

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ, МОЛОДІ ТА СПОРТУ УКРАЇНИ
ЛЬВІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ІВАНА
ФРАНКА**

На правах рукопису

Мокрицька Наталія Петрівна

УДК 349.2

**РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ПРАЦЮ ЗА ТРУДОВИМ
ДОГОВОРОМ**

Спеціальність 12.00.05 – трудове право;
право соціального забезпечення

Дисертація на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник –
Пилипенко Пилип Данилович
доктор юридичних наук, професор

Львів – 2012

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....	3
ВСТУП.....	5
РОЗДІЛ 1 Право на працю та форми його реалізації в Україні.....	
1.1 Конституційне проголошення права на працю та проблеми його реалізації в умовах ринкової економіки.....	12
1.2 Поняття форми реалізації права на працю та її види в Україні.....	29
Висновки до першого розділу.....	50
РОЗДІЛ 2 Трудовий договір – основна форма реалізації права на працю.	
2.1 Поняття та значення трудового договору у сфері реалізації конституційного права на працю.....	53
2.2 Трудовий договір як підстава для виникнення трудових правовідносин.....	64
2.3 Способи укладення трудового договору.....	79
Висновки до другого розділу.....	99
РОЗДІЛ 3 Реалізація права на працю в особливий спосіб Укладення трудового договору.....	
3.1 Призначення на посаду як підстава для укладення трудового договору.....	102
3.2 Обрання на посаду та його юридичне значення для укладення трудового договору.....	117
3.3 Укладення трудового договору за фактом конкурсного відбору.....	133
Укладення трудового договору за рішенням суду.....	151
Висновки до третього розділу.....	166
ВИСНОВКИ.....	170
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	173

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВРУ - Верховна Рада України

ВСУ - Верховний Суд України

ГКУ – Господарський кодекс України

КЗпП – Кодекс законів про працю України

Наказ №24 - Наказ Головного управління державної служби «Про затвердження методичних рекомендацій, щодо застосування Порядку ведення особової справи державних службовців в органах виконавчої влади та зразків оформлення документів особових справ» від 05.07. 1998 р. № 24.

Наказ № 30/84 - Наказ Головного управління державної служби України, Української академії державної управління при Президентові України «Про затвердження загального порядку проведення іспиту кандидатів на заміщення вакантних посад державних службовців» від 10.05.2002 р. № 30/84.

Наказ № 42/621 - Наказ Головного управління державної служби «Методичні рекомендації щодо особливостей обрання на службу посадових осіб органів місцевого самоврядування» від 6.02.2002 р. № 42/621.

Пакт – Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16.12.1966 р

Постанова КМУ № 1065 – Постанова Кабінету Міністрів України від 22.11.2010 р. № 1065 «Деякі питання, пов'язані з підготовкою і внесенням подань щодо осіб, призначення на посаду та звільнення з посади яких здійснюється Президентом України або Кабінетом Міністрів України чи погоджується з Кабінетом Міністрів України»

Постанова КМУ №169 – Постанова Кабінету міністрів України «Про затвердження Порядку проведення конкурсу на заміщення вакантних посад державних службовців» від 15.02.2002 р. № 169.

Положення №744 – Наказ Міністерства освіти та науки України «Про затвердження Положення про обрання та прийняття на роботу науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів третього і четвертого рівня акредитації» від 24. 12. 2002 р. № 744.

Постанова КМУ №777 - Постанова Кабінету Міністрів України «Про проведення конкурсного відбору керівників державних суб'єктів господарювання» від 13.09.2008 р. № 777.

Проект ТКУ – проект Трудового кодексу України

ЦВК - Центральна виборча комісія

ЦКУ – Цивільний кодекс України

ВСТУП

Актуальність теми. Право на працю, що проголошене у ст. 43 Конституції України передбачає чимало форм його здійснення, які успішно використовуються сучасною системою ринкових відносин. При цьому трудовий договір закономірно вважається основною формою реалізації цього важливого права. У літературі щоправда не було спроб дослідити основні форми реалізації права на працю та визначитись з критеріями диференціації, правових умов його здійснення. Тим самим фактично відсутні правові підстави для розмежування основних та неосновних форм реалізації права на працю в Україні. Їх дослідження безумовно сприятиме визначенню шляхів подолання прогалин у правовому забезпеченні тих відносин, де особі гарантується можливість заробляти собі на життя працею, яку вона вільно обирає або на яку вільно погоджується.

Актуальність дослідження зумовлене також необхідністю більш повного врахування міжнародного досвіду у виробленні нових сучасних підходів до законодавчих правил, що ними забезпечується реалізація права на працю за трудовим договором. Останній вважається основним та визначальним чинником і показником фактичного існування відносин найманої праці незалежно від його змісту, форми, суб'єктного складу тощо.

Сьогодні продовжуються кодифікаційні роботи над проектом Трудового кодексу України. Розробниками цього акту було запропоновано низку новел правового регулювання укладення трудового договору, у тому числі щодо виникнення відносин найманої праці на підставі акту про призначення на посаду, конкурсного відбору, виборів, судового рішення. Відтак набувають і якісно нового значення чимало питань, які стосуються реалізації права на працю за цими підставами.

Вагомий внесок у дослідження правової природи трудового договору, у тому числі і як форми реалізації права на працю внесли такі вчені – правознавці у галузі трудового права як Н. Б. Болотіна, В. Я. Бурак, В. А. Глозман, В. В. Єрмоменко, В. В. Жернаков, І. В. Зуб, М. І. Іншин, З. Я. Козак, Ф. М. Левіант, А.

Е. Пашерстник, П. Д. Пилипенко, В. І. Прокопенко, О. І. Процевський, В. Г. Ротань, С.Б. Стичинський, Н. М. Хуторян, Г. І. Чанишева, О. М. Ярошенко та багато інших. Їхні теоретичні здобутки та наукові напрацювання сприяли якісному оновленню інституту трудового договору в умовах переходу України до ринкових стосунків. Проте науковий підхід, спрямований на пошук шляхів вирішення та з'ясування правових проблем, які виникають в процесі реалізації конституційного права на працю, у тому числі шляхом укладення трудового договору, ще не був предметом окремого дисертаційного дослідження, що зумовило обрання цієї теми.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.

Дисертаційне дослідження виконано згідно з планом наукової роботи кафедри трудового, аграрного та екологічного права Львівського національного університету імені Івана Франка в межах держбюджетної теми “Проблеми систематизації трудового, земельного та екологічного законодавства” (номер державної реєстрації 0111U005531).

Мета та завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є комплексне вирішення проблем, які виникають в процесі реалізації конституційного права на працю, вироблення науково обґрунтованих пропозицій щодо удосконалення чинного законодавства та норм проекту Трудового кодексу України в частині укладення трудового договору.

Для досягнення мети у процесі дослідження ставилися такі основні задачі:

- здійснити теоретичний аналіз конституційних норм, які забезпечують реалізацію права на працю в Україні та їх відповідність загальноновизнаним міжнародним стандартам у сфері праці;
- дослідити теоретичне підґрунтя поняття “реалізація права на працю” та “форми реалізації права на працю”, запропонувати оптимальні критерії для їх класифікації;
- виявити, проаналізувати та систематизувати шляхи досягнення взаємних домовленостей в процесі погодження істотних умов трудового договору з метою визначення моменту виникнення прав та обов'язків його сторін;

- узагальнити та сформулювати єдиний підхід щодо укладення трудового договору за фактом конкурсного відбору, призначення та обрання на посаду;
- з'ясувати роль та значення судового рішення як юридичного факту, що слугує підставою для укладення трудового договору;
- сформулювати конкретні пропозиції щодо вдосконалення чинного трудового законодавства та проекту Трудового кодексу України.

Об'єктом дослідження є трудові відносини в частині укладення трудового договору.

Предметом дослідження є теоретичні та практичні проблеми реалізації права на працю за трудовим договором.

Методи дослідження. У процесі дослідження були використані загальнонаукові та спеціальні методи, які застосовувалися у дисертаційній роботі для об'єктивного аналізу правових норм, що опосередковують реалізацію права на працю, основу яких становить загальнонауковий діалектичний метод.

У процесі наукового дослідження також було використано такі методи, як формально-логічний метод та формально-юридичний метод - для виявлення суперечностей, неузгодженостей між елементами правової норми, їх поєднання у комплекс правового регулювання однорідних відносин (п.п. 1.1, 1.2, 2.1); порівняльно-правовий метод – для аналізу досвіду правового регулювання трудових правовідносин в інших країнах іноземних держав з метою виявлення його можливості запозичення та використання у національне трудове законодавство (п.п. 2.3, 3.1); методи аналізу та синтезу – для дослідження окремих правових норм та поєднання їх в єдине загальне (п.п. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4).

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що дисертація є першим комплексним дослідженням трудового договору як основної форми реалізації конституційного права на працю та способів його укладення. При цьому досліджено питання конституційної визначеності права на працю та гарантії його забезпечення в умовах ринкової економіки.

Найбільш вагомими результатами дисертаційного дослідження, які мають наукову новизну, є такі:

вперше:

– доведено, що положення ч. 1 ст. 43 Конституції України, де проголошується право на працю не відповідає у такій редакції загальновизнаним принципам та нормам міжнародного права у цій сфері. Пропонується розглядати це право як можливість особи обирати чи погодитися на таку працю, яку вона визначила для себе засобом заробітку для життя. Забезпечення цього права, на переконання автора полягає у створенні відповідних умов, за яких його зможе реалізувати кожна людина;

– обґрунтовано та сформульовано юридично-значиме поняття “реалізація права на працю”, під якими запропоновано вважати процес втілення в життя можливості вільно обирати працю та місце праці або добровільно погодитися на працю як засіб заробітку для життя, що потребує встановлення правил, якими визначаються межі та спосіб реалізації здібностей до праці, а також безпосередню реалізацію шляхом правомірної поведінки уповноважених суб’єктів вільно обирати працю та місце праці або добровільно погодитися на працю, яка їм пропонується;

– сформульовано визначення поняття “правова форма реалізації права на працю” як поєднання необхідних правових засобів, які використовуються уповноваженою особою для отримання правових умов заробляти собі на життя працею, яку вона вільно обрала або на яку вільно погодилася;

– пропонується визнати судові рішення юридичним фактом, що є підставою для укладення трудового договору. Такого значення воно набуває після встановлення судом факту порушення роботодавцем норм трудового законодавства при працевлаштуванні на роботу. Трудовий договір потрібно вважати укладеним за рішенням суду з дати накладення резолюції про відмову у прийомі особи на роботу. За відсутності такої заяви суд встановлює строк, протягом якого роботодавець повинен укласти трудовий договір відповідно до закону;

удосконалено:

– пропозиції щодо порядку укладення трудового договору за фактом призначення. Запропоновано викласти відповідну статтю при ухваленні нового Трудового кодексу України наступним чином :“У випадках, передбачених законами України трудовий договір укладається в порядку призначення на посаду шляхом видання роботодавцем акту (рішення) про призначення на посаду. У ньому зазначається строк, протягом якого за місцем роботи працівника видається наказ про прийняття на роботу зі зазначенням дати початку роботи”;

– юридичні приписи щодо укладення трудового договору за результатами виборів. Пропонується ст. 61 проекту Трудового кодексу України викласти у такій редакції “У випадках, передбачених законами, трудовий договір укладається за результатами виборів шляхом таємного або відкритого голосування. На підставі рішення про обрання вноситься запис до трудової книжки із зазначенням того, що особа обрана на посаду та дати початку роботи за трудовим договором.” Внесення відповідних записів роботодавцем засвідчує факт укладення трудового договору і набуття особою статусу працівника;

– положення про укладення трудового договору за результатами конкурсного відбору. Пропонується вважати рішення конкурсної комісії обов’язковим для роботодавця, який на його основі повинен укласти трудовий договір з переможцем конкурсного відбору;

дістали подальшого розвитку:

– теоретичні напрацювання щодо конституційно-правових гарантій забезпечення права на працю. Доведено, що на конституційному рівні воно полягає у створенні за допомогою правових, економічних та організаційних важелів достатніх умов кожному для вільного обрання чи погодження на працю, яка б надала можливість особі заробляти нею на життя;

– наукові висновки про юридичне значення переговорів як загального способу укладення трудового договору та можливі шляхи виникнення відносин найманої праці за їх позитивним результатом. Наголошується, що факт

укладення трудового договору може підтверджуватися письмовим рішенням роботодавця за наявності письмової згоди майбутнього працівника, фактичним допуском до роботи особи з відома чи з дозволу роботодавця або переведенням працівника за його згодою до іншого роботодавця;

– концептуальні пропозиції щодо юридичного розуміння необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу. Обґрунтованість відмови у працевлаштуванні, на думку автора, повинна встановлюватися тільки судом на основі поданих та досліджених в порядку цивільного судочинства доказів. Законодавець шляхом встановлення загальних та спеціальних гарантій при укладенні трудового договору визначає обсяги її доказування у цивільному процесі.

Практичне значення одержаних результатів. Висновки та пропозиції, які містяться у дисертації, можуть бути використані для подальших наукових напрацювань в сфері дослідження проблем реалізації права на працю за трудовим договором.

Матеріали дисертації можуть застосовуватися у навчальному процесі, зокрема для читання курсу “Трудове право України”, а також для написання підручників, навчальних посібників, практикумів, коментарів законодавства тощо.

Апробація результатів дисертації. Дисертація виконана на кафедрі трудового, аграрного та екологічного права Львівського національного університету імені Івана Франка, обговорена на її засіданні, де одержала позитивну оцінку та рекомендована до захисту.

Основні положення дисертаційного дослідження висвітлювалися у доповідях на таких науково-практичних конференціях: XVI регіональній науково-практичній конференції “Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні” (м. Львів 2010 р.), I Міжнародній науковій конференції студентів та аспірантів “Правове забезпечення соціальної сфери” (м. Одеса 2010 р.), IX Міжнародній студентсько-аспірантській науковій конференції “Актуальні проблеми прав людини, держави та правової системи” (Львів, 2010 р.), VII Міжнародній науково-практичній конференції “Актуальні питання

реформування правової системи України” (м. Луцьк, 2010 р.), XVII регіональній науково-практичній конференції “Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні” м. Львів, 2011 р.).

Публікації. Найважливіші положення та висновки дисертації відображені у чотирьох статтях, опублікованих у наукових виданнях, що визнані фаховими для юридичних наук, а також в п’яти тезах доповідей та наукових повідомленнях на наукових і науково-практичних конференціях регіонального, республіканського та міжнародного рівня.

РОЗДІЛ 1

ПРАВО НА ПРАЦЮ ТА ОСНОВНІ ЙОГО ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ.

1.1. Конституційне проголошення права на працю та проблеми його реалізації в умовах ринкової економіки.

Право на працю формує складову філософсько-правового розуміння теорії основних природніх прав та свобод людини, які за висловом Алексеєва С.С. є основною оцінкою діючого права [1, С. 31]. До розвитку загальних філософсько-правових питань прав людини долучилися також Лукашева Е. А. [2], Строганов М. І. [3], Андріїв В. М. [4] тощо.

Уперше право на працю доведене до міжнародного рівня як основне право людини у ст. 32 Загальної декларації прав людини від 10.12.1948 р.[5]. Тут воно було проголошено разом з правом на вільний вибір роботи. Пізніше на основі цього документу прийнятий Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16.12.1966 р.[6], (далі – Пакт). У п. 1 ст. 6 цього акту передбачено, що «Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право на працю, що включає право кожної людини отримати можливість заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується, і зроблять належні кроки до забезпечення цього права».

Як бачимо, з тексту ст. 6 Пакту йдеться про «визнання права на працю», а не надання особі юридичної можливості мати таке право. В оригіналі тексту цього документу звучить як «recognize» [7], що в перекладі може позначати дію за значенням «офіційно визнавати». [8, С. 841].

Такому викладу ст. 6 Пакту сприяло положення ст. 1 Загальної декларації прав людини. Тут передбачено, що «всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах.»[5]. Тому право на працю належить особі від народження та не потребує «дозволу» з боку держави. Людина може навіть не використовувати право

на працю. Проте ніхто не може бути позбавлений його ні за власним бажанням ні примусово. Надання праву на працю загальнообов'язковості не має потреби. Воно існує у суспільстві об'єктивно, незалежно від визнання його державою. Адже право на працю є загальновизнаним міжнародно-правовим стандартом у сфері праці. У преамбулі до Пакту [6] записано, що визнання гідності та рівних і невід'ємних прав людини є основою свободи, справедливості та загального миру. Власне на таких засадах, як видається, має ґрунтуватися об'єктивне право, щоб відображати зміст та соціальне призначення права на працю.

Отже у Пакті вперше на рівні міжнародного співробітництва держав було вироблено єдиний підхід до розуміння основних прав людини. Тут право на працю проголошується шляхом визнання його рівним невід'ємним для усіх та впливає з гідності, що є властивістю кожної особи.

Разом з тим людина існує у суспільстві, є істотою соціальною. Задля забезпечення свого існування вона, зазвичай, працює за грошову винагороду, реалізуючи тим самим своє право на працю. Як впливає з аналізу ст. 2 Пакту [6] право на працю має здійснюватися «без будь-якої дискримінації щодо раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншої обставини». При тому держави повинні гарантувати дотримання цих вимог.

Відтак проголошення цього права у Пакті відбувається не тільки шляхом його визнання.

Зокрема, у ч.1 ст. 6 Пакту [6] передбачено поряд з правом на працю і право кожної людини отримати можливість заробляти собі на життя працюю, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується. Зазначено також обов'язок держав зробити належні кроки щодо забезпечення цього права. Положення ч. 1 ст. 6 Пакту [6] не дають однозначного розуміння того, про що йдеться. Очевидно це не право на працю. Адже як таке, згідно тексту, держави зобов'язані лише визнати. Якщо б забезпечення права на працю видавалось реальним, то у п. 1 ст. 6 цього договору не було записано, що воно «включає право кожної людини отримати можливість заробляти собі на життя». За такого формулювання мова йде саме про складову

права на працю, обов'язок держави стосовно якої необхідно зробити належні кроки до реалізації.

Зауважимо, що поняття «забезпечувати» в оригіналі документу звучить як «safeguard» [7], що в перекладі з англійської мови означає забезпечувати, гарантувати, захищати. [8, С. 904].

Аналіз використаних термінів свого часу був зроблений розробниками цієї норми, Елстоном та Квіном [9]. Вони вважали, що терміни «забезпечувати» і «гарантувати» за своїм характером є більш вимогливими ніж «визнавати» та «захищати». На їхню думку не можливо поступово здійснювати «забезпечення» та «гарантії».

З цього можна зробити висновок про використання у ч.1. ст.6 Пакту саме терміну «забезпечувати» щодо «можливості заробляти собі на життя працюю, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується».

Зазначимо, що в українській мові поняття «забезпечувати» є багатоаспектним. Воно вживається у таких значеннях як «створювати надійні умови для здійснення чого небудь; гарантувати щось; захищати, охороняти кого-небудь від небезпеки» [10, С. 375]. Як впливає з тексту Пакту забезпечення названого права мало б полягати у тому, що держава створює насамперед умови для вільного обрання чи погодження на таку працю, яка б надала можливість особі заробляти собі на життя. В такий спосіб проголошується право на працю у відповідності до норм міжнародного права. Адже загалом термін «проголошувати» позначає дію за значенням «заявляти про визнання кого -, чого-небудь кимсь або якимсь; давати комусь, чомусь характеристику, оцінку» [10, С. 1148].

Відтоді положення ст. 6 Пакту стали основою для формування і розвитку національного законодавства у сфері праці. Вони визнані пріоритетом щодо норм державного характеру і не можуть бути змінені чи відмінені державою.

Подальше розуміння права на працю та його юридичне оформлення пов'язане з прийняттям Європейської соціальної хартії (переглянутої) від 03.05.1996 р. № ETS № 163 [11]. Зауважимо, що Україна ратифікувала низку її положень [12]. У цьому акті передбачено як принцип чи право, що кожна людина повинна мати можливість

заробляти собі на життя професією, яку вона вільно обирає. Принаймні така невизначеність впливає з аналізу частини 1 цього документу. [11]. Усі інші положення, зазначені у цій частині сформульовані як «кожен має право».

Більше того, у частині 2 документу [11] йдеться про обов'язок держави ефективно захищати право тільки працівника, а не кожного, заробляти собі на життя професією, яку він вільно обирає. Оскільки частина 2 має назву «право на працю», то згідно тексту право на працю визнається однією з найважливіших цілей досягнення якомога вищого та стабільного рівня зайнятості, маючи на меті досягнення повної зайнятості.

Також зазначимо, що у Пакті йдеться про вільне обрання праці або погодження на неї. У Європейській соціальній хартії (переглянутій) акцентується на вільному обранні професії. На нашу думку, таке формулювання не звучує проголошеного у Пакті права на працю. Адже під професією розуміють рід занять, трудової діяльності, що вимагає певних знань та навичок і є для когось джерелом існування [10, С. 1177].

Отже право на працю у цьому документі набуває властивостей правового принципу, на основі якого має будуватися державна політика сприяння зайнятості населення. Підтримання високого рівня зайнятості зобов'язує держав ефективно захищати право працівника заробляти собі на життя професією, яку він вільно обирає. Тим самим забезпечується стабільність відносин найманої праці.

Відтак, міжнародно-правові зобов'язання країн учасниць, які спрямовані власне на забезпечення можливості кожного заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується визначені тільки Пактом. Як зазначає Черняєва Д. В. [13, С. 96]., усі норми міжнародних стандартів праці поділяються на самостійні та несамостійні. При цьому самостійними вважаються норми, які володіють однією з таких ознак: наявність домовленості сторін відповідного міжнародного договору про безпосереднє включення цих норм в систему внутрішньо-державного законодавства про працю або наявність в тексті норми механізму забезпечення її виконання.

Потрібно зауважити, що відповідно до ст. 9 Конституції України від 28.06.1996 р. №254к/96-ВР. [14] чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (далі ВРУ), є частиною національного законодавства. Україна як правонаступниця СРСР є країною-учасницею Пакту, яка ратифікувала цей договір. [15] Включення його норм у національне законодавство покладає на державу обов'язок забезпечити реалізацію положення «кожен має право заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується», а не лишень продублювати його у основному законі держави.

Зазначимо також, що право на працю є рівним для усіх і не може бути обмеженим на державному рівні. При цьому, як зазначалося його складовою є можливість кожного заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується». Її забезпечення покладає відповідні зобов'язання на держав учасниць. Зокрема, аналіз ст. 2 та 4 Пакту [6] дає можливість зробити висновок, що для осіб, які не є громадянами відповідної країни створюються умови реалізації ними можливості заробляти собі на життя у відповідності до національного законодавства, що є фактично умовою забезпечення права на працю.

Відповідно до ч. 2 ст 6 Пакту заходи, які повинні вжити держави-учасниці з метою повного здійснення цього права, включають програми професійно-технічного навчання і підготовки, шляхи і методи досягнення продуктивної зайнятості в умовах, що гарантують основні політичні і економічні свободи людини. Разом з тим тут йдеться радше тільки про елементи, на яких повинна будуватися державна програма сприяння зайнятості населення загалом для повного здійснення права на працю.

Важливим є те, що п. 1 ст.6 Пакту передбачає обов'язок держав зробити належні кроки до забезпечення тієї її складової, яка позначає «право кожного заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає, або на яку вільно погоджується».

Відтак Пакт надає можливість державі самостійно визначитися з формулюванням конституційно-правової норми, якою б були б створені умови для забезпечення права на працю та його конституційного проголошення. Адже для

країн з континентальною системою права конституція є основним законом держави, на якій ґрунтується усе національне законодавство.

Конституційно-правова норма ст. 43 основного закону України від 28.06.1996 р. №254к/96-ВР [14] констатує, що «кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя».

Зауважимо, що основна відмінність у формулюванні конституційного припису полягає у тому, що законодавець використовує положення «кожен має право на працю». Натомість у ст. 6 Пакту йдеться тільки про визнання права на працю та необхідність забезпечення права заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується.

Невеликий екскурс в історію дає можливість зрозуміти ідею викладу положення «кожен має право на працю» та механізму реалізації. Право на працю у ч. ст. 38 Конституції УРСР 1978 р. [16], так як і в ст. 40 Конституції СРСР 1977 р. [17], трактувалося як право «на отримання гарантованої роботи з оплатою праці відповідно до її кількості та якості і не нижче встановленого державою мінімального розміру – включаючи право на вибір професії і роботи у відповідності з покликанням, здатністю, професійною підготовкою, навчанням і з врахуванням суспільних потреб». На додаток, воно було одночасно виписано з положенням про обов'язок кожного працювати. Відтак сумнівним було правове існування права на працю. Однак сама ідея формулювання його у Конституції УРСР є доволі гуманною. Це зумовлене тією обставиною, що існувала гарантія, якою забезпечувалося суб'єктивне право на працю. Ця гарантія полягала у обов'язку держави надати роботу всім і кожному відповідно до покликання, здатностей професійної підготовки, навчання та суспільних потреб. При цьому оплата праці була передбачена не нижче встановленого державою мінімального розміру.

Централізована державна влада СРСР була побудована на комуністичних ідеалах, де держава була єдиним роботодавцем. Тому встановлення обов'язку працевлаштування державою було вагомим для радянського суспільства явищем. Щоправда норми Конституції СРСР та УРСР не мали прямої дії. Їхні положення могли коригуватися, змінюватися законодавчими актами. Природність права на

працю у радянських конституціях можна поставити під сумнів і тому, що ратифікація міжнародно-правових стандартів в галузі трудових прав носила суто формальний характер [15]. І право на працю було радше дароване державою, а ніж належало особі в силу її людської природи.

З проголошенням суверенітету Україна, як правонаступниця СРСР обрала шлях приєднання до міжнародно-правових стандартів в галузі прав людини [18]. Одним з перших кроків стала гармонізація національного законодавства та приведення його у відповідність до загальноновизнаних норм міжнародного права. Разом з тим текст норми ст. 43 Конституції України був тільки переписаний з ч. 1 ст. 6 Пакту. При цьому право на працю виписано через положення «кожен має право на працю». На перший погляд, суттєвої різниці у такому викладі немає.

Зокрема, Іспанія [19] свого часу закріплювала у своїй конституції положення «кожен має право на працю». Однак у період формування ринкових відносин підхід до формулювання відповідної конституційної норми у багатьох країнах зазнає змін. Зокрема, у ст. 29 Конституції Естонії [20] зазначено, що людина має можливість обирати рід занять, професію і місце роботи. У ст. 65 Конституції Польщі [21] наголошується на вільному виборі професії і професійної діяльності, а також місця роботи.

Як бачимо держави фактично відмовляються дублювати положення Пакту. Та й у цьому немає потреби. Важливо, щоб конституційно-правові положення ґрунтувалися на пріоритеті загальноновизнаних прав людини, незалежно від того в який спосіб вони сформульовані у основному законі країни.

Як зазначає Сагандиков М. С. [22, С. 248] конституційні положення, які можуть і повинні бути юридично забезпечені незалежно від економічних умов це суб'єктивні конституційні права. Одним з них автор називає право на свободу працевлаштування. (свобода вибору професії чи зайняття, а не право на працю), яке має бути забезпечене можливістю судового захисту.

Загалом у теорії права суб'єктивне юридичне право виражене можливістю певної поведінки суб'єкта права. Зокрема, Рабинович П. М. [23, С. 68-69] визначає це поняття як закріплену в юридичних нормах можливість певної поведінки цього

суб'єкта, спрямованої на здійснення відповідних прав людини. При цьому зазначає автор, володіючи суб'єктивним юридичним правом, особа набуває таких можливостей (свобод): самій чинити певні активні дії (право на свої дії), вимагати від інших суб'єктів вчинення певних дій (право на чужі дії) та звертатися до держави за захистом, примусовим забезпеченням свого юридичного права (право на забезпечувальні дії держави).

При цьому, як зазначають у теорії права [24, С. 267] ця поведінка може бути здійснена в певних межах, визначених нормою права. Зокрема, Скакун О. Ф. [25, С. 390] наголошує, що суб'єктивне право це вид та міра можливої (або дозволеної) поведінки.

З огляду на формулювання ст. 43 Конституції України право на працю набуває ознак такого загальнообов'язкового юридичного припису тільки тоді, коли є визначена міра поведінки носія цього права. Проте такий підхід суперечив би загальновизнаному міжнародному стандарту у сфері праці, за яким право на працю є рівним і не обмеженим. Більше того, право на чужі дії мало б полягати у обов'язку держави працевлаштувати кожного, хто виявив бажання заробляти собі на життя працею. При цьому очевидно це право належить і особам, які не є громадянами України. В сучасних ринкових умовах, коли держава не є єдиним роботодавцем надати роботу кожному є неможливо. Тому положення «кожен має право на працю» є декларативним, а не суб'єктивним юридичним правом.

Такий підхід закладений і у рішенні Конституційного Суду України від 09.07.1998 р. № 12-рп/98 (далі – КСУ) [26], у якому пояснено зміст ч. 1 ст. 43 основного закону. Зауважимо, що тут йдеться про право заробляти собі на життя та право на працю. Зокрема, право заробляти собі на життя є невід'ємним від права на саме життя, оскільки останнє є реальним тоді, коли матеріально забезпечене. Натомість право на працю розглядається як природна потреба людини своїми фізичними і розумовими здібностями забезпечувати своє життя. Його має кожна людина, воно є невідчужуваним, тому самій особі належить виключне право розпоряджатися своїми здібностями до праці. Воно закладене у самій людській природі. Це право передбачає як можливість самостійно займатися трудовою

діяльністю (індивідуально-трудова діяльність, фермерство тощо), так і можливість працювати за трудовим договором чи контрактом.

На нашу думку таке тлумачення КСУ ще раз підкреслює нероздільність права на працю та права заробляти собі на життя. Право на працю, відповідно до пояснень КСУ, є природною потребою людини своїми фізичними та розумовими здібностями забезпечувати своє життя. Але в соціумі – ця природна потреба і виражає необхідність заробляти собі на життя. Тобто право на працю є природним і водночас соціальним.

Адже з огляду на етимологію [10, С. 1103] під працею можна розуміти суспільно-корисну усвідомлену вольову трудову діяльність, що вимагає фізичних та розумових зусиль. Фізичні та розумові здібності до праці людина може застосовувати у різних сферах своєї життєдіяльності, обираючи працю для задоволення власних чи суспільних потреб. У тому числі використовувати її як засіб матеріального забезпечення.

Разом з тим, як видається КСУ слідує суто логіці законодавця. Оскільки у Конституції України закріплено положення «кожен має право на працю», то і розуміється воно як можливість здійснювати ту чи іншу трудову діяльність з метою заробітку. Проте «можливість» і «природна потреба» людини, як видається, не є тотожними поняттями у праві. Можливість це категорія, яка притаманна суб'єктивному праву. Тому можливість самостійно займатися трудовою діяльністю, працювати за трудовим договором втілюється у правовідносинах щодо застосування своєї здатності до праці тільки у відповідності до законодавчих правил на основі реалізації суб'єктивного юридичного права. Фактично у своєму рішенні КСУ по суті визначає ті сфери трудової діяльності, де особа може заробляти собі на життя у спосіб застосування своїх фізичних та розумових здібностей до праці. Щоправда зміст суб'єктивного юридичного права на працю цей орган у своєму рішенні не розкриває.

Отже, як бачимо право на працю у такому формулюванні, в якому це право міститься у Конституції України не є суб'єктивним юридичним правом. Це один з варіантів формулювання такого конституційного положення, яке б ґрунтувалося на

пріоритеті загально визнаних прав людини. Щоправда при цьому були використані ще радянські підходи до його викладу, які не сумісні з міжнародно-правовими стандартом у сфері праці.

Зазначимо, що обов'язок держав – учасниць мав би полягати не стільки у дублюванні у основному законі загально визнаного правового припису, стільки у створенні кожному умов для вільного обрання чи погодження на ту працю, яку особа визначила для себе як засіб матеріального існування. При цьому, вочевидь конституційно-правова норма повинна бути сформульована таким чином, щоб було зрозуміло у який спосіб особа реалізує право на працю.

При цьому вільне обрання праці, на нашу думку, передбачає можливість особи з поміж різноманітних видів діяльності обрати ту, яка б на думку особи, надала можливість заробляти собі на життя.

Погодження на працю, як видається, має інший зміст. Суть у тому, що особа добровільно без примусу погоджується (дає згоду) займатися певною діяльністю, але сама праця пропонується кимось іншим.

Прикладом для цього висновку може бути ст. 16 Закону України «Про попереднє ув'язнення» від 30.06.1993 р. № 3352-ХІІ [27]. Тут передбачено, що особи, які взяті під варту можуть залучатися до роботи лише в межах території місця попереднього ув'язнення за їх згодою і з дозволу слідчого, органу дізнання або суду, в провадженні яких знаходиться справа. Їх праця оплачується за тарифними ставками (окладами), що діють у народному господарстві з встановленим розміром відрахувань.

Отже такі особи не можуть бути обмежені у реалізації природного та соціального права на працю. Інша річ – існує специфіка здійснення права в межах відповідного закладу на умовах, визначених законодавчо. Вона полягає у тому, що особи, які перебувають під вартою не можуть самостійно обирати працю, але вправі працювати і отримувати винагороду за роботу, на яку вони добровільно погодилися. Відтак створюються умови для забезпечення права на працю таких осіб. Щоправда форму такої згоди законодавчо не визначено. Разом з тим на підзаконному рівні [28] передбачено письмову згоду особи на таку роботу та надання її з врахуванням ряду

вимог. (стать, вік, необхідна спеціальність (професійні навички), набутий досвід, працездатність та стан здоров'я відповідно до висновку медичного обстеження).

