

УДК 349.2

СУЩНОСТЬ ИСПЫТАТЕЛЬНОГО СРОКА КАК УСЛОВИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

Н. Т. МЕЛЕШЕНКО

ФГБОУ ВО «Тверской государственный университет», г. Тверь

В статье анализируются основной смысл и цель испытательного срока при заключении трудового договора. Необходимость такого анализа обусловлена недостатком конструкции ст. 70 Трудового кодекса Российской Федерации, в которой не определены конкретные признаки соответствия работника выполняемой работе. Это привело к расширительному толкованию указанного понятия в теории и правоприменительной практике и в конечном итоге к ущемлению трудовых прав работников. Автором прослеживается процесс трансформации сущности понятия «соответствие работника выполняемой работе» при установлении испытательного срока в российском трудовом законодательстве в советский и постсоветский периоды и обосновывается вывод о необходимости законодательного определения его признаков в ст. 70 Трудового кодекса Российской Федерации.

***Ключевые слова:** испытательный срок, трудовой договор, заключение трудового договора, соответствие работника выполняемой работе.*

Необходимость уточнения сущности испытательного срока при заключении трудового договора обусловлена неопределённостью законодательной формулировки цели испытания в ст. 70 Трудового кодекса Российской Федерации (далее - ТК РФ). В ней предусмотрено испытание работника «в целях проверки его соответствия поручаемой работе». Это дословное повторение соответствующей формулировки ст. 21 КЗоТ РСФСР 1971 г. Само по себе понятие «соответствие» означает соотношение между чем-нибудь, выражающее согласованность, равенство в каком-нибудь отношении. Соответствовать – это значит заключать в себе соответствие с кем-чем - нибудь¹. То есть необходимым элементом соответствия является точное указание признака предмета, по которому определяется соответствие. Например, при подготовке полёта первого человека в космос в СССР для кандидатов лётчиков-истребителей (вот уже пример соответствия – из лётчиков кандидатами на полёт в космос допускались только лётчики-истребители) сразу был определён признак соответствия по возрасту, росту и весу: кандидатами для отбора в отряд космонавтов могли быть лётчики-истребители не старше 35 лет, с ростом не более 170 см и весом

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. Гос. изд-во иностранных и национальных словарей М., 1960. С. 737.

не более 70 кг². Вот таких конкретных признаков, которым должен соответствовать работник с испытательным сроком, в ст. 70 ТК РФ нет, что уже отмечалось³. В ней дана неконкретная, лишённая однозначного смысла формулировка «соответствие» без указания признаков этого соответствия «поручаемой работе». По какому признаку должен соответствовать работник поручаемой работе, не указано.

В общем виде сущность, смысл понятия «соответствие» можно уяснить путём сопоставления его с содержанием противоположного по смыслу понятия «несоответствие», которое определено в ТК РФ. В его ст. 81 (п. 3) в качестве основания увольнения с работы по инициативе работодателя указано несоответствие занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтверждённой результатами аттестации. Касаясь аналогичного основания увольнения с работы в КЗоТ РСФСР, Ю.П. Орловский отмечал, что «при применении п. 2 ст. 33 КЗоТ следует учитывать причину невыполнения служебных заданий и других обязанностей работника. Если их невыполнение вызвано ненадлежащим отношением работника к своей работе, то такое невыполнение нельзя квалифицировать как отсутствие надлежащей квалификации с последующим увольнением по п. 2 ст. 33 КЗоТ»⁴. Таким образом, в рассматриваемом контексте понятие «несоответствие», употребляемое в ТК РФ, может означать в качестве своего единственного признака только уровень квалификации работника. В таком смысле оно должно использоваться и применительно к испытательному сроку. За пределами несоответствия находятся различные обстоятельства, не относящиеся к уровню квалификации работника, в частности его отношение к выполнению своих трудовых обязанностей, нарушения трудовой дисциплины. Сущность испытания заключается в возможности работодателя в период испытательного срока проверить уровень соответствия квалификации работника применительно к выполняемой работе и в упрощённом порядке уволить его при наличии доказательств отсутствия необходимого уровня этой квалификации. Во всём остальном, в частности при нарушениях трудовой дисциплины, в установлении размера заработной платы и в других обстоятельствах, на работника с испытательным сроком распространяется без каких-либо изъятий и ограничений действие трудового законодательства и иных

