

*Шамшина І.І.,  
доктор юридичних наук,  
професор кафедри правознавства  
Східноукраїнського національного  
університету імені Володимира Даля,  
м. Луганськ*

## **ВИПРОБУВАЛЬНИЙ СТРОК ЯК ФАКУЛЬТАТИВНА УМОВА ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ**

Визначено місце і значення факультативних умов у змісті трудового договору. Досліджена сутність і роль випробувального строку як факультативної умови трудового договору. Проведено аналіз наукових позицій щодо правового регулювання випробування у змісті трудового договору. Обґрунтовано пропозиції з вдосконалення правового регулювання факультативних умов трудового договору за вітчизняним законодавством.

**Ключові слова:** факультативні умови трудового договору, випробувальний строк, укладення трудового договору, договірне регулювання трудових відносин.

Факультативні умови трудового договору набувають особливого значення на етапі ринкових відносин. Ці умови дозволяють конкретизувати зміст трудового праввідношення в залежності від прагнень та інтересів роботодавця і працівника. Водночас, затребуваність факультативних умов трудового договору обумовлює необхідність їх належного правового врегулювання з тим, щоб виключити зловживання такими умовами на стадії укладення трудового договору.

Питанням правового регулювання змісту трудового договору, в тому числі факультативних умов трудового договору, приділяли увагу багато вчених, таких як: М.Г. Александров, Н.Б. Болотіна, С.Я. Вавженчук, В.В. Жернаков, М.І. Іншин, В.В. Лазор, Л.І. Лазор, Н.О. Мельничук, Н.А. Плахотіна, С.М. Прилипко, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишева, О.М. Ярошенко та інші. Але багато питань щодо факультативних умов трудового договору взагалі та випробувального строку, зокрема, у теперішній час все ще є дискусійними.

Метою цієї статті є визначення місця і значення у змісті трудового договору його факультативних умов, дослідження сутності випробувального строку як факультативної умови трудового договору, аналіз наукових позицій щодо випробування у змісті трудового договору та наслідків недосягнення сторонами згоди щодо встановлення випробувального строку, обґрунтування пропозицій з вдосконалення правового регулювання випробування за вітчизняним законодавством.

Виходячи із сучасної концепції трудового договору, поряд із істотними умовами трудового договору (без яких трудовий договір не може існувати), роботодавець та працівник можуть передбачити у трудовому договорі і факультативні (додаткові) умови, які відповідають прагненням сторін та особливостям застосування найманої праці конкретної особи. Слід підкреслити, що трудовий договір може існувати і без факультативних умов. Разом з тим, зараз значення факультативних умов трудового договору актуалізується, на що звертають увагу багато вчених. Так, В.В. Лазор обґрунтовано відзначає, що на етапі ринкової економіки трудовий договір виступає індивідуальним регулятором трудових відносин і тому не тільки істотні умови трудового договору, але й додаткові (факультативні) умови характеризують індивідуальні особливості працівника і/або роботодавця як сторони трудового договору. І наявність таких умов може робити привабливим або бажаним застосування найманої праці саме цього працівника у саме цього конкретного роботодавця [1, с.56]. Н.А. Плахотіна

наполягає на тому, що правове регулювання найманої праці в умовах активної побудови ринкової економіки має свою специфіку, що має знайти своє відбиття у правових нормах [2, с.124].

У сучасній науковій літературі обґрунтовано доводиться, основні суб'єкти трудового права, тобто роботодавець і працівник, повинні мати право визначати зміст трудового договору за спільним узгодженням [3, с.297]

Н.О. Мельник наголошує на тому, що метою договірною регламентування трудових відносин виступає збалансування інтересів працівників і роботодавців, що має бути визнано ще й засадою правового регулювання трудових відносин загалом для держави й законодавця, зокрема [4, с.172-173]. Важливо підкреслити, що факультативні умови трудового договору, якщо вони обумовлені у його змісті, також є обов'язковими для виконання сторонами.