Таким чином можливість вільно погоджуватися на працю визначає шлях для реалізації права на працю тільки тоді, коли така згода була письмова і робота була запропонована з врахуванням вищеназваних вимог. При цьому особа не вправі вільно обирати місце праці. Доцільно також надати особі можливість вибору і запропонувати декілька видів робіт, перелік який би містив документ, який би виражав письмову згоду на таку роботу.

Відтак проблеми здійснення природного та водночас соціального права на працю для окремих категорій осіб розпочинаються з не чіткого формулювання конституційної норми, якою має бути забезпечене це право відповідно до загальновизнаних міжнародно-правових стандартів прав людини у сфері праці.

З огляду на це доцільно звернутися до поняття конституційно-правових гарантій, які слугують комплексом умов для забезпечення права на працю. Зокрема, Т. Заворотченко [29, С. 23], яка досліджувала питання конституційно-правових гарантій розкриває їх як «відповідні умови і засоби, які сприяють реалізації кожною людиною закріплених у Конституції прав та свобод». Тобто вона вважає, що «це певні умови, за яких можлива найповніша і всебічна реалізація права та засоби, що ефективно забезпечують охорону і захист прав та свобод особи в разі їх незаконного порушення».

Конституційно-правові гарантії, які підсилюють правовий рівень реалізації права на працю у тому значенні, в якому воно викладене у ч. 1 ст. 43 Конституції України закріплені у тій ж статті.

Натомість, якщо детально проаналізувати ч. 2 ст. 43 Конституції України, то стає зрозумілим, що чітко не розмежовано зобов'язання держави в сфері здійснення політики зайнятості та конституційно-правові гарантії, які і створюють умови для забезпечення права на працю.

Аналіз ч. 2 ст. 43 Конституції України дає змогу дійти до висновку, що імперативом для держави може служити лише правило, за яким вона «гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності». Адже «гарантія» в

одному зі своїх значень розглядається «як забезпечення чого небудь» [10, С. 222]. О. М. Ярошенко [30, С. 74] з цього приводу наголошував, що законодавець припустився технічної неточності, так як сфера трудової діяльності – поняття значно ширше професії, та й людина спочатку обирає її (сферу діяльності), а вже потім професію. Разом з тим це положення не можна трактувати як конституційно-правову гарантію, яка створює правові умови для застосування своїх здібностей до праці з метою заробітку. Радше йдеться про те, що реалізуючи своє природне та водночас соціальне право на працю усім гарантуються рівні можливості у виборі діяльності. При цьому обрання такої діяльності може і не бути пов'язане з потребою матеріального забезпечення.

Поняття конституційно-правових гарантій вказує також на засоби, які ефективно забезпечують охорону конституційного права на працю. Цей аспект простежується у більшості статей основного закону, які присвячені регулюванню питань в сфері прав та свобод людини й громадянина. Прикладом може бути ч. 3 ст. 43 Конституції України, де йдеться про заборону примусової праці. Тут передбачено, що не вважається примусовою працею військова або альтернативна (невійськова служба), а також робота чи служба, яка виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і про надзвичайний стан. Проте цей перелік обставин не є вичерпним. Поняття примусова праця пояснює також п. 1 ст. 2 Конвенції Міжнародної організації праці «Конвенція про скасування примусової праці» № 105 [31] та ч. 1 ст. 12 Постанови Верховного Суду України (далі - ВСУ) № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» [32].

Щодо військової служби, то згідно ст. 65 Конституції України громадяни України проходять відповідно до закону військову службу. З огляду на таке формулювання норми стає зрозумілим, що такі особи не реалізують своє право на працю, а здійснюють свій конституційний обов'язок. Однак з Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25.03.1992 р. № 2232-ХІІ [33] можна зробити висновок, що особа вправі проходити військову службу за контрактом і отримувати за те заробітну платню. При цьому вона реалізує своє право на працю,

добровільно обираючи такий вид діяльності задля забезпечення свого матеріального існування. Щоправда праця військовослужбовців буде добровільною тільки у тому обсязі, яка охоплює виконання завдань пов'язаних з військовою службою (ст. 8 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20.12.1991 р. № 2011-ХІІ.) [34], які визначені статутами, інструкціями тощо [35]. Тобто певними юридичними документами обов'язкового характеру.

Свій конституційний обов'язок виконують також громадяни на альтернативній невійськовій службі. Відповідно до змісту ст. 2 Закону України «Про альтернативну (невійськову службу)» від 12.12.1991 р. №1975-ХІІ [36]. вона є службою, яка запроваджується замість проходження строкової військової служби і має на меті виконання обов'язку перед суспільством. Особа проходить альтернативну службу як правило за місцем проживання на підприємствах тільки державної та комунальної власності. Конкретний об'єкт – визначається комісією у справах проходження альтернативної (невійськової служби) (ст. 13 цього акту). Види діяльності, якими можуть займатися громадяни, які проходять альтернативну службу визначаються Кабінетом Міністрів України (ст. 4 зазначеного закону) та конкретизуються у направленні, яке, з огляду на зміст ст. 16, є підставою для укладення строкового трудового договору за місцем проходження альтернативної служби з виплатою заробітної платні. Щоправда назвати цей документ договором важко, оскільки фактично тут відсутнє волевиявлення працівника. Окрім цього громадянин не вправі відмовитися від проходження альтернативної служби у місці, яке визначене комісією згідно ст. 8 відповідного закону. [36].

Потрібно також зазначити, що тільки на підзаконному рівні передбачено, що рішення про місце проходження комісія може, але не зобов'язана враховувати фахову підготовку та рівень кваліфікації, підтвержені відповідними документами. (п. 18 Постанови КМУ «Про затвердження нормативно-правових актів щодо застосування Закону України "Про альтернативну (невійськову) службу" від 10.11.1999 р. № 2066). [37].

Вищевикладене дає можливість зробити висновок, що особи які проходять альтернативну (невійськову) службу не мають можливість в такий спосіб заробляти

собі на життя. Вони не вправі обрати місце праці, їм не пропонується праця. При цьому кваліфікація працівника може навіть не братися до уваги на відміну від законодавства Російської Федерації [38], де при визначенні місця роботи та видів робіт, професій посад для особи враховується освіта, спеціальність, кваліфікація, попередній досвід роботи, стан здоров'я, сімейний стан громадянина а також потреба організацій у трудових ресурсах.

Особа не реалізує своє право на працю відповідно до змісту ч. 2 ст. 43 Конституції України і у тому випадку, коли робота (чи служба) виконується особою за вироком суду чи іншим судовим рішенням. Тобто тоді, коли суд присуджує такий вид покарання, який пов'язаний з працею особи. Зокрема, обвинувальним вироком суду засудженого можна присудити до виправних чи громадських робіт (ст. 70-71 Кримінального кодексу України від 05.04.2001 р. № 2341-III). [39] Як адміністративні стягнення такі роботи передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X [40] Тут у ст. 284 зазначено, що підставою їх застосування є постанова про накладення адміністративного стягнення районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду.(судді).

Щодо громадських робіт, то аналіз ряду норм відповідного законодавства [41, 42] дає можливість зробити наступні висновки. Громадські роботи особа відбуває безоплатно, перелік яких та відповідних об'єктів затверджується відповідними органами. Відповідно вона не в змозі вільно обрати працю чи місце опраці і не має можливості заробляти собі на життя таким чином. Тому людина не реалізує право на працю.

Натомість виправні роботи здійснюються за місцем роботи особи. [41, 39] При цьому не акцентована у законодавстві увага на тому, чи може їй бути надана робота, на якій вона працювала. Особа отримує заробіток, але в такий спосіб особа не реалізує свого права на працю, а відбуває покарання за вчинений злочин чи адміністративне правопорушення.

Разом з тим у законодавстві залишається невирішеною проблема реалізації права на працю особами, які засуджені та перебувають у місцях позбавлення волі.

Відповідно до змісту ст. 118 Кримінально-виконавчого кодексу України від 11.07.2003 р. № 1129-IV . [41] вони мають право брати участь у трудовій діяльності та отримати винагороду за свою роботу. Проте ст. 60 цього акту передбачає залучення до праці, як правило на виробництві виправних центрів. Це створює правову невизначеність. Адже засуджені не вправі обирати працю та місце праці. Їх визначає адміністрація з урахуванням наявних виробничих потужностей, зважаючи при цьому на стать, вік, працездатність, стан здоров'я і спеціальність. Щоправда тільки на підзаконному рівні передбачено письмову згоду засудженого на таку роботу. [28]

Більше того, сьогодні існує проблема щодо можливості залучення їхньої праці поза межами місця позбавлення волі. Зауважимо, що п. 1 ст. 2 Конвенції Міжнародної організації праці «Конвенція про скасування примусової праці» № 105 [31] передбачає можливість залучення праці таких осіб тільки на підприємствах державної та комунальної форми власності. Всупереч міжнародним актам ст. 118 Кримінально-виконавчого кодексу України [41] визначає будь-яку форму власності. Вважаємо, цю неузгодженість потрібно усунути, і дозволити залучати їхню працю на приватних підприємствах тільки за їхньою письмовою згодою з гарантованим заробітком.

На нашу думку особи, які перебувають у місцях позбавлення волі відбувають покарання, яке пов'язане не з працею, а з ізоляцією особи. Тому вони володіють також правом на працю і вправі його реалізовувати та отримати, як правило, винагороду за свою роботу. Умовою втілення цього права в життя є можливість особи надати письмову згоду на працю, яку їй запропонували з врахуванням обмежень визначених тільки законом. При цьому, на нашу думку, потрібно забезпечити особі вибір виду діяльності, перелік якої подається адміністрацією колонії.

Як бачимо, коли особа дає письмову згоду на працю вона позбавлена можливості обрати собі місце праці. Відтак де працювати вона вправі самостійно визначати тільки тоді, коли реалізує право на вільний вибір праці.

Зокрема, згідно до ст. 25 Закону України «Про психіатричну допомогу» від 22.02.2000 р. № 1489-III [43] забороняється залучення до примусової праці осіб, яким надається психіатрична допомога. При цьому вони вправі працювати та отримувати заробіток. Разом з тим особи, які перебувають у психіатричному закладі мають право лише займатися творчою діяльністю і дозвіллям. Відтак вони суттєво обмежені у можливості реалізації ними права на працю. Зокрема, у Російській Федерації [44] вони вправі отримувати нарівні з іншими громадянами винагороду за працю у відповідності до її кількості і якості, якщо пацієнт бере участь у праці виробничого характеру.

Тому пропонуємо надати особам, які перебувають у психіатричному закладі можливість вільно погоджуватися на працю, яка їм пропонується з дотриманням вимог, про які велася мова вище.

Не вважається згідно ст. 43 Конституції України також праця відповідно до законів про воєнний стан і про надзвичайний стан. Мова йде про так звану трудову повинність для певних категорій осіб та за певних законодавчо визначених умов. Зокрема, згідно ст. 15 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 06.04. 2000 р. № 1647-III, [45] порядок залучення працездатних осіб в умовах воєнного стану до суспільно-корисних таких робіт та механізму надання компенсацій (винагороди) з визначенням орієнтованого переліку таких робіт за їх виконання встановлюється КМУ [46]. Постанова КМУ «Про затвердження Порядку залучення працездатних осіб до суспільно корисних робіт в умовах воєнного стану» від 13.07.2011 р. №753 вказує на примусовий характер виконуваних робіт, відсутність форми дачі згоди на роботу. При цьому укладається з особою строковий трудовий договір і гарантується оплата праці. В такий спосіб особа не реалізує право на працю, а виконує трудову повинність в умовах воєнного стану.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16.03.2000 р. № 1550-III [47] залучення у виняткових випадках, пов'язаних з необхідністю проведення невідкладних аварійно-рятувальних робіт працездатного населення здійснюється на добровільній основі з гарантованою оплатою праці.

Отже можна зробити висновки, що особи, які залучені до роботи під час воєнного чи надзвичайного стану мають можливість обрати працю, яка їм пропонується. Вважаємо, що доцільно законодавчо передбачити обов'язкову письмову форму надання згоди на таку роботу.

Відтак, на нашу думку, конституційний виклад, яким забезпечується право на працю доцільно доповнити положенням. «Кожен має право заробляти собі на життя працю, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується на умовах, визначених законодавчо».

Зазначимо, що вільне обрання праці також передбачає необхідність дотримання відповідних законодавчих правил. Зокрема, за змістом ст. 188 Кодексу законів про працю України (далі КЗпП) [48] укласти трудовий договір має право особа не молодша чотирнадцятирічного віку.

Однією з недосліджених на сьогодні залишається також проблема захисту осіб, яким відмовлено у прийнятті на роботу. Ефективний захист права на працю в разі його незаконного порушення теж є змістом поняття конституційно-правих гарантій.

Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 43 основного закону громадянам гарантується захист тільки від незаконного звільнення. Скористатися цим право можливо лише тоді, коли особа перебуває у трудових правовідносинах з роботодавцем. А в який спосіб захистити своє право у тому випадку, коли їй було відмовлено у прийнятті на роботу і тим самим не мала можливості реалізувати своє конституційне право на працю. Лише на підставі ч. 3 ст. 8 Конституції України, яка гарантує усім право на судовий захист. Вважаємо за доцільне доповнити ч. 3 ст. 43 Конституції України положенням такого змісту «Кожному гарантується захист від необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу». Більше того, дію цього положення можна поширити на усі випадки, коли особа всупереч закону не змогла реалізувати своє суб'єктивне юридичне право. Останнє полягає у можливості особи вільно обрати працю та місце праці або добровільно погодитися на працю, яка їй пропонується.

Вважаємо за доцільне доповнити ч. 3 ст. 43 Конституції України положенням такого змісту «Кожному гарантується захист від необґрунтованої відмови у

прийнятті на роботу або незаконній відмові у наданні роботи, на яку особа добровільно погодилася». У такий спосіб, як видається, можна з огляду на норму основного закону держави, посилити правове регулювання захисту конституційного суб'єктивного юридичного права у сфері праці.

Отже запропонований спосіб конституційне проголошення права на працю спрямований не стільки на переформулювання викладу права на працю у основному законі, скільки на визначення тих конституційно-правових гарантій, якими це право мало б бути забезпечене відповідно до загальновизнаних стандартів у сфері праці. Щоправда виклад ч. 1 ст. 43 Конституції України повинен ґрунтуватися на розумінні соціального призначення загальновизнаного природного права на працю. Адже це не право кожного на гарантовану роботу, вимога, що адресована державі чи іншому роботодавцеві, а право, яке розкривається у вільному та безперешкодному доступі до праці кожної людини на умовах, визначених законодавчо.

1.2. Поняття форми реалізації права на працю та її основні види в Україні

Поняття «форми реалізації права на працю» у законодавстві України відсутнє, і тим самим існує широкий простір для з'ясування або обґрунтування його в наукових дослідженнях. Свого часу у юридичній літературі вже були спроби розкрити зміст поняття «форми реалізації права на працю».

Російські вчені, зокрема розглядають її через поняття «форма здійснення трудової діяльності» [49, 3]. Це поняття є доволі широким за змістом та охоплює будь-які способи здійснення трудової діяльності, які при цьому не завжди можуть бути вираженням принципів добровільності та свободи праці. Бо, наприклад, особа, виконуючи роботу за вироком суду здійснює трудову діяльність, але не реалізує свого права на працю.

Українські вчені-трудовики, багато з яких і далі сприймають трудове право крізь призму радянських доктрин використовують поняття «організаційно-правові

форми залучення громадян до праці» [50, 51], яке було відоме ще радянському законодавству.

Відзначимо, що розмежування таких правових явищ як «правові форми реалізації права на працю» та «організаційно-правові форми залучення громадян до праці» в певному аспекті було здійснено О. М. Дуюною. [52, С. 17]. Щоправда увесь аналіз зводився до їх розмежування і пошуку спільних рис, та базувався на ідеї, що в основі правової форми реалізації права на працю покладено вільне волевиявлення громадянина, а основою «організаційно-правової форми залучення громадян до праці» є примусові дії. Автор крім того зосереджує свою увагу більше на термінологічних особливостях обох понять, оминаючи дослідження проблем змісту цих правових явищ.

Передусім потрібно відзначити, що у вже згаданому рішенні КСУ [26] право на працю названо природною потребою людини своїми фізичними і розумовими здібностями забезпечувати своє життя. При цьому особа може, але не зобов'язана вступати у суспільні відносини, які по суті і виступають засобом задоволення цієї потреби. Наприклад, праця у сільському господарстві. На думку, Хохлова Е. Б. [53, С. 27] «тут суб'єкт праці вступає у відносини тільки з речовими факторами виробництва (технічні відносини), а соціальні відносини зовсім не виникають».

Фізичні та розумові здібності до праці людина може застосовувати у різних сферах своєї життєдіяльності, обираючи працю для задоволення власних чи суспільних потреб. Оскільки праця, як згадувалося є суспільно-корисною усвідомленою вольовою трудовою діяльністю, яка вимагає фізичних та розумових зусиль, то застосування останніх може відбуватися шляхом вступу у соціальні відносини, які не потребують правового регулювання. Скажімо відвідування різноманітних гуртків, секцій. Це теж прояв реалізації основного конституційного права людини на працю. Як зазначає Пономарева Н. Н. [54, С. 255] конституційні права громадян в сфері соціально-трудова відносин можуть бути охарактеризовані як абсолютні (реалізація яких можлива як у правовідносинах, так і поза ними) так і тільки у відносинах (реалізація яких здійснюється тільки у правовідносинах).

Отже, як бачимо, основне право людини на працю може здійснюватися особою поза межами правового регулювання. Тоді трудова діяльність є наслідком застосування нею своїх розумових та фізичних здібностей у тій чи іншій сфері своєї життєдіяльності. Тому форма, у якій особа реалізує своє право на працю мала б відповідати поняттю способу здійснення трудової діяльності.

Тобто форма реалізації права на працю – це передусім будь-які способи здійснення трудової діяльності (фізичної чи розумової) особи у певній сфері її життєдіяльності.

Разом з тим окремого дослідження заслуговує поняття «правова форма реалізації права на працю», тому що особа відповідно до законодавчих правил (умов) обирає чи погоджується на таку працю, яку визначила для себе засобом заробітку для життя. Відповідно для цього вона вступає у правовідносини. Отже існує вочевидь певна форма реалізації права на працю.

Як раніше зазначалося, вказівка у ч. 1 ст. 43 Конституції України на те, що право заробляти собі на життя, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується реалізується на умовах, визначених законодавчо слугує конституційно-правовою гарантією. Остання має відсилочний характер для побудови правового механізму здійснення цих можливостей насамперед на рівні закону.

Передусім потрібно зазначити, що у сучасній теорії права належне обґрунтування загалом поняття «правової форми» та поділ її на зовнішню і внутрішню належить Ю. Б. Батуриній. [55]. Внутрішньою правовою формою дослідниця називає об'єктивно виражений та стійкий зв'язок між елементами права. Натомість зовнішній аспект цього поняття характеризує зв'язок права і не правових явищ, які потребують правової регламентації.

Відтак складається уявлення, що правова форма загалом будь-якого правового явища це певне поєднання в систему певних елементів.

При цьому потребує з'ясування також поняття «реалізація права».

Зокрема, В. М. Корельский та В. Д. Перевалов [56, С. 376] розглядають процес реалізації права крізь призму прав людини. Вони вважають, що під реалізацією

права можна розуміти «здійснення юридично-закріплених і гарантованих державою можливостей, приведення їх до життя в діяльності людей чи організацій». За такого підходу, можна зробити висновок, що йдеться про можливість особи обрати чи погодитися на працю як засіб матеріального забезпечення згідно законодавчих правил, яка юридично-закріплена та гарантована державою. Натомість процес реалізації права на працю є процесом безпосереднього втілення в життя відповідних можливостей.

Здебільшого у теорії права під реалізацією права розуміють реалізацію правових норм, а саме втілення правових норм та принципів у правомірній поведінці суб'єктів права, у їх практичній діяльності. На думку О. Ф. Скакун [25, С.412] реалізацію можна розглядати як процес та як кінцевий результат. Автори академічного курсу «Теорія держави і права» [57, С.450] вважають, що йдеться про втілення в життя приписів правової норми у діяльності суб'єктів права. На їх думку, «реалізація права – це складний процес, що включає 1) механізми реалізації права; 2) форми реалізації права». Щоправда визначення останньої у підручнику не подається.

Отже реалізація права у теорії права, як правило, зводиться до реалізації норм права. Тому поняття «форма реалізація права» і «форма реалізації норм права» тотожні тоді, коли реалізацію права розглядають як завершальну стадію правового регулювання.

З цього приводу досліджуючи форми реалізації права Фалькіна Т. Ю. [58] зазначає : «Реалізація права у широкому значенні, ідентична поняттю правового регулювання. Це процес, що завершується поведінкою суб'єктів права У вузькому розумінні йдеться тільки про завершальну стадію правового регулювання, яка являє собою процес втілення норм права у життя шляхом здійснення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків».

Таким чином можна зробити висновок, що безпосереднє втілення в життя права на працю з метою забезпечити матеріальне існування людини та надати їй можливість заробітку залежить від наявності суб'єктивних прав та юридичних обов'язків.

Як видається, заслуговує на увагу і визначення цим автором поняття «форма реалізації права». Дослідниця вважає, що «це спосіб дії (поведінки) суб'єктів по здійсненню суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, які спрямовані на досягнення відповідної мети, обумовлений фактичними та юридичними підставами, відповідною процедурою та правовими наслідками».

При цьому усі теоретики розрізняють три основні форми реалізації : використання, виконання та дотримання. Якщо припустити, що це і є правові форми реалізації права на працю згідно законодавчих правил, то вочевидь потрібно вести мову тільки про таку форму як використання. За словами О. Ф. Скакун [25, С. 414] йдеться про використання можливостей, наданих правовими нормами, здійснення суб'єктивних прав для задоволення власного інтересу. Як правильно вважають автори «Академічного курсу теорії держави і права» [57, С. 451] змістом цієї форми є активна поведінка суб'єктів, що вчиняється за власним бажанням.

Отже можна зробити висновок, що безпосередня реалізація права на працю як завершальна стадія правового регулювання передбачає використання можливостей, суб'єктивних юридичних прав, які передбачені юридичними нормами у спосіб та в межах, визначених законом.

Спосіб та межі здійснення суб'єктивних юридичних прав, які передбачені юридичними нормами можна окреслити поняттям «сфера застосування здібностей до праці». Зокрема, в одному зі своїх значень поняття «сфера» можна розглядати як сукупність умов, середовище, в якому що-небудь відбувається. [10, С. 1419]. Відтак застосування терміну «сфера застосування своїх здібностей до праці» є прийнятним у праві, оскільки він позначає ті законодавчі правила, відповідно до яких особа може реалізувати суб'єктивне юридичне право шляхом їх використання у своїй правомірній поведінці.

Наприклад, виходячи зі змісту ст. 6 Закону України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 07.10.1997 р. № 554/97-ВР [59] особа вправі працювати за цивільно-правовим чи трудовим договором або ж самостійно забезпечувати себе роботою. Як вбачається з вже згаданого рішення КСУ [26] у такому формулюванні виділено та узагальнено найбільш поширені сфери

застосування особою своєї здатності до праці, де особа може заробити собі на життя. Щоправда йдеться про осіб, які мають можливість вільно обрати працю та місце праці.

Разом з тим, як вже зазначалося, є категорії осіб (наприклад, особи, які перебувають в місцях позбавлення волі), які не можуть вільно обирати працю та місце праці. Проте відповідно до чинного законодавства [28] у виправно-трудовах колоніях створюються виробничі майстерні з метою забезпечення реалізації ними права на працю з можливістю заробітку і передбачений механізм втілення у життя конституційних положень в частині можливості особи погодитися на працю. Отже існує «сфера застосування здібностей до праці», яка окреслена законодавчими правилами.

Також потрібно зазначити, що у тій чи іншій сфері застосування своїх здібностей до праці можна також виділяти різноманітні умови, які опосередковують реалізацію права на працю. Наприклад, у ст. 14 п 14.1.226 Податкового Кодексу України від 02.12. 2010 р. №2755-VI (далі ПКУ) [60] самостійне забезпечення себе роботою трактується через поняття «самозайнята особа». Йдеться про платника податку, який є фізичною особою – підприємцем або провадить незалежну професійну діяльність за умови, що відповідна особа не є працівником в межах певної підприємницької чи незалежної професійної діяльності. У свою чергу таких видів діяльності є теж багато. Зокрема, діяльність приватного нотаріуса чи адвокатська діяльність є різновидами незалежної професійної діяльності. (ст. 14 п 14.1.226 ПКУ), порядок здійснення яких теж врегульований відповідним законодавством.

Оскільки реалізація права на працю здійснюється відповідно до законодавчих правил, у спосіб та в межах визначених законом в процесі використання відповідних суб'єктивних юридичних прав та обов'язків, то потрібний механізм реалізації цього права. Зокрема, як зазначають автори академічного курсу «Теорія держави і права» [57, С.451] йдеться про конкретизацію закону в підзаконних актах, пояснення норм права у актах офіційного тлумачення, наявність процесуальних норм, які регулюють

порядок прийняття, застосування та виконання закону, наявність різноманітних актів застосування права».

Важливо, за висловом В. М. Корельського та В. Д. Перевалова [56, С. 378], щоб зазначений «механізм був в наявності і міг діяти прозоро та ефективно». Надані суб'єктивні юридичні права та юридичні обов'язки, що визначають відповідну сферу застосування своїх здібностей до праці з метою матеріального забезпечення втілюється тільки за бажанням суб'єкта права у його у правомірній поведінці. Тобто виявляється у певній правовій формі реалізації права на працю.

Таким чином реалізацію конституційного права на працю можна визначати як процес втілення в життя можливості вільно обрати працю та місце праці або добровільно погодитися на працю як засіб заробітку для життя, що потребує :

1) формування та введення у дію законодачих правил, які визначають межі та спосіб реалізації суб'єктивних юридичних прав та юридичних обов'язків, тобто окреслюють сферу застосування своїх здібностей до праці.

2) втілення правових норм шляхом їх використання у правомірній поведінці уповноважених суб'єктів, які у спосіб та порядок визначений законом вправі вільно обрати працю та місце праці або добровільно погодитися на працю, яка їм пропонується.

Тим самим створюються правові умови для реалізації особою можливості заробляти собі на життя.

Нагадаємо, що поняття «правова форма» стверджує про існування певного стійкого зв'язку між елементами відповідного правового явища. Відтак, з огляду на попередні висновки, правова форма реалізації права на працю опосередковує процес реалізації цього права, який відбувається у відповідності до законодавчих правил, що існують у тій чи іншій сфері застосування особою здібностей до праці.

У той ж час йдеться про стійкий зв'язок між елементами процесу реалізації права на працю. Тобто ті компоненти, без яких здійснення цього права є неможливим. Як вже було зазначено, форма реалізації права на працю пояснює способи здійснення трудової діяльності. Отже поняття «правова форма реалізації

права на працю» мала б вказувати на правові способи (засоби), за допомогою яких особа мала б можливість обрати працю та місце праці або погодитися на неї.

У теорії права [57, С. 300] під ними розуміють певні юридичні категорії та діяння суб'єктів з їх застосування з метою досягнення конкретного результату. Отже для реалізації права на працю потрібні юридичні категорії, які містяться у механізмі реалізації цього права та діяння суб'єктів, що спрямовані на досягнення конкретного результату – обрати собі таку працю, яка б забезпечувала матеріальне існування людини. Діяння суб'єктів виражені у їх правомірній поведінці, яка відповідає юридичним нормам.

Відповідно на основі юридичних норм формується система чітких та послідовних юридично-значимих дій управомочених суб'єктів, які забезпечують реалізацію права на працю у відповідності до законодавчих правил, що окреслюють відповідну сферу застосування своїх здібностей до праці.

Для прикладу однією зі сфер застосування своїх здібностей до праці може бути правове регулювання праці фізичної особи-підприємця, яка належить до різновиду самостійного забезпечення себе роботою. Відтак відповідно до ст. 50 Цивільного Кодексу України від 16.03.2003 р. № 435-IV (далі – ЦКУ) [61] особа має право на здійснення підприємницької діяльності, яка не заборонена законом тільки з повною цивільною дієздатністю та за умови її державної реєстрації в порядку, встановленого законом. Тому для реалізації права на працю, яку особа визначила для себе засобом заробітку на життя має бути обов'язково виписана в законі процедура реалізації, та реальна правомірна поведінка правосуб'єктної особи, спрямована на вчинення передбачених законом дій для її державної реєстрації як фізичної особи -підприємця згідно Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. № 755-IV. [62].

Отже правову форму реалізації права на працю можна розглядати як комплексний цілісний зв'язок між необхідними правовими засобами, які управомочена особа потребує для отримання правових умов заробляти собі на життя обраною працею.

Основними такими правовими засобами пропонуємо розглядати спосіб реалізації права на працю, суб'єктний склад та юридичний факт.

При цьому потрібно зазначити, що право на працю полягає у можливості особи вільно обрати працю та місце праці або погодитися на працю, яку особа визначила для себе засобом матеріального забезпечення.

Погодження на працю, яка пропонується особі виражає специфіку реалізації права на працю певними категоріями носіїв цього права, які не вправі в силу свого правового статусу вільно обирати працю.

З огляду на існуючі в Україні законодавчі умови для реалізації права на працю шляхом добровільного погодження на працю мова йде тільки про осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі та взяті під варту [28]. Щодо осіб, які перебувають у психіатричних закладах, то механізм реалізації ними права на працю фактично не окреслений.

Потрібно також зазначити, що особи, які проходять альтернативну (невійськову) службу виконують обов'язок перед суспільством, а не мають на меті заробляти собі на життя, хоч і отримують заробітну платню відповідно до укладеного трудового договору.

Відтак від правового статусу особи, яка перебуває в місцях позбавлення волі чи взята під має залежати придатність її до запропонованих видів діяльності з врахуванням працездатності, статі, віку, стану здоров'я, попереднього досвіду роботи тощо. Щодо способу реалізації права на працю у відповідних умовах, то передбачено тільки письмову форму надання згоди на роботу. При цьому юридичним фактом, яким по суті забезпечує можливість реалізації особами, які перебувають в місцях позбавлення волі та взяті під варту права на працю є документ-рознарядка на виведення на роботу. [28].

Власне такі складові правової форми реалізації права на працю як спосіб реалізації права на працю, правосуб'єктність та юридичний факт визначають і критерії можливого поділу правових форм реалізації права на працю, яку людина вільно обирає. Щоправда їх аналіз буде більш розгорнутим з огляду на правове регулювання відносин, які при цьому виникають.

Зауважимо, що у літературі досі не було спроб класифікувати правові форми реалізації права на працю у частині можливості особи вільно обирати працю та місце праці.

Зокрема, беручи до уваги специфіку правового статусу суб'єкта про відносин можна виділяти такі правові форми реалізації права на працю як служба особового складу органів внутрішніх справ; служба в Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації; військова служба за контрактом військова та державна служба, а також праця державного службовця на підставі трудового договору. Спільним для них усіх, є те, що уповноваженою особою може бути тільки громадянин України.

За юридичним фактом, який покладений в основу реалізації можливості на вільний вибір праці та місце праці можна поділяти правові форми реалізації права на працю на договірні та позадоговірні. Договірними є служба особового складу органів внутрішніх справ; служба в Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації; військова служба за контрактом військова та державна служба, а також праця на підставі трудового договору та цивільно-правового договору щодо застосування своїх здібностей до праці. Позадоговірними є підприємницька та незалежна професійна (некомерційна господарська) діяльність. Тут передбачено порядок державної реєстрації такої діяльності у відповідному державному органі та отримання свідоцтва про реєстрацію чи інші документи (дозволу, сертифіката тощо), що підтверджують право особи на її здійснення.

Найбільш загальним пропонуємо поділ правових форм реалізації права на працю за останнім її елементом. Це спосіб реалізації права на працю. Під ним можна розуміти законодавчо визначену систему прийомів, дотримання яких забезпечує реалізацію права на працю, яку особа визначила для себе засобом матеріального існування.

Певну уяву про такі організаційно-правові форми можна віднайти у Законі УРСР «Про зайнятість населення» від 01.03.1991 р. № 803-ХІІ [63]. Останній перелічує різноманітні види суспільно-корисної діяльності, які особа може здійснювати і без мети отримання прибутку.

При цьому людську працю на думку багатьох вчених теж можна поділяти на самотійну та несамотійну працю [64; 65; 66;67;].

Тому правові форми реалізації права на працю тут можуть базуватися на характеристиці видів праці. Проте у це поняття потрібно вкладати інший зміст.

З огляду на ті сфери застосування своїх здібностей до праці, у якій особа вбачає джерело заробітку можна вирізнити працю

1) самотійну

Під самотійною працею потрібно розуміти господарську діяльність особи, яка здійснюється без сторонньої допомоги або керівництва [10, С. 1291], ризиковану, а отже ініціативну із сподіванням досягнення позитивного результату [10, С. 1221]. Його одержання може бути заздалегідь забезпечене існуванням цивільно-правового договору щодо застосування здатності до праці, або ж не мати наперед визначених правових гарантій одержання прибутку.