²http://www.aif.ru/society/history/istoriya_pervogo_otryada_iz_20_kandidatov_v_kosmonavty_poleteli_tolko_12

³ См.: Мелешенко Н.Т. Новые нормы Трудового кодекса России // Закон и право. 2003. № 10. С. 40.

⁴ Трудовое право России / под ред. Р.З. Лившица, Ю.П. Орловского. М.:Изд.-во «Норма»,1998. С. 138.

нормативно-правовых актов, содержащих нормы трудового права. Поэтому правильно отмечалось, что совершение дисциплинарного нарушения (например, прогул или появление на работе в состоянии алкогольного опьянения) является самостоятельным основанием для прекращения трудового договора с любым работником, в том числе и испытуемым, поэтому увольнение работника по этим причинам следует производить не по ст. 71 ТК РФ, а по п. 6 (подп. «а» либо «б» соответственно) ч. 1 ст. 81 ТК РФ⁵. Такая позиция также отчётливо и последовательно выражена в «Комментарии к закону «О государственной гражданской службе РФ», где отмечалось, что если ненадлежащее выполнение гражданским служащим служебных обязанностей не связано с уровнем его квалификации, он не может быть признан не выдержавшим испытательный срок⁶.

Таким образом, сущность испытания заключается в проверке работодателем уровня квалификации работника, его способности качественно (квалифицированно) выполнять свою работу. Но господствующей в теории и правоприменительной практике стала позиция расширительного толкования понятия испытания, как периода, в который работодатель вправе уволить работника в упрощённом порядке и за нарушения трудовой дисциплины. Вскоре после принятия ТК РФ, уже в апреле 2002 г. вышел первый Комментарий к нему под редакцией одного из руководящих работников Министерства труда и социального развития РФ С.А. Панина и с участием ответственного работника этого министерства З.О. Александровой, автором комментария ст. 70 и 71 ТК РФ, которые, скорее всего, целенаправленно как представители органов власти придали новый тренд в толковании сущности испытания в направлении предоставления большей свободы работодателю. В комментарии ст. 71 ТК РФ, вопреки общепринятому в тот период пониманию сущности испытательного срока как периода для проверки только уровня квалификации работника, утверждалось, что неудовлетворительный результат испытания может подтверждаться любыми объективными данными (например, актами о выпуске бракованной продукции, о несвоевременном или некачественном выполнении поручаемой работы, о нарушениях правил внутреннего трудового распорядка организации, о допускаемых ошибках и др.⁷) (курсив мой.—Н. М). Иначе говоря, работодателю в

⁵ Комментарий официальных органов к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.Л. Сафонов. М.: МЦФЭР, 2006. С. 239 – 245.

⁶ Комментарий к ФЗ РФ «О государственной гражданской службе РФ» (постатейный) / под ред. В.А. Козбаненко. Санкт-Петербург: «Питер Пресс», 2008. С. 43.

⁷ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. С.А. Панина. М.: МЦФЭР, 2002. URL: <https://www.lawmix.ru/commlaw/1782?page=24>

соответствии с заявленной позицией предоставлялась возможность уволить работника в период испытательного срока не только в связи с недостаточным для выполнения работы уровнем квалификации, но и за нарушения трудовой дисциплины. Тренд был понят и воспринят учёными, и в последующих комментариях ст. 71 ТК РФ почти дословно повторяется выделенный мной комментарий⁸.