Отже, можна бачити, що, з одного боку, факультативні умови є важливою складовою у змісті трудового договору. З іншого боку, правове регулювання цих умов має забезпечувати захист працівника від нав'язування факультативних умов трудового договору з боку роботодавця. Як справедливо зазначає С.Я. Вавженчук, сучасне трактування права людини на працю включає як необмінну складову те, щоб працювати тільки за наявності вільного погодження на працю, тобто праця не повинна бути примусовою [5, с.60-61]

Найбільш розповсюдженою додатковою умовою трудового договору на сучасному етапі виступає умова про випробування. Це обумовлено наявністю активного ринку праці і, відповідно, певної конкурентності претендентів на вільну вакансію. Слід визнати, що в умовах ринкових відносин роботодавцю має бути законом надано право віддавати перевагу тому претенденту, хто виявиться найбільш корисним для виробництва. Як відзначається у чинному трудовому законодавстві, з метою перевірки відповідності працівника роботі, на яку він приймається, при укладенні трудового договору може бути встановлене випробування. Відповідно до ч. 1 ст. 26 КЗпП України така умова може бути включена до договору, якщо це обумовлено угодою сторін [6]. Із змісту цієї правової норми прямо випливає, що умова про випробування є реалізацією договірних засад регулювання застосування найманої праці.

Випробувальний строк має зараз чимале значення і для самого працівника і для роботодавця – для створення якісного кадрового потенціалу на підприємстві і забезпечення конкурентоспроможності цього підприємства, для закріплення професійного авторитету працівника тощо. Адже, робоча сила – це також фактор виробництва, значення якого в умовах ринку актуалізується.

На думку Н.О. Мельничук, «...необхідно розмежовувати поняття умови щодо випробування як додаткової умови змісту трудового договору, що передбачає випробування, та випробування при прийнятті на роботу як обумовленого певним строком процесу взаємодії працівника і роботодавця з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається» [7, с.15].

Але ж необхідно звернути увагу на те, що для того, щоб випробування стало «процесом взаємодії працівника і роботодавця», спочатку умова про випробування має бути належним чином закріплена у змісті трудового договору. І правове регулювання порядку встановлення умови про випробування в трудовому договорі зараз потребує вдосконалення з метою усунення правової невизначеності, удосконалення сучасної правозастосовної практики та належного захисту прав громадян на працю.

Виходячи з теорії трудового права, наголошує Т.В. Парпан, умова про випробування належить до так званих додаткових (факультативних) умов, або, за іншою класифікацією, до істотних-ініціативних умов трудового договору [8, с.7]. Слід погодитися, що умова про випробування є ініціативною, адже будь-яка сторона (найчастіше такою стороною виступає роботодавець) має бути зацікавлена в наявності вказаної умови. Але важко погодитися з тим, що умова про випробування може якимсь

чином виступати «істотною». Треба наголосити на тому, що трудовий договір цілком може існувати і без умови про випробування працівника. Таким чином, визнавати умову про випробування «істотно-ініціативною» є і недоречним, і нелогічним.

Законодавство має чітко визначити, що випробувальний строк є саме факультативною умовою трудового договору і не може розглядатися як його істотна умова. Професійні якості працівника можуть доводитися наявністю певних документів, співбесідою з роботодавцем тощо. Як відзначають у науковій літературі до основних прав роботодавця має бути віднесено «право на професійний добір працівників, у тому числі шляхом тестування» [3, с.297]. Отже, випробувальний строк не є єдиним засобом перевірки професійних якостей працівника і тому може розглядатися тільки як додаткова (факультативна) умова трудового договору.

На сучасному етапі існують неоднозначні наукові погляди щодо того, чи може трудовий договір бути укладеним за наявності відмови працівника пройти випробування. Так, наприклад, Н.Б. Болотіна стверджує: «...якщо працівник відмовляється від випробування, трудовий договір не може вважатись укладеним» [9, с.277]. Вказану позицію підтримують й інші вчені. Так, наприклад, А.М. Прудинський зазначав, що «...вказівка в законодавстві на встановлення випробувального строку за угодою сторін може створити ілюзорне уявлення про те, що відсутність згоди з боку працівника робить неможливою відмову його прийняття на роботу. Тому в кодексі повинно бути вказано, що якщо працівник, який претендує на роботу, не погодиться з умовою про попереднє випробування, роботодавець має право відмовити в укладенні трудового договору (контракту)» [10, с.59].