Різновидами самотійної праці вважаємо

1) позадоговірну, яка відома у законодавстві під назвою «самозайнятість». Зокрема необхідність сплати податків у зв'язку з отриманням прибутку від праці скеровує нас до цього поняття, під яким потрібно розуміти незалежну професійну діяльність (або некомерційна господарська діяльність) та підприємництво.

2) працю на підставі цивільно-правового договору щодо застосування своїх здібностей до праці.

Також можна виділяти і несамотійну (залежну працю). Особливість її, на нашу думку, полягає у застосуванні своїх здібностей до праці на основі договору, за яким передбачається отримання гарантованого заробітку та виплати його у строки та порядку, який визначений законодавцем. Залежність праці полягає у тому, що з моменту вступу у договірний зобов'язальний зв'язок особа виконує вказівки іншої особи, підпорядковується певній організації його праці

З огляду на такий підхід вважаємо за можливим вирізнити

1) працю на підставі трудового договору

2) працю на підставі угоди, що встановлює відносини з державою.

З поміж усіх видів самостійної позадоговірної праці яскраво виділяється в першу чергу підприємництво. Це господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів та з метою одержання прибутку. (ч. 2 ст. 3 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-IV (далі - ГКУ) [68]).

Згідно п.2 ст. 55 ГКУ [60] та ст. 144, ст. 50 ЦКУ [61] фізична особа (громадяни України, іноземці та особи без громадянства), які здійснюють господарську діяльність мають зареєструватися у встановленому законом порядку та набути статусу фізичної особи – підприємця при цьому не створюючи юридичної особи. Таким чином особа водночас реалізовує самостійне конституційне «право на підприємницьку діяльність, що незаборонена законом».

Одним зі способів здійснення підприємницької діяльності фізичною особою є можливість провадити її спільно з іншими особами на основі засновницького договору, таким чином створивши повне чи командитне товариство. (ст. 119, ст. 133 ЦКУ) [61].

Учасник товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю чи акціонерного товариства реалізує своє право на працю тільки тоді, коли згідно законодавчих вимог, зокрема п.2 ст. 117 ЦКУ [61], в установчих документах як додатковий обов'язок передбачено особисту участь в підприємницькій діяльності товариства. Володіння лише корпоративними правами, які фактично включають його у відносини власності з юридичною особою, у формування статутного капіталу, не вважається підприємництвом. (п. 2 ст. 1767 ГКУ). [68] Щоправда, потрібно зауважити, що «особиста участь у підприємницькій діяльності» ще не означає можливість здійснювати підприємницьку діяльність від імені товариства. Адже законодавство України не передбачає вимоги до учасника цих товариств реєструватися в якості підприємців. Тому у статуті юридичної особи потрібно уточнювати зміст цього додаткового обов'язку. Відтак особа реалізує право на працю у такому випадку за трудовим договором і вправі здійснювати підприємницьку діяльність від імені товариства.

Натомість члени виробничого кооперативу зобов'язані брати трудову участь відповідно до ст. 94 ГКУ [68]. Згідно ч. 1 ст. 163 ЦКУ [61] та ст. 2 Закону України «Про кооперацію» від 10.07.2003 р. № 1087-IV [69] виробничим кооперативом є добровільне об'єднання громадян на засадах членства для спільної виробничої або іншої господарської діяльності, яка базується на їхній особистій трудовій участі та об'єднанні його членами майнових пайових внесків. Основна відмінність у статусі члена виробничого кооперативу та учасника повного чи командитного товариства полягає у тому, що член кооперативу зобов'язаний працювати у кооперативі в силу його членства. Відтак трудовий договір з ним не укладається.

Наступним різновидом самостійної позадоговірної праці є некомерційна господарська діяльність. Фактично за своїм змістом вона є підприємництвом, але за законами України вона не може називатися такою, оскільки не має на меті по суті отримання прибутку. У п. 14.1.226 ПКУ [60]. вона називається «незалежна професійна діяльність». Тут передбачено перелік таких видів діяльності, але він не є вичерпним.

До них зокрема належить адвокатська діяльність. Нагадаємо, що Закон України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 р. № 2887-XII [70] не містить норми, яка б забороняла адвокатам займатися підприємницькою діяльністю, хоч така діяльність у новому ПКУ віднесена до незалежної професійної діяльності.

Натомість Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. № 3425-XII [71] містить пряму вказівку на заборону займатися нотаріусам підприємницькою та посередницькою діяльністю. При цьому незалежною професійною діяльністю вважається лише діяльність приватних нотаріусів.

Щодо творчої діяльності (літературна, артистична, художня), то Законом України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 7.10. 1997 р. № 554/97-ВР [59]. такі особи можуть працювати як за наймом так і самостійно.

До незалежної професійної діяльності згідно п. 14.1.226 ПКУ [60] можна віднести і інші види діяльності у випадку, якщо особи, які її здійснюють не є працівниками чи фізичними особами підприємцями та використовують найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб. Одна зі статей ПКУ (п. 65.1.) зазначає,

що умовою її ведення є державна реєстрація діяльності у відповідному державному органі та отримання свідоцтва про реєстрацію чи інші документи (дозволу, сертифіката тощо), що підтверджують право фізичної особи на ведення незалежної професійної діяльності. Відповідно до цього законодавчого акту вона не є підприємницькою. Водночас її також не можна віднести до трудової діяльності на підставі будь-якого договору з приводу застосування здатності до праці. Така правова норма наводить на думку, що держава в такий спосіб виявляє і інші відносини, які пов'язані з можливістю особи отримати від здійснення трудової діяльності прибуток, який підлягає оподаткуванню.

Зокрема, за Законом України «Про особисте селянське господарство» від 15.05.2003 р. № 742-IV [72] діяльність, пов'язана з веденням особистого селянського господарства не є підприємницькою. Проте у визначенні цього поняття у ст. 1 цього акту є вказівка на те, що вона є господарською і проводиться з «метою задоволення особистих потреб шляхом виробництва, переробки і споживання сільськогосподарської продукції, реалізації її надлишків та надання послуг з використанням майна особистого селянського господарства, у тому числі й у сфері сільського зеленого туризму». Також зазначено, що вона здійснюється на свій розсуд та ризик.

На відміну від раніше чинного Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22.05.2003 р. № 889-IV [73], новий ПКУ [60] дозволяє віднести таку діяльність до незалежної професійної тільки за умови, якщо особа використовує найману працю не більш як чотирьох осіб. Відповідно, якщо працює більша кількість осіб, включаючи членів сім'ї, то згідно цього фіскального акту йдеться про господарську діяльність, а отже здійснюється вона з метою отримання прибутку. Такий висновок можна зробити з огляду на ту обставину, що норми ПКУ не розмежовують поняття комерційна та некомерційна господарська діяльність, разом з тим і не дають визначення поняття підприємництва.

Окремим різновидом самостійної праці є також праця на підставі цивільно-правового договору. Він опосередковує відповідно до цивільного законодавства зобов'язальні правовідносини з приводу застосування робочої сили. Це договір

підряду, договір про створення за замовленням і використанням об'єкта інтелектуальної власності тощо. Разом з тим моделі договору підряду та трудового договору настільки наближені один до одного, що дає підстави, з огляду на явну економічну залежність підрядника, стверджувати про несамостійність його праці. Це один з найпоширеніших різновидів так званої найманої праці, оскільки йдеться про працю на когось, а не на себе. Особа як правило не є власником засобів виробництва. На додаток не вправі розпоряджатися результатами своєї трудової діяльності. Отже можна навести низку аргументів на підтвердження належності праці на підставі цивільно-правового договору до несамостійної праці. Проте такий висновок видається є досить поверхневим та поспішним.

Адже йдеться передусім про рівноправних з усіх правових позицій суб'єктів цивільного права, які в повній мірі можуть виявляти власну ініціативу, господарську активність. На додаток, найважливіше, що характеризує їхній правовий статус – це майнова самостійність. В основі правовідносин між сторонами є договір, який виступає основним регулятором взаємозв'язку юридично рівних суб'єктів зобов'язання. Останні в свою чергу набувають з укладенням відповідного цивільно-правового договору статусу кредитора та боржника. Погоджуємося з З. В. Ромовською [74, С. 5], що «цивільні відносини - це відносини приватні, їх суб'єкти є юридично рівними: жоден з них не наділений функціями влади щодо іншого, не може ним керувати, нав'язувати свою волю. У цьому внутрішня суть цивільних відносин». Тому праця на підставі цивільно-правового договору є самостійною працею.

На противагу загальноприйнятному твердженню С. В. Вишневецька [75] наголошує увагу на тому, що основною ознакою несамостійної праці є договір. А отже і цивільно-правовий. Зокрема, автор стверджує, що «несамостійна праця – це та, яка здійснюється у сфері господарської діяльності і в інтересах іншої особи, а отже під її керівництвом. Вона має місце тільки тоді, коли юридичним оформленням виступає договір».

Проте потрібно зазначити, що під керівництвом (дією за значенням керувати) потрібно розуміти спрямування діяльності особи, давати вказівки та розпорядження.

[10, С. 536]. Разом з тим, у ст. 849 ЦКУ [61] передбачено, що замовник вправі у будь-який час перевірити хід і якість роботи, не втручаючись у діяльність підрядника.

Вочевидь про певну спрямованість його діяльності можна вести мову, оскільки йдеться про необхідність матеріалізації так би мовити продукту цієї діяльності, який заздалегідь має свою визначеність у договорі. Так умови взаємної домовленості контрагентів передбачають взаємозалежність дій один від одного на острах застосування заходів майнової відповідальності до правопорушника. Завдання замовника є пріоритетом для підрядника, тому його діяльність є спрямована на отримання об'єктивного результату своєї трудової діяльності. Натомість забезпечення процесу втілення в життя цього завдання не може бути предметом договірною погодження за наявністю норми – імперативу, в данному випадку ст. 849 ЦКУ. [61]

Викликає сумнів і така позиція С. В. Вишневецької [75], відповідно до якої «якщо робота виконується в інтересах іншої особи, то це означає керівництво нею». Адже особа, яка реалізує право на працю на підставі, скажімо, договору підряду, зацікавлений у найкращому виконанні цієї роботи. Ризик понести майнову відповідальність за невиконання чи неналежне виконання зобов'язання за договором змушують особу шукати найкращі способи досягнення бажаного і необхідного за договором результату. Тим самим вона має можливість організувати на власний розсуд і ризик свій власний трудовий процес. Останній спрямований на досягнення певного економічного результату в силу виконання договірною зобов'язання. І керівництво замовника могло б тільки зашкодити цьому.

Тому самостійну працю в цілому можна розглядати також в аспекті самоорганізованої трудової діяльності, яка позбавлена стороннього впливу та втручання. Власник самостійно корегує, визначає та змінює на власний розсуд такі важливі складові трудового процесу як режим роботи, тривалість робочого часу та відпочинку, порядок розподілу прибутку після внесення обов'язкових платежів.

Зокрема, за договором підряду відповідно до ч.1 ст. 849 ЦКУ [61] «замовник має право у будь-який час перевірити хід і якість роботи, не втручаючись у

діяльність підрядника». Натомість, як слушно зауважує В. Лазор [76, С. 81], відповідно до трудового законодавства і локальних актів роботодавець вправі надати можливість самоорганізації деяким категоріям працівників (наприклад, державному виконавцю, страховому агенту, фотокореспонденту, журналісту, художнику тощо). За ним, на думку автора, залишається право контролю та оцінки такої самоорганізації праці. Отже у трудовому праві йдеться лише про певний незначний ступінь самостійності.

Процес праці є автономним. Тому як би не склалися правовідносини контрагентів за цивільно-правовим договором, кредитор за жодних обставин невиконання боржником своїх зобов'язань не вправі застосувати заходи дисциплінарної відповідальності. Безперечно дисциплінованість та організованість учасника трудового процесу впливає на якість та ефективність здійснення ним трудової діяльності. Однак лише він вправі визначати внутрішній порядок організації власної праці. Тому відсутність організації трудового процесу, контролю та нагляду за його ефективністю та якістю унеможливають застосування такого заходу впливу як дисциплінарне стягнення.

Таким чином процес організації власної трудової діяльності є самостійним. При цьому важелі впливу на необхідну за укладеним договором поведінку боржника так і кредитора обмежені майновими стягненнями. Останні застосовуються у разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язань за договором.

Наступний аспект проблеми полягає у тому, що цивільно-правовий договір може бути фактично за своїм змістом трудовим. Тобто існують за договором фактичні індивідуально-трудова правовідносини. Причина такої правової заміни вбачається у економічній залежності працівника. Ця ознака, на підставі якої вимірюється самостійність праці на сьогодні є дуже важливою. Міжнародна організація праці [77], наголошує увагу на тому, що її можна розглядати в якості критерію для визначення того, чи мають місце індивідуально-трудова правовідносини. Зокрема у Нідерландах, працівник працює за трудовим договором тоді, коли «в інтересах іншої особи виконує роботу за винагороду протягом трьох місяців щотижня, або не менше 20 годин в місяць» [77, С. 33]. Аналогічне

формулювання можна передбачити у національному законодавстві з тим щоб полегшити доведення у судовому порядку працівником існування індивідуально-трудова правовідносин.

Разом з тим в країнах колишнього Радянського Союзу, у тому числі і в Україні, критерій економічної залежності є не визначеним. Немає і єдиного підходу до цього поняття і у літературі. Напрацювання економічної науки свідчать, що вона існує тоді, коли особа не володіє засобами виробництва. З юридичної точки зору у цьому вбачається відсутність найважливішої правомочності власника – розпоряджатися цими засобами. Отже вони не належать йому на праві власності.

Також потрібно зазначити, що порядок використання засобів виробництва у цивільному праві може бути визначений у договорі. Це ставить в залежність їх використання на умовах договору з очікуваними результатами від їх експлуатації. Така умова зближує працю на основі трудового договору і підяду, однак не ототожнює їх. Трудовий процес підрядника є можливою, проте не необхідною умовою погодження сторонами. Разом з тим надання у користування засобів виробництва не свідчить про керування цим процесом та втручанням у нього.

Як слушно зауважує Е. Б. Хохлов [78, С. 106], юридичний зміст економічної залежності полягає у «прикладенні праці до чужого підприємства чи господарства, а не до свого власного». Але, що потрібно розуміти під чужим? Процес споживання послуги, матеріалізації завдання замовника, створення твору автором є власною працею особи. Її результат є власністю цієї людини до поки він не буде переданий контрагенту за договором. В такий спосіб забезпечується встановлення не економічної залежності. Радше йдеться про договірну залежність як наслідок взятих на себе раніше зобов'язань за договором. Останній ґрунтується на нормах цивільного права, що передбачає згідно ст. 6 ЦКУ [61] можливість поширення на нього імперативних його положень, якщо договором не буде передбачено інше.

Отже за відсутності в Україні норм про працю так званих напівзалежних працівників-підрядників не можна брати до уваги критерій економічної залежності. Тому індивідуально-трудова правовідносини між працівником та роботодавцем можуть виникати тільки на підставі трудового договору. З їх появою на сторін

договору поширюються норми трудового права, забезпечуючи високий рівень правової охорони та захисту прав і законних інтересів працівника. При цьому роботодавець здійснює контроль та нагляд за його трудовою діяльністю.

Однак у сфері правового забезпечення несамоїї трудової діяльності можна виокремити цілу низку інших способів реалізації особою здібностей до праці. Останні мають відмінну правову природу від праці на підставі трудового договору. Це передусім служба особового складу органів внутрішніх справ [79]; служба в Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації [80, 81]; військова служба за контрактом. В складі останньої можна поділити працю за контрактом у Збройних Силах України [33, 82]; у Службі безпеки України [83, 84]; у Службі зовнішньої розвідки України [85, 86]; у Державній спеціальній службі транспорту [87,88]; в Державній прикордонній службі України [89]; в Управлінні державної охорони України [90, 91]; в розвідувальних органах [92] та працю оперативного особового складу спеціальних (воєнізованих) аварійно-рятувальних служб. [93]

Спільним для них усіх є та обставина, що правовідносини в такий спосіб виникають не на підставі трудового договору, а з письмовою угодою, де одним з учасників виступає держава. У літературі [94] щоправда і надалі триває дискусія щодо належності таких угод до різновидів трудового договору як одних з його різновидів в силу специфіки виконання трудової функції працівником. Адже державні службовці теж перебувають на службі у держави. Разом з тим здійснення ними державно-владних та організаційно-розпорядчих повноважень відбувається на основі трудового договору. Натомість праця працівників особового складу органів внутрішніх справ трудовим правом чомусь не регулюється. Як зазначається у літературі, їхні трудові правовідносини мають виникати на підставі особливого виду трудового договору – контракту. Зокрема, О. В. Лавриненко [95] вважає, що контракт про службу в органах внутрішніх справ – це особлива форма строкового трудового договору. Він укладається між органом внутрішніх справ в особі відповідного керівника або уповноваженого ним органу та громадянина України про виконання ним роботи на відповідній посаді у конкретному органі внутрішніх справ на умовах, встановлених законодавством і угодою сторін.

Зважаючи на ту обставину, що у п.3.ст. 36 КЗпП [48] зазначено як одну з підстав припинення трудового договору саме вступ працівника на військову службу, вважаємо, що військова служба за контрактом є іншою правовою формою реалізації права на працю, а ніж трудовий договір. Щодо вступу на службу до органів внутрішніх справ немає, аналогічні порівняння віднайти не вдалося.

Зауважимо також, що у ст. 18 Закону України «Про міліцію» [96] від 20.12.1990 р. № 565-ХІІ передбачено, що порядок та умови проходження служби в міліції регламентуються Положенням про проходження служби особовим складом органів внутрішніх справ, затверджуваним КМУ [79], яке є доволі застарілим. Тут у п. 4 лише зазначено, що порядок та умови такого контракту (письмової угоди) визначаються Міністром внутрішніх справ РСР. Проте не відомо в який спосіб застосовувати цю норму. Не існує навіть типової форми його укладення, яка характерна для контрактної системи найму на роботу.

Тому полеміка довкола місця цієї угоди (контракту) у системі трудових договорів не припиняється. О. В. Лавриненко [97], В. М. Безчастний [98], А. Л. Анісімов [99] спільні у своєму прагненні прирівняти працівників органів внутрішніх справ до звичайних працівників, які працюють за трудовим договором.

Як вже було зазначено, КЗпП [48] не містить підстави припинення трудового договору у зв'язку зі вступом на службу до органів внутрішніх справ. Проте, зазначене нами Положення у п. 8 [79] передбачає дострокове звільнення зі служби працівників органів внутрішніх справ у зв'язку з переходом у встановленому порядку на роботу в інші міністерства, відомства. Можна припустити, що йдеться також про усі інші випадки укладення трудового договору з відповідним працівником. Тому навряд чи працю цих осіб можна віднести до сфери правового регулювання трудового права. Йдеться очевидно про іншу, відмінну від трудового договору правову форму реалізації права на працю.

Ще одним способом реалізації цього права є служба осіб рядового та начальницького складу в Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації. Такий вид праці характеризується високим рівнем відбору на

конкурсній основі майбутніх службовців, які проходять відмінну від військової службу.

Про це свідчить ряд статей Закону України «Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації України» від 23. 02.2005 р. № 3475-IV. [80] Зокрема, тут у п. 1 ст.12 передбачено, що звільнення зі служби осіб рядового і начальницького складу Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України проводиться: у запас Збройних Сил України, якщо звільнені особи не досягли граничного віку перебування у запасі, встановленого законом, і за станом здоров'я придатні до військової служби».

Військова служба за контрактом також є однією з форм реалізації права на працю. Згідно ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок та військову службу» [33] вона полягає у «здійсненні професійної діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, пов'язаної з захистом вітчизни». В основу контрактної форми її проходження покладено військовий контракт. Останній характеризується високим ступенем імперативності його умов. Більшість з них визначені типовим договором як обов'язкові.

Зокрема Н. В. Антипьева [100, С. 87] переконливо вважає, що контракт про проходження військової служби є адміністративно-правовим договором про працю. «Введення договірному способу регулювання суспільних відносин – пише вона «означає, що його учасники мають деяку свободу у встановленні прав, обов'язків і гарантій виконання прийнятих на себе зобов'язань».

Аналіз законодавства, яке регулює відносини проходження військової служби в різних органах державного апарату дає підстави стверджувати, що контракт про проходження військової служби є письмовою угодою між громадянином та державою. Від імені останньої виступає відповідний орган державної влади для встановлення правовідносин між сторонами під час проходження служби. Більшість умов цієї угоди визначаються законодавством, а не сторонами за взаємної згодою. Наприклад умови грошового забезпечення. В такий спосіб держава в особі її органів несе відповідальність за безпеку та захист країни. Обов'язковість підготовки до збройного захисту та сам захист є невід'ємною складовою неухильного виконання

військових завдань військовослужбовцем в будь-яких умовах. Навіть тоді, коли існує небезпека власному життю. Тому жорстке правове регулювання умов контракту, який укладається на основі типового контракту про проходження військової служби компенсується високим рівнем правового захисту особи військовослужбовця та членів його сім'ї на підставі Закону України «Про соціальний та правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей». [34].

Таким чином різноманітність правових форм реалізації можливості обрати працю створює широкий правовий простір для вільного вибору особою праці, яка може бути джерелом заробітку. При цьому створені також законодавчі умови для реалізації права на працю особами, які вправі тільки погодитися на запропоновану їм працю.

Висновки до першого розділу

1. Конституційне проголошення права на працю полягає у формуванні конституційно-правових положень ст. 43 основного закону України у відповідності до загальноновизнаних принципів та норм міжнародного права, в основі яких є формування конституційно-правових гарантій забезпечення права на працю.

2. Забезпечення права на працю державою на конституційному рівні полягає у створенні за допомогою конституційно-правових гарантій для кожного умов для вільного обрання чи погодження на таку працю, яка б надала можливість особі заробляти собі на життя.

3. Право на працю у такому формулюванні, в якому це право міститься у Конституції України не є суб'єктивним юридичним правом. Воно виявляє природню необхідність людини працювати для задоволення власних чи суспільних потреб. При цьому право заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується в соціумі виражає природню потребу людини застосовувати свої здібності до такої праці, яку особа визначила для себе як засіб матеріального існування. Тобто право на працю є природнім і водночас соціальним.

4. З метою конституційного проголошення та забезпечення права на працю пропонуємо викласти ч.1 ст. 43 Конституції України у такій редакції:

«Держава визнає право на працю. Кожен має право заробляти собі на життя працюю, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується на умовах, визначених законодавчо.

5. Доповнити ч. 3 ст. 43 Конституції України положенням такого змісту «Кожному гарантується захист від необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу або незаконній відмові у наданні роботи, на яку особа добровільно погодилася». Примусова праця заборонена.»

6. Реалізацію конституційного права на працю запропоновано визначати як процес втілення в життя можливості вільно обрати працю та місце праці або добровільно погодитися на працю як засіб заробітку для життя, що потребує встановлення правил, які визначають межі та спосіб реалізації здібностей до праці, а також безпосередню реалізацію правомірної уповноважених суб'єктів вільно обирати працю та місце праці або добровільно погодитися на працю, яка їм пропонується.

7. Правова форма реалізації права на працю - це комплексний цілісний зв'язок між необхідними правовими засобами (спосіб реалізації права на працю, юридичний факт та правосуб'єктність), які уповноважена особа потребує для отримання правових умов заробляти собі на життя працюю, яку вона вільно обрала чи на яку вільно погодилася.

8. Правовими формами реалізації права на працю, на яку особа добровільно погодилася є праця осіб, які перебувають під вартою та у місцях позбавлення волі. Реалізація права на працю такими суб'єктами має здійснюватися на основі письмової дачі згоди на вид діяльності, який пропонується відповідно до запропонованого переліку з обов'язковим врахуванням працездатності, статі, віку, стану здоров'я, попереднього досвіду роботи тощо. Аналогічні законодавчі правила потрібно передбачити для осіб, які перебувають у психіатричних закладах на лікуванні.

9. Основним критерієм поділу форм реалізації права на працю особами, які вправі вільно обирати працю та місце праці пропонуємо вважати спосіб реалізації права на працю. Відтак працю можна вирізнити самостійну та залежну. Самостійна трудова діяльність охоплює працю на підставі цивільно-правового договору так і позадоговірну трудову діяльність. До останньої належить незалежна професійна та підприємницька діяльність. Залежна, окрім праці на підставі трудового договору це служба особового складу органів внутрішніх справ; служба в Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації; військова служба за контрактом.

РОЗДІЛ 2

ТРУДОВИЙ ДОГОВІР - ОСНОВНА ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАЦЮ

2.1. Поняття та значення трудового договору у сфері реалізації конституційного права на працю.

Однією з найважливіших форм реалізації конституційного права на працю без сумніву можна назвати трудовий договір, оскільки він найкраще відповідає потребам ринкових трудових правовідносин, в основу яких покладено найману працю. Витоки досліджень науковцями його правової природи сягають початку двадцятого століття.

Однак ті ж правила організації праці трудящих на підставі укладеного трудового договору, які були властиві радянському суспільству супроводжують і до сьогоднішнього правового забезпечення трудових правовідносин. Зокрема, КЗпП 1971 року залишається основним регулятором відносин з приводу застосування найманої праці.

Сьогодні вже підготовлений до другого читання проект Трудового кодексу України № 1108 від 4. 12. 2007 р.: [102] (далі – проект ТКУ), який має стати новою віхою у розвитку трудового права України. Разом з тим потрібно відзначити вагомий внесок на формування сучасної концепції трудового договору як основного регулятора трудових правовідносин наукових здобутків таких провідних вчених у галузі трудового права як Н. Б. Болотіної [66], Н. Д. Гетьманцевої [103], І. В. Зуба [104], П. Д. Пилипенка [105], В. І. Прокопенка [50], В. Г. Ротаня [101], Н. М. Хуторян [106] тощо.

Передусім потрібно наголосити увагу на тому, що за своєю природою трудовий договір є правовим явищем. Така обставина зумовлює дослідження його в якості основної категорії трудового права, яка визначає трудовий договір. Він як

юридичний факт породжує індивідуально-трудові правовідносини. Також у науці трудового права вже традиційно його розглядають як один з найважливіших інститутів цієї галузі права, як одну з основних форм реалізації права на працю. Проте, як видається, в причині появи індивідуально-трудова правовідносин вбачається існування певного договірної механізму регулювання відносин найманої праці на основі укладеного трудового договору, повноті правового забезпечення яких вони і слугують.

Не заперечуємо той факт, що у трудовому праві поняття «трудова договір» можна розглядати з віднесенням у його зміст ролі, функції, значення трудового договору. Однак у вузькому значенні предметом розгляду є з'ясування найсуттєвіших ознак цього договору, які виражають сутність цього поняття. Вважаємо, вони об'єктивуються та набувають юридичної значимості для даного договору власне у законодавчому визначенні.

Трудовий договір знаходить своє юридичне оформлення у КЗпП. Зокрема, тут він визначається як угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядку, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін [48].

Такий підхід у визначенні понятійного апарату трудового договору є традиційним для багатьох країн колишнього СРСР [107, 108], оскільки фактично відображає особливості відносин найманої праці на підставі укладеної угоди. Щоправда очевидно певних коректив та доповнень основна правова норма, що викладає це поняття все ж потребує. Передусім потребує змін правова регламентація сторін трудового договору, якими є працівник та роботодавець.

Зокрема, згідно Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії» від 15.09.1999 р. № 1045-XIV [109] працівником є фізична особа, яка працює на

підставі трудового договору на підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи, яка використовує найману працю. Вже у ч. ст. 20 проекту ТКУ [102] підкреслено, що особа стає працівником тільки тоді, коли вступила у трудові правовідносини з роботодавцем на підставі трудового договору. Властивості цієї категорії трудового права визначаються трудовою правосуб'єктністю особи, яка бажає працювати, встановленням вікової диференціації доступу до застосування праці на основі трудового договору неповнолітніх осіб тощо.

Другою стороною трудового договору, яка використовує на підставі укладеного трудового договору найману працю можна назвати роботодавця. Про це свідчить низка законів України. [110, 111]. Щоправда визначення поняття «роботодавець» лише уточнюють хто є власником підприємства, установи, організації щодо найманих працівників і підкреслюють, що роботодавцем може бути фізична особа, яка використовує найману працю.

Натомість у п. 1 ст. 24 проекту ТКУ [102] передбачено, що «роботодавець - юридична (підприємство, установа, організація) або фізична особа, яка в межах трудових відносин використовує працю фізичних осіб». Така норма зазнала відповідної оцінки серед науковців [111]. Адже відповідно до ст. 161 ЦКУ [61] підприємство є єдиним майновим комплексом, а відтак нерухомістю, що може бути об'єктом різних правочинів. Щодо поняття «установа», то це всього лиш одна з організаційно-правових форм юридичних осіб. (ч. 1 ст. 81 ЦКУ) [61]. Також термін «організація» може вживатися у законодавстві для позначення юридичних осіб (ст. 83 ЦКУ)) [61] та суб'єктів, що не мають прав юридичної особи. Зокрема, відповідно до змісту ст. 25 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 р. № 987-XII [112] релігійна організація вправі приймати на роботу на підставі трудового договору. Отже організації у випадках, передбачених законом та установчими документами мають право здійснювати найм працівників.

Наприклад за ст. 14 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9.07.2003 р. № 1058-IV [113] роботодавцями є філії, представництва, відділення та інші відокремлені підрозділи, які самостійно здійснюють розрахунки, у тому числі по оплаті праці та мають окремий баланс. На

жаль норми права соціального забезпечення є не зовсім прийнятними для регулювання відносин найманої праці. Проте перенесення такої конструкції у систему трудових правовідносин щодо регулювання відносин найманої праці стало б необхідною умовою повноти дефініції роботодавця у трудовому праві. Тим більше, що у літературі також обґрунтовується необхідність такого запозичення [114, 115].

З огляду на вищевикладене пропонуємо визначити роботодавцем фізичну, юридичну особу та суб'єктів без статусу юридичної особи, які відповідно до законодавства України вправі використовувати найману працю на підставі укладеного трудового договору.

Роботодавець та працівник оформлюють відносини з приводу застосування здатності до праці останнього угодою. Вона передбачає досягнення взаємної домовленості учасників переддоговірних відносин щодо погодження умов трудового договору. Насамперед йдеться про ті, які визначають зміст законодавчого положення, що вкладаємо у поняття «трудоий договір».

По суті, як передбачено ч. 1 ст. 39 проекту ТКУ [102], законодавче визначення трудового договору формує угода про роботу (трудоу функцію) працівника, яка обумовлена трудовим договором. Разом з тим, як видається, є зовсім неприйнятним ототожнення роботи працівника та його трудової функції. Більшість дослідників останньої вважають, що мова йде не про роботу, а про вид такої роботи. Зокрема, П. Д. Пилипенко [105, С. 73] зазначає, що трудова функція це вид роботи або посади, виконання чи заміщення яких можливе з огляду на професію, спеціальність, кваліфікацію працівника. Автор зауважує, що визначальним у визначенні трудової функції є вид роботи або посади, оскільки при укладенні трудового договору такі чинники як професія, спеціальність, кваліфікація можуть бути у виняткових випадках проігноровані.

Варто також додати, що трудоий договір є угодою між працівником та роботодавцем, взаємні зобов'язання яких мали б виступати основою для відмежування трудового договору від інших суміжних договорів (підряду тощо).

Основні права та обов'язки сторін трудового договору закладені у законодавчому положенні КЗпП щодо поняття трудового договору. Зокрема, це особисте виконання роботи, визначеної угодою та підлягання внутрішньому трудовому розпорядку працівника; виплата заробітної плати та забезпечення умов праці роботодавцем, необхідних для виконання роботи, які передбачені законодавством про працю, колективним договором й угодою сторін.

Найперше потрібно зазначити, що вступ у відносини найманої праці є добровільним. Тому обов'язок працівника підлягати правилам внутрішнього трудового розпорядку є тільки результатом взятих на себе договірних зобов'язань за трудовим договором. Зокрема, як вважають автори підручника «Трудове право України» [116, С. 157] потенційний працівник та роботодавець вправі самостійно обирати собі контрагентів майбутнього трудового договору та висувати умови, які кожний з них вважає за потрібне відобразити у змісті договору.

Щодо самих зобов'язань сторін, то передусім у визначенні трудового договору вказується особисте виконання роботи, визначеної угодою сторін. Воно полягає у тому, що працівник не вправі передавати іншій особі виконання особистих трудових обов'язків, передбачених трудовим договором. За часів існування СРСР цей критерій був один з найважливіших показників існування індивідуально-трудова правовідносин. В той час використання найманої праці було в основному зосереджено на великих підприємствах, де кожен працівник мав чітко визначену ділянку роботи. Особисте виконання роботи полягало у фізичному виконанні виробничих завдань, об'єднаних жорстким контрольованим технологічним процесом. В умовах стрімкого інноваційного розвитку, коли звичним для кожного стає використання інтернет-мережі, комп'ютеризованих технологій у виробництві продукції та надання послуг потребує змін і концептуальний підхід до цього критерію. Зокрема, заслуговує на увагу положення нового Закону про трудові договори Фінляндії, у якому йдеться про право працівника з дозволу роботодавця наймати помічника для виконання зобов'язань за трудовим договором, який набуває статусу працівника [117]. В такий спосіб фактично розширено площину трактування особистого виконання роботи в межах трудових відносин на основі найманої праці.

На нашу думку ця новела надасть можливість працівнику раціонально розподілити свою робочу силу без шкоди для здоров'я. Відтак це сприятиме підвищенню продуктивності його праці без загрози втратити роботу.