Отсутствие в ст. 70 ТК РФ законодательно закреплённых признаков соответствия поручаемой работе дало возможность произвольного конструирования таких признаков в направлении, определённом в первом указанном комментарии ТК РФ, и в судебной практике. Так, в Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 11 апреля 2007 г. по делу № 4-ПВО7 утверждается, что основанием увольнения работника с работы, как не выдержавшего испытания, является недобросовестное поведение работника в период испытательного срока, характеризующее его отношение к правам и обязанностям. В качестве основания такого вывода делается ссылка на п.10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. «О применении судами Российской Федерации норм Трудового кодекса Российской Федерации» (в ред. от 28 декабря 2006 г. № 63), в соответствии с которым под деловыми качествами работника следует понимать не только профессионально-квалификационные качества работника, но и его личностные качества⁹. Действительно, в указанном пункте отмечается, что под деловыми качествами работника следует, в частности, понимать способности физического лица выполнять определённую трудовую функцию с учётом имеющихся у него профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определённой профессии, специальности, квалификации), личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определённого уровня образования, опыт работы по данной специальности, в данной отрасли). Кроме того, работодатель вправе предъявить к лицу, претендующему на вакантную должность или работу, и иные требования, обязательные для заключения трудового договора в силу прямого предписания федерального закона либо необходимые в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной

⁸ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. К.Н. Гусова. М.: Велби, 2003. URL: <http://www.kursach.com/biblio/2000009/000.htm>; Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Е.Н. Сидоренко. М.:Юрайт, 2004. С. 752. URL : <https://www.lawmix.ru/commlaw/1782?page=24>

⁹ СПС «Консультант Плюс». Такое по содержанию определение предлагается закрепить на законодательном уровне. См.: Белозерова К.А. Значение термина «деловые качества» для определения пределов усмотрения сторон трудовых отношений при приеме на работу // Рос. юстиция. 2016. № 12. С. 13.

работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере)¹⁰. Но эти личностные качества работника, как видно из приведенных их примеров, относятся только к его способности квалифицированно выполнять работу, а вовсе не к его поведению. В упомянутом постановлении Президиум Верховного Суда РФ вышел за пределы содержания этого понятия, данного в указанном Постановлении Пленума Верховного Суда РФ, произвольно дополнив признак «личностных качеств работника» признаком, относящимся не к качествам личности, а к её поведению. Недобросовестное поведение работника с испытательным сроком может быть основанием увольнения работника в общем порядке. К тому же нельзя признать приемлемым впервые употреблённое в названном Постановлении Пленума Верховного Суда РФ словосочетание «личностные качества работника», которое не имеет определённого содержания и под которым можно понимать всё что угодно. И только примеры этих «личностных качеств» позволяют сделать вывод, что речь идёт о здоровье и требованиях к квалификации работника, а не к его поведению, что и следовало бы записать в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ вместо расплывчатого и бессодержательного, ввиду отсутствия каких-либо пределов ограничения его содержания, словосочетания «личностные качества работника», явно двусмысленного «византийского» характера. Как верно заметила С.Ю. Головина, «неточное определение понятия (или его отсутствие) дает возможность правоприменителю манипулировать смыслами»¹¹. Сам же Верховный Суд РФ в решении от 26 июня 2014 г. № ГКПИ 14-381 указал, что конституционный принцип юридического равенства может быть обеспечен лишь при условии единообразного применения правовых норм, возможного только при наличии их формальной определённости, точности, ясности, недвусмысленности и согласованности в системе действующего правового регулирования¹². Здесь уместно отметить, что и Конституционный Суд РФ в своём Постановлении от 8 декабря 2015 г. № 31-П указал, что «норма должна быть формально определённой, чёткой, не допускающей расширительного толкования установленных ограничений и,

¹⁰ Там же.

¹¹ Головина С.Ю. Проблемы формулирования дефиниций в трудовом законодательстве России // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические проблемы: материалы междунар. «круглого стола» (Черновцы, 21 – 23 сентября 2006 г) / под ред. В.М. Баранова и др. Н Новгород: Нижегород. исслед. науч.-приклад. центр «Юридическая техника», 2007. С. 655.