Вважаю, що з наведеною позицією важко погодитися, оскільки при такому підході умова про випробування набуває обов'язкового характеру. Адже роботодавець, наполягаючи на випробуванні, по суті, буде нав'язувати працівнику цю умову трудового договору, а працівник буде вимушений погоджуватися на нестабільні трудові відносини під загрозою неможливості працевлаштування.

Загроза відмови в укладенні трудового договору при наявності у державі безробіття і конкуренції на ринку праці – це реальне порушення принципу свободи праці. Адже, при такому підході наявними є ознаки примусової праці. Визнання за роботодавцем права відмовляти працівнику в укладенні трудового договору внаслідок незгоди працівника з факультативною умовою трудового договору є реальною перешкодою для реалізації працівником свого природного права на працю, що слід визнати цілком неприпустимим.

Водночас, у науковій літературі існують й інші точки зору на наслідки відмови працівника від встановлення умови про випробування у трудовому договорі. Так, В.В. Жернаков, Г.С. Гончарова та С.М. Прилипко відзначають: «...якщо працівник надасть документи, що свідчать про його здатність виконувати роботу на належному рівні (трудова книжка із записом про виконання даної або аналогічної роботи на попередньому підприємстві, у якій можуть міститись відомості про заохочення, нагородження; документи, що підтверджують відповідну кваліфікацію, диплом, атестат, посвідчення про присвоєння відповідної кваліфікації й ін.), роботодавець не може відмовити йому у прийнятті на роботу з мотиву незгоди працівника пройти випробування» [11, с.68].

На мій погляд, вказана позиція є цілком обґрунтованою, переконливою і викликає повну підтримку. І хоча у науковій літературі є твердження, що «... інформація з наданих документів не може дати повне уявлення про ділові якості працівника. Ця інформація відображає трудову діяльність працівника в минулому, а при прийомі на роботу йдеться про майбутню роботу на новому місці, в іншому трудовому колективі, у нових умовах. Саме випробування і допомагає встановити, чи придатний працівник до виконання тієї чи іншої трудової функції в новій обстановці ...» [12, с.68], це не дає підставу для примушення працівника погоджуватися на випробування під загрозою відмови у прийнятті на роботу.

Позитивною рисою вітчизняного трудового законодавства є те, що воно забороняє необґрунтовану відмову працівнику в укладенні трудового договору. Таким чином, можна зробити логічний висновок: якщо немає об'єктивних підстав для відмови працівнику в укладенні трудового договору (а такими об'єктивними підставами вважається тільки відсутність вакансії або недостатній кваліфікаційний рівень працівника), а на випробування працівник не згоден, то трудовий договір має укладатися без випробування. І відмова роботодавця у цьому випадку в укладенні трудового договору повинна однозначно визнаватися законом як необґрунтована відмова людині в прийнятті на роботу.

Слід підкреслити, що працівник і роботодавець тільки формально є рівними сторонами при укладенні трудового договору. Фактично сторона, яка є економічно сильнішою (а такою стороною у трудових відносинах завжди виступає роботодавець), реально має змогу диктувати свої умови іншій стороні (тобто працівнику). Тому трудове законодавство повинне перешкоджати нав'язуванню умов трудового договору працівнику з боку роботодавця.

Можна бачити, що наявність правової невизначеності стосовно наслідків відмови працівника від встановлення випробувального строку або (більш того!) надання роботодавцю права вимагати від працівника згоди на випробування при укладенні трудового договору, неминуче призведе до реальної дискримінації громадян в реалізації їх права на працю.

Трудове право за своєю правовою природою і призначенням повинно, перш за все, захищати працівника від свавілля з боку роботодавця. Тому трудове законодавство має містити норму, яка чітко встановлюватиме, що недосягнення згоди між сторонами з умови про випробування, якщо немає об'єктивних підстав відмови працівнику в укладенні трудового договору, не може бути причиною для відмови з боку роботодавця в укладенні такого договору.