Законодавчо визначеному обов'язку працівника особисто виконувати роботу, обумовлену трудовим договором кореспондує основний обов'язок роботодавця виплачувати працівникові заробітну плату. Праця на основі трудового договору є оплатною, а винагорода передбачена у формі заробітної плати. Суттєві доповнення до змісту такого обов'язку у визначення трудового договору вніс проект ТКУ [102]. Тут у ч. 1 ст. 39 передбачено, що роботодавець зобов'язується своєчасно та у повному обсязі виплачувати заробітну плату. В такий спосіб проведено чітку грань розмежування оплати праці за цивільно-правовим договором та трудовим правом, за яким виплати здійснюються регулярно у строки, які визначені колективним договором та у повному обсязі.

Проте законодавець не врахував тієї обставини, що заробітна плата є основним джерелом прибутків працівника, яка виплачується на підставі укладеного трудового договору. Її не можна пов'язувати з фактичним виконанням працівником трудової функції, як це зроблено у визначенні заробітної плати у ч. 1 ст. 94 КЗпП [48], так і в ст. 207 проекту ТКУ[102]. Зокрема у трудовому законодавстві передбачено ряд підстав, з настанням яких працівник отримує заробітну плату, хоч фактично не працює. Це і перебування працівника у відпустці зі збереженням заробітної плати, участь у законному страйку, тимчасова непрацездатність працівника тощо. Як приклад позитивного досвіду у формування такого визначення є Молдова [118]. Тут передбачено, що «заробітна плата це винагорода чи заробіток, що виплачується роботодавцем за виконану роботу або роботу, яка підлягає виконанню за договором.

Систему правових ознак трудового договору доповнює зобов'язання роботодавця забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін (ст. 21 КЗпП). [48] Натомість ст. 39 проекту ТКУ [102] оперує при визначенні поняття трудового договору поняттями «належні, безпечні та здорові умови праці, належні санітарно-побутові умови». Однак ні дефініції цих понять, ні певних роз'яснень, які

б можна було б вивести з положень акту немає. Така правова невизначеність є суттєвим недоліком при підготовці проекту і потребує нагального вирішення у трудовому праві як галузі права передусім охорони праці працівника.

Потрібно також зазначити, що у більшості країн трудове законодавство визначає поняття безпечні умови праці. Так, у ст. 1 Трудового кодексу Казахстану [119] зазначено, що безпечні умови праці – це умови праці, які створюються роботодавцем, при яких вплив на працівника шкідливих чи або (небезпечних) виробничих факторів відсутній або рівень їх впливу не перевищує норми безпеки. При цьому санітарно-побутові умови належать до безпечних умов. При цьому під нормами безпеки у ст. 1 розуміються якісні та кількісні показники, які характеризують умови виробництва, виробничий та трудовий процес з точки зору забезпечення організаційних, технічних, санітарно-гігієнічних, біологічних норм, правил, процедур, критеріїв, що спрямовані на збереження життя та здоров'я працівників в процесі їх трудової діяльності.

Наступною ознакою, яка вносить правову завершеність у визначення трудового договору за КЗпП [48] є обов'язок працівника підлягати внутрішньому трудовому розпорядкові. У проекті ТКУ [102] сформовано аналогічне положення, однак поняття «підлягати» замінено на «додержання» правил внутрішнього трудового розпорядку, трудового законодавства, колективних договорів і угод під керівництвом та контролем роботодавця. Також тут передбачено, що працівник зобов'язаний особисто виконувати роботу (трудова функція), визначену цією угодою, з додержанням трудового законодавства, колективних договорів і угод, правил внутрішнього трудового розпорядку під керівництвом і контролем роботодавця.

Це означає, що виконання трудової функції відбувається під керівництвом та контролем роботодавця. Йдеться про так звану комплексну ознаку трудового договору, яка є відображенням нової для трудового права концепції правового розмежування трудового договору і інших договорів про застосування здатності до праці цивільно-правового характеру.

Уперше основні засади правового підпорядкування були покладені в основу доповіді Міжнародної Організації Праці «Трудові відносини» у 2006 році [77]. Зокрема, у ній зроблено акцент на трьох найбільш актуальних в сучасних ринкових умовах застосування найманої праці ознаках трудового договору. Це «рівень підпорядкування роботодавцю, праця на користь інших осіб і праця у відповідності до вказівок». Такий підхід є цілком прийнятним для країн прецедентного права, в трудовому законодавстві яких відсутнє поняття трудового договору. Тут його трактування вироблене судовою практикою. Зокрема, як зазначає В. І. Васільєва [120, С. 41-43] у правовій доктрині та судовій практиці країн Австрії та Франції правове підпорядкування характеризує ціла група показників, які можуть свідчити про існування трудового договору. У Франції такими ознаками трудового договору є локалізація праці (працівник виконує роботу на підприємстві або конкретному місці, визначеним роботодавцем), існування чітких вказівок роботодавця (управління працею та контроль за її виконанням). Австрійська правова доктрина та судова практика наголошує увагу на директивній владі роботодавця. Суть її полягає у тому, що він вправі детально визначати роботу, яку виконує працівник, однак це право обмежене трудовим договором та нормами законодавства.

У країнах пострадянського простору, у тому числі і в Україні законодавче визначення трудового договору є предметом централізованого регулювання. Тому юридичний зміст правового підпорядкування мав би відображати зміст угоди сторін. Йдеться про те зобов'язання, яке показує правову залежність працівника щодо роботодавця. Чинний КЗпП називає тільки таку ознаку як обов'язок працівника підлягати внутрішньому трудовому розпорядку.

Натомість відповідні положення проекту ТКУ [102] внесли суттєве доповнення, що дозволяють сформулювати таку ознаку більш ширше. Це дотримання працівником правил внутрішнього трудового розпорядку, трудового законодавства, колективних договорів та угод під керівництвом та контролем роботодавця.

На противагу висловленим у літературі [121, С. 76] позиціям вважаємо керівництво та контроль у будь-якому випадку не можна ототожнювати з підляганням правилам внутрішнього трудового розпорядку. Це дві самостійні

правові ознаки. Разом з тим не тотожними є поняття «керівництво» та «контроль», хоч виписані у нормі разом. Те, що трудова функція здійснюється під керівництвом [10, С. 536] роботодавця означає, що останній спрямовує трудову діяльність працівника, його процес праці, вправі давати йому вказівки у формі видання наказів (розпоряджень). Відповідно до ст. 13 проекту ТКУ [102] вказівки є зовнішнім виявом таких нормативно-правових актів як розпорядження, накази та рішення. Роботодавець повинен доводити власні нормативні акти до відома всіх працівників. Якщо нормативний акт стосується конкретного робочого місця чи конкретної посади (посадова інструкція, інструкція про порядок виконання робіт тощо), працівник знайомиться з ним під розписку. В такий спосіб вони є об'єктивним вираженням змісту правил внутрішнього трудового розпорядку, дотримання яких зобов'язує розглянута нами ознака трудового договору.

Щодо контролю, то під ним слід розуміти право роботодавця перевіряти працівника під час виконання ним трудової функції в межах закону стосовно дотримання ним правил внутрішнього трудового розпорядку, законодавства про працю, колективного договору та угод, тобто «встановленим вимогам» [10, С. 569]. Разом з тим згідно ст. 396 проекту ТКУ [102] роботодавець зобов'язаний постійно контролювати стан дотримання вимог цього Кодексу, інших актів трудового законодавства, колективних угод, колективних і трудових договорів, а також спеціального законодавства у сфері безпечних і здорових умов праці. Зокрема, він здійснює контроль за дотримання працівниками під час виконання робіт норм з охорони праці, використання ними засобів колективного і індивідуального захисту (ст. 271 проекту ТКУ) [102]. Нововведенням для трудового законодавства є право роботодавця контролювати виконання працівниками трудових обов'язків, у тому числі з використанням технічних засобів, якщо це зумовлено особливостями виробництва, з обов'язковим попередженням працівників про їх застосування. Під час здійснення такого контролю не допускаються дії, що принижують честь і гідність або порушують інші права працівників (ст. 28 проекту ТКУ) [102].

Отже йдеться про самостійну ознаку трудового договору, яка передбачає право, а у певних випадках і обов'язок роботодавця здійснювати керівництво та

контроль під час виконання працівником трудової функції. Тому, як видається визначення трудового договору у проекті ТКУ потрібно формулювати таким чином, щоб після слів « працівник зобов'язується особисто виконувати роботу (трудова функцію)» містилося положення «під керівництвом та контролем роботодавця».

Потрібно також зазначити, що високий ступінь автономії працівника та творчий підхід до виконання його трудової функції потребує взяття до уваги і інші ознаки трудового договору, на основі яких встановлюється факт існування чи відсутності фактичних індивідуально-трудова правовідносин на основі трудового договору,

Зокрема, Міжнародна організація праці у своїй вищезгаданій доповіді [77] у п. 8-9 називає їх «показниками», «які використовується для позначення фактичних обставин, які допоможуть перевірити, чи присутні у кожному конкретному випадку вище названі фактори». «Вони включають ступінь інтеграції в організацію, яка контролює умови праці, надання знарядь праці, матеріалів або машин та устаткування, організацію професійної підготовки, а також ту обставину, чи виплачується заробітна плата періодично і чи складає вона значну частину прибутку працівника». Очевидно, це ті об'єктивні чинники існування індивідуально-трудова правовідносин, які повинні враховуватися судами при визначенні факту існування трудова правовідносин.

З огляду на вищевикладене дозволимо собі відзначити позитивний та новаторський підхід законодавця до визначення поняття трудового договору у проекті ТКУ. Хоч воно потребує суттєвого доопрацювання, проте концепція правового підпорядкування, що формує систему визначальних юридичних ознак наявності існування факту правовідносин найманої праці на основі трудового договору отримала у ньому належну оцінку.

Дослідження поняття трудового договору виражає також бачення значимості його дефініції у сфері реалізації конституційного права на працю.

Передусім потрібно наголосити увагу, що законодавче поняття трудового договору сприяє формуванню уявлень про вагому, поруч з тим і визначальну роль його визначення у сфері реалізації особою права на працю. Зокрема, будь-який

договір між працівником та роботодавцем незалежно від його назви є трудовим договором за умови, що взаємні зобов'язання за договором відповідають ст. 21 КЗпП. [48]

Законодавче визначення трудового договору не може бути предметом індивідуально-договірного регулювання трудових правовідносин, адже містить комплекс необхідних обов'язкових умов майбутнього договору, без досягнення контрагентами взаємної домовленості щодо яких трудовий договір не може бути укладений. Щоправда висновок про те, що найважливіші ознаки цього договору є водночас його обов'язковими умовами можна зробити лише на основі змістовного тлумачення ч. 1. ст. 21 КЗпП. [48] Разом з тим у ч. 2 ст. 40 проекту ТКУ [102] вже є спроби передбачити перелік таких умов.

Значення поняття трудового договору полягає також у тому, що його дефініція є предметом конкретизації та індивідуалізації у трудовому договорі. Цілковитим погоджуємося з З. Я. Козак [122] у тому, що внаслідок конкретизації «договірним регулюванням встановлюються більш конкретні та визначені норми права. Такі норми є вужчими за об'ємом і в той же час ширшими за змістом у порівнянні із загальними нормами права».

У такий спосіб можна дійти до висновку, що законодавче визначення трудового договору являє собою норми трудового права, які безпосередньо спрямовані на встановлення індивідуально-трудова правовідносин на основі трудового договору взаємним волевиявленням працівника та роботодавця на підставах та у порядку, передбачених трудовим законодавством.

Отже у підсумку зазначимо, що в поняття «трудова договір» ми вкладаємо основні ознаки трудового договору, які покладені в основу законодавчого формулювання цього правового явища. Одним з аспектів у дослідженні його поняття є визначення також і інших ознак, за наявності чи відсутності яких у фактичних трудових правовідносин можна стверджувати про існування індивідуально-трудова правовідносин на основі трудового договору. Проте можна на основі проведеного дослідження стверджувати, що вони теж вкладені у зміст визначення трудового договору, щоправда формулювання якого містить не нині

діючий КЗпП, а проект ТКУ. Незважаючи на недосконалість його положень система найважливіших ознак трудового договору, яка визначає договір власне як трудовий, заслуговує на позитивний відгук. Тому що, у ньому відображений комплексний підхід законодавця до формування основних умов трудового договору, які матеріалізуються у суб'єктивних правах та обов'язках працівника і роботодавця.

2. 2. Трудовий договір як підстава для виникнення трудових правовідносин

Реалізація особою конституційного права на працю може відбуватися на підставі трудового договору, що розглядається у значенні юридичного факту. Більшість вчених теоретиків [123, С. 401; 124, С. 152-153; 125, С. 346] юридичними фактами називають конкретні життєві обставини, з якими норми права пов'язують настання відповідних юридичних наслідків – виникнення, зміну та припинення правовідносин. Як правильно зазначає С. С. Алексеев жоден юридичний наслідок безпосередньо з норми права не випливає, а тому для їх виникнення потрібні юридичні факти – конкретні життєві обставини, які передбачені юридичними нормами. Цю думку поділяють і ряд українських вчених в галузі теорії права та держави [25, С. 403; 24, С. 268]. Відзначимо також, що ті юридичні факти, які спричинюють реалізацію права на працю особою і породжують індивідуально-трудова правовідносини між працівником та роботодавцем за своїм характером є правоутворюючими.

Особливості виникнення індивідуально-трудова правовідносин на підставі трудового договору досліджувалися у працях таких представників науки трудового права як О. В. Данилюк [121], О. В. Кручинін [126], Д. Р. Лещух [127], П. Д. Пилипенко [105] та інші. При цьому навіть попри достатньо опрацьовану концепцію правоутворюючих юридичних фактів у трудовому праві серед науковців і надалі триває дискусія щодо моменту виникнення індивідуально-трудова правовідносин. Зокрема В. В. Жернаков [128, С. 95-96] схильний вважати, що самої лише взаємної

домовленості між сторонами є достатньо для виникнення правовідносини з приводу укладення трудового договору, а не індивідуально-трудова правовідносин.

Насправді, чинне трудове законодавство України дає підстави для такого висновку. Передбачається, зокрема, що укладення трудового договору оформляється наказом роботодавця про зарахування працівника на роботу, а трудовий договір вважається укладеним і тоді, коли наказ чи розпорядження працівника не були видані, але працівника фактично було допущено до роботи. Тим самим законодавець прирівняв фактичний допуск до роботи до укладення трудового договору.

Разом з тим у ст. 21 цього КЗпП трудовий договір подається як угода. А тому не зовсім правильно буде зводити виникнення індивідуально-трудова правовідносин до фактичного допуску працівника до роботи. Можливі випадки, коли особа не приступила до виконання своїх трудових обов'язків з поважних причин. Наприклад, роботодавець не забезпечив умови для безпечного виконання трудової функції. Зокрема, відповідно до ст. 20 Закону України «Про охорону праці» від 14.10.1992 № 2694-ХІІ [129] допуск до роботи осіб, які не пройшли навчання, інструктаж, перевірку знань з охорони праці забороняється.

Таким чином укладення трудового договору тісно пов'язане з моментом набуття прав та обов'язків працівника та роботодавця. Тому потребує з'ясування і та обставина, з якого моменту вони стають сторонами трудового договору, а отже на них поширюється дія трудового законодавства, у тому числі Закону України «Про охорону праці».

В. Г. Ротань В. І. Зуб, О. Є. Сонін [104, С. 71] вважають, що укладення трудового договору означає набуття сторонами прав і обов'язків, що встановлені законодавством про працю, генеральною, галузевою і регіональною угодами та колективним договором.

Отже юридичне значення має факт укладення трудового договору. У буквальному розумінні йдеться про досягнення взаємної домовленості між суб'єктами щодо використання найманої праці. Фактично сторони набувають

статусу працівника та роботодавця з моменту досягнення такої згоди. А досягнення згоди між сторонами і є тією угодою, що визначена законом як трудовий договір.

По суті угода є юридичним фактом, без якого не можуть настати юридичні наслідки правоутворюючого характеру. З їх появою особи набувають прав та обов'язків працівника та роботодавця, а отже і право вимагати виконання своїх зобов'язань за договором. У такому випадку, якщо угода є підставою виникнення індивідуально-трудова правовідносин, то з її появою неминуче мають настати юридичні наслідки. У цьому полягає основна роль правоутворюючого юридичного факту. Проте що потрібно вважати моментом появи угоди, і чи з цього самого відрізка часу сторони набувають прав та обов'язків працівника та роботодавця залишається у законодавстві невідомим. Для порівняння, у ч.1. ст. 640 ЦКУ [61] зазначено, що договір укладений з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції.

Проблематика трудового договору як юридичного факту підкреслена також тією обставиною, що він обов'язково повинен бути належним чином оформлений. Погоджуємося з Д. Р. Лещухом [127, С. 72], що умова про форму трудового договору узгоджується завжди, оскільки саме укладення трудового договору передбачає надання йому певної форми у вигляді якої буде існувати волевиявлення сторін договору та у вигляді якого буде закріплено їх волю про певні умови трудового договору. Тобто трудовий договір не може бути укладений без надання йому певної форми. У цьому контексті важливо з'ясувати питання щодо надання угоді такої форми, яка б дозволила визначити момент набуття прав та обов'язків працівника і роботодавця. Йдеться про те, що момент виникнення індивідуально-трудова правовідносин тісно пов'язаний з моментом набуття юридичного значення такої угоди. Адже останній по суті є моментом укладення трудового договору.

У теорії права розроблені критерії, яким повинна відповідати конкретна життєва обставина, щоб виконувати роль юридичного факту. Зокрема, О. Ф. Скакун [25, С. 389] зазначає, що підстав виникнення правовідносин є декілька: це норми права, правосуб'єктність учасників індивідуально-трудова правовідносин та юридичний факт (підстава виникнення, зміни і припинення правовідносин). Тобто

вона розглядає правову підставу виникнення правовідносин у широкому розумінні, яка включає усі три зазначені обов'язкові елементи. А у вузькому значенні такою підставою є юридичний факт.

М. О. Рожкова [130] розглядає перелічені вище елементи підстав виникнення правовідносин як умови їх появи. Вона поділяє такі складові на загальні передумови виникнення (норма права і правосуб'єктність) та конкретні – тобто відповідний юридичний факт. При цьому дослідниця переконана, що підставою виникнення правовідносин є юридичний наслідок їхньої взаємодії. І як видається такий підхід до розуміння ролі конкретної життєвої обставини є більш правильним. Адже юридичні наслідки (конкретні правовідносини) можуть виникнути тоді, коли настане конкретна життєва обставина у просторі та часі. Вона є неповторна, її не можна заздалегідь передбачити у нормах права. Разом з тим у ній можна виписати загальну правову модель такої життєвої обставини, з настанням якої у дійсності норми права пов'язують виникнення правовідносин. Отже без юридичної норми не має юридичного факту, а тільки конкретна життєва обставина, яка відбулася. Разом з тим, як відомо з теорії права, умовою вступу у правовідносини є правосуб'єктність їх учасників. Тому до уваги слід брати також і цей елемент.

Отже для виникнення індивідуально-трудоових правовідносин має відбутися у просторі та часі конкретна життєва обставина, яка за певних умов створює юридичний факт та виражена правомірною поведінкою людей. Значення її, як правильно підкреслює Л. А. Луць [24, С. 349] полягає у тому, що завдяки останній відбувається переведення нормативно-правових приписів у конкретну життєву ситуацію. Тобто життєва обставина виконує роль правоутворюючого юридичного факту лише у тому випадку, коли виражена правомірною поведінкою. Тому у теорії права розглядають юридичний факт через правомірну поведінку суб'єктів права. Зокрема, М. В. Цвік та О. В. Петришин [125, С. 354-355] під правомірною поведінкою розуміють вольову поведінку суб'єкта права (діяльність або бездіяльність), яка відповідає приписам правових норм, не суперечить основним принципам права і гарантується державою. Таким видом правомірної поведінки називають вчинки, які зв'язують правову норму та той правовий результат, на

досягнення якого була спрямована поведінка суб'єкта. Дотримуючись аналогічного наукового підходу, О. Ф. Скакун робить логічний висновок, що правомірна поведінка спричинює юридичні наслідки, оскільки виявляється у юридичних фактах, що є передумовами правовідносин.

Як відомо юридичним вираженням правомірної поведінки є волевиявлення суб'єкта права. Оскільки норми права пов'язують настання юридичних наслідків правоутворюючого характеру тільки з правомірними діями, то йдеться про активну правомірну поведінку.

У теорії права остання спрямована на встановлення взаємного правового зв'язку між учасниками відносин та підпадає під поняття «угоди». Відтак вступ у індивідуально-трудова правовідносини передбачає наявність взаємного волевиявлення тільки двох суб'єктів – майбутніх працівника та роботодавця, яке оформлене у вигляді угоди. На це вказує стаття 21 КЗпП, відповідно до якої трудовий договір є угодою між працівником та роботодавцем, змістом якої є кореспондуючі суб'єктивні права та юридичні обов'язки.

Отже така угода є вольовою правомірною поведінкою майбутніх працівника та роботодавця, з якою норми права пов'язують виникнення між ними індивідуально-трудова правовідносин. Тобто укласти угоду за межами правомірної поведінки є неможливим. Йдеться загалом про будь-яку поведінку, яка не суперечить нормам права. Але, як вже було зазначено, для того щоб конкретна життєва обставина (та ж угода) створила юридичний факт (набула властивостей юридичного факту), такі ознаки, критерії, вимоги мають бути викладені у юридичній нормі або декількох нормах.

Все це зумовлене тим, що у реальній дійсності вчинення угоди може породити будь-які наслідки, у тому числі і ті, що не мають юридичного значення для виникнення індивідуально-трудова правовідносин. Які за характером ці наслідки – буде залежати від того, на що було спрямоване взаємне волевиявлення суб'єктів права, тобто чи бажали вони настання відповідних юридичних наслідків.

Вираження волі суб'єктів права ґрунтується обов'язково на попередньому усвідомленні ними тих юридичних наслідків, які неминуче настануть в силу появи

їхньої угоди. А це означає, що сторони своїми правомірними та вольовими діями можуть набути для себе конкретних прав та обов'язків працівника та роботодавця. Останні не є абстрактними, а заздалегідь відображені у юридичній нормі. Тобто тут має бути передбачено модель життєвої обставини (правомірної поведінки) і юридичні наслідки. У випадку, коли реальна життєва обставина підпадає під таку модель юридична норма передбачає і юридичні наслідки, які при цьому виникають. Якщо у нормі права не передбачені юридичні наслідки вчинення правомірних та вольових дій, то втрачає юридичне значення і угода суб'єктів права. Вона не є тоді підставою виникнення правовідносин.

Правові вимоги, які визначають достатній обсяг правомірної поведінки, визначені як правило у диспозиції правової норми. Такий висновок можна зробити також на основі аналізу змісту законодавчого визначення трудового договору. Тут містяться основні правові вимоги, яким повинна відповідати кожна конкретна життєва обставина з тим, щоб породити у суб'єктів права конкретні права та обов'язки працівника та роботодавця за угодою сторін.

Нагадаємо, що суб'єктивні права та юридичні обов'язки є взаємними і кореспондують один одному. Вони визначені у ст. 21 КЗпП. Зокрема, під юридичним обов'язком у теорії права розуміють вид та міру належної (необхідної) поведінки суб'єкта права, що встановлена юридичними нормами для задоволення інтересів правомочної особи та забезпечена державою. [25, С. 391]. У цьому проявляється особливість трудового договору як основної форми реалізації права на працю, коли особа вступає у договірний зобов'язально-правовий зв'язок з роботодавцем з метою заробити собі на життя.

Такий вступ є можливим лише за наявності ще однієї загальної умови виникнення індивідуально-трудова правовідносин - правосуб'єктності. Угода сама по собі не може стати юридичним фактом, якщо не дотримано вимог про трудову правосуб'єктність майбутнього працівника і роботодавця. Тобто учасники майбутніх правовідносин мають бути передусім правоздатними та дієздатними.

За загальним правилом особа має можливість працювати за трудовим договором при досягненні 16 років. Однак законодавець з метою забезпечення

можливостей для працевлаштування молоді відповідно до ст. 188 КзпП [48] допускає за згодою одного з батьків (усиновителя, піклувальника) укладення трудового договору з чотирнадцятирічного віку за певних умов. Зокрема в період канікул для підлітків віком від 14-15 років, і з 15-16 – у вільний від навчання час. Разом з тим здатність виконувати відповідну трудову функцію може залежати від стану здоров'я працівника. Також забороняється укладення трудового договору з особами, яким така робота протипоказана відповідно до медичного висновку. (ст. 24 КзПП). [48] У законодавстві України можуть передбачатися обмеження щодо виконання роботи у відповідних умовах. Зокрема, трудовий договір не може бути укладено з неповнолітнім для виконання роботи у нічний час. (ст. 192 КЗпП). [48] Адже трудове право – це передусім право охорони праці.

Щодо роботодавця, то він вправі здійснювати найм працівників з моменту державної реєстрації юридичної особи. Зокрема, якщо це фізична особа – то з моменту досягнення нею повноліття. При цьому відповідно до ст. 35 ЦКУ [61] за наявності письмової згоди батьків (усиновлювачів), піклувальника або органу опіки та піклування особа може бути зареєстрована як підприємець. У такому випадку вона набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації як підприємця.

Трудова правосуб'єктність, як правильно зазначає М. О. Рожкова [130] є тим останнім необхідним елементом у взаємодії, наслідком якої є виникнення правовідносин. Це означає, що кожен з розглянутих нами елементів не породжує сам по собі правовідносин, у тому числі індивідуально-трудові.

Подаючи трудовий договір як угоду, українське законодавство не містить законодавчого визначення цього поняття. Його можна віднайти у не чинному на сьогодні Цивільному кодексі УРСР [131], де угодами визнавалися дії громадян і організацій, спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав або обов'язків. Тут же передбачено, що двохсторонньою угодою є договір. У нині діючому ЦКУ [61] угоду замінено на правочин, і лише двохсторонній правочин можна називати договором. Разом з тим етимологічне значення угоди вказує на те, що під нею в українській мові [10, С.1495] потрібно розуміти тільки взаємну

домовленість про щось, договір, за яким встановлюються взаємні зобов'язання щодо чого-небудь.

Тим самим, якщо співвіднести таке пояснення з теоретичними засадами розуміння угоди, то можна дійти висновку, що правомірна волева поведінка суб'єктів права може бути виражена взаємною їх домовленістю (угодою, договором). Вона має значення для трудового права лише у випадку погодження потенційними працівником та роботодавцем умов майбутнього трудового договору. Останні і відображають взаємне їх зобов'язання за трудовим договором. Адже вступити у індивідуально-трудова правовідносини можна лише шляхом досягнення згоди щодо усіх істотних умов трудового договору. Індивідуально-трудова правовідносини не можуть виникнути, якщо сторони заздалегідь не погодили їхній зміст. Тобто не досягнули згоди щодо усіх істотних умов майбутнього трудового договору, без яких він не може бути укладеним. Передусім це ті, які передбачені у законодавчому визначенні трудового договору. Як правильно зазначає Т. В. Парпан [132] істотними для конкретного трудового договору є також факультативні (за словами автора ініціативні), після відображення їх у змісті трудового договору за погодженням сторін.

Таким чином для досягнення угоди обов'язково має бути волевиявлення двох суб'єктів. Кожен з них вчиняє правомірні волеві дії, які спрямовані на виникнення відносин найманої праці на основі трудового договору. Тому останній є угодою, і водночас підставою виникнення індивідуально-трудова правовідносин. Зміст останніх став предметом погодження у вигляді зустрічної згоди працівника чи роботодавця в залежності від суб'єкта, який ініціював укладення угоди. Внаслідок досягнення взаємної домовленості особи набули статусу працівника та роботодавця. На підставі укладеної угоди виникає взаємне зобов'язання сторін, матеріальною формою існування якого є договір. Зокрема, як зазначає Г. Кикоть [133, С. 109] юридичні факти, а отже укладені угоди створюють перехід від загальної моделі прав та обов'язків, зафіксованої в юридичній нормі, до конкретної, яка втілюється у правовідносинах.

Незважаючи на те, що правовою підставою виникнення цивільних правовідносин є правочин, доктрина сучасного договірного права дедалі більше характеризує договір не як двохсторонній правочин, а як взаємну домовленість двох або більше осіб. Адже правочин як погоджена дія двох сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків не відображає суті самого договору, не несе у собі смислове навантаження в якості виникнення взаємного зобов'язання сторін, матеріальною формою існування якого є договір.

Разом з тим цивільне право, на відміну від трудового, об'єктивно потребує оперувати таким поняттям як «правочин», оскільки у ньому передбачено низку вольових дій, які вчиняються однією особою. Цілком поділяємо позицію З. В. Ромовської [74, С. 337], що акти вчинені за волею однією зі сторін не можуть бути позначені терміном «угода» (як взаємною домовленістю). Разом з тим автор зазначає, що «наявність у Цивільному кодексі України терміна «правочин» не означає виключення з правничої лексики терміна «угода»... вона залишається лише у значенні домовленості щонайменше двох сторін». Що ж стосується трудового права, то застосування терміну правочин є не зовсім прийнятним.

Як вже зазначалось поняття «угода», «договір» є складовою синонімічного ряду терміну «взаємна домовленість». Етимологічне значення останнього не сумісне з поняттям «правочин», яке б можна було застосувати для визначення трудового договору як юридичного факту. Разом з тим правочин потенційно може мати місце в трудовому праві, оскільки позначає вольову дію особи, яка спрямована на виникнення прав та обов'язків. Для прикладу, подання заяви працівником може розглядатися як правочин, що зобов'язує роботодавця розглянути її, але не спричинює появи зобов'язально-правового зв'язку між сторонами. Іншими словами, підставою виникнення індивідуально-трудова правовідносин правочин бути не може. Роботодавець, скажімо, видаючи наказ про зарахування працівника на роботу теж вчиняє правочин. Він у трудовому праві може розглядатися як форма зустрічного волевиявлення іншої сторони. Однак індивідуально-трудова правовідносини у трудовому праві можуть виникнути тільки тоді, коли сторони досягнули взаємної згоди (угоди) щодо тих юридичних наслідків, на настання яких

була спрямована їхня воля. Зовнішнім вираженням останньої є волевиявлення працівника та роботодавця, яке матеріалізується у погоджених їх діях. Вони є складовими процесу досягнення взаємної домовленості. Тому мають бути правомірними та вольовими. Угодою є результат погодження воель, а саме вчинення дій кожної з учасників переддоговірного процесу, з якими норми права пов'язують виникнення індивідуально-трудоx правовідносин. Прикладом може бути фактичний допуск до роботи з відома чи за наказом роботодавця.

Отже угода сторін досягається в результаті вчинення кожним з учасників переддоговірних відносин необхідного відповідно до закону обсягу правомірних та вольових дій, які були потрібні для досягнення взаємної домовленості. Тому трудовий договір є єдиним їх вольовим актом. Він мав би виражати, як видається, дійсний намір породити своїми діями настання відповідних юридичних наслідків.

Про договір як вольовий акт пише І. Р. Калаур [134]. Він звертає увагу на цей його аспект і приходить до логічного висновку, що «для того, щоб у майбутньому особи мали можливість вчиняти погоджені дії..., вони повинні проявити волю до цього і дійти згоди щодо вказаних правових наслідків. А тому вчинення погоджених дій є лише достатньою умовою, тоді як угода сторін –необхідна умова вказаного правового феномену». Автор вважає, що договорами можуть бути тільки ті правочини, які здійснюються у вигляді угоди. Таким чином можна зробити висновок, що під двохстороннім правочином (договором) як юридичним фактом потрібно розуміти погоджену волю двох суб'єктів, спрямовану на досягнення певних юридичних наслідків. Зважаючи на те, що дослідження трудового договору доцільно співвідносити з чинним законодавством, то оперувати такими висновками принаймні для того, щоб уяснити для себе поняття «угоди» цілком можливо. Однак трудове право справедливо заслуговує на власний понятійний апарат та нормативний інструментарій визначення юридичної конструкції трудового договору як юридичного факту. Тому трудовий договір хоч і є вольовим актом майбутніх працівника та роботодавця, він разом з тим аж ніяк не є відображенням цивільної конструкції договору як двохстороннього правочину.

Трудовий договір є класично двохсторонньою угодою, тому прав та обов'язків працівника і роботодавця набувають лише два суб'єкти в силу вольової спрямованості своїх дій на такі наслідки. Як правильно зазначає С. С. Алексеев [123, С. 405] юридичним фактом тут виступають юридичні дії, які і є вольовою поведінкою людей, зовнішнім вираженням волі осіб. Їх особливість полягає у тому, що норми права пов'язують з ними юридичні наслідки власне в силу вольового характеру юридичних дій.

Вольовий характер взаємної домовленості (угоди) зумовлений функцією людської психіки. Вона «полягає насамперед у владі над собою, керування своїми діями і свідомому регулюванні своєї поведінки, діяти за власним бажанням без примусу [10, С. 202]». Дійсно примус може полягати не лише у психічному чи фізичному тиску на особу, але і виражає загалом необхідність діяти певним способом незалежно від бажання. Разом з тим особливість трудового договору як основної форми реалізації права на працю вносить певні корективи у таке твердження. Передусім особа прагне реалізувати свої здібності до праці з метою забезпечити собі матеріальне існування. Таким чином критерій примусу не є цілком об'єктивний, оскільки такі соціальні явища, як безробіття, важке матеріальне становище змушують її всупереч бажанню та внутрішній волі укладати трудовий договір погоджуючись на різні, часто не вигідні для неї умови. За цих умов юридичне значення надається лише прояву зовнішньої волі – волевиявленню особи, яке при зустрічному волевиявленні іншого контрагента формує взаємну домовленість сторін. Не вдаючись в дослідження складних процесів людської психіки, зазначимо лише, що волевиявлення особи спрямоване на виникнення юридичних наслідків і матеріалізується у поведінці особи. Очевидно йдеться про цілу систему взаємоузгоджених між собою дій осіб, які скеровують власну поведінку на виникнення правового результату.