¹² СПС «Консультант Плюс.

следовательно, произвольного их применения»¹³. Но вразрез с этим правилом сам же и уклонился от указания на факт очевидной, ввиду отсутствия конкретных признаков несоответствия, некорректности формулировки «несоответствие выполняемой работе» в ст. 70 ТК РФ в своём Определении от 28 января 2016 г. № 5-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Баева А.И. на нарушение его конституционных прав ч. 1 и 2 ст. 71 ТК РФ»¹⁴, как и в других подобных определениях по этому же поводу¹⁵, хотя сами по себе неоднократные факты обращения в Конституционный Суд РФ показывают логическую ущербность данной формулировки.

Такая позиция высших судебных органов создала для нижестоящих судебных инстанций широкие возможности для расторжения трудового договора с работниками с испытательным сроком. Так, например, в апелляционном определении Ростовского областного суда от 18.12.2014 г. по делу № 33-17069/2014 г. утверждается, что действующее законодательство не определяет конкретных критериев оценки деловых качеств работника, и отсутствие прямой нормы права с указанием на те или иные причины для вывода о признании работника, не прошедшим испытание, свидетельствует о разнообразии обстоятельств, учитываемых работодателем при подведении итогов испытания, что делает невозможным установление их конкретного перечня в законе¹⁶. Аналогичное решение принял Магаданский областной суд в своём апелляционном определении от 15 марта 2015 г. № 33,-134/2017, указав в обосновании, что «ссылка в жалобе на нарушение порядка увольнения истца, в связи с тем, что у последнего не отбиралось объяснение, не может быть принята во внимание, поскольку увольнение по основаниям, предусмотренным ст. 71 ТК РФ, несмотря на то, что является расторжением трудового договора по инициативе работодателя, не относится к дисциплинарному взысканию и, как следствие, предусмотренный ст. 193 ТК РФ порядок применения дисциплинарных взысканий к спорным отношениям не подлежит применению»¹⁷. Это прямое нарушение ч. 3 ст. 70 ТК РФ, предусматривающей, что в период испытания на работника распространяются положения трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. И

¹³ СПС «Консультант Плюс».

¹⁴ Там же.

¹⁵ См.: Определения Конституционного Суда РФ от 24.03.2015 г. № 433-0, от 20.04.2017 г. № 743-0, от 24.04.2018 г. № 927-0 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁶ СПС «Консультант Плюс».

¹⁷ СПС «Консультант Плюс».

увольнение за нарушение трудовой дисциплины должно производиться с соблюдением требований, установленных для такого увольнения.

Таким образом, судебная практика, произвольно расширив понятие соответствия выполняемой работе пошла по пути предоставления работодателям фактически полной свободы в расторжении трудового договора с работниками с испытательным сроком. Кроме того, как правило, работодатели внебюджетных организаций на период испытательного срока устанавливают работникам меньшую заработную плату, хотя в соответствии со ст. 132 ТК РФ заработная плата каждого работника зависит от его квалификации, сложности выполняемой работы, количества и качества затраченного труда, а вовсе не от того, с испытательным сроком или без него работник принят на работу. Эти явления находятся в русле замечания председателя Конституционного Суда В.Д. Зорькина о том, что исследования Института социологии РАН фиксируют системное изменение взаимоотношений работников и работодателей со смещением акцента в этих отношениях в сторону углубления бесправного положения работающих, наращивания объёмов их трудовых нагрузок с одновременным снижением их социальной защищённости¹⁸. Применительно к рассматриваемому вопросу в целях защиты интересов работников необходимо указать в ст. 70 ТК РФ точный признак соответствия выполняемой работе – уровень квалификации работника. В ТК Польши, например, предусмотрен договор на пробный срок, позволяющий работодателю «удостовериться в квалификациях работника», то есть указывается конкретно признак испытания – квалификация работника. Если законодатель считает нужным ещё расширить права работодателей в направлении указанного «смещения акцента» отношений работодателей с работниками, то можно вообще, как в Австрии или в Латвии, позволить расторгать трудовой договор с испытательным сроком любой из сторон без объяснения причин. Это, по крайней мере, честная чёткая позиция, позволяющая избавиться работникам, работодателям и судам от многочисленных судебных разбирательств, как правило бесполезных для работников. Но в любом случае «византийскую» формулировку в ст.70 ТК РФ об испытании работника «в целях проверки его соответствия поручаемой работе» без указания признаков этого соответствия необходимо уточнить на законодательном уровне, по моему мнению, её следующей редакцией: «в целях проверки соответствия *уровня его* (курсив мой.– Н.М.) квалификации поручаемой работе». Кроме того нужно запретить работодателям устанавливать