Можна погодитися з тим, що відмова від проходження випробування робить неможливим укладення трудового договору у випадку, коли особа або працевлаштовується вперше і у неї відсутня трудова книжка, і/або немає документального підтвердження тій кваліфікації, що вимагається за посадою. І хоча наявність необхідної освіти (документа про неї) не свідчить безумовно про відповідність працівника виконуваній роботі (адже про це можуть свідчити лише результати праці), чинне законодавство повинне рішуче захищати працівника від нав'язування йому з боку роботодавця додаткових умов трудового договору під загрозою відмови у прийнятті на роботу.

І відповідна норма має передбачатися у сучасному трудовому законодавстві. Вказаною нормою слід доповнити чинне трудове законодавство, а в подальшому ця норма має бути закріплена у новому кодифікованому джерелі трудового права – Трудовому кодексі України.

А якщо у подальшому працівник дійсно не буде справлятися зі своєю роботою, то на цей випадок чинне законодавство передбачає підставу звільнення працівника за ініціативою роботодавця за п.2 ст.40 КЗпП – невідповідність займаній посаді або виконуваній роботі, переконливо вказують професор С.М. Прилипка та професор О.М. Ярошенко [13, с.274]. Таким чином, можна бачити, що інтереси роботодавця щодо наявності якісного кадрового потенціалу цілком захищаються законодавством.

Отже, можна зробити висновок, що умова про випробування є важливою складовою змісту трудового договору в умовах ринкових відносин, але її встановлення є можливим лише при добровільному волевиявленні обох сторін – і працівника, і роботодавця. І тому трудове законодавство повинно містити норму, що реально забезпечує добровільність цього волевиявлення.

Вважаю також, що вказана норма повинна поширюватися на будь-які факультативні умови трудового договору. Таким чином, сучасне трудове законодавство має містити таку норму:

«Якщо сторони при укладенні трудового договору дійшли згоди стосовно його істотних умов, але не змогли домовитися щодо якихось факультативних умов, і при цьому працівник не відмовляється від укладення трудового договору – то трудовий договір має бути укладений».

Наявність такої правової норми реально захистить працівника від свавілля з боку роботодавця на стадії укладення трудового договору і сприятиме найбільш повній реалізації права людини на працю за сучасних ринкових умов.

Суттєвою проблемою на сучасному етапі є також регулювання звільнення працівника за результатом випробувального строку. Частина 2 статті 28 КЗпП вказує: «Якщо протягом строку випробування встановлено невідповідність працівника роботі, на яку його прийнято, власник або уповноважений ним орган протягом цього строку вправі розірвати трудовий договір. Розірвання трудового договору з цих підстав може бути оскаржене працівником в порядку, встановленому для розгляду трудових спорів у питаннях звільнення» [6]. Порядок звільнення при цьому не оговорюється і яким чином працівник зможе довести у суді свою точку зору щодо звільнення також не вказується.

У зв'язку з цим доречно звернути увагу на норму російського законодавства, де сказано: «При незадовільному результаті випробування роботодавець має право до сплину строку випробування розірвати трудовий договір з працівником, попередивши його про це у письмовій формі не пізніше ніж за три дні з вказівкою причин, що стали підставою для визнання працівника таким, що не витримав випробування..... Якщо у період випробування працівник дійде висновку, що запропонована йому робота не є для нього підходящою, він має право розірвати трудовий договір за власним бажанням, попередивши про це роботодавця у письмовій формі за три дні» [14, ст.71].

Вказаний правовий підхід заслуговує на увагу. По-перше, попереднє попередження працівника про звільнення за результатом випробування є гуманним і доцільним в умовах існуючого безробіття, оскільки дозволяє працівнику невідкладно почати пошук нової роботи. По-друге, вказівка у письмовому попередженні про звільнення причин невідповідності, полегшить формування доказової бази у разі оскарження працівником звільнення у суді. І, по-третє, надання працівнику можливості у спрощеному порядку розірвати трудовий договір у період випробувального строку надає випробуванню двостороннього характеру: перевіряється не тільки придатність працівника для роботодавця, але й навпаки – придатність роботодавця для працівника, що цілком відповідає демократичним тенденціям сучасного суспільства.

Таким чином, є доцільним запозичити вказану правову норму щодо результатів випробування й відобразити її у вітчизняному законодавстві.