Відзначимо, що під зовнішнім волевиявленням особи, яке започатковує переддоговірну систему взаємовідносин слід розуміти не лише дію, а певну її послідовність як сукупність вчинків особи (її поведінку). А тому не можемо погодитися з О. В. Данилюком [121, С. 39], який вслід за О. В. Кручиніним

намагається використати для цього поняття «діяння» (у російській мові воно звучить як «деяние»). Діянням за словами автора [118, С. 34] «охоплюється також випадки бездіяльності». Насправді поняття «діяння» характеризує активну, а не пасивну поведінку і тут, як видається, аналогія з кримінальним правом, наприклад, навряд чи доречна.

Вольовий аспект у трудовому договорі є надзвичайно важливим, однак його відсутність ще не означає його недійсності. Якщо працівник виконує свою трудову функцію добровільно і не має на меті розірвати трудовий договір, то очевидно і немає правових підстав визнавати його недійсним. Недійсність деяких умов трудового договору характеризується загально-визнаним правовим положенням, що ті з них, які не відповідають чинному законодавству є нечинними і не застосовуються.

Інститут недійсності (нечинності) трудового договору загалом не властивий трудовому праву. Адже норми цієї галузі спрямовані передусім на збереження правового зв'язку між працівником та роботодавцем, забезпечуючи у такий спосіб стабільність індивідуально-трудова правовідносин. У проекті ТКУ, де запозичено цивільно-правові конструкції договору, є спроба визначити недійсність трудового договору через дефектність волевиявлення його сторони. Однак тут не передбачені правові наслідки його недійсності загалом і які очевидно будуть досліджуватися науковцями. Для прикладу, зазначимо, що реальність такого інституту і його дієвість апробовано у законодавстві Латвії. [135]. Тут «недійсним визнається договір на майбутнє. Роботодавець, який винний в укладенні такого договору виплачує працівникові щонайменше розмір середньомісячного заробітку за шість місяців у майбутньому, якщо не може укласти з працівником трудовий договір відповідно до законодавства». На нашу думку, така норма сприяє захисту прав працівників і гарантує йому реальну грошову компенсацію у випадку недійсності трудового договору.

Важливим аспектом, що характеризує дії є їх правомірність. Тобто вони повинні вчинятися у межах норм трудового права, які власне визначають необхідну повноту та їхній обсяг для виникнення індивідуально-трудова правовідносин.

Взаємна домовленість щодо змісту трудового договору досягається шляхом вчинення правомірних та вольових дій майбутніх працівника та роботодавця. Проте в результаті може і не бути досягнуто взаємної домовленості (угоди). А тому трудовий договір є результатом правомірних та вольових дій майбутніх працівника та роботодавця. Суб'єктивні права та обов'язки сторін власне формують ту необхідну повноту погодження, за межами якої взаємну домовленість не може бути досягнуто.

Для характеристики трудового договору як підстави виникнення індивідуально-трудова правовідносин має значення і проблема надання угоді такої форми, яка б дозволила визначити момент набуття прав та обов'язків працівником і роботодавцем в силу укладеного трудового договору. Адже погодження змісту трудового договору потребує дотримання ними певних законодавчих вимог оформлення такої угоди. Як правильно зазначає П. Д. Пилипенко [105, С. 44] трудовий договір «як і будь-який юридичний факт передбачає єдність змісту та форми, тобто зовнішнього вираження цього змісту».

Домовленість на словах є поширеним явищем при укладенні трудового договору. В такому випадку, працівник щоб розпочати працювати принаймні попередньо мав би погодити місце роботи, трудову функцію та дату початку виконання своїх трудових обов'язків. Якщо хоча б частина цих умов не зазначена на певному паперовому носії (документі), то і довести у судовому порядку, що було укладено трудовий договір без свідків практично неможливо. Тоді працівник по суті позбавлений можливості вимагати надання відповідної роботи і зрештою на оплату праці, принаймні часткову.

Безперечно, що ідеальним варіантом є укладення трудового договору у письмовій формі. При цьому він мав би укладатися у формі єдиного документу принаймні у двох примірниках, однакової юридичної ваги. Та оскільки чинний КЗпП не завжди вимагає дотримання письмової форми, то переважає класичний варіант його укладення – видання наказу на підставі поданої письмової заяви особи, що працевлаштовується

Отже юридичного значення набуває факт досягнення взаємної домовленості осіб, в результаті чого погоджуються умови трудового договору. Тому з моменту досягнення згоди сторін і мають виникати права та обов'язки за укладеним трудовим договором. Інші річ, що сторони як одну з обов'язкових умов можуть зазначити дату початку дії укладеного трудового договору. Тим самим внаслідок добровільно взятих на себе зобов'язань за укладеним трудовим договором обов'язок для працівника та роботодавця є почати виконувати інші умови трудового договору власне з цієї дати.

Зокрема, на відміну від чинного КЗпП, у ч. 2 ст. 40 проекту ТКУ [102] серед істотних умов трудового договору передбачено час початку його дії, а не день фактичного виконання працівником своїх трудових обов'язків. Останній є з огляду на ч. 2 ст. 56 цього акту факультативною умовою. Разом з тим тут зазначено, що, якщо трудовим договором не встановлено дату початку роботи, то таким днем є «наступний день після укладення трудового договору».

В такий спосіб забезпечується можливість реалізації працівником права на працю на підставі укладеного трудового договору, який приступає до роботи у визначений в договорі день. Гарантією для працівника слугує правило ч. 2 ст. 56 проекту ТКУ [102]. Тут передбачено, що працівник має право на визнання трудових правовідносин такими, які виникли з дня, визначеного трудовим договором із стягненням заробітної плати з розрахунку тарифної ставки (окладу) до дня початку роботи.

Отже низка законодавчих положень, які регулюють порядок укладення трудового договору переконливо свідчать, що трудовий договір є консенсуальним, оскільки при цьому виникають індивідуально-трудова правовідносини в силу досягнення згоди щодо їх змісту. Йдеться принаймні про ті взаємні права та обов'язки сторін, які передбачені у законодавчому визначенні поняття трудового договору.

Разом з тим відповідно до ч. 2 ст. 57 проекту ТКУ [102] невиконання працівником свого обов'язку без поважних причин приступити до виконання своїх трудових обов'язків за попередньою домовленістю надає право роботодавцю

відмовити у наданні роботи. При цьому, акт роботодавця та письмовий трудовий договір підлягають анулюванню. На працівника ж покладається обов'язок повернути роботодавцеві отримані гарантійні та компенсаційні виплати.

Потрібно також зазначити, що факт укладення трудового договору, на переконання Бондаренко Е. Н. [136, С. 33], передбачає поширення на сторін прав та обов'язків, які встановлені на рівні нормативно-правових актів чи в порядку колективно-договірного регулювання.

У цьому аспекті варто наголосити, що до початку виконання працівником роботи роботодавець має ряд обов'язків, які хоч можуть і не передбачатися у трудовому договорі, однак об'єктивно існують незалежно від бажання сторін. Сам факт укладення трудового договору надає особам статусу працівника та роботодавця і поширює на них дію норм трудового права централізованого та локального рівня. Зокрема, щодо положень колективного договору та правил внутрішнього розпорядку, то очевидно працівник потрапляє у їх сферу впливу з моменту ознайомлення з ними. За чинним законодавством, а саме ст. 29 КЗпП [48] обов'язки роботодавця зобов'язаний до початку роботи здійснити низку дій, для того щоб працівник почав виконувати обумовлену трудовим договором функцію. Проект ТКУ у п. 4 ст. 13 [102] дослівно відтворює цю норму з необхідністю роботодавця ознайомити працівника також з посадовими інструкціями (мова йде про ті випадки, коли особа буде обіймати певну посаду).

Підсумовуючи викладене, відзначимо, що трудовий договір як юридичний факт є угодою, зміст якої виражений взаємними зобов'язаннями працівника та роботодавця. Він є підставою виникнення індивідуально-трудова правовідносин, оскільки з появою такої взаємної домовленості норми права пов'язують настання певних юридичних наслідків – набуття прав та обов'язків.

Тим самим відносини найманої праці виникають на підставі угоди (взаємної домовленості працівника та роботодавця). Угода виражена назовні правомірною поведінкою учасників переддоговірних відносин, достатній обсяг якої для виникнення юридичних наслідків правоутворюючого характеру визначений юридичними нормами.

2.3. Способи укладення трудового договору.

Індивідуально-трудова правовідносина між працівником та роботодавцем можуть виникнути тільки за умови досягнення домовленості щодо усіх істотних умов трудового договору. Як відомо, вони є тими юридичними наслідками, на настання яких була спрямована воля сторін майбутнього трудового договору.

Зовнішнім проявом волі як потенційного працівника так і роботодавця є їхнє волевиявлення. Воно матеріалізується у правомірних та вольових діях, тобто у сукупності їх відповідних вчинків (правомірній поведінці). Лише співпадіння волі обох сторін спричинює укладення угоди. Отже угодою може бути результат погодження волі майбутніх працівника та роботодавця.

В такий спосіб кожна зі сторін досягає бажаного для себе результату. Особа реалізує своє конституційне право заробляти собі на життя вільно обраною працею саме на підставі трудового договору, а роботодавець - відповідно реалізовує свої права на добір кадрів.

Разом з тим процес досягнення такої угоди, тобто вчинення достатнього обсягу правомірних та вольових дій, з якими норми права пов'язують укладення трудового договору у науці трудового права є практично недослідженим. Передусім йдеться про способи досягнення взаємної домовленості, які так чи інакше виражені у правомірній поведінці учасників переддоговірних відносин. Зокрема, перші обґрунтовані пояснення щодо способів укладення трудового договору знайшли своє відображення у працях Пилипенка П. Д. [105]. У юридичній літературі трудового права були також спроби розмежування способу укладення та форми трудового договору. Згодом окремі аспекти цього поняття досліджувалися Д. Р. Лещухом [127], С. О. Сільченком [137]. У російській правовій доктрині суттєві наукові напрацювання у цій сфері належать М. В. Філіпповій [138, С. 336-435], Е. Н. Бондаренко [136], В. І. Лозко [139]. Однак, незважаючи на практичну та теоретичну цінність характеристики цього правового явища у процесі реалізації права на працю працівником, до сьогодні не має жодного монографічного дослідження щодо способів укладення трудового договору.

На відміну від трудового права сучасна цивільно-правова доктрина містить відповідні напрацювання у напрямку з'ясування поняття способу укладення договору. Зокрема, Р. Б. Шишка та С. В. Резніченко [140, С. 80] вважають, що способами укладення договору є певна нормативно врегульована організація досягнення взаємної домовленості учасниками переговорів. Натомість С. Бервено [141, С. 13] переконаний, що йдеться про «нормативно врегульовану організацію здійснення суб'єктами дій, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору». За висловом ж С. Бородавського [142, С. 13] способи укладення договору є не певною організацією, а «нормативно визначеними діями, через які досягається вільне і взаємне узгодження волі сторін договору».

Запропоновані визначення поняття способу укладення договору відображають загальноприйнятий підхід до побудови системи партнерських відносин учасників цивільного обороту. За такого підходу договір вважається укладеним з моменту погодження волі сторін трудового договору. У трудовому праві процес досягнення згоди має відповідати законодавчим правилам, з виконанням яких норми права пов'язують укладення трудового договору і відповідно настання юридичних наслідків – виникнення індивідуально-трудоких правовідносин. Тому цивілістичний підхід до розуміння способу укладення договору є не зовсім прийнятними для дослідження способів досягнення взаємної домовленості між майбутніми сторонами трудового договору.

Передусім, як видається, потрібно з'ясувати поняття способу у юридичному значенні цього слова. Зокрема, О. Ф. Скакун [25, С. 480] розмежовує юридичний спосіб і засіб. Способами автор називає конкретний шлях досягнення мети при використанні засобів і за наявності умов і передумов (загально соціальні, юридичні, технічні). При цьому засобом є юридичні інструменти, за допомогою яких досягається мета.

У трудовому праві визначення поняття юридичного способу дають В. М. Лебедев та В. Г. Мельникова. [143, С. 296] Вони вважають, що спосіб це сукупність спеціальних прийомів впливу на правовий стан суб'єкта трудового права. Правовий стан – сукупність суб'єктивних прав та юридичних обов'язків осіб в той чи інший

відрізок (момент) часу. Разом з тим автори зазначають, що спосіб завжди передуює правовій діяльності.

Тлумачний словник [10, С. 1375] подає визначення способу як певного прийому або системи прийомів, використання яких забезпечує досягнення мети, результату.

Щоправда поняття прийомів можна трактувати довільно. Якщо способом називати систему прийомів, яка підлягає використанню в процесі досягнення мети, то тоді способом укладення трудового договору є тільки ті прийоми, які відображають детальний законодавчий порядок досягнення угоди та порядок належного оформлення укладеного трудового договору.

Разом з тим, як видається, спосіб не тільки спрямовує діяльність особи на досягнення мети, але і впорядковує її, організує відповідно до законодавчих вимог. Проте для цього він повинен бути використаний людиною, та реалізований нею в процесі досягнення мети. Більше того, спосіб може охоплювати значний відрізок часу, протягом якого здійснюється діяльність людини.

Тому способом укладення трудового договору є система прийомів, яка законодавчо визначена. Ця ознака способу проявляється у тім, що норми права визначають достатній обсяг правомірних та вольових дій, необхідний для досягнення юридично-значущого результату – виникнення відносин найманої праці. В цьому суть використання власне терміну «спосіб».

По-друге. Така законодавчо-визначена система прийомів має бути застосована і виражена у активній правомірній поведінці учасників переддоговірних відносин, щоб реально відбулося погодження матеріального змісту договірних зобов'язань. Це означає, що спосіб укладення трудового договору використовується суб'єктами з трудовою дієздатністю в процесі погодження усіх істотних умов цього договору. Тим самим відбувається дотримання законодавчих вимог (правил) оформлення угоди з метою визначення моменту появи прав та обов'язків сторін трудового договору.

Ще одна з ознак способу укладення трудового договору полягає у тому, що він узагальнює правомірні та вольові дії усіх учасників переддоговірних відносин, які

відповідно до законодавчих вимог беруть участь у процесі досягнення взаємної домовленості щодо усіх істотних умов цього договору. Разом з тим у індивідуально-трудові правовідносини вступають тільки сторони трудового договору – працівник та роботодавець.

Зокрема, такий спосіб укладення трудового договору як конкурсний відбір передбачає юридичні дії конкурсної комісії, у рішенні якої визначаються результати конкурсного відбору. Проте вона не є стороною трудового договору.

Так само неповнолітні по досягненні чотирнадцятирічного віку згідно ст. 188 КзпП можуть прийматися на роботу тільки за згодою одного з батьків або осіб, які їх замінюють.

Також потрібно зазначити, що спосіб укладення трудового договору не може проявлятися тільки у правомірній поведінці лише одного учасника переддоговірних відносин. Наприклад, наказ про прийняття на роботу не є способом укладення трудового договору, бо у ньому відображене волевиявлення тільки роботодавця.

Загалом законодавчо визначена система прийомів виписана нормами трудового законодавства. Разом з тим виникнення відносин найманої праці може бути ускладнене проходженням конкурсного відбору, виборів чи виданням акту про призначення на посаду. Тут поява договірного зобов'язального зв'язку відбувається у чіткій послідовності до норм спеціальних нормативно-правових актів. Останні регулюють особливості заміщення деяких категорій посад і визначають правила оформлення укладеного в такий спосіб трудового договору. Щоправда, як вже зазначалося, немає чітких уніфікованих приписів, які б вказували на момент виникнення прав та обов'язків сторін трудового договору.

У такому випадку можна вести мову про особливі способи укладення трудового договору. Їх слід вирізняти тоді, коли правила укладення трудового договору різняться від правил, які виписані нормами трудового законодавства. А отже різними є і дії суб'єктів переддоговірного процесу. Більше того, характеристика цих способів мала б ґрунтуватися також на дослідженні юридичних документів, які забезпечують правові умови для укладення трудового договору з окремими категоріями працівників. Йдеться про заміщення посад у органах

державної влади та у інших роботодавців державних та недержавних структур – юридичних осіб у випадках та порядку, визначеного законами. Для недержавних суб'єктів господарювання ці способи заміщення певних посад є обов'язковими у разі прямої вказівки закону. За наявності альтернативного змісту юридичної норми спосіб заміщення певних посад визначається в установчих документах юридичної особи.

Особливим способом укладення трудового договору можна назвати і рішення суду. Особливість його полягає у тому, що законодавчо визначена система прийомів укладення трудового договору почала використовуватися особою в процесі погодження усіх істотних умов трудового договору, але з вини роботодавця в силу порушення ним норм трудового законодавства договір не було укладено договір та не виникли відносини найманої праці.

Специфіка укладення трудового договору за фактом конкурсного відбору, виборів і видання акту про призначення на посаду, а також на підставі рішення суду є предметом дослідження наступного розділу роботи.

У цьому розділі роботи характеристики підлягає загальний спосіб укладення трудового договору, якій використовується тоді, коли норми права не передбачають іншої системи прийомів, використання якої спрямоване на виникнення відносин найманої праці, у тому числі при порушенні норм трудового законодавства.

Таким загальним способом укладення трудового договору, на нашу думку, є переговори. Вони повинні відповідати певним законодавчим правилам для того, щоб правомірна вольова поведінка потенційного працівника та роботодавця була спрямована саме на виникнення індивідуально-трудова правовідносин.

Тут важливо наголосити, що питання способів укладення трудового договору не знайли свого відображення у чинному трудовому праві. Тому цивільно-правові положення можна вважати основоположними правилами укладення будь-якої угоди, у тому числі трудового договору.

З огляду на це важливе значення для трудового права набуває положення ч. 1 ст. 638 ЦКУ [61], за якою договір вважається укладеним, якщо сторони досягнули згоди щодо усіх умов договору. Необхідно зазначити і ту обставину, що моментом

досягнення такої взаємної домовленості є «момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. (ч. 1 ст. 640 ЦКУ). [61]

Важливо у зв'язку з цим з'ясувати процес досягнення взаємної домовленості (укладення угоди). Вона зазвичай відбувається шляхом переговорів. Це певна взаємодія потенційних сторін договору, яка виражена у системі переддоговірних відносин її учасників і спрямована на укладення трудового договору. Водночас неможливо уявити іншого способу організації такої взаємодії учасників переддоговірного процесу, спрямованої на обговорення умов майбутнього договору ніж переговори. Очевидно, що будь-який договір укладається внаслідок переговорів. Це означає, що погодження істотних умов трудового договору відбувається за взаємною згодою учасників переддоговірних відносин. Це дає підстави вважати його загальним способом укладення трудового договору. Трудовий Кодекс Молдови, зокрема так і передбачає, що «трудовий договір укладається на основі переговорів» [144].

Нагадаємо, що в процесі укладення трудового договору учасники переддоговірних стосунків є рівноправними. Кожен з них має намір досягнути правового результату своєю правомірною поведінкою, яка спрямована на досягнення взаємної домовленості. Як правильно зауважують М. В. Цвік та О. В. Петришин [125, С. 353], наявність тільки наміру, вчинити юридичне діяння, не підкріплене конкретним юридично значущим вчинком, вираженим у певній зовнішній формі, само по собі наслідків не викликає. Такі юридичні діяння залишаються поза межами правового впливу юридичними засобами.

Відомо, що намір особи вступити у відносини найманої праці формується під впливом суб'єктивних та об'єктивних чинників. Їхнє значення для укладення трудового договору полягає у тому, що в процесі переговорів контрагенти повинні обмінятися інформацією. Остання проходить через свідомість учасників переддоговірних стосунків. Вона також слугує підставою прийняття усвідомленого рішення про можливість укладення трудового договору. Тому майбутні сторони зацікавлені в отриманні якомога більшої кількості відомостей про свого

контрагента. Подальший їх розгляд, аналіз та оцінка в свідомості і формують реальне волевиявлення суб'єкта.

На законодавчому рівні врегульовано лише ту частину переговорів, яка стосується обов'язкового надання інформації з боку працівника. Зокрема, відповідно до ст. 24 чинного КЗпП при укладенні трудового договору громадянин зобов'язаний подати паспорт чи інший документ, що посвідчує особу, трудову книжку, а у випадках, передбачених законодавством, - документ про освіту (спеціальність, кваліфікацію), про стан здоров'я тощо.

Такі вимоги до укладення трудового договору цілком відповідали умовам суспільного виробництва радянської доби, коли не було необхідності у витребуванні в держави як єдиного роботодавця відомостей про характер майбутнього взаємного договірної зобов'язання. Рівень правового захисту в той час та охорона прав працівників не викликали у трудящого жодних сумнівів з приводу майбутніх відносин найманої праці.

У сучасних умовах соціально-виробничих відносин така ситуація не є зовсім прийнятною. Фактично особа до набуття статусу працівника не має законодавчої можливості отримати відомості про роботодавця. Як правильно зауважує М. В. Філіппова [138, С. 298] особу, яка наймається на роботу цікавить «і місце виконання роботи, і організаційно-правова форма роботодавця, і правила надання відпусток. Але при цьому існує необхідність дотримуватися правил про охоронювану законом інформацію». Додамо, що об'єктом останньої є і ознайомлення з установчими документами роботодавця, правилами внутрішнього трудового розпорядку, умовами колективного договору, відповідними посадовими інструкціями тощо.

Тому пропонуємо закріпити у проекті ТКУ норму такого змісту «При прийнятті на роботу особа ознайомлюється з правилами внутрішнього трудового розпорядку, умовами колективного договору, відповідними посадовими інструкціями та вправі отримати відомості у письмовій формі про організаційно-правову форму роботодавця».

Таким чином можна стверджувати, що вже на стадії переговорів майбутні сторони трудового договору не мають рівних можливостей у отриманні інформації

про контрагента. Навіть у ст. 60 проекту ТКУ [102] передбачено, що роботодавець вправі у повній мірі реалізувати своє право на вільний добір працівників, а тому він може проводити тестування та співбесіду з претендентом на робоче місце або посаду з метою визначення відповідності професійних, кваліфікаційних, ділових якостей особи вимогам до працівників, які виконують відповідні роботи або займають відповідні посади.

Згідно з положеннями чинного КЗпП України потенційний працівник обмежений також правом подавати додаткову інформацію різноманітного характеру, яка б переконала роботодавця укласти з ним трудовий договір. У ч. 3 ст. 58 проекту ТКУ [102] розробниками внесено норму такого змісту: «За власною ініціативою особа може подати під час прийняття на роботу характеристики, рекомендації, інші документи, що свідчать про виконання попередньої роботи, складений нею інформаційний листок (резюме) про здобуття спеціальних знань, досвід роботи тощо».

Як бачимо, за такого рівня правового регулювання очевидно не йдеться про переговори рівноправних учасників переддоговірного процесу. Працівник на сьогодні залишається обмеженим у своєму праві на отримання необхідної для нього інформації з боку роботодавця.

Отже трудовий договір укладається шляхом переговорів. На нашу думку, під ними можна вважати законодавчо визначену систему прийомів, використання якої забезпечує дотримання учасниками цієї суспільної взаємодії законодавчих правил досягнення взаємної домовленості. Разом з тим, вже зазначалося, йдеться про дотримання законодавчих правил власне оформлення угоди з метою визначення моменту появи прав та обов'язків сторін трудового договору. Тобто обраний суб'єктами спосіб укладення трудового договору (переговори), щоб дійсно бути способом, має завершитися вчиненням достатнього обсягу правомірних та вольових дій, з якими норми права пов'язують виникнення відносин найманої праці.

Важливо у зв'язку з цим з'ясувати, які ж правомірні та вольові дії учасників переговорів в сукупності можуть призвести до укладення трудового договору. Як вже було зазначено, договір може вважатися укладеним лише з того моменту, коли

особа отримала пропозицію його укласти, і погодилася на неї. Оскільки трудове законодавство не оперує такими цивілістичними категоріями як подання пропозиції (оферта) та її прийняття (акцепт), є потреба звернутися до ЦКУ, де міститься достатньо напрацьована система договірних правил. Зокрема тут у ст. 641 [61] передбачено, що пропозицію укласти договір може зробити кожна зі сторін майбутнього договору. Вона має містити його істотні умови і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Натомість відповідь особи, якій адресована пропозиція укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути безумовною та повною.

Якщо спробувати спроектувати ці правила в площину тих вимог щодо укладення трудового договору, які передбачені проектом ТКУ, то побачимо, що, досягнення взаємної домовленості загалом охоплюється моментом акцептування. Більше того трудове право містить низку гарантій для потенційного працівника, які забороняють необґрунтовану відмову від укладення трудового договору. Тому у трудовому праві потрібно вести мову про трудовоправову акцептовану оферту та її значення для виникнення індивідуально-трудова правовідносин.

Як бачимо переговори підпорядковані певним правилам, за допомогою яких відбувається виникнення відносин найманої праці. Тому правомірна поведінка майбутнього працівника та роботодавця має їм відповідати. А отже йдеться про необхідних її обсяг, який відповідно до трудового законодавства є достатнім для укладення трудового договору. У такому випадку можна вести мову про позитивний результат переговорів, їх успішність, а акцептування оферти власне і характеризує той достатній обсяг правомірної поведінки. Це своєрідний прийом, який свідчить про досягнення взаємної домовленості між контрагентами.

При цьому трудове законодавство дозволяє сторонам майбутнього договору обрати так звані шляхи реалізації результатів переговорів. Це юридичні дії, якими завершуються переговори та з якими норми права пов'язують виникнення прав та обов'язків сторін трудового договору і набуває сам факт юридичного значення угода сторін.

У ст. 24 КЗпП зазначено тільки, що укладення трудового договору оформляється наказом чи розпорядженням роботодавця про зарахування працівника на роботу. Натомість розробники проекту ТКУ вже роблять спроби визначити ту правомірну поведінку майбутнього працівника та роботодавця, яка свідчить про досягнення їхньої взаємної домовленості у погодженні істотних умов трудового договору.

Зокрема, у п. 3 ст. 41 цього акту [102] зазначено, що трудовий договір може бути укладений, за наявності письмової згоди працівника, шляхом видання нормативного акта роботодавця. Це засвідчує класичний підхід про застосування загальноприйнятих вимог до акцептування оферти, коли акцептант погоджується на ті умови, що запропоновані оферентом. М. В. Філіппова [138, С. 342] з цього приводу наголошує, що такі істотні умови трудового договору як час початку роботи не можуть виражати волевиявлення лише одного суб'єкта. Більше того відсутність цієї умови і її погодження в процесі переговорів ще не означатиме про подання нової оферти з відмінними умовами майбутнього договору.

За обставин, передбачених законодавцем оферентом може виступати як працівник так і роботодавець. Такого висновку можна дійти, з огляду на етимологію слова «згода». [10, С. 451]. Під нею потрібно розуміти як позитивну відповідь на оферту роботодавця так і вияв бажання особи працювати власне у нього, яка має бути висловлена у письмовій формі. У даному випадку положення проекту ТКУ надає юридичного значення вияву бажання особи працювати у відповідного роботодавця, що виражене як правило у заяві працівника з проханням прийняти на роботу. Разом з тим матеріальне оформлення угоди завершується тільки з виданням нормативного акта роботодавця. При цьому в який спосіб має бути прийнятий останній не зовсім зрозуміло. Згідно ч. 1 ст. 13 проекту ТКУ [102] роботодавець має право приймати нормативні акти у сфері праці шляхом видання наказів, розпоряджень, рішень. Наказ про зарахування на роботу не містить норм права, а тому його не можна ототожнювати з такими актами роботодавця. Разом з тим у цьому акті немає пояснень змісту акту роботодавця, що виражає його волевиявлення на укладення трудового договору. І тут слідуючи за логікою розробників проекту

ТКУ можна дійти висновку, що такий документ може бути виданий в усній так і письмовій формі, і виражає при цьому локальні загальнообов'язкові нормативні положення.

Таким чином очевидно існують і ненормативні акти роботодавця, щоправда які саме розробники проекту ТКУ не зазначають. Тоді такий ненормативний акт можна було б вважати не відповідним документом у якому викладено зміст наказу, рішення чи розпорядження, а формою волевиявлення роботодавця. Тобто в такий спосіб він приймає оферту працівника. Остання передуює прийняттю відповідного рішення акцептантом. Як видається, волевиявлення роботодавця має бути оформлене таким чином, щоб офференту було зрозумілим, чи з ним укладений трудовий договір або ж вмотивовано відмовлено у прийнятті на роботу. І вказівка у проекті ТКУ на нормативність такого акту навряд чи доречна, хоч оформлення рішення роботодавця має відбуватися за законодавчими та (або) локальними правилами працевлаштування.

З таким же успіхом рішенням роботодавця можна буде назвати також накладення резолюції роботодавця на заяві працівника, або ж свого роду «job offer», чи відповідне його письмове зобов'язання укласти трудовий договір у письмовій формі. Під резолюцією необхідно розуміти напис службової особи на заяві, доповідній записці, ділових паперах, в якому містить стисле рішення з приводу викладених у цих документах питань, розпорядження [10, С. 1209]. Натомість «job offer» поширений у країнах Західної Європи. В. І. Лозко, [139, С. 36-37] досліджуючи цей документ зазначає, що це письмове запрошення на роботу роботодавцем з вказівкою дати початку роботи, строку трудового договору, найменування посади, обов'язками, оплатою праці тощо.

Для прикладу у трудовому законодавстві деяких країн, зокрема Хорватії [145], якщо роботодавець не може укласти трудовий договір у формі єдиного документу, він зобов'язаний видати працівнику письмове посвідчення на укладення трудового договору, яке свідчить про цей факт. Власне з моментом його видання і пов'язаний момент укладення трудового договору.

У такому випадку працівник зможе довести факт укладення трудового договору. Тоді дата прийняття рішення роботодавцем про прийняття на роботу і буде розпорядженням (наказом, рішенням) роботодавця. Воно має бути оформлено письмово. Якщо ж допустити усне прийняття рішення про прийняття на роботу, то тоді фактичний допуск працівника до роботи з відома роботодавця і буде підтверджувати факт укладення трудового договору. Тому вкрай важливо, щоб розпорядження було зроблено у такій формі, з якої можна було б визначити дату набуття прав та обов'язків за укладеним трудовим договором, а отже і дату виникнення індивідуально-трудова правовідносин.

Нагадаємо, що наказ чи розпорядження про зарахування працівника на роботу за чинним КЗпП визначають факт укладення трудового договору. У проекті ТКУ, передбачено, що такий акт роботодавця видається на основі укладеного трудового договору. На нашу думку, у випадку прийняття проекту ТКУ в такій редакції цієї норми не можна буде прив'язувати виникнення індивідуально-трудова правовідносин до дати видання наказу. У ньому зазначатиметься лише дата початку виконання роботи працівником, а не дата, коли сторони трудового договору набули прав та обов'язків. Навіть, якщо вважати, що наказ про зарахування працівника на роботу свідчить про згоду роботодавця на встановлення відносин найманої праці, то його виданню передуватиме прийняття рішення роботодавцем, у тому числі резолюція на заяві працівника про прийняття на роботу. Остання і є формою волевиявлення роботодавця.

Письмова згода працівника по суті може виступати і офертою стосовно письмового прийняття рішення роботодавцем. Якщо ж зафіксувати у нормі права усне звернення з пропозицією особи укласти трудовий договір, то матимемо радше запрошення до оферти ніж її саму. Хоч може йтися у оферті і про основні умови трудового договору, які пропонує оферент. Водночас в процесі переговорів сторони можуть досягнути домовленості і на інших умовах, ніж ті, на яких ґрунтувалася усна заява особи. Тоді доказового значення набуває письмове прийняте рішення роботодавцем, що і засвідчує факт укладення угоди. Наприклад, особа звернулася з усним проханням прийняти її на відповідну посаду. Однак в процесі очікування

відповіді роботодавця, виявилось що посада вже не є вакантною і особі фактично відмовлено в укладенні трудового договору. У разі, якщо ж подання письмової заяви роботодавцеві завізоване резолюцією останнього, можна звернутися до суду. Це означало б, що в такий спосіб було укладено трудовий договір, але робота роботодавцем надана не була.

Отже пропонуємо внести зміни у п. 3 ст. 41 проекту Трудового кодексу України і викласти його у такій редакції. «Трудовий договір вважається укладеним, за наявності письмової згоди працівника, шляхом прийняття письмового рішення роботодавця, у тому числі накладення резолюції роботодавця на заяві працівника.

Правові наслідки правомірної поведінки пов'язані також з оформленням письмового договору, який може бути підписаний сторонами одразу ж або у будь-який час після початку виконання працівником роботи.

