися певним видом діяльності» [4, с. 52]. Виходячи із цього, можна припустити, що ряд питань, які не пов'язані безпосередньо з професійною діяльністю, все ж можуть відображати певну здатність чи можливість працівника до виконання відповідної професійної діяльності. Цей висновок є важливим, оскільки працівник може вважати, що його запитують про інформацію, яка не стосується професійної діяльності, в той час як інтерв'юер щодо цього має власне бачення. Сьогодні у великих компаніях розвинених країн над тим, щоб прийняти на роботу працівника і щоб максимально знизити плінність кадрів, працюють окремі штати працівників, які займаються вивченням особистості працівника, його настроїв, вподобань, слідкують за тим, щоб він був задоволений умовами роботи, в разі виникнення невдоволення на проєкті пропонують роботу в тій же компанії, але на іншому проєкті тощо. Відповідно, розробляються анкети-опитування, інтерв'ю проводять в декілька етапів: спочатку йде ознайомлення з претендентом на посаду, вивчення його поглядів на подальший професійний розвиток, встановлюється особистісний контакт. Якщо претендент виявляється таким, що відповідає вимогам компанії, то далі йдуть технічні співбесіди з різного рівня спеціалістами, майбутнім безпосереднім керівником тощо. І цікавим у цьому аспекті є те, що практика показує, що на роботу зазвичай намагаються взяти в першу чергу відповідальних, порядних, совісних працівників, які, можливо, і дещо не дотягують до визначених в оголошеній вакансії вимог, але в силу своїх особистісних моральних даних здатні «зростати» професійно в подальшому.

Отже, заборона на отримання інформації, не пов'язаної з професійною діяльністю, може бути і певним обмеженням можливостей працівника на отримання роботи. Слід одразу ж зауважити, що в Проєкті мова йде не про отримання як таке, а про вимагання, що дійсно є правильним підходом, адже, якщо претендент на посаду не проти поставлених йому запитань, то він може на них відповідати. Однак вимагання стосується певних форм отримання інформації: наприклад, включення до переліку необхідних документів для укладення трудового договору таких, які не передбачені законодавством (певні відомості, довідки), або ж розцінювання відсутності відповіді під час інтерв'ю як підстави для відмови в прийнятті на роботу.

Повертаючись до питання про отримання інформації, не пов'язаної з професійною діяльністю, статтю 28 Проєкту вказується, що роботодавець має право вільного вибору серед кандидатів на зайняття робочого місця (посади). Забороняється необґрунтована відмова в прийнятті на роботу, тобто відмова без будь-яких мотивів або з підстав, що не стосуються кваліфікації чи професійних якостей працівника, або з підстав, не передбачених законом (ч. 1) [1]. Тобто в даній статті вже не йде мова про вимагання, а розробники Проєкту дещо розширюють сферу заборони на отримання означеної інформації, що можна побачити із цитованого положення: зокрема, забороняється відмова з підстав, що не стосуються кваліфікації чи професійних якостей працівника. Проте законодавчого визначення професійних якостей працівника не існує, але можливо припустити, що це набір певних якостей та здатності працівника, які необхідні для виконання певної професійної трудової діяльності. Подивимося на це питання з боку роботодавця.

Трудові відносини – це не просто виконання роботи, яку доручив роботодавець; це є спільна робота, це – поява певних нових взаємовідносин, це – входження в колектив підприємства. У таких умовах роботодавець цілком справедливо хоче знати, з ким йому доведеться працювати найближчим часом і, можливо, не один рік. Можна навіть стверджувати, що він повинен хотіти таке знати: знати, що за людина перед ним, наскільки вона порядна, наскільки відповідальна, наскільки їй можна довіряти. Невипадково сьогодні отримали широкого розповсюдження попередні інтерв'ю з кандидатами на зайняття вакантної посади, анкетування. Однак у суспільстві масово насаджується думка про те, що роботодавець має цікавитися тільки професійною, так би мовити робочою стороною працівника, і його зовсім не повинна цікавити інша сторона – особиста. Складається враження, що роботодавець зовсім не людина, а певна машина, якій потрібно, аби новий гвинтик підходив до механізму за своїми професійними якостями, вміннями, навичками. Якщо мова йде про транснаціональні корпорації, консалтингові корпорації, коли працівник, наймаючись на роботу, навіть не знає, хто його наймає (юридично він розуміє, що роботодавцем є певна компанія, але фактично договір із ним підписує менеджер, який через декілька місяців може змінитися на іншого, вище начальство взагалі можна побачити тільки по відео-конференції тощо), то такий підхід, можливо, й виправданий. Але сьогодні в Україні таких корпоративних роботодавців ще невелика кількість, натомість значне місце в бізнес-середовищі посідає середній та малий бізнес, в якому трудові відносини мають персоніфікований характер. А відтак кожен раз, наймаючи на роботу певну особу, роботодавець ризикує найняти людину, яка буде йому не до вподоби і з якою за якимось особистісними якостями чи рисами характеру він не захоче працювати, а звільнити таку людину буде важко. Водночас процес пошуку нового працівника, оформлення його, звільнення попереднього працівника – це доволі дороге зайняття, яке в підсумку негативно впливає на бюджет компанії, а звітди і на сплачені податки. Як результат – кожний пошук нового співробітника є для економіки України не вигідним. Натомість стабільні трудові відносини, в яких працівники злагоджено працюють для досягнення ефективного та якісного продукту, поважають роботодавця і мають міцні особистісні взаємні відносини з ним, є запорукою стабільності та процвітання української економіки.