На підставі проведеного дослідження можна зробити висновок, що на сучасному етапі правове регулювання факультативних умов трудового договору взагалі і випробувального строку, зокрема, потребує суттєвого вдосконалення. Саме на це й спрямовані висновки й пропозиції, що наведені у даній науковій статті.

### ***Література:***

1. Лазор В.В. Теоретические и социальные аспекты сущности трудового договора и порядок разрешения споров при невыполнении его условий: Монография /В.В. Лазор. – Луганск: «Литература», 2002. – 250 с.

2. Плахотіна Н.А. Визначення нових тенденцій правового регулювання змісту трудового договору /Н.А. Плахотіна // Актуальні проблеми права: теорія і практика. Збірник наукових праць. – Луганськ: Вид-во СНУ ім.В.Даля. – 2012. – № 23. – С.124-130.

3. Шамшина І.І. Суб'єкти трудового права: правове регулювання в умовах ринкових відносин: Монографія / І.І. Шамшина. – Луганськ: Вид-во «Література», 2010. – 448 с.
4. Мельничук Н.О. Договірне регулювання трудових відносин в нових економічних умовах. Монографія / Н.О. Мельничук. – К.: «Хай-Тек-Прес», 2012. – 340 с.
5. Вавженчук С.Я. Система захисту і охорони конституційних трудових прав працівників: монографія / С.Я. Вавженчук. – Харків: Діса плюс, 2013. – 510 с.
6. Кодекс законів про працю України // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – № 50. – Ст. 375 (зі змінами та доповненнями станом на 01.01.2014 р.).
7. Мельничук Н.О. Правове регулювання випробування при прийнятті на роботу за законодавством України: автореф. дис. ...канд.юрид.наук: 12.00.05 / Н.О. Мельничук. – Х., 2006. – 21 с.
8. Парпан Т.В. Істотні умови трудового договору: автореф. дис. ... канд.юрид.наук: 12.00.05 / Т.В. Парпан. – К., 2005. – 16 с.
9. Болотіна Н. Б. Трудове право України: підручник / Н.Б. Болотіна. – К.: Вікар, 2008. – 725 с.
10. Прудинский А.М. О дальнейшем совершенствовании законодательства о труде / А. М. Прудинский. // Правоведение. – 1993. – № 5. – С.58-62 .
11. Гончарова Г.С., Жернаков В.В., Прилипко С.М. Трудове право України у запитаннях та відповідях: Навчально-довідковий посібник / За ред. В.В. Жернакова. – Х.: Одісей, 2010. – 280 с.
12. Кодекс законів про працю України: Науково-практичний коментар / І.В. Арістова, В.В. Безусий, С.О. Бондар та ін.; за ред. О.О. Погрібного, М.І. Іншина, І.М. Шопіної. – К.: Правова єдність, 2008. – 456 с.
13. Прилипко С.М., Ярошенко О.М. Трудове право України: підручник / С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко. – Х.: ФІНН, 2011. – 800 с.
14. Трудовой кодекс Российской Федерации. – М.: «Юринформ», 2002. – 128с.

**Шамшина И.И. Испытательный срок как факультативное условие трудового договора: проблемы правового регулирования. – Статья.**

Определено место и значение факультативных условий в содержании трудового договора. Исследована сущность и роль испытательного срока как факультативного условия трудового договора. Проведен анализ научных позиций относительно правового регулирования испытания в содержании трудового договора. Обоснованы предложения по совершенствованию правового регулирования испытательного срока отечественным законодательством.

**Ключевые слова:** факультативные условия трудового договора, испытательный срок, заключение трудового договора, договорное регулирование трудовых отношений.

**Shamshina I.I. Probationary period as an optional condition of labour contract: problems of legal regulation. – Article.**

The place and importance of optional conditions in the content of the labour contract is determined. The nature and role of probation as an optional condition of labour contract are studied. The analysis of scientific positions on regulatory of probation in the content of the labour contract is held. Suggestions for improvement of legal regulation of probation in domestic legislation are justified.

**Keywords:** optional conditions of labour contract, the probationary period, the labour contract, contractual regulation of labour relations.