Важко уявити на практиці укладення трудового договору, якому не передують звернення суб'єкта з пропозицією про укладення угоди. Тому волевиявлення працівника та роботодавця може фактично бути виражене іншим чином, ніж підписанням письмового трудового договору у двох примірниках, кожен з яких має однакову юридичну силу. Йдеться про письмове оформлення досягнутої взаємної домовленості, коли немає необхідності для видання певного наказу роботодавця, який би вказував на укладення трудового договору. Сторони досягнули згоди щодо усіх істотних умов трудового договору в процесі переговорів, учасники яких перебували, скажімо, у різних населених пунктах. У такому випадку, можна скористатися правилами цивільного законодавства. Тоді трудовий договір згідно ст. 207 ЦКУ [61] буде «вважатиметься таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. При цьому воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або технічного засобу зв'язку. За таких умов правового значення набуває зафіксований зміст взаємного зобов'язання, що має свідчити не лише про досягнення згоди щодо усіх істотних умов трудового договору, але й визначатиме момент набуття прав та обов'язків за укладеним у такий спосіб

трудовим договором. Вважаємо за необхідне передбачити у новому ТКУ аналогічне законодавче положення.

Ще одним різновидом активної правомірної поведінки майбутніх сторін трудового договору, яка вказує на досягнення взаємної домовленості, є фактичний допуск працівника до роботи з відома чи за наказом роботодавця. Його зміст розкривається у правомірних та вольових діях, що спрямовані на укладення трудового договору. Як правильно зазначає П. Д. Пилипенко [105, С. 56] «фактичний допуск до роботи на певному місці означає, що сторони дійшли порозуміння стосовно предмета договору і роботодавець погодився на умови запропоновані оферентом у поданій ним заяві. Проте у науці трудового права існують різні позиції щодо змісту правомірної поведінки суб'єктів. Зокрема М. В. Філіппова [138, С. 430] вважає, що «фактичним допуском роботодавець виражає своє згоду укласти трудовий договір на запропонованих працівником умовах, а не працівник погоджується на це фактом початку своєї роботи. Тому вона переконана, що трудовий договір буде укладеним з моменту, коли працівник дізнався про те, що роботодавець допустив його до роботи». Натомість Е. Н. Бондаренко [136, С. 104-105] заявляє, що фактичному допуску працівника до роботи передують оферта працівника чи роботодавця. Дослідниця робить висновок, що акцепт працівника виражений лише тоді, коли він у обумовленій сторонами строк приступив до роботи. Відповідно вчинив конклюдентні дії, які спрямовані на виконання трудових обов'язків.

На нашу думку, фактичний допуск полягає у тому, що роботодавець вправі, але не має обов'язку, видати розпорядження (дозвіл), яким працівника фактично допущено до виконання роботи. Тобто по суті йдеться про акцептування оферти. Водночас у законодавстві не визначено форму такого волевиявлення роботодавця. Він може надати дозвіл навіть усно (на словах). Тому об'єктивно дата набуття прав та обов'язків мала б бути пов'язана з днем акцептування оферти працівника. Фактичне виконання працівником своїх трудових обов'язків і буде по суті тим моментом, який вказує, що індивідуально-трудова правовідносина виникли на

основі угоди сторін. Працівник своєю правомірною поведінкою, підтверджує власне бажання працювати у роботодавця.

Потрібно також зазначити, що фактичний допуск до роботи за відсутності письмового оформлення укладення трудового договору посвідчує усну взаємну домовленість сторін. Тому вкрай важливо, щоб після початку виконання працівником своїх трудових обов'язків письмовий трудовий договір був укладений у найкоротші терміни на тих умовах, які визначені досягнутою угодою сторін. Встановлення ж додаткових умов трудового договору або зміна тих умов, на яких працівника було допущено до виконання роботи можливим лише за згодою сторін.

З огляду на те пропонуємо внести у проект ТКУ норму такого змісту: «Роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір у двох примірниках у тижневий строк після фактичного допуску працівника до роботи на тих умовах, які визначені угодою сторін. Встановлення ж додаткових умов трудового договору або зміна тих умов, на яких працівника було допущено до виконання роботи можливим лише за згодою сторін».

Таким чином акцепт оферти, яким завершують переговори в цілому має значення для встановлення достатності обсягу змісту трудового договору, який надалі не може бути змінено в односторонньому порядку.

Суттєвим доповненням до зазначеного переліку має стати такий вольовий та правомірний акт як переведення працівника за його згодою до іншого роботодавця. Він є добре відомим у трудовому праві, оскільки є не лише підставою виникнення нових індивідуально-трудова правовідносин, але і припинення відносин найманої праці.

За цих умов оферентом виступає інший роботодавець. Його пропозиція – це своєрідна гарантія. Зміст її полягає у тому, що він не вправі відмовити в укладенні трудового договору переведеному запрошеному працівникові. Сучасне трудове законодавство дозволяє роботодавцеві в повній мірі реалізовувати право на вільний добір працівників, комплектувати кадровий склад за власним бажанням, якщо інше не передбачено законом. Тому все частіше на практиці з офертою звертається роботодавець, який вправі запропонувати нову роботу навіть без погодження з

теперішнім роботодавцем працівника. Існує конкуренція не лише в площині ринку робочої сили, але і серед роботодавців під час підбору висококваліфікованих кадрів.

Правові наслідки такої оферти можуть мати місце лише в разі, коли є згода іншого роботодавця, а отже погоджено припинення індивідуально-трудогих правовідносин. Тоді день прийняття на роботу, який визначений в наказі про зарахування працівника на роботу або у трудовому договорі буде днем його звільнення. Більше того, останній очевидно мав би фіксуватися не в наказі про прийняття на роботу, а у тексті самого трудового договору. Зокрема, п. 2 ст. 39 проекту ТКУ [102] надає можливість працівнику право укладати трудовий договір до свого звільнення з попереднього місця роботи. Тоді у ньому мало б зазначатися, що він укладається на виконання роботи за основним місцем чи за сумісництвом і встановлювати день набрання ним чинності.

Як бачимо переговори щодо укладення трудового договору можуть завершуватися письмовим рішенням роботодавця за наявності письмової згоди майбутнього працівника; письмовим трудовим договором; фактичним допуском до роботи працівника з відома чи з дозволу роботодавця; переведення працівника за його згодою до іншого роботодавця. Це і є види трудової акцептованої оферти, з якою завершуються переговори.

Зазвичай сторони самостійно беруть участь у переговорах, які спрямовані на укладення трудового договору. Однак в силу різних обставин можуть використовувати як один з варіантів переговорного процесу також - представництво. Відповідно до ст. 237 ЦКУ [61] під представництвом потрібно розуміти правовідносини, у яких одна сторона (представник) зобов'язана або має вчиняти правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та і з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства. Як зазначає З. В. Ромовська [74, С. 453] «це особливі правовідносини, у яких беруть участь дві сторони: представник, тобто особа, яка зобов'язана або управлена до вчинення певної юридичної дії, і той, від імені і в інтересах якого представник має діяти – довіритель». У ст. 239 ЦКУ [61] передбачено, що правочин вчинений представником створює, змінює, припиняє

цивільні права та обов'язки особи, яку він представляє. Якщо вкотре запозичити ці положення і перенести їх у площину виникнення індивідуально-трудогих правовідносин, то переконаємося, що довірительом можуть бути як працівник так і роботодавець.

Якщо роботодавцем є юридична особа, то об'єктивно вона потребує представника. Як відомо юридична особа може діяти лише через свої органи, які по суті і є її законними представниками. Разом з тим, при укладенні трудового договору юридичного значення набуває волевиявлення тільки тих органів, які уповноважені на ці юридичні дії (погодження умов майбутнього договору) законом чи установчими документами. Наприклад, законним представником при укладенні трудового договору з членами наглядової ради акціонерного товариства є загальні збори. Зокрема, згідно ст. 28 Закону України «Про акціонерні товариства» [146] від 17. 09. 2008 р. № 514-VI до виключних їх повноважень належить затвердження умов майбутнього трудового договору, що укладається з членами наглядової ради.

Таким чином органи юридичної особи в порядку та у межах, визначених законом та установчими документами є її законними представниками. Йдеться про законне, або радше обов'язкове представництво. Воно ґрунтується на прямій вказівці закону і (або) установчих документів відповідної юридичної особи. За відсутності виключних повноважень на укладення трудового договору погодження істотних його умов може відбуватися також і посадовими особами в силу зайняття відповідної посади. Такі особи уповноважені на укладення трудових договорів з працівниками на підставі закону чи положень установчих документів юридичної особи.

Законними представниками відповідно до ст. 242 ЦКУ [61] є також батьки (усиновлювачі), опікуни малолітніх дітей. Чинний КЗпП не надає можливості працювати неповнолітнім до досягнення ними чотирнадцятирічного віку. Разом з тим проект ТКУ дозволяє у встановленому законом порядку залучати дитину до оплатної трудової діяльності. Зокрема, згідно ст. 20 проекту ТКУ [102] в організаціях кінематографії, театральних, концертно-видовищних та інших творчих організаціях дозволяється за письмовою згодою одного з батьків або особи, яка їх

замінює, приймати на роботу осіб, які не досягли чотирнадцятирічного віку, для участі в концертах, виставах, інших заходах, а також у створенні кінофільмів або інших творів мистецтва, якщо це не завдає шкоди їхньому здоров'ю, моральному розвитку і процесу навчання. Прийняття на роботу в таких випадках допускається за наявності дозволу служби у справах дітей за умови погодження умов праці та її оплати з цією службою.

Насправді ж волевиявлення малолітнього не підміняється батьківським, які хоч і здійснюють у цьому випадку представницькі функції. На наш погляд, норма ця не має на меті обмежити права дитини у добровільному вступу у відносини найманої праці. Як правильно зауважує В. В. Коробченко [147, С. 140] законні представники не лише дають згоду, але і беруть участь в інтересах малолітнього у виробленні умов трудового договору і підписують його від імені довірителя. Де факто є законне представництво, але з огляду на недопустимість підміни волевиявлення майбутнього працівника де юре його не має.

Отже у трудовому праві законними представниками є лише органи юридичної особи, що відповідно до закону та установчих документів діють від імені та в інтересах юридичної особи.

Договірне представництво потребує згоди представника та довірителя. Трудове право не містить чітких приписів щодо можливості його застосування при укладенні трудового договору. Зокрема, аналіз норм Постанови КМУ «Про затвердження положень щодо застосування Закону УРСР "Про зайнятість населення" від 27.04. 1998 р. №578 [148], свідчить, що служба зайнятості не здійснює представницьких функцій, а лише передає волевиявлення роботодавця. Завданням цього органу є пошук працівників і направлення їх на роботу до відповідного роботодавця на підставі договору про сезонні роботи.

Відповідно до Конвенції Міжнародної організації праці «Про приватні агентства зайнятості» від 19.06.1997 № 181 [149] приватні агентства служби зайнятості так само можуть виступати представниками як з боку працівника так і роботодавця у тому випадку, коли вони уповноважені довіреністю на укладення

трудового договору. Разом з тим ведення переговорів згідно ст. 237 ЦКУ [61] щодо укладення трудового договору не є представництвом.

Очевидно, що письмова згода працівника чи роботодавця може надати право доручити здійснення представницьких функцій при укладенні трудового договору іншій особі на підставі довіреності.

Отже сутність трудового представництва при укладенні трудового договору полягає у тому, що узгодження позицій та вироблення умов трудового договору покладене законом чи договором на представників, які діють в інтересах та від імені довірителя. Повноваження на укладення трудового договору можуть ґрунтуватися на законі, установчих документах, або довіреності. Остання може бути визначеною законом формою існування таких повноважень або ж визначатися взаємною згодою між довірителем та представником, якщо інше не передбачено законом. Це ті джерела інформації, які дають можливість третім особам мати уяву про правомірність такої поведінки.

Представництво не можна розглядати якимось відмінним від переговорів способом укладення трудового договору, оскільки має місце лише заміна суб'єкта переддоговірного процесу (оферента чи акцептанта). Разом з тим вимоги, які до них пред'являються для того, щоб договір був укладений є ті самі, що і для довірителя. Водночас обсяг їх правомірної поведінки визначається також законом, установчими документами юридичної особи чи довіреністю. Це означає, що якщо представник виходить за межі наданих йому повноважень юридичні наслідки для довірителя виникають у випадку наступного схвалення дій представника згідно до ст. 241 ЦКУ [61]. Аналіз судової практики свідчить, що якщо представник роботодавця вийшов за межі повноважень, фактичний допуск працівника і належне виконання ним трудових обов'язків є фактом укладення трудового договору.

Переговори можуть відбуватися також за допомогою засобів телекомунікаційної мережі. Як вже було зазначено, відповідно до ст.207 ЦКУ [61] воля сторін може бути виражена за допомогою телетайпного, електронного або технічного засобу зв'язку. Законодавчі визначення цих понять відсутні, але як відомо телетайпний зв'язок здійснюється за допомогою телеграфних каналів

зв'язку. Свого часу у Постанові КМУ України «Про Концепцію розвитку зв'язку України до 2010 року» від 9.12.1999 р. № 2238 [150] було зазначено, що попит на послуги телеграфних служб постійно знижується, а технічні засоби зв'язку в переважній більшості є морально застарілими і значною мірою фізично зношені. Сьогодні мережею для передавання документальної інформації слугує телекомунікація (електронний зв'язок). З прийняттям ряду законодавчих актів, зокрема Закону України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 р. № 1280-IV [151] юридично забезпечена можливість користуватися системою електронного зв'язку та Інтернет мережею і для укладення договорів. Проблема тільки і тому, як належним чином зафіксувати зміст досягнутої домовленості з застосуванням аналогу власноручного підпису сторін договору. Відповідно до змісту норм Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. № 851-IV [152] будь-який електронний документ є оригіналом і має юридичну силу, окрім випадків передбачених законом. Його обов'язковим реквізитом є електронний цифровий підпис. Порядок застосування останнього регулюється Законом України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р. № 852-IV [153]. Натомість у законодавстві Російської Федерації [154] використання такого аналогу власноручного підпису можливе тільки у випадках і порядку передбачених законом, іншими нормативно-правовими актами чи угодою сторін. Оскільки трудове законодавство України не містить заборони щодо укладення трудового договору в електронній формі, то є можливість фіксації взаємного зобов'язання контрагентів таким чином при дистанційному проведенні переговорів сторонами майбутнього договору.

Отже у підсумку можна зазначити, що під способом потрібно розуміти законодавчо визначену систему прийомів, використання якої забезпечує дотримання майбутнім потенційним працівником та роботодавцем з трудовою дієздатністю в процесі укладення трудового договору певних законодавчих вимог (правил) оформлення угоди з метою визначення моменту появи прав та обов'язків сторін трудового договору. Отже для надання їх взаємній домовленості юридичного значення.

З'ясований загальний спосіб укладення трудового договору – переговори виражений юридичними діями, необхідний обсяг вчинення яких передбачений юридичними нормами, які забезпечують реалізацію результатів переговорів. Він свідчить не тільки про досягнення згоди щодо усіх істотних умов трудового договору, але і визначає момент набуття прав та обов'язків за укладеним трудовим договором.

Разом з тим виникнення відносин найманої праці може бути ускладненим проходження конкурсного відбору, виборів чи видання акту про призначення на посаду відповідної особи та навіть рішенням суду. Йдеться про особливі способи укладення трудового договору.

Відтак пропонуємо внести у проект ТКУ норму наступного змісту «Трудовий договір укладається на основі переговорів, якщо інше не передбачене Законами України».

Висновки до другого розділу

1. Обгрунтовано, що поняття трудового договору у проекті ТКУ потрібно формулювати таким чином, щоб після слів « працівник зобов'язується особисто виконувати роботу (трудова функція)» містилося положення «під керівництвом та контролем роботодавця».

2. З'ясовано, що реалізація права на працю за трудовим договором відбувається в результаті досягнення взаємної домовленості осіб, якою погоджується матеріальний зміст майбутнього трудового договору. При цьому юридичного значення набуває сам факт укладення угоди з моменту погодження усіх істотних умов трудового договору, у тому числі дати дії укладеного трудового договору.

3. Запропоновано під угодою, яка спричинює виникнення відносин найманої праці розуміти достатній та необхідний обсяг активної правомірної вольової поведінки осіб, які володіють трудовою дієздатністю і з якою норми права

пов'язують виникнення між ними індивідуально-трудова правовідносин, а саме неминуче настання юридичних наслідків правоутворюючого характеру – виникнення прав та обов'язків сторін трудового договору, що є змістом індивідуально-трудова правовідносин.

4. Під способом укладення трудового договору запропоновано вважати законодавчо-визначену систему прийомів, яка має бути виражена у активній правомірній поведінці учасників переддоговірних відносин при погодженні змісту трудового договору. Тим самим відбувається дотримання законодавчих вимог (правил) оформлення угоди, що дає можливість визначити момент появи прав та обов'язків сторін трудового договору.

5. Способами укладення трудового договору можна поділяти на загальні та особливі. Загальним є взаємні переговори, а до особливих належить конкурсний відбір, видання акту про призначення на посаду та вибори. З метою поновлення порушеного права особи на працю може використовуватися такий особливий спосіб як рішення суду про укладення трудового договору.

6. Сформовано ряд пропозицій щодо удосконалення правового регулювання в частині укладення трудового договору.

— у проект Трудового кодексу України внести норму такого змісту «Трудовий договір укладається на основі переговорів, якщо інше не передбачено законами України. При прийнятті на роботу особа ознайомлюється з правилами внутрішнього трудового розпорядку, умовами колективного договору, відповідними посадовими інструкціями та вправі отримати відомості у письмовій формі про організаційно-правову форму роботодавця».

— внести зміни у п. 3 ст. 41 проекту Трудового кодексу України і викласти його у такій редакції. «Трудовий договір вважається укладеним, за наявності письмової згоди працівника, шляхом прийняття письмового рішення роботодавця, у тому числі накладення резолюції роботодавця на заяві працівника».

— у проекті Трудового кодексу України передбачити положення наступного змісту «Трудовий договір вважається укладеним, його зміст трудового договору зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими

обмінялися сторони. При цьому воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або технічного засобу зв'язку».

— внести норму такого змісту ««Роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір у двох примірниках у тижневий строк після фактичного допуску працівника до роботи на тих умовах, які визначені угодою сторін. Встановлення ж додаткових умов трудового договору або зміна тих умов, на яких працівника було допущено до виконання роботи можливим лише за згодою сторін».

— передбачити у проекті Трудового кодексу України положення, що «Наказ про прийняття на роботу видається тільки на основі укладеного трудового договору та посвідчує письмове оформлення укладеного трудового договору».

7. Одним з варіантів проведення переговорів є трудове представництво при укладенні трудового договору. Його зміст полягає у тому, що узгодження позицій та вироблення умов трудового договору, а не його підписання, покладене законом чи договором на представників, які діють в інтересах та від імені довірителя. Повноваження на укладення трудового договору може ґрунтуватися на законі, установчих документах або довіреності.

8. Переговори можуть відбуватися за допомогою засобів телекомунікаційної мережі. Трудове законодавство не містить заборон щодо можливості укладення трудового договору у електронній формі.

РОЗДІЛ 3

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ПРАЦЮ В ОСОБЛИВИЙ СПОСІБ ЙОГО УКЛАДЕННЯ

3.1. Призначення на посаду як підстава для укладення трудового договору

Призначенню на посаду як правоутворюючому юридичному факту у юридичній літературі було приділено свого часу достатньо уваги. Адже він яскраво відображав адміністративно-командний тип управління, який був характерний для тодішньої системи службових відносин, що склалася за роки існування Радянського Союзу. Вона базувалася на владно-розпорядчих актах вищестоящего органу управління жорстко централізованих структур авторитарного режиму. За появи та активного розвитку децентралізованих методів керівництва демократичною державою все більшого значення набуває лібералізація способів заміщення посад в органах державної влади. Їх правове забезпечення дає змогу реалізувати право на працю особам та здійснювати відповідні повноваження в органах державної влади.

Разом з тим спосіб заміщення посади характеризує особливості реалізації права на працю фактично усіх працівників, які наймаються на відповідну посаду для виконання своєї трудової функції. У законодавстві України він позначає дію за значенням «призначити на посаду».

Юридичний зміст цього поняття полягає у «наданні офіційного права обіймати якусь посаду чи виконувати певні обов'язки» [10, С. 1117]. Зокрема, відповідно до п. 3 ст. 31 Закону України «Про дошкільну освіту» від 11.07.2001 р. № 2628-III [155] керівник дошкільного навчального закладу призначає на посаду педагогічних та інших працівників. Їх реалізація права на працю здійснюється на підставі укладеного трудового договору. Останній і породжує індивідуально-трудова правовідносини з працівником та надає йому можливість виконувати свої посадові обов'язки.

Заміщення вакантної посади в такий спосіб відбувається на підставі трудового договору. Тому, як правильно зазначає П. Д. Пилипенко [105, С. 110] «замістити вакантну посаду інакше, як через призначення на неї відповідного працівника за розпорядженням чи наказом (указом, постановою) органу уповноваженого для прийняття і звільнення, неможливо». Отже спосіб заміщення вакантної посади полягає у призначенні особи на посаду.

Призначення на посаду часто зустрічається в законодавстві, коли йдеться про формування органів управління господарських товариств, окрім акціонерних товариств, але за умови, якщо такий порядок згідно вимог ст. 4 Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991р. № 1576-XII [156] виписаний установчим документом товариства. Для керівництва господарською діяльністю підприємства власник (власники) або уповноважений ним орган призначає (обирає) керівника підприємства.(п.4 ст. 65 ГКУ) [68]. Натомість, генеральний директор комунального (державного) об'єднання відповідно до ст. 122 цього акту власне призначається на посаду органом, що прийняв рішення про утворення об'єднання. А у ст. 42 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III [157]. передбачено, що Голова правління (рада директорів) банку заступають на посаду тільки після надання письмової згоди на це Національним Банком України. якій передуює прийняття рішення про їх призначення спостережною радою банку.

Водночас законами України передбачено призначення на посаду і як спосіб заміщення останньої в системі органів державної влади. Її зайняття передбачає виконання державно-владних повноважень. Тому встановлено законодавчий порядок, який дозволяє особі замінити відповідну посаду. Тобто процедура призначення на посаду регламентована не установчими документами, а законодавством. Тому і спосіб, який покладений в її основу відповідає законодавчим вимогам.

Аналіз нормативної бази дає підстави визначити такі способи заміщення вакантної посади в системі органів державної влади, як обрання за результатами виборів, за конкурсом, а також видання (офіційне оголошення) акту (рішення) про

призначення на посаду. Тобто кожен з них є водночас самостійним способом призначення на посаду у тому розумінні, що підтверджує офіційне право особи на зайняття відповідної посади в органах державної влади.

Юридичною основою призначення на посаду є наявність офіційного документу, яким передбачається заміщення посади. Таким може бути акт (рішення) про призначення на посаду. Зокрема, це стосується посади Генерального прокурора України, голів державних адміністрацій обласного та районного рівнів, голови Національного Банку України тощо.

Особливість процедури призначення на посаду полягає у тому, що вона ставить в залежність виникнення індивідуально-трудових правовідносин окремих категорій працівників від видання акту (рішення) про призначення на посаду. Останній видається владним уповноваженим суб'єктом тільки в порядку та в межах, визначених законом. Як правило йдеться про зайняття вакантної посади протягом певного строку, який чітко визначений законами України. Наприклад, згідно ст. 9 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» від 26. 11. 1993 р. № 3659-ХІІ [158] строк повноважень Голови Антимонопольного комітету України становить сім років та не може призначатися на цю посаду більше ніж на два строки підряд. Після закінчення строку повноважень він продовжує виконувати свої обов'язки до призначення нового Голови.

Аналіз законів України, які визначають статус відповідного державного органу дає підстави вважати, що процедура призначення на посаду характеризується своєрідним суб'єктним складом, специфікою виконуваних владних повноважень. Останні можуть зумовлювати обмеження щодо сумісництва праці.

Потрібно також зазначити, що кандидат на посаду повинен відповідати вимогам зазначеним у законах України. Зокрема, згідно п. 4 ст. 20 Закону України «Про телекомунікації» [151] голова та члени національної комісії з питань регулювання зв'язку повинні бути громадянами України не старше 65 років, мати вищу освіту, практичний та управлінський досвід, стаж роботи в галузі зв'язку не менше чотирьох років.

Звичайно обійняти законодавчо увесь спектр цієї процедури в межах закону є неможливим, тому існує ціла низка підзаконних нормативних актів, які спрямовані на її виконання. Передусім, це стосується вирішення усіх питань відповідного кадрового добору, які передують виданню акту про призначення на посаду. Однак схвалення самого акту про призначення, тобто хто призначається і хто призначає на посаду, в якій спосіб, та процедура його видання має визначатися виключно законами України.

Зокрема, процедура призначення на посаду державного службовця відображена у документах, що складають його особову справу. Згідно Постанови КМУ «Про затвердження Порядку ведення особових справ державних службовців в органах виконавчої влади» від 25. 05. 1998 р. № 731 [159] вона формується з початком розгляду питань про призначення та не пізніше тижневого строку з дня призначення має бути зареєстрована у книзі обліку руху особових справ. Тут передбачено, що у особовій справі має бути заява щодо призначення на відповідну посаду. Вона оформляється власноручно і підписується із зазначенням дати. Заява щодо призначення на відповідну посаду відноситься до тих документів, які подаються ще до вирішення питання про призначення відповідної особи на посаду. Це можна пояснити також і тим, що до особової справи вже після призначення на посаду додаються копії указів, постанов, наказів, розпоряджень органів вищого рівня про призначення на посаду (у випадках, передбачених законодавством). Тобто йдеться про рішення (акт) про призначення, який і потрібно вважати офіційним документом, що дає можливість особі замінити відповідну посаду.

Таким чином відносини найманої праці з державним службовцем, який призначається на посаду можуть виникнути тільки за згодою особи. Остання передує виданню акту про призначення на посаду.

У цьому документі також зазначено, що після призначення на посаду за місцем роботи працівника видається наказ про призначення на посаду щодо тих осіб, які призначаються органом вищого рівня. При цьому, щодо усіх інших працівників, як вбачається з п. 3, також за змістом заяви приймається відповідне

рішення про призначення, але керівником органу виконавчої влади, на підставі якого кадрова служба готує наказ (розпорядження).

Отже рішення (акт) про призначення на посаду може прийматися органом вищого рівня або ж керівником органу виконавчої влади тільки за наявності заяви особи щодо призначення на посаду. Відповідне рішення є підставою для видання наказу (розпорядження) про призначення на посаду за місцем роботи.

Роль останнього можна з'ясувати також на основі п. 16 Постанови КМУ від 22.11.2010 р. № 1065 «Деякі питання, пов'язані з підготовкою і внесенням подань щодо осіб, призначення на посаду та звільнення з посади яких здійснюється Президентом України або Кабінетом Міністрів України чи погоджується з Кабінетом Міністрів України» (далі Постанова КМУ №1065) [160]. Тут передбачено, що акт про призначення на посаду Президента України або КМУ є підставою для видання за місцем роботи особи наказу (розпорядження), в якому зазначається дата початку роботи на відповідній посаді. Копія наказу (розпорядження) надсилається у триденний строк до Адміністрації Президента України (за винятком копії наказу (розпорядження) стосовно осіб, що призначаються КМУ) та Секретаріату КМУ. Тобто суб'єкту, який має право не тільки прийняти працівника роботу, але і на його звільнення.

Проте зазначений нормативно-правовий акт не поширює свою дію на суб'єктів, які призначаються на посаду ВРУ.

Складається враження, що наказ про призначення на посаду за місцем роботи є за своїм змістом наказом про прийняття на роботу працівника. Його особливість полягає й у тому, що для його видання потрібне рішення (акт) про призначення особи на відповідну посаду. Зокрема, такий підхід покладений в основу Наказу Національного агентства України з питань державної служби «Про затвердження методичних рекомендацій щодо оформлення розпорядчих актів із кадрових питань у сфері державної служби» від 30.08. 2011 р. № 5 [161] (далі – Наказ № 5). У наказі (розпорядження) обов'язково вказується дата початку роботи на відповідній посаді.

При цьому цю дату можна вважати датою початком виконання своїх повноважень вже за укладеним трудовим договором.

Як зазначалося, акт (рішення) про призначення на посаду є підставою для видання наказу про прийняття на роботу. Разом з тим у законодавстві не має жодних вимог щодо подання новопризначеною особою фактично повторно заяви про прийняття на роботу. Такий підхід, на нашу думку, є правильним. Адже особа, яка виявила бажання замістити посаду за фактом призначення подає заяву про призначення на посаду на ім'я посадової особи, що призначає та низку документів, перелік яких містить п. 9 Постанови КМУ №1065. У п. 12 цього документу також передбачено, що проводиться співбесіда з метою вивчення досвіду роботи претендента на посаду, визначення його професійного рівня, ділових та моральних якостей, оцінки відповідності посаді, на яку він рекомендується, рівня правової підготовки тощо. Також за його згодою здійснюється спеціальна перевірка поданих щодо нього відомостей. При цьому висновки за результатами співбесіди викладаються посадовою особою у картці погодження призначення на посаду

Як бачимо, волевиявлення претендента на посаду спрямоване на укладення трудового договору та заміщення відповідної посади. Суб'єкта, який уповноважений на видання акту (рішення) про призначення на посаду, як видається, потрібно розглядати з позиції трудового права як роботодавця, який має право найму та звільнення відповідного працівника з роботи. Тому особливість укладення трудового договору за фактом призначення полягає у тому, що роль документу, який засвідчує волевиявлення роботодавця на укладення трудового договору з претендентом на посаду є рішення, що приймається у встановленому законом порядку. (акт про призначення). Відповідно є законодавчо виписані приписи, за правилами яких відбувається заміщення посад, пов'язаних з виконанням державно-владних повноважень.

Зокрема, відповідно до змісту ст. 8 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 р. № 586-XIV [162] голови місцевих державних адміністрацій набувають повноважень з моменту призначення. Певні роз'яснення щодо особливостей письмового оформлення таких відносин найманої праці містять додатки до Наказу №5. Тут передбачено, що на основі відповідного указу Президента України видається наказ про прийняття на роботу у формі

розпорядження Голови місцевої державної адміністрації. У ньому зазначається дата, коли особа почне виконувати свої повноваження за укладеним трудовим договором, вказує присвоєний державному службовцю ранг та встановлюються доплати, відповідні надбавки. Оплата праці визначається відповідно до штатного розпису. У примітках до додатків вказується, що розпорядження видається новопризначеним головою або виконуючим обов'язки голови місцевої державної адміністрації у разі відсутності на роботі голови місцевої державної адміністрації, який звільняється.

Потрібно також зазначити, що повноваження відповідного державного службовця визначені на законодавчому рівні. Для прикладу, повноваження голів місцевих державних адміністрацій врегульовані нормами Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [162], який визначає правовий статус органу державної влади, на здійснення повноважень якого і призначається відповідна особа.

Отже від наказу про прийняття на роботу не може залежати виникнення індивідуально-трудова правовідносин, оскільки з його виданням норми права не пов'язують набуття прав та обов'язків сторін трудового договору. Відповідно для його укладення потрібне, як зазначалося раніше, волевиявлення майбутнього працівника та роботодавця, спрямованого на укладення трудового договору. Тому заміщення відповідної посади та набуття статусу працівника залежить від прийняття рішення (акту) про призначення на посаду тільки на підставі заяви щодо призначення на посаду майбутнього працівника. Остання є водночас заявою про прийняття на роботу.

Варто також дослідити, чи передбачені законодавством України і інші вимоги, щодо укладення трудового договору в порядку призначення.

Зокрема, якщо особа вперше приймається на роботу державним службовцем вона приймає присягу. Але у Законі України «Про державну службу» від 16.12.1993 № 3723-ХІІ [163] не зазначено, чи ця процедура відбувається до чи після укладення трудового договору, які правові наслідки не складення присяги. Вважаємо, що організація цієї процедури згідно законодавчих вимог покладається на роботодавця, який виконує обов'язки сторони трудового договору. Це зобов'язання не впливає на

видання наказу про зарахування особи на роботу, який видається на основі акту (рішення) про призначення. Тому оплата праці працівника не залежить від складення ним присяги. Проте відмова виконати цей обов'язок особи спричинює неможливість здійснювати свої повноваження, а відтак відносини найманої праці припиняються на підставі п. 6 ст. 30 цього ж закону. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 8 Закону України «Про Центральну виборчу комісію» від 30.06.2004 р. № 1932-IV [164] перед вступом на посаду член Центральної виборчої комісії (далі ЦВК) складає присягу на пленарному засіданні ВРУ. Відмова скласти присягу є підставою для скасування парламентом рішення про його призначення. Разом з тим не можна ставити під сумнів існування на момент прийняття присяги наказу про прийняття на роботу. Останній, вочевидь, після відмови скласти присягу підлягає скасуванню.

Отже на нашу думку, від складення присяги відповідно до чинного законодавства не залежить укладення трудового договору в порядку призначення та набуття статусу працівника.

Варто зазначити, що у акті (рішенні) про призначення на посаду загалом не вказується ні термін, протягом якого має бути виданий наказ про прийняття на роботу, ні дата початку роботи працівника. Тобто немає фактично законодавчих вимог, на підставі яких би мав укладатися такий трудовий договір. Проте, це дуже важливо, оскільки наказ за місцем роботи слугує письмовим оформленням укладеного трудового договору в порядку призначення. Вказівка ж на дату початку роботи забезпечило, як видається, можливість працівника приступити до виконання своїх трудових обов'язків.

Зазначимо, що у ст. 63 проекту ТКУ [102] вже є спроби визначити процедуру укладення трудового договору на підставі видання акту про призначення на посаду. Тут передбачено, що трудовий договір укладається у строк, визначений у акті. Якщо у ньому не врегульовано це питання, то трудовий договір буде укладатися не пізніше наступного дня відповідно до вимог ст. 41 цього акту у двох примірниках.