Статтею 26 Проекту визначено умови та порядок встановлення вимог до працівників: ч. 1. Вимоги до працівників встановлюються законодавством із дотриманням вимог щодо недопущення дискримінації у сфері праці. Такі вимоги можуть стосуватися, зокрема, наявності в працівника відповідної освіти, професійної підготовки, досвіду трудової діяльності, віку. І знову зазначається, що роботодавці можуть встановлювати вимоги, що не суперечать законодавству та безпосередньо пов'язані з професійною діяльністю працівника [1].

Отже, серед вимог заборонено встановлювати роботодавцю такі, які не стосуються професійних, однак, на нашу думку, в такому формулюванні це певною мірою не враховує інтересів роботодавців, захист яких проголошено в ст. 1 Проекту під час визначення мети ТК. Адже роботодавцю потрібно працювати з людиною. Це по-перше. По-друге, в роботодавця може бути сформований колектив, який також може хотіти прийняти когось, а може не хотіти прийняти за певними ознаками (наприклад, «несімейних не приймаємо, бо вони менш відповідальні» чи «беремо лиш чоловіків, бо вони більш продуктивні»), і вмілому управлінцю потрібно розпізнавати такі настрої колективу, аби не створити конфлікт, не розпалити ворожнечу, не втратити команду професіоналів. Тоді на практиці виникає ситуація, яка насправді і сьогодні спостерігається в Україні, коли кандидату відмовляють за надуманими підставами, не вказуючи на істинну причину відмови, аби не порушити формально вимоги про недискримінацію. І знову констатуємо той факт, що закон є відірваним від реальності. Тож, можливо, доцільно враховувати особливості менталітету, особливості історичного минулого, нюанси перехідного періоду, складності внутрішньо національних суперечностей і відображати відповідним чином це в законах?

Зазначимо, що, наприклад, у Трудовому кодексі Чеської Республіки в §30 встановлено: «Ч. 1. Вибір фізичної особи з-поміж тих, що претендують на роботу, з огляду на кваліфікацію, необхідні вимоги або спеціальні вимоги, знаходиться у сфері повноважень роботодавця, якщо інше не випливає зі спеціальних правових приписів; попередні вимоги, встановлені спеціальним законодавством до фізичної особи як до працівника, не повинні його ображати. Ч. 2. Роботодавець має право вимагати від фізичної особи, яка звернулася за найманням на роботу, або від інших осіб перед укладенням трудового договору тільки дані, які безпосередньо пов'язані з укладенням трудового договору» [5]. Як бачимо, застосовна конструкція не така завузька, як у національному Проекті, а значно ширша, яка дає можливість для «маневрів» чеським роботодавцям (зокрема, дані, що стосуються укладення трудового договору, можуть включати не тільки безпосередньо

пов'язану з професійною діяльністю інформацію, але й більш широку інформацію, яка пов'язана з майбутнім виконанням роботи за посадою). Згідно із законодавством ЧР щодо інформації, яку мають та не мають права вимагати роботодавці в Чехії, зокрема, є тільки пряма заборона на ті дані, які перелічені у вимогах про недискримінацію, але щодо всіх інших завжди використовується юридична конструкція-дозвіл на їх отримання в разі, «якщо ці дані необхідні для виконання роботи».

На підставі викладеного пропонуємо ввести в Проект ТК України конструкцію «особливості майбутньої виконуваної роботи», що є ширшим за «вимоги та інформацію, пов'язану з професійною діяльністю», оскільки: 1) враховують не тільки професійні критерії працівника, але й особливості та вимоги, які властиві конкретному роботодавцю (наприклад, компанія працює під лозунгом зеленої програми, і, відповідно, роботодавець хоче бачити на посадах людей, які опікуються збереженням природи, але це не входить до переліку професійних якостей, наприклад, бухгалтера на роботі в цього роботодавця); 2) розширюють можливості для працівника щодо отримання роботи, навіть у випадку, коли він за професійним характеристиками не підходить для певної посади, але підходить за особистими якостями; 3) відображає реальні суспільні відносини в країні, чим наближують закон до народу, скорочуючи прірву між ними.

Висновки. Пропонуємо викласти таким чином:

1) ч. 2 ст. 25 Проекту ТК: «Роботодавцю під час добору працівників забороняється висувати будь-які вимоги дискримінаційного характеру, в тому числі в рекламі про вакансії (прийом на роботу), а також вимагати від особи, яка шукає роботу, інформацію про її сімейний стан, особисте життя та іншу інформацію, не пов'язану з професійною діяльністю та з *особливостями майбутньої виконуваної роботи*»;

2) ч. 1 ст. 26 Проекту ТК: «Роботодавці можуть встановлювати вимоги, що не суперечать законодавству та безпосередньо пов'язані з професійною діяльністю працівника і *враховують особливості майбутньої виконуваної роботи*»;

3) ч. 1 ст. 28 Проекту ТК: «Забороняється необгрунтована відмова в прийнятті на роботу, тобто відмова без будь-яких мотивів або з підстав, що не стосуються кваліфікації чи професійних якостей працівника, *враховуючи особливості майбутньої виконуваної роботи*, або з підстав, не передбачених законом».

Список використаних джерел:

1. Проект ТК. Текст до 2-го читання. 24.07.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.
2. Класифікатор професій ДК 003:2010. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/rada/show/va327609-10?test=4/UMfPEGznhhja0.ZigSaBOQH14YEs80msh8Ie6>.
3. Прилипко С.М. Трудове право України. Х.: Вид-во «ФІНН», 2009. 728 с.
4. Писарева М.В. Правове регулювання трудової діяльності спортсменів: дис... канд. юрид наук: спец. 12.00.05; Східноукраїнський національний університет ім. В. Даля. Луганськ, 2014. 210 с.
5. Zákonník práce: Zákon ze dne 21 dubna 2006 № 262/2006 Sb. URL: <http://zakony.centrum.cz/zakonik-prace/>.