¹⁸ Зорькин В.Д. Буква и дух Конституции // Рос. газ. 2018. 9 окт.

пониженную заработную плату работникам на период испытательного срока.

Список литературы

1. Трудовое право России / под ред. Р.З. Лившица, Ю.П. Орловского. М.: Изд-во «Норма», 1998. С. 138.
2. Комментарий к трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. С.А. Панина. URL: <https://www.lawmix.ru/commlaw/1782?page=24>
3. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. К.Н. Гусова. М.: Велби, 2003. URL: <http://www.kursach.com/biblio/2000009/000.htm>
4. Комментарий к трудовому кодексу Российской Федерации / под ред. Е.Н. Сидоренко. М.: Юрайт, 2004. URL <https://www.lawmix.ru/commlaw/1782?page=24>
5. Комментарий официальных органов к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.Л. Сафонов. М.: МЦФЭР, 2006. С. 239 – 245.
6. Белозерова К.А. Значение термина "деловые качества" для определения пределов усмотрения сторон трудовых отношений при приеме на работу // Рос. юстиция. 2016. № 12. С. 11 – 13.
6. Головина С.Ю. Проблемы формулирования дефиниций в трудовом законодательстве России // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические, морально-психологические проблемы: материалы международного «круглого стола» (Черновцы 21 – 23 сентября 2006 г.) / под ред. В.М. Баранова и др. Нижний Новгород: Нижегород. исслед. науч.–прикладной центр «Юридическая техника», 2007. С. 655.
7. Зорькин В.Д. Буква и дух Конституции // Рос. газ. 2018. 9 окт.

ON THE ESSENCE OF THE PROBATION PERIOD AS A CONDITION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

N. T. Meleshenko
Tver State University

The article analyzes the main meaning and purpose of the probation period after entering into an employment contract. The need for such an analysis is due to the lack of design of Art. 70 of the Labor Code, which does not identify specific signs of compliance of the employee to the work performed. This leads to a broad interpretation of this concept in theory and law enforcement practice and, eventually, to infringement of labor rights of workers. In this regard, the author traces the process of transformation of the essence of the concept of «compliance of the employee with the work performed» in establishing the probation period in the Russian labor

legislation in the Soviet and post-Soviet periods and substantiates the conclusion about the need for legislative definition of its features in article 70 of the Labor Code.

Keywords: *probation period, employment contract, entering into an employment contract, compliance of the employee with the work performed.*

Об авторе

МЕЛЕШЕНКО Николай Трофимович – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права Тверского государственного университета (Россия, Тверь, ул. Желябова, 33); e-mail: Meleshenko1941@mail.ru

MELESHENKO Nikolai – PhD, Associate Professor of the department of law of the Tver state university (170100, Tver, Jelyabov Street, 33); e-mail: Meleshenko1941@mail.ru

Мелешенко Н.Т. Сущность испытательного срока как условия трудового договора // Вестник ТвГУ. Серия: Право. 2019. № 2 (58). С. 109 – 117.