Як бачимо, у такому випадку акт (рішення) про призначення на посаду має юридичне значення для укладення трудового договору, але права та обов'язки сторін ще не виникли. Проте такий підхід на сьогодні не відповідає законодавству

України, що свідчить про необхідність з введенням таких норм у нормативну базу низки змін.

Пропонуємо норми, які регулюють процедуру укладення трудового договору у ТКУ викласти наступним чином « У випадках, передбачених законами України трудовий договір укладається в порядку призначення на посаду шляхом видання роботодавцем акту (рішення) про призначення на посаду. У ньому зазначається строк, протягом якого за місцем роботи працівника видається наказ про прийняття на роботу зі зазначенням дати початку роботи».

Отже акт (рішення) про призначення на посаду приймається в порядку, визначеного законодавчо. На цьому неодноразово КСУ наголошував у своїх рішеннях [165], який дав юридичну оцінку такому комплексу юридичних дій уповноважених суб'єктів як попередньому погодженню кандидатур на призначення на підставі підзаконно-нормативного акту. Зокрема у рішенні КСУ від 15.01.2009 р. № 2-рп/2009 [166] попереднє погодження розглядається як процедура узгодження дій владних суб'єктів щодо призначення відповідних посадових осіб. Воно не підміняє рішення про призначення цих осіб на посади як вольового акта посадових осіб або органів, до чиеї компетенції віднесене прийняття таких рішень, і не може розглядатися як обов'язкова складова цього рішення.

Проте, потрібно зазначити, що видання акту (рішення) про призначення на посаду у відповідності до законодавства може залежити від досягнення спільної згоди у прийнятті єдиного рішення про призначення декількох уповноважених суб'єктів на укладення трудового договору. Кожен з них по суті наділений функціями роботодавця в частині, визначеної законодавчо.

Наприклад, за Конституцією України таким чином відбувається багато кадрових призначень найвищого державного рівня. Зокрема, тут у п. 21 ст. 85 передбачено, що заміщення посад членів ЦВК здійснюється за поданням Президента України. Глави дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях призначаються актом Президента України, який обов'язково на вимогу ст.106 Конституції України потребує скріплення підписами відповідального за акт та його виконання міністра та Прем'єр-міністра

України. Генеральний прокурор України вважається призначеним Президентом України тільки за згодою ВРУ відповідно до ст.122 основного закону держави.

Отже, з огляду на аналіз законодавства, можна вести мову про декілька способів ухвалення акту про призначення на посаду. Це може бути прийняття акту про призначення на посаду за поданням; надання згоди на таке призначення, а також його скріплення підписами уповноваженого (них) суб'єктів.

Водночас Конституція України та прийняті на її основі Закони України визначають посади, вирішення питання щодо призначення на які та видання акту про призначення здійснюється уповноваженим суб'єктом самостійно.

Передусім це колегіальне формування деяких постійно діючих органів державної влади. Воно відбувається на підставі видання акту уповноваженого суб'єкта про призначення, які відповідно до п. 20 ст. 85 та п. 13 ст. 106 Конституції України не потребує схвалення інших уповноважених суб'єктів. Зокрема, Національна рада з питань телебачення та радіомовлення складається з восьми членів, які порівну призначаються указами Президента України та постановами ВРУ. Аналогічно відповідно до ст.148 основного закону ВРУ та з'їзд суддів України призначають по шість суддів КСУ.

Вирішення питання про самостійне видання акту про призначення характерне також у інших випадках, визначених на рівні закону.

Зокрема, відповідно до підпункту 10 ч. 4 ст. 42 Закону України «Про місцеве самоврядування» від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР [167] сільський, селищний міський голова самостійно призначає на посаду керівників відділів, управлінь та інших виконавчих органів ради, підприємств, установ та організацій, що належать до комунальної власності відповідних територіальних громад, крім керівників дошкільних, загальноосвітніх та позашкільних навчальних закладів.

Про самостійне призначення можна вести мову і в аспекті прийняття на роботу працівників патронатної служби. Відповідно до ч. 5 ст. 15 Закону України «Про державну службу» [163] Президент України, Голова ВРУ, члени Уряду України, глави місцевих державних адміністрацій мають право самостійно добирати та приймати осіб на посади своїх помічників, керівників прес-служб, радників і

секретарів згідно з штатним розписом і категорією, що відповідає посаді. Згідно до ст. 10 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 07.06.2001 р. № 2493-III [168] голови районних, районних у містах, обласних рад, Київський та Севастопільський міський голова та міські голови (міст обласного і республіканського в Автономній Республіці Крим значення) мають право самостійно (без конкурсу) добирати та приймати на службу своїх помічників, радників).

Разом з тим прийняття акту (рішення) про призначення уповноваженим суб'єктом може здійснюватися тільки у випадку досягнення спільної згоди щодо призначення осіб найвищого державного рівня двох уповноважених суб'єктів. На це звертає увагу КСУ у своєму рішенні від 27.04.2000 р. № 7-рп/2000. [169]

Зокрема згідно до ст. 85 Конституції України за поданням Президента України призначається постановою ВРУ Голова Національного Банку України та члени ЦВК. За п. 10 ст. 113 цього акту Президент України призначає за поданням Прем'єр-міністра України членів КМУ, керівників інших центральних органів виконавчої влади, а також голів місцевих державних адміністрацій.

Разом з тим Законами України на виконання норм Конституції України теж можуть передбачатися випадки внесення подання з метою реалізації кадрової політики в структурі органів влади. Зокрема, хоч призначення глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях відповідно до п. 5 ст. 106 Конституції України віднесено до повноважень Президента України, у ст. 13 Закону України «Про дипломатичну службу» від 20.09.2001 р. № 2728-III [170] воно відбувається тільки за поданням Міністра закордонних справ України.

Потрібно зазначити, що повноваження Президента України та ВРУ визначаються тільки Конституцією України. Водночас у відповідності до змісту ч. 2 ст. 120 цього акту закони деталізують конституційний механізм заміщення посад та визначають його процедуру на підставі акту про призначення інших посадових осіб (владних суб'єктів). Зазначимо, що внесення подання ВРУ Конституція не передбачає.

Обов'язковість внесення подання зумовлює, як видається, можливість передбачити і особливості його розгляду суб'єктом призначення.

Як свідчить аналіз законодавства суб'єктом подання є владний суб'єкт (одноосібний чи колегіальний), який не втручаючись у здійснення повноважень спрямовує та координує діяльність особи, що призначається на посаду. Зокрема, згідно п. 2 ст. 42 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 07.10.2010 № 2591-VI [171] Прем'єр-міністр вносить на розгляд Президенту України подання про призначення на посаду членів КМУ, керівників центральних органів виконавчої влади та їх заступників. Подання може бути внесено стосовно окремого визначеного кандидата або списком щодо кожної посади (наприклад кандидатур на посади міністрів), з визначеним строку або без його визначення.

Процедура внесення подання Президентом України до ВРУ передбачена Главою 33 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010 р. № 1861-VI. [172] Від недовга діє вищезгадана Постанова КМУ №1065 [160], яка регулює порядок внесення подання Прем'єра-Міністра України до Президента України, відповідного Міністра до КМУ - стосовно керівників урядових органів, їх перших заступників та заступників, керівників підприємств, їх перших заступників та заступників.

Відповідно до змісту цього акту у поданні щодо призначення на посаду зазначаються прізвище, ім'я та по батькові, дата народження претендента на посаду, громадянство, найменування займаної ним посади, посади, на яку він рекомендується тощо. До подання додаються також необхідні для призначення на посаду, у тому числі заява про призначення (на ім'я особи, яка призначає), проект рішення про призначення претендента на посаду, завізований керівником відповідного органу виконавчої влади.

Отже йдеться про звернення з викладом певних відомостей, які оформлені за певним зразком, що подається на ім'я офіційної особи. Остання в межах своїх повноважень вправі прийняти акт (рішення) про призначення на посаду лише щодо особи, стосовно якої внесено подання або приймає рішення про відхилення кандидатури.

Відповідно, якщо розглянути подання з позиції трудового права, то особа (кандидат) може реалізувати своє право на працю за трудовим договором в порядку видання акту про призначення на посаду лише за умови прийняття єдиного рішення про призначення суб'єкта подання та суб'єкта призначення.

Видання акту про призначення на посади відбувається також в порядку погодження призначення на посаду на виконання Законів України.

Їх аналіз дає підстав стверджувати, що погодження кандидатури здійснюється уповноваженим суб'єктом, до сфери якого належить контроль та координаційна діяльність особи, яку призначають на посаду. Зокрема, у ст. 10 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [162], передбачено, що «перший заступник та заступник голови відповідно обласної, районної державної адміністрації призначається на посаду головою відповідно обласної, районної державної адміністрації за погодженням з КМУ якщо вони здійснюють повноваження у сфері, що належать до відання КМУ.

Зазначена Постанова КМУ №1065 [160] конкретизувала зміст такого погодження. Фактично воно не відрізняється від подання. Основну відмінність можна проілюструвати на наведеному прикладі. Вона полягає у тому, що заява про призначення на посаду кандидата (наприклад, заступника голови) адресована суб'єкту, який вносить погодження призначення на посаду (йдеться про голову відповідної державної адміністрації), а не тому, хто здійснює таке погодження (КМУ). Останнім кандидатура може бути відхилена.

Аналіз чинного законодавства дає підстав стверджувати, що внесення подання про погодження на посаду відрізняється від подання про призначення на посаду тим, що, погоджується не проект акту про призначення на посаду, а прийнятий документ. Щоправда він теж юридично є проектом відповідно до п. 9 Постанови КМУ №1065 [160], оскільки його погодження і визначає можливість видання акту про призначення на посаду. Тільки у випадку позитивного рішення у погодженні прийняте рішення про призначення набуває

свого остаточного викладу та підтверджує єдине волевиявлення уповноважених суб'єктів на укладення трудового договору. Відтак з огляду на додатки до Наказу №5 підставою для видання наказу є документ під назвою (погодження).

Одним із різновидів погодження є надання згоди тільки ВРУ щодо кандидатури на призначення на посаду за поданням Президента України з кадрових питань персонального характеру у формі відповідної її постанови. З рішення КСУ від 14.10.2003 р. № 16-рп/2003 [173] можна зробити висновок, що рішення ВРУ, яким парламент надає чи відмовляє у наданні згоди на призначення на посаду, виражає волевиявлення законотворчого органу. Останнє матеріалізується у постанові ВРУ, яка є юридичною формою акту. У ньому набувають офіційного характеру результати волевиявлення цього органу. Тобто йдеться про рішення, які приймаються визначеною Конституцією України кількістю голосів народних депутатів. Після отримання згоди на призначення приймається акт про призначення на посаду, який офіційно оголошується лише після отримання такої згоди.

Така особлива процедура призначення на посаду передбачена Конституцією України для кандидата на зайняття посади Прем'єр – міністра України, Генерального Прокурора України, Голови Антимонопольного комітету України, голови Фонду державного майна України та Голови державного комітету телебачення та радіомовлення України. КСУ у своєму рішенні від 28.01.2003 р. № 2-рп/2003 [174] зазначив, що такі центральні органи виконавчої влади володіють «спеціальним статусом через особливість призначення їх керівників».

Видання акту про призначення на посаду відбувається також в результаті скріплення підписами прийнятого акту про призначення на посаду. Юридичною основою цієї дії уповноваженого суб'єкта є відомим у теорії права «правовий інститут контрасигнування, сутність якого полягає у тому, що особа (Прем'єр-міністр чи міністр), яка (які) скріпили своїм ім'ям акт глави держави, бере на себе політичну і юридичну відповідальність за цей акт, а не глава держави» [175]. Контрасигнація у буквальному розумінні цього слова означає підпис міністра (чи іншої офіційної особи) на акті, виданому головою держави, який означає, що міністр бере на себе відповідальність за цей документ [10, С. 568]. Конституція України

встановила вичерпний перелік актів про призначення на окремі види посад та суб'єктів контрастигнування, за підписами яких укази Президента України набирають юридичної чинності. Ними відповідно до п. 5 ст. 106 основного закону є укази про призначення глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях, за п. 17 цієї статті про призначення вищого командування Збройних Сил України, інших військових формувань та згідно п. 22 ст. 106 при призначення ним на посаду судді КСУ. Стосовно призначення на посаду вищого командування Збройних Сил України, інших військових формувань, то реалізація ними права на працю здійснюється на підставі спеціального контракту про проходження військової служби.

Завершальним етапом в процесі реалізації особою права особи бути прийнятим на роботу на основі акту (рішення) про призначення на посаду є його офіційне оголошення та відповідно набуття ним юридичної чинності за правилами, які діють для підзаконних нормативно-правових актів індивідуального характеру. Як зазначають Н. Г. Плахотнюк [176] та О. І. Прищепа [177], в українському законодавстві відсутній єдиний законодавчий підхід до встановлення процедури прийняття підзаконних актів. Фактично вона врегульована на рівні спеціальних законів, які визначають статус відповідного державного органу або ж його регламентом. Наприклад, акти місцевих державних адміністрацій ненормативного характеру набирають чинності з моменту їх прийняття, якщо самими актами не встановлено пізніший термін введення їх у дію. Ці акти згідно ст. 41 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [162] доводяться до їх виконавців, а при потребі - оприлюднюються. У п. 7 Указу Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів і набрання ними чинності» від 10.06. 1997 р. № 503/97 [178] передбачено, що укази Президента України та постанови ВРУ про призначення на посаду набирають чинності з моменту прийняття. Згідно п. 2. ст. 53 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [171] розпорядження уряду набирають з моменту їх прийняття, якщо ними не встановлено пізніший термін набрання ними чинності. Це свідчить про терміновість вирішення питань у сфері кадрової політики.

Отже під виданням акту про призначення на посаду можна розуміти прийняття рішення про призначення на посаду (акту про призначення) уповноваженим суб'єктом в порядку та у спосіб визначений Законами України, який набирає юридичної чинності з моменту офіційного оприлюднення. Йдеться про ухвалення офіційного документу, який дає можливість особі замістити посаду за фактом призначення. Письмове оформлення укладеного трудового договору за чинним законодавством відбувається на підставі наказу про зарахування працівника на роботу. У ньому фіксуються основні умови трудового договору. Адже лаконізм акту про призначення на посаду не відображає змісту письмової угоди сторін трудового договору. Він є актом індивідуального ненормативного характеру, яке містить волевиявлення роботодавця на укладення трудового договору та є підставою для видання наказу про прийняття на роботу. В такий спосіб забезпечується ефективність проведення кадрового заміщення, стабільність індивідуально-трудоких правовідносин, що зумовлене особливостями відповідної посади.

3.2. Обрання на посаду та його юридичне значення для укладення трудового договору

Особа має можливість реалізувати своє право на працю у порядку обрання її на відповідну посаду, оформивши таким чином укладення трудового договору. Тобто тут йдеться про дію за значенням «відділяти голосуванням для виконання обов'язків» [10, С.804]. Тому можна зробити висновок, що це поняття може застосовуватися у законодавстві у всіх випадках, коли потрібно обрати на посаду не інакше як шляхом голосування. Це коли якийсь колективний суб'єкт голосуванням доручає особі, яка набрала найбільшу кількість голосів, виконання обов'язків на певній посаді. При цьому у кожного є лише один голос, який він вправі віддати за того чи іншого кандидата. А отже, для того, щоб виявити обрану за результатами

голосування особу має бути прийнято відповідне рішення, яке відображає волевиявлення тих, які брали участь у голосуванні.

Передусім потрібно зазначити, що питання обрання на посаду в порядку проведення виборів досліджувалися наукою трудового права ще за радянських часів. Сучасні напрацювання з цього питання належать таким вченим як А. В. Андрушко [179], О. В. Данилюку [121], О. В. Кручініну [126], П. Д. Пилипенку [105], тощо. Проте і досі у літературі з трудового права не з'ясовано, зміст того документу, який надає офіційне право особи на укладення трудового договору, категорії працівників, які реалізують у такий спосіб право на працю за трудовим договором. Практично немає досліджень у трудовому праві щодо порядку укладення трудового договору з обраними працівниками, хоч певні напрацювання вже існують в результаті проведення кодифікаційної роботи над підготуванням проекту ТКУ.

Процедура призначення на виборну посаду (в результаті проведення виборів) на основі загального прямого виборчого права, яке реалізується тільки громадянами України, виписана спеціальними виборчими законами [180; 181; 182] і застосовується для обрання лише на ті виборні посади, які передбачені Конституцією України. Ними є посада народного депутата, голів сільських, селищних та міських голів та Президента України. Наприклад, у ст. 103 основного закону держави передбачено, що Президент України обирається громадянами України на основі загального прямого виборчого права шляхом таємного голосування строком на п'ять років. Відповідно до ст. 70 Конституції України таке таємне голосування називається виборами. Це одна з форм безпосередньої демократії, через яку здійснюється народне волевиявлення. Право голосу мають право на виборах особи, які досягнули на день їх проведення вісімнадцяти років.

Як бачимо з вище викладеного, виборну посаду можна обійняти лише протягом певного встановленого законодавством строку. Тому і трудовий договір, який буде укладатися з відповідною особою є строковим. Особливість здійснення на ній повноважень полягає у тому, що такі виборні працівники наділені представницьким мандатом. У своєму рішенні КСУ від 6.07.1999. р. № 7-рп/99 [183] визначив, що цей термін обов'язково пов'язаний з обранням на посаду з наданням

відповідних повноважень, у тому числі виступати від імені виборців. Особи можуть отримати представницький мандат тільки за результатами виборів або ж відмовитися від нього. У випадках, передбачених Конституцією України та законами України представницький мандат може встановлювати заборону суміщати працю на виборній посаді з іншою роботою.

Разом з тим в результаті обрання на посаду призначаються особи і на інші посади, які можуть і не бути пов'язані з набуттям представницького мандату. Зокрема, згідно Конституцією України у такий спосіб призначаються на посади третина складу суддів КСУ, які обираються ВРУ і третина тих, що обираються з'їздом суддів України. Відповідно до ст. 208-210 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» [172] рішення щодо призначення на посаду Голови Служби безпеки України, голови Національного Банку України за поданням Президента України, Голови Рахункової палати, Уповноваженого ВРУ з прав людини, членів ЦВК за поданням Президента України тощо приймаються у формі постанови шляхом відкритого чи таємного голосування. Така постанова що є по суті офіційним документом, з яким норми права пов'язують реалізацію права на працю окремих категорій працівників. Як правильно зазначає П. Д. Пилипенко [105, С. 112] в даному випадку йдеться про колегіальний орган, який через закон змушений ухвалювати рішення шляхом голосування. При цьому таємне голосування здійснюється за допомогою бюлетенів, які містять кілька варіантів винесеного на голосування рішення. Голосування відбувається в ізольованому приміщенні, заповнюється бюлетень і особисто опускається у виборчу скриньку. В такий спосіб є неможливим контроль за волевиявленням виборця. [184]

Аналогічним є призначення і в системі органів місцевого самоврядування. Відповідно до ст. 56 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 № 280/97-ВР [167] районна, районна у місті рада обирає заступника голови ради. Також обласною радою обирається окрім заступника голови перший його заступник. Усі вони діють на постійній основі та обираються відповідною радою в межах строку її повноважень з числа депутатів цієї ради шляхом таємного голосування. Щоправда згідно п. 6 ст. 55 цього акту [167] депутати мають

можливість проголосувати тільки за кандидатуру, яка представляється на обрання головою відповідної ради. У ст. 11, 12 Закону України «Про Верховну Раду Автономної республіки Крим» від 10.02.1998 р. № 90/98-ВР [185] передбачено, що Верховна Рада Автономної республіки Крим (далі – ВР АРК) теж обирає першого заступника та заступника Голови ради аналогічним способом лише за поданням останнього. Окрім цього Голова цього органу пропонує кандидатури на посади голів постійних комісій ВР АРК та на інші посади, передбачені чинним законодавством. Зокрема це посада Голови ради міністрів Автономної республіки Крим. За результатами таємного голосування приймається відповідне рішення про обрання на посаду, яке за змістом є по суті актом про призначення, що приймається колегіальним органом. В такий спосіб обирається на посаду згідно п. 1 ст. 50 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [167] за пропозицією сільського, селищного чи міського голови і секретар сільської, селищної міської ради, а відповідно до ст. 14 Закону України «Про столицю України - місто герой – Київ» від 15.01.1999 р. № 401-XIV [186] заступник Київського міського голови – секретар Київської міської ради. Право депутатів запропонувати свою кандидатуру можна реалізувати лише у випадках, передбачених законом.(ст. 50 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [167]).

Щоправда про право бути обраним тут можна стверджувати лише в аспекті проведення самої процедури. Адже бути обраним на виборну посаду і працювати на постійній основі належить лише депутатам, які попередньо пройшли вибори до органів місцевого самоврядування та кандидатури, яких подані на голосування визначеним у законі суб'єктом.

Відповідно до чинного законодавства таємне голосування відбувається при обранні на посаду не тільки на основі загального прямого та виборчого права громадянами України, а також і на виборну посаду зі складу колегіального органу. Особливість останнього полягає у тому, що у такий спосіб не формується відповідний орган, а вирішуються кадрові питання, у тому числі щодо його керівництва. Йдеться про усі випадки, коли закон вимагає ухвалення рішення про

обрання при прийнятті на роботу посадових осіб органів управління товариства, кооперативу та інших недержавних структур.

Для прикладу, згідно ст. 23 Закону України «Про господарські товариства» [156] посадовими особами органів управління товариства визнаються голова та члени виконавчого органу, голова ревізійної комісії, а у товариствах, де створена наглядова рада товариства, - голова та члени наглядової ради товариства. Зокрема, відповідно до змісту ст. 43 Закону України «Про акціонерні товариства» [146] обираються члени виконавчого органу, наглядової ради, ревізійної комісії (ревізор) за допомогою бюлетенів для голосування. Натомість у ст. 102 , 103 ГКУ [60] та ст. 15 Закону України «Про кооперацію» [69] члени органів управління кооперативу (голова кооперативу, члени правління, члени ревізійної комісії або ревізор) діють на громадських засадах, якщо у статуті кооперативу не передбачено винагороду за їх роботу. Разом з тим вони обираються загальними зборами кооперативу також таємним голосуванням на строк, який визначений статутом кооперативу, але не більше п'яти років.

Заміщення керівників відповідних представницьких органів також відбувається в порядку обрання на виборну посаду. Йдеться про Голову відповідної ради, якого обирають депутати цього органу на певний строк, що не може перевищувати строк повноважень відповідного органу. На цьому наголошує Конституція України. Зокрема, тут у ст. 141 передбачено, що голова районної та голова обласної ради обираються відповідною радою і очолюють виконавчий апарат ради. Про обрання голови районної (у разі її створення) у місті ради зазначено у ч. 1 ст. 55 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [167]. У ст. 4, 11 Закону України «Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим» [185] передбачено, що Голова ВР АРК обирається з числа депутатів цієї ради. Особливості здійснення місцевого самоврядування в містах Києві та Севастополі згідно ст. 140 Конституції України визначаються окремими законами. Зокрема, згідно ст. 15 Закону України «Про столицю України - місто герой – Київ» [186] районна у місті Києві рада обирає голову та заступника голови відповідної ради.

Основний закон України неодноразово вживає поняття «обирається» також і у інших випадках, коли йдеться про обрання на посаду голів відповідного органу. Так, наприклад, за ст. 148 Конституції України Голова КСУ обирається на спеціальному пленарному його засіданні зі складу суддів КСУ. У даному випадку йдеться про обрання з метою доручити керівництво органом. Проте при цьому використовується спеціальна процедура виборів, проведення якої виписане регламентами відповідних органів.

Відповідно до ст. 42 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. № 2453-VI [187] Голова ВСУ обирається на посаду строком на п'ять років Пленумом ВСУ більшістю голосів від загального складу Пленуму шляхом таємного голосування.

Натомість у п. 1-2 ст. 74, 79 Закону України «Про регламент Верховної Ради України» [172] передбачено, що Голова ВРУ обирається нею на строк її повноважень з числа народних депутатів. При цьому депутатські фракції пропонують кандидатури на пленарному засіданні ВРУ. Народний депутат може запропонувати для обрання свою кандидатуру. Потрібно також зазначити, що у такий ж спосіб обираються його Перший заступник та заступник.

Отже відповідно до чинного законодавства таємне голосування відбувається при обранні на посаду на основі загального прямого та виборчого права громадянами України, а також і на виборну посаду зі складу колегіального органу. Особливість останнього полягає у тому, що у такий спосіб як правило не формується відповідний орган, а вирішуються кадрові питання його керівництва.

Таким чином йдеться про єдиний спосіб заміщення посади – обрання за результатами виборів. Під результатом необхідно розуміти наслідок відповідної дії, явища. Тобто виникнення індивідуально-трудова правовідносин за трудовим договором для окремих категорій працівників є можливим не інакше як за фактом виборів. Останні обов'язково мають відбутися з належно зафіксованими результатами таємного голосування.

Як видається, суть виборів як способу заміщення посади полягає у тому, що послідовно здійснюються передбачені законодавством виборчі процедури під час

яких реалізується активне та пасивне виборче право. Такими виборчими процедурами в залежності від виду виборної посади [180, 181, 182] є складання та уточнення списків виборців, утворення виборчих округів, утворення виборчих дільниць, утворення виборчих комісій, висування та реєстрація кандидатів у депутати, проведення передвиборчої агітації, голосування, підрахунок голосів виборців та встановлення підсумків голосування, встановлення результатів виборів та їх офіційне оприлюднення та припинення діяльності виборчої комісії.

Процес укладення трудового договору відображає процедура висування та реєстрації кандидатів на посаду Президента України або сільського, селищного чи міського голови. Вона передбачає необхідність обов'язкового подання для участі у виборах низки документів, які свідчать про волевиявлення особи на укладення трудового договору за результатами виборів. Наприклад, відповідно до ч. 4 ст. 39 Закону України «Про вибори місцевих депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих депутатів, сільських, селищних міських голів» від 10.07.2010 р. № 2487-VI [182] це заява особи про згоду балотуватися кандидатом на посаду сільського, селищного, міського голови від відповідної місцевої організації партії (у випадку самовисування – це особисто підписана ним заява про самовисування.) та заява про згоду на оприлюднення біографічних відомостей у зв'язку з участю у місцевих виборах.

При проведенні виборів на заміщення виборних посад в межах відповідного колегіального органу ті його члени, які дали згоду балотуватися на посаду, у тому числі шляхом самовисування, вносяться у список для голосування. Зокрема, у п. 6, п. 7 Рішенні КСУ «Регламент Конституційного Суду України» від 15.03.1997 р. [188] кандидати на посаду Голови КСУ заслуховуються на спеціальному пленарному засіданні КСУ.

Натомість формування органів управління товариства відбувається у порядку, визначеного його установчими документами. Проте вже новий Закон України «Про акціонерні товариства» [146] визначає особливості проведення голосування з питань кадрових обрань. Зокрема, тут у ст. 43-45 передбачені законодавчі вимоги щодо змісту бюлетеня для голосування з питань обрання членів виконавчого органу,

наглядової ради або ревізійної комісії (ревізора) товариства. За загальним правилом на загальних зборах товариства утворюється лічильна комісія.

За підсумками голосування складається протокол, який підписується всіма членами лічильної комісії акціонерного товариства, які брали участь у підрахунку голосів. Рішення загальних зборів акціонерного товариства вважається прийнятим з моменту складення протоколу про підсумки голосування. Підсумки голосування оголошуються на загальних зборах, під час яких проводилося голосування.

Потрібно також зазначити, що виборцями є не тільки носії активного виборчого права (лише громадяни України) але і також члени колегіального органу, які вправі відповідно до закону обирати осіб на виборну посаду з числа цього органу. Передусім йдеться про членів цього органу, голова якого обирається. Наприклад, відповідно до ст. 141 основного закону голови районної та обласної ради обираються відповідною радою і очолюють виконавчий апарат ради. Натомість Голова ВСУ обирається на посаду Пленумом ВСУ, який згідно ст. 45 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [187] є колегіальним органом.

Отже особливість виборів полягає у тому, що кандидат на посаду висувається передбаченим законом колективом людей або ж самовисуванням у порядку визначеного законом, а потім при дотриманні виборчої процедури таємного голосування обирається на посаду. Тобто мав би здійснюватися своєрідний відбір серед інших претендентів на посаду. У виборах як правило беруть участь двоє претендентів на посаду, які заносяться належним чином до бюлетеня для голосування. Проте законами України передбачено можливість проведення виборів і при наявності одного претендента на посаду. (ст. 46 Закону України «Про вибори місцевих депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих депутатів, сільських, селищних міських голів» від 10.07.2010 р. № 2487-VI [182]).

При проведенні загальних прямих та рівних виборів рішення про обрання виражене у протоколах дільничної виборчої комісії, які з огляду їх велику кількість потребують також підрахунку. Таким чином остаточне значення надається протоколу Центральної (якщо вибори Президента України та народних депутатів) чи територіальній виборчій комісії (якщо йдеться про вибори сільських, селищних

та міських голів), у якому не лише встановлюється підсумок голосування в цілому, але і результати виборів. Відповідно до виборчого законодавства кожен з протоколів виборчих комісій будь-якого рівня має юридичну силу. Наприклад, за ст. 83 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори Президента України» від 18.03.2004 р. №1630-IV [180] протокол про підсумки Окружної (територіальної) виборчої комісії має юридичну силу. При цьому у ст. 172 Кодексу про адміністративне судочинство України від 16. 07. 2005 р. № 2747-IV [189] зазначено, що учасники виборчого процесу вправі оскаржити рішення, дію чи бездіяльність виборчої комісії до відповідного адміністративного суду. Тому рішення про обрання фактично відображає усі етапи підрахунку голосів, даючи змогу оскаржити його результати на будь-якому з них.

Виборчий процес, як правило, завершується офіційним оприлюдненням результатів виборів. Це означає, що юридичного значення набуває тільки такий протокол про результати виборів, який затверджується відповідним рішенням. Наприклад відповідно до п. 4 ст. 76 Закону України «Про вибори місцевих депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих депутатів, сільських, селищних міських голів» [182] територіальна виборча комісія приймає рішення про визнання сільського, селищного міського голови обраним тільки на підставі складеного нею протоколу про результати виборів.

Відповідне рішення у встановленому законом порядку має бути доведене до відома громадян України. З огляду на формулювання вимог норм ст. 79 та 80 цього акту офіційне оприлюднення засвідчує факт обрання на посаду за результатами виборів. Тут у ч. 2 ст. 79 зазначено, що офіційне оприлюднення результатів виборів у відповідних місцевих друкованих засобах масової інформації є підставою звільнення з роботи (посади) обраного сільського, селищного чи міського голови. При цьому у ст. 80 йдеться про обов'язок новообраної особи зареєструватися відповідно до вимог закону.

Якщо ж брати до уваги набрання законної сили рішення про обрання ЦВК при проведенні всеукраїнських виборів, то тут існують певні розбіжності у законодавстві.

Зокрема, відповідно до ст. 86 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори Президента України» [180] підставою для звільнення з роботи обраної особи на посаду Президента України є витяг з протоколу засідання ЦВК про офіційне оголошення результатів виборів. Разом з тим не можна зробити однозначний висновок, що він відображає результати виборів та взагалі є можливість його оскаржити. Адже відповідно до ст. 84 цього закону ЦВК складає аж три протоколи. Це протокол про результати голосування у день виборів (у ньому зазначаються усі кандидати та кількість голосів, що вони набрали), протокол про обрання Президента України та протокол про офіційне оголошення результатів виборів. Очевидно витяг останнього і є підставою звільнення з роботи. Проте тут у ст. 99 передбачено можливість оскарження рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій та рішення ЦВК із встановлення результатів виборів.

Отже тільки рішення ЦВК, яке відповідно до ст. 84 цього акту по суті є протоколом про результати голосування у день виборів. Але Закон України «Про Центральну виборчу комісію» [164] розмежовує її акти (протоколи) та рішення. Тут у ст. 10 передбачено, що ЦВК приймає рішення з питань, що належить до її повноважень після їх розгляду на своїх засіданнях. Усі акти, що приймаються на виконання Законів України мають затверджуватися постановами. Отже рішенням про обрання є у даному випадку постановою ЦВК, якою затверджений протокол про результати виборів. Власне воно має бути підставою звільнення працівника з роботи, а не витяг з протоколу.

Щодо рішення про обрання на виборну посаду членами відповідного колегіального органу, то тут існують свої особливості. Ці питання регулюються його регламентом. Зокрема, відповідно до п. 13 параграфу 1 глави 1 Рішення КСУ «Регламент Конституційного Суду України» [188] протокол голосування затверджується більшістю голосів від загальної кількості голосів суддів КСУ і оголошується головою комісії на спеціальному пленарному засіданні. Фактично приймається відповідне рішення, але затвердження протоколу не відбувається у формі прийняття юридичного акту. Натомість згідно п. 3 ст. 5 Постанови Пленуму ВСУ «Про затвердження Регламенту Пленуму Верховного Суду України» від 23.12.

2011 р. №6 [190] обрання Голови ВСУ затверджується на підставі протоколу таємного голосування постановою Пленуму. Тобто остання і виступає юридичною формою відповідного рішення. Така невизначеність рішення про обрання існує і у регламентах органів місцевого самоврядування. Зокрема, це можна проілюструвати на рівні обрання голови обласної ради.

Наприклад, відповідно ст. 66 рішення обласної ради «Регламент Львівської обласної ради VI скликання. Додаток до рішення обласної ради» від 04.01.2011 р. № 15. [191] результати голосування ради, підтверджує протокол лічильної комісії, голова якої інформує раду про результати таємного голосування. При цьому рішення про затвердження результатів таємного голосування рада не ухвалює. Натомість у інших містах обласного значення, наприклад у Черкасах згідно ст. 7 Регламенту [192] після доповіді лічильної комісії обласна рада приймає рішення про затвердження результатів таємного голосування.

На нашу думку для реалізації права на працю особою, яка бажає обійняти виборну посаду має юридичне значення власне рішення відповідної ради про обрання. Адже кандидати на виборну посаду в органах місцевого самоврядування не належать до учасників виборчого процесу відповідно до чинного законодавства. Тому вони не мають можливості оскаржити результати голосування, які відображені у протоколі лічильної комісії. Разом з тим відповідно до Конституції України кожен має право бути обраним на виборні посади в органи місцевого самоврядування. У ст. 6 Кодексу про адміністративне судочинство України [189] передбачено, що особа має право оскаржити рішення будь-якого органу, у тому числі рішення ради. У п. 10 ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [167] акти органів та осіб місцевого самоврядування можна оскаржити у судовому порядку з мотивів їх невідповідності Конституції України та законам України. Тому рішення про обрання голови ради має бути оформлене офіційним документом, яким затверджуються результати таємного голосування. Відповідно до ст. 144 Конституції України органи місцевого самоврядування вправі приймати рішення, юридичною формою яких є рішення (як назва). Затверджувати означає надавати юридичної сили протоколу лічильної комісії. Тобто рішення ради має точно йому

відповідати. Адже протокол не є рішенням ради, а тому не має юридичного значення для укладення трудового договору. Однак у ньому фіксується підрахунок голосів (встановлений результат таємного голосування) за кожного кандидата.

Таким чином завдяки затвердженню у встановленому порядку протоколу відповідним рішенням про обрання можливе оскарження в судовому порядку результатів виборів. Передусім тими кандидатами, які зазнали поразки на виборах.

Отже офіційним документом, що підтверджує право обраної особи на заміщення посади за результатами виборів є рішення про обрання відповідного органу, яким затверджується та офіційно оприлюднюється протокол про встановлення результатів таємного голосування. У випадках, визначених спеціальними виборчими законами таким органом є виборча комісія.

Проте, на відміну від видання акту про призначення на посаду тут юридичного значення набувають вибори як реальна подія, яка з огляду на просторові та часові межі потребує юридичної фіксації. Однак суть від цього не змінюється. Способом заміщення посади є не рішення про обрання, а самі вибори. Обрана особа, яка за результатами виборів уклала трудовий договір для роботи на виборній посаді реалізувала своє право на працю. Отже відбулося обрання за результатами виборів.

Певні роз'яснення щодо укладення трудового договору з виборними працівниками у певній мірі містить на сьогодні тільки Додаток №1 до листа Головного управління державної служби «Методичні рекомендації щодо особливостей обрання на службу посадових осіб органів місцевого самоврядування» від 6.02.2002 р. № 42/621 (далі Лист № 42/621) [193]. У цьому акті передбачено, що у трудовій книжці виборного працівника у розділі "Відомості про роботу" робиться запис про обрання на відповідну посаду із зазначенням дати обрання, підстави для внесення запису (номер і дата протоколу територіальної виборчої комісії та сесії ради, де його було оголошено), порядкового номеру запису.

Як відомо трудова книжка працівника оформляється тільки після видання наказу (розпорядження) роботодавця про прийняття на роботу. (п. 2.4 Наказу Міністерства праці України, Міністерства юстиції України і Міністерства соціального захисту населення України «Про затвердження Інструкції про порядок

ведення трудових книжок працівників» від 29.07.1993 р. № 58) [194]. Тут у п. 2.21 передбачено, що у розділі трудової книжки "Відомості про роботу" у графі 4 зазначається підстава для внесення запису до трудової книжки – наказ (розпорядження) керівника підприємства, дача його видачі і номер.

Таким чином можна зробити висновок, що дата прийняття протоколу територіальної виборчої комісії та сесії ради зі зазначенням місця його оголошення свідчить про те, що відбулося оформлення укладеного трудового договору за фактом виборів шляхом видання наказу про прийняття на роботу. Тобто відповідне рішення про обрання виконує роль розпорядження роботодавця про зарахування працівника на роботу.

При цьому дата обрання вочевидь вказує на сам факт укладення трудового договору, тобто обрання на посаду. На нашу думку, йдеться про набуття новообраною особою статусу працівника.

Отже укладення трудового договору здійснюється на підставі протоколу виборчої комісії лише у випадку обрання на посаду. Проте яку подію потрібно вважати обранням законодавством не визначено. У випадку, скажімо обрання міського голови у Законі України «Про вибори місцевих депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих депутатів, сільських, селищних міських голів» [182] передбачено принаймні три дати. Це дата офіційного оприлюднення результатів виборів, дата реєстрації обраного голови та дата офіційного оголошення результатів виборів на урочистому першому засіданні новообраного складу міської ради. Разом з тим народні депутати зобов'язані не лише зареєструватися як обрані, але і відповідно до ст. 79 Конституції України їх повноваження починаються з моменту складення присяги. Обраний Президент України хоч і не зобов'язаний реєструватися, але набуває повноважень відповідно до ст. 104 основного закону з моменту складення присяги народіві на урочистому засіданні ВРУ.

Як видається, потрібно розмежовувати дату набуття статусу працівника та дату, коли особа набуває повноважень на обраній посаді.

Відтак міський голова уклавши трудовий договір набуває повноважень з моменту офіційного оголошення результатів виборів на сесії ради відповідно до ст.

42 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» [167], але працівником стає з моменту, який визначений у законі. Тобто з дня офіційного оприлюднення результатів виборів. Щодо обраного Президента України, то не передбачено законами України необхідності його реєстрації. Проте набуття ним статусу працівника також пов'язане з офіційним оприлюднення ЦВК результатів виборів відповідно ст. 86 Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори Президента України»» [180].

Щодо особи, яка обрана членами колегіального органу на виборну посаду, то відповідно до згаданого Листа № 42/621 [193] у трудовій книжці такої особи також вноситься запис про обрання. У ньому зазначається дата обрання і підстава внесення запису (дата, номер рішення ради про обрання). Отже дата обрання та дата прийняття рішення про обрання не можуть співпадати у часі.

Проте аналіз регламентів колегіальних органів, зокрема ВСУ, ВРУ, КСУ, відповідних органів місцевого самоврядування дає можливість зробити висновок, що повноваження новообраної особи можуть починатися з моменту прийняття рішення про обрання. Наприклад, згідно ст.75 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» [172] новообраний Голова набуває повноважень одразу з моменту прийняття постанови ВРУ про її прийняття. Тобто датою прийняття рішення про обрання і є датою обрання. Разом з тим це питання може і не бути до кінця визначеним. Зокрема, у п.6-7 Глави 1 рішення КСУ «Регламент Конституційного Суду України» [188] передбачено, що обраним на посаду Голови КСУ вважається той, хто набрав не менше десяти голосів суддів КСУ. Однак не зазначено, з якого моменту вважається укладеним трудовим договір з таким працівником.

Проблема полягає також у тому, чи потрібно при прийнятті на роботу видавати ще і наказ про прийняття на роботу. Зауважимо, жодних вимог у законодавстві не має. При цьому з огляду на зазначені вище методичні рекомендації, підставою внесення записів про прийняття на роботу є саме рішення про обрання, яке фактично і виконує роль наказу про прийняття на роботу.

Щодо тих осіб, які обираються за місцем роботи, то дата прийняття рішення про обрання засвідчує факт укладення трудового договору. Тоді заяви про прийняття на роботу подавати не потрібно, оскільки особа погоджується на усі умови трудового договору з моменту подання своєї кандидатури на вибори. Тому дата обрання і є датою видання такого наказу про прийняття на роботу.

Наприклад, прийняте рішення про обрання головою відповідного колегіального органу згідно законодавства не потребує офіційного оприлюднення, не має необхідності звільнитися новообраній особі з роботи, оскільки особа вже працює у відповідному органі. Наприклад, Голова КСУ, голова відповідної ради не змінює роботодавця при укладення відповідного трудового договору, яким і надалі залишається відповідний КСУ. Однак специфіка виконання своїх трудових обов'язків змінюється, а отже змінюється і трудова функція працівника.

Голова обласної ради, який обирається на посаду відповідною радою теж набуває повноважень з моменту його обрання. Тобто датою обрання є дата прийняття рішення ради про затвердження протоколу з підсумками голосування. Адже відповідно до змісту ст. 6 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад» [195] від 11.07.2002 р. № 93-IV депутати місцевих рад працюють на громадських засадах. Тому можуть перебувати у індивідуально-трудовах правовідносинах на час обрання їх на посаду для праці на постійній основі. На нашу думку, такий підхід законодавця є не зовсім правильним. Потрібно, щоб рішення про обрання та дата обрання отримали певний проміжок у часі для того, щоб новообрана особа мала можливість звільнитися з роботи.

Потрібно також зазначити, що відповідно до законодавства на момент прийняття рішення про обрання виборна посада має бути вакантною. Якщо вибори не відбулися, або ж відповідний кандидат не переміг, з ним не може бути укладено трудовий договір. Замістити вакантну посаду інакше є неможливим. Рішення про обрання, яким затверджується відповідний протокол про підсумки голосування є підставою для заміщення посади.

Отже можна зробити висновок, що процедура укладення трудового договору за результатами виборів потребує належного правового регулювання в частині

оформлення відносин найманої праці. Зокрема, потрібно вирішити проблему моменту укладення трудового договору та набуття статусу його сторін.

У ст. 61 проекту ТКУ [102] пропонується передбачити, що прийняття рішення про обрання на посаду є підставою для укладення трудового договору у строки, що встановлюються законодавством, рішенням про обрання та згодою сторін. Якщо цей строк не встановлено, трудовий договір має бути укладений наступного дня після обрання. Відмова обраної на посаду особи без поважних причин укласти трудовий договір протягом тижня після закінчення строків, установлених частиною першою цієї статті, дає роботодавцеві право відмовити зазначеній особі у прийнятті на роботу. Фактично закріплені норми, які за своїм змістом аналогічні до положень, які регулюють укладення трудового договору на підставі акту про призначення на посаду.

Щоправда такий підхід спричинить зміну системи законодавства, яка містить правила реалізації права на працю осіб, які обираються на посаду. Виникнення відносин найманої праці ускладнюється в такий спосіб необхідністю укладати письмовий трудовий договір. Відповідно значення виборів як способу реалізації права на працю нівелюється.

Пропонуємо викласти ст. 61 ТКУ у такій редакції «У випадках, передбачених законами, трудовий договір укладається за результатами виборів шляхом прийняття роботодавцем рішення про обрання. На підставі рішення про обрання вноситься запис у трудову книжку про обрання зі зазначенням дати початку роботи за договором.»

Проте письмовий трудовий договір за бажанням сторін може бути укладений у будь-який час після виникнення відносин найманої праці. Зокрема, для прикладу на рівні договірного регулювання може бути надано додаткові житлові пільги, організація санітарно-курортного лікування тощо. Це дозволить врахувати не лише специфіку зайняття відповідної посади, але і особу працівника, його бажання та інтереси. Хоч зрозуміло, що посадові обов'язки обраної особи він не вправі розширювати, що може призвести до зловживань та розширення владних повноважень. Тому його наявність для набуття статусу працівника не є обов'язкова.

Таким чином розглянутий спосіб реалізації права на працю, як видається, має бути визначений тільки законом. Його особливість полягає у тому, що вибори ґрунтуються тільки на довірі, а тому перемогти у них може лише той кандидат, який на думку більшості виборців є гідним зайняти відповідну посаду. Вибори не можуть відбуватися ні за поданням, ні за рекомендацією. У даному випадку йдеться про заздалегідь підготовлені кандидатури до списку, які не дають можливість виборцям самим подати кандидатів на посаду. Йдеться радше про прийняття відповідного рішення шляхом таємного голосування ніж про процедуру виборів.

3.3. Укладення трудового договору за фактом конкурсного відбору.

Самостійним способом заміщення посади, який покладено в основу процедури призначення (обрання) на посаду є конкурсний відбір. Він застосовується роботодавцем під час комплектації кадрів для того щоб укласти трудовий договір з найбільш кваліфікованою особою. Однак використання конкурсного відбору під час прийняття на роботу не завжди є обов'язковим. Разом з тим є категорія посад, укладення трудового договору з якими відбувається тільки за фактом конкурсного відбору. Передусім це посади науково-педагогічних працівників, державних службовців третьої-сьомої категорії, керівників державних суб'єктів господарювання, суддів судів загальної юрисдикції, що призначаються на посаду вперше тощо.

Варто відзначити, що конкурсний відбір нерідко ототожнюється з обранням особи на посаду. Це відбувається тому, що досі не визначені законодавчі чіткі критерії конкурсного відбору, від результатів якого має залежати призначення на посаду. Таким чином створюються перешкоди у реалізації права особою, яка перемогла у конкурсі. Адже, не врегульованими залишається і питання з якого моменту трудовий договір вважається з нею укладеним, та які законодавчі вимоги до його оформлення.

Винятковість посад, заміщення яких відбувається шляхом конкурсного відбору, передбачено законодавством України. Щоправда перелік законодавчих актів з цього питання є невеликим. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 15 Закону України «Про державну службу» [16] прийняття на державну службу на посади третьої-сьомої категорії здійснюється на конкурсній основі. У ч. 2 ст. 3 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» [168] передбачено, що посади, на які призначаються сільським, селищним, міським головою, головою районної, районної у місті, обласної ради на конкурсній основі. Тут також у ст. 10 зазначено, що проведення конкурсу при прийнятті на службу в органи місцевого самоврядування здійснюється в порядку, визначеному законодавством України про державну службу.

Відповідно ст. 6 Закону України «Про наукову та науково-технічну діяльність» від 13.12.1991 р №1977-ХІІ [196] прийняття на роботу наукових та науково-педагогічних працівників відбувається на основі конкурсного відбору. За Законом України «Про управління об'єктами державної власності» від 21.09.2006 р. № 185-16 [197] КМУ визначає порядок конкурсного відбору керівників державних суб'єктів господарювання. У ст. 71 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [187] зайняття вакантної посади вперше суддею в суді загальної юрисдикції теж настає тільки за результатами конкурсного відбору.

Таким чином можна зробити висновок, що для окремих категорій працівників укладення трудового договору відбувається тільки за фактом конкурсного відбору. Тобто виникнення індивідуально-трудових правовідносин, а отже і набуття прав та обов'язків сторін трудового договору залежить від цієї обставини. Вирішальна роль у цьому випадку, як видається, належить нормам права, які і визначають достатній обсяг правомірних та вольових дій, необхідних для укладення трудового договору. Останній дозволяє замістити вакантну посаду особі, яка відповідає законодавчим вимогам, що ставляться до кандидата, пройшла конкурсний відбір та була обрана на посаду з врахуванням результатів конкурсного відбору у порядку, визначеного законодавством України. Зокрема, згідно ч. 1 ст. 48 Закону України «Про вищу освіту» від 7.01.2002 р. № 2984-ІІІ [198] замістити вакантну посаду науково-

педагогічного працівника має можливість тільки той кандидат на посаду, який має повну вищу освіту, пройшов спеціальну педагогічну підготовку, може мати науковий ступінь або вчене звання, є випускником магістратури, аспірантури та докторантури. Також у ч. 3 цієї статті передбачено, що у статуті вищого навчального закладу може бути встановлено додаткові вимоги до таких осіб.

Особа приймається на роботу за фактом конкурсного відбору тільки на вакантну посаду. Наприклад, відповідно до п.3 Наказу Міністерства освіти та науки України «Про затвердження Положення про обрання та прийняття на роботу науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів третього і четвертого рівня акредитації» від 24. 12. 2002 р. № 744 [199] (далі Положення №744) посада вважається вакантною після звільнення науково-педагогічного працівника, а також при введенні нової посади до штатного розпису вищого навчального закладу.

Такий конкурсний відбір потрібно відрізнити від чергового конкурсного обрання на посаду, яка по суті вакантною не є, але строк перебування на ній спливає. Як правильно зазначає О. В. Завгородній [200, С. 32-36] йдеться про своєрідний конкурс-атестацію. Для прикладу у Білорусії [201] після закінчення строку заміщення відповідної посади науково-педагогічного працівника, новий конкурс зазвичай не проводиться. На розсуд роботодавця даний працівник може бути призначений на посаду, що раніше займав, за результатами проведеної атестації. Остання проводиться роботодавцем не пізніше місяця після закінчення строку обрання на посаду.

Потрібно також додати, що на законодавчому рівні визначаються випадки, коли конкурс не проводиться щодо заміщення певних посад.

У законодавстві передбачено також обставини, за яких конкурсний відбір вважається таким, що не відбувся і оголошується повторно [199].

Проходження конкурсного відбору та обрання за його результатами особи, яка і приймається на відповідну посаду регулюється підзаконними нормативно-правовими актами [199, 202, 203], перелік яких у законодавстві є вичерпним. Щоправда на локальному рівні також розробляється відповідне положення, яке своїм змістом не може суперечити законодавчим актам. На приклад конкурсний

відбір визначений, як вже зазначалося, для усіх наукових працівників, а не тільки для науково-педагогічних. Водночас не має законодавчого регулювання його проведення, а зазначено у 6, 7, 10 Закону України «Про наукову та науково-технічну діяльність» [196], що обирає на посаду за конкурсом Вчена рада, а питання обрання на посаду керівника структурного підрозділу наукової установи вирішується відповідним статутом (положенням) цих установ. Керівник наукової установи, як правило, обирається таємним голосуванням на зборах колективу наукових працівників на визначений статутом (положенням) наукової установи термін і затверджується власником наукової установи або уповноваженим ним органом, якщо інше не передбачено статутом (положенням) наукової установи. Таким чином можна зробити висновок, що законодавець надає право на локальному рівні визначати порядок проведення конкурсного відбору.

Аналіз законодавчих актів, які регулюють порядок проведення конкурсного відбору дає підстави для висновку, що йдеться про певні його етапи, які відбуваються у строки в порядку та на умовах, визначених законодавством і оголошеним конкурсом. На цьому наголошує і Постанова КМУ «Про затвердження Порядку проведення конкурсу на заміщення вакантних посад державних службовців» від 15.02.2002 № 169 (далі - Постанова КМУ №169). [203] Хоч і послуговується законодавець терміном «конкурс», а не «конкурсний відбір», аналіз цього акту дозволяє зробити висновок про тотожність цих понять. Зокрема, тут у п. 9 такий конкурс проводиться поетапно: публікація оголошення державного органу про проведення конкурсу в пресі або поширення його через інші засоби масової інформації, у тому числі розміщення відповідної інформації на своєму офіційному веб-порталі; прийом документів від осіб, які бажають взяти участь у конкурсі, та їх попередній розгляд на відповідність встановленим кваліфікаційним вимогам до відповідного рівня посади; проведення іспиту та відбір кандидатів.

Оголошення конкурсу є однією з найбільш яскравих ознак, яка вирізняє його з поміж інших способів заміщення посади. Адже у ньому мають можливість взяти участь усі бажаючі, які відповідають вимогам до учасників конкурсу, що зазначені в його умовах. Тобто первинним критерієм відбору осіб, які можуть отримати право

брати участь у конкурсі є власне відповідність умовам конкурсу, вичерпний перелік яких визначений нормативно. Разом з тим, наприклад, згідно п. 14 Постанови КМУ «Про проведення конкурсного відбору керівників державних суб'єктів господарювання» від 13.09.2008 р. № 777 (далі - Постанова КМУ №777) [202] юридичного значення для допуску до участі у конкурсі мають тільки ті умови, які визначають перелік необхідних для подання документів, вимоги щодо їх оформлення та, як вже було зазначено, вимоги до претендента..

Оголошення конкурсу підтверджується офіційним документом. Наприклад, згідно п. 2 Положення №744 [199] це наказ керівника вищого навчального закладу, який повинен бути опублікований з термінами і умовами його проведення у засобах масової інформації. Прийнята дещо пізніше Постанова КМУ №777 у. п. 8, 9 [202] вказує на обов'язковість встановлення в умовах конкурсу строку прийняття заяв та проведення конкурсного відбору. Зокрема, саме оголошення оприлюднюється на офіційному сайті органу управління та у засобах масової інформації не пізніше ніж за 30 календарних днів до початку проведення конкурсного відбору. Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [187] у п. ст. 71 вже конкретизовано такі інформаційні джерела як газета «Голос України» та «Урядовий кур'єр».

Проведення конкурсного відбору передбачає обов'язкове залучення на усіх його етапах колегіального суб'єкта обрання. Зокрема, до початку здійснення конкурсного відбору особи на заміщення вакантної посади державного службовця та керівника державних суб'єктів господарювання створюється конкурсна комісія. (Постанова КМУ №777 [202] та Положення №744 [199]). Її значення на етапі допуску осіб до участі у конкурсному відборі полягає у перевірці документів щодо їх обсягу та змісту, відповідності кандидатів вимогам, що ставляться до зайняття відповідної посади. Повноваження щодо її утворення може належати як керівнику, який згодом буде від імені роботодавця укладати трудовий договір з державним службовцем так і органу управління, до сфери управління якого належить підприємство. Конкурсна комісія, у випадках передбачених законодавством, буде виконувати роль суб'єкта обрання, від якого згодом може залежати визначення переможця конкурсного відбору.

Разом з тим конкурсний відбір науково-педагогічних працівників третього та четвертого рівня акредитації щодо зайняття посади завідуючих кафедрами, професорів, доцентів, старших викладачів, викладачів, асистентів не передбачає утворення конкурсної комісії. Її функції тільки як суб'єкта обрання згідно п. 8 Положення №744 [199] виконує Вчена рада як постійно діючий орган, який шляхом таємного голосування обирає переможця конкурсу. Проте чи вправі уповноважений суб'єкт відмовляти у допуску до конкурсного відбору та виносити вмотивовану письмову відмову у законодавстві не визначено.

Про початок конкурсного відбору можна вести мову тільки з того моменту, коли хоча б одна особа подала заявку на участь у конкурсі. У такій правомірній та вольовій дії особи виражений її намір укласти трудовий договір у випадку обрання на посаду за фактом конкурсного відбору. Як вже було зазначено для того, щоб мати можливість брати участь у ньому потрібно бути допущеним до нього. Зокрема у п. 15, 19 Постанови КМУ №777 [202] передбачено, що з моменту допуску особа стає учасником конкурсного відбору.

Фактично від тоді і розпочинається відбір претендентів на посаду. Адже їх може бути багато. Конкурсне заміщення вакантної посади мало б передбачати виявлення переможця за найкращим виконанням умов конкурсного відбору. Якщо проігнорувати цю обставину, тоді укладення трудового договору відбувається не за фактом конкурсного відбору, а за фактом обрання на посаду. Адже переможцем стає той, хто не стільки найкраще виконав умови конкурсного відбору, скільки на думку членів колегіального органу (суб'єкта обрання) повинен стати переможцем. Таким чином йдеться про два чинники: об'єктивний, що полягає у найкращому виконання умов конкурсного відбору, і суб'єктивному. Останній виражений у тому, що суб'єкт обрання беручи до уваги найкраще виконання умов конкурсного відбору обирає шляхом голосування (у тому числі таємного) ту особу, яка на його думку повинна зайняти вакантну посаду.

Для прикладу, відповідно до п. 6,7 Положення №744 [199] обрання на посаду науково-педагогічних працівників, а саме завідуючих кафедрами, професорів, доцентів, старших викладачів, асистентів полягає у тому, що кандидатури

попередньо обговорюються на відповідній кафедрі в їх присутності. Для оцінки рівня професійної кваліфікації претендента кафедра може запропонувати йому прочитати пробні лекції, провести практичні заняття. Висновок кафедри про професійні та особисті якості претендентів передаються на розгляд Вченої ради вищого навчального закладу (факультету). Засідання кафедри, на якому обговорюються кандидатури претендентів на посаду завідуючого кафедрою, проводить проректор вищого навчального закладу або декан факультету. Претенденти мають бути ознайомлені з висновками кафедри до засідання Вченої ради. Негативний висновок кафедри не дає права відмовляти претенденту в розгляді його кандидатури Вченою радою вищого навчального закладу (факультету).

За висловом О. В. Кручиніна [126, С.142] такий конкурсний відбір можна назвати конкурс – змагання, але є ще «конкурс документів». Прикладом може бути обрання керівника державного суб'єкта господарювання у відповідності до п. 18, 19 Постанови КМУ №777 [202]. Для прийняття його на роботу вирішальне значення мають конкурсні пропозиції. Остання розробляється на підставі фактичних показників фінансово-господарської діяльності, повинна містити проект програми діяльності підприємства на середньострокову перспективу. Комісія заслуховує під час розгляду на закритому засіданні конкурсних пропозицій учасника конкурсного відбору та враховує його здатність висловлювати свої думки, уміння викладати інформацію в письмовій формі, комунікабельність, тактовність, готовність взяти на себе відповідальність, уміння аналізувати проблеми і налагоджувати ділові зв'язки, виявляти творчий підхід до роботи, емоційну врівноваженість. Переможцем вважається той, чиї конкурсні пропозиції конкурсна комісія визнала найкращими.

На відміну від конкурсного відбору науково-педагогічних працівників, тут у ч. 2 п. 19 [202] передбачені критерії найкращого виконання його умов. Це показники фінансово - господарської діяльності підприємства, зокрема обсяг чистого прибутку, спрямованість конкурсної пропозиції на ефективне використання його виробничого потенціалу. Щоправда у законодавстві не передбачено, в який спосіб комісія обирає переможця і приходиться до єдиного рішення. За відсутності законодавчої вимоги може відбуватися як таємне голосування так і відкрите. Також можна зробити

висновок, що рішення про обрання (призначення) приймається за фактом конкурсного відбору. Хоч і члени колегіального органу висловлюють власну думку з приводу конкурсної пропозиції учасника, водночас вони керуються критеріями, які визначені законодавчо. А отже найкраще виконання на їх переконання умов конкурсного відбору є запорукою перемоги його учасника. Тобто найважливішу роль при обранні відіграє не суб'єктивний, а об'єктивний чинник.

Найбільш складні умови конкурсного відбору відповідно до п. 19, 21-25 Постанови КМУ №169 [203] потрібно пройти кандидатам, які бажають замістити посаду державного службовця третьої - сьомої категорії. Обов'язково проводиться іспит для формування об'єктивної оцінки знань і здібностей кандидатів на посаду державних службовців. Важливо, що кандидати, які не склали іспит не можуть бути рекомендовані конкурсною комісією для призначення на посаду. Остання на підставі розгляду поданих документів, результатів іспиту та співбесіди з кандидатами, які успішно склали іспит, на своєму засіданні здійснює відбір для зайняття вакантних посад державних службовців.

Таким чином можна зробити висновок, що найкраще виконання умов конкурсного відбору у даному випадку полягає у позитивних результатах складеного іспиту. Однак вони не є визначальними, оскільки при прийнятті рішення про обрання конкурсна комісія враховує і результати розгляду поданих документів, а також висновки проведеної співбесіди. Але усі ці інші об'єктивні чинники беруться до уваги тільки після успішного складення іспиту. Законодавчі вимоги до його проведення згідно Наказу Головного управління державної служби України, Української академії державної управління при Президентові України «Про затвердження загального порядку проведення іспиту кандидатів на заміщення вакантних посад державних службовців» від 10.05.2002 р. № 30/84 [204] (далі – Наказ № 30/84) полягають у тому, що для оцінки знань кандидатів використовується п'ятибальна система. Члени конкурсної комісії приймають спільне рішення щодо оцінки відповіді на кожне питання екзаменаційного білета. Такі оцінки виставляються на аркуші з відповідями кандидата. Підбиття підсумку здійснюється шляхом додавання балів за кожне питання і занесення загальної суми балів в

екзаменаційну відомість. З результатами іспиту кандидат ознайомлюється під підпис. Потрібно також зазначити, що конкурс проводиться тією конкурсною комісією, яка і буде за його результатами приймати рішення про обрання кандидата на посаду.

В такий спосіб законодавець визначає критерії успішного складення іспиту. Вони спрямовані на виявлення не стільки єдиного найкращого кандидата, що склав іспит, а дозволяють тільки перетнути межу. Таким чином такий учасник конкурсного відбору отримує можливість бути обраним конкурсною комісією. Фактично іспит є лише однією з умов виконання конкурсного відбору. Зокрема. Згідно п 4.5. Наказу № 30/84 [204] кандидати, які набрали загальну суму балів, що не є нижчою 50 відсотків від максимальної суми балів, яка може бути виставлена при наданні відповідей, вважаються такими, що успішно склали іспит. Отже йдеться про певний прохідний бал, який дає шанс стати переможцем. Водночас така система не сприяє об'єктивному оцінюванню робіт, коли щодо кожної з неї відоме авторство. Більше того упереджене ставлення до кандидата може проявлятися і на стадії проведення з ним співбесіди. Зокрема, як приклад позитивного регулювання відносин щодо анонімного проведення конкурсного відбору можна навести норми такого змісту Республіки Молдови [205]: «Роботи виконуються тільки на комплектах паперу, спеціально-підготовлених органом публічної влади, який організовує конкурс. На початку письмового іспиту у правому кутку першого листка записується прізвище та ім'я кандидата. Потім запис заклеюється таким чином, щоб записані дані не могли бути ідентифіковані, роботи кодуються і завіряються печаткою органу публічної влади, що організовує конкурс. Письмові роботи перевіряються в закодованому виді і декодуються тільки після оцінки». Шкала оцінювання також відрізняється від тієї, яка закладена у чинному українському законодавстві. Зокрема, «письмовий іспит оцінюється в балах від 1-10 окремо кожним членом комісії, а виставлена оцінка заноситься у протокол. Середнє арифметичне значення оцінок вважається результатом. Кандидати, що отримали за письмовий іспит оцінку менше 6 вибувають з конкурсу. Співбесіда проводиться не пізніше трьох днів після проведення іспиту і оцінюється за такими ж правилами.

Середнє арифметичне значення підсумкових оцінок за іспит і співбесіду є результатом конкурсного відбору. Переможцем вважається той, який набрав найвищий результат. Цікаво, що якщо таких буде декілька осіб, то тоді конкурсна комісія визначає переможця за ступенем відповідності кандидата умовам участі у конкурсі на основі поданих документів. Результати конкурсу заносяться в протокол. Особа (орган), що правомочний призначати на посаду шляхом видання адміністративного акту призначає переможця на посаду, для заміщення якої і відбувся конкурс».

Як бачимо у зазначеному прикладі використано зовсім інший підхід до регулювання відносин, пов'язаних з проходженням конкурсного відбору. Тут дійсно можна побачити залежність конкурсного відбору від обрання на посаду, яке фактично полягає у тому, щоб належним чином документально оформити результати конкурсного відбору, які і дають можливість реалізувати своє право на укладення трудового договору. В українському законодавстві процедура обрання державного службовця на посаду здійснюється під впливом суб'єктивного чинника – голосування кожного члена комісії, а не об'єктивного – найкращого виконання умов конкурсного відбору. Останні не є визначеними настільки, щоб за результатами конкурсного відбору (складеного іспиту та співбесіди) можна було б встановити переможця конкурсу. Вважаємо, що цей найновіший за станом прийняття на теренах колишнього Радянського Союзу порядок конкурсного відбору державних службовців буде сприяти внесенню змін і в українське законодавство. Потрібно також додати, що у Законі Республіки Молдови «Про державну службу і статус державного службовця» від 4. 06. 2008 г. № 158 –X VI [206] чітко зазначено, що з державними службовцями укладається трудовий договір.

Натомість за законодавством України рішення конкурсної комісії не є кінцевим. Відповідно до п. 29 Постанови КМУ №169 [203] у ньому тільки зазначаються пропозиції щодо призначення конкретного кандидата на вакантну посаду та визначаються кандидатури для зарахування до кадрового резерву. У п. 29 цього акту зазначено, що рішення про призначення на посаду державного службовця та зарахування до кадрового резерву приймає керівник державного

органу на підставі пропозиції конкурсної комісії протягом місяця з дня прийняття рішення конкурсною комісією. Варто зауважити, що у законодавстві не зазначено форму прийняття такого рішення. Вочевидь, якщо йдеться про акт (рішення) про призначення на посаду відповідного державного службовця, то порядок його видання визначається відповідними законами.

З огляду на таке формулювання норми щодо призначення на посаду державного службовця за конкурсом багато вчених, зокрема Адрушко А. В. [179, С. 74], Ротань В. Г., Зуб І. В., Сонін О. Є. [104, С.91] схиляються до думки, що рішення конкурсної комісії має для роботодавця тільки рекомендаційне значення.

Щоправда таке твердження не відповідає змісту ст. 15 Закону України «Про державну службу» [163.], де передбачено, що заміщення відповідних посад відбувається на конкурсній основі. Тобто тільки результати конкурсу повинні визначати призначену особу.

Беручи до уваги це законодавче положення та норми розглянутого вище підзаконного акту можна побачити, що існують законодавчі протиріччя у регулюванні цього питання.

Відтак, на нашу думку норма закону має вищу юридичну силу ніж підзаконний акт, який має відповідати закону. Тому рішення конкурсної комісії має обов'язкове значення для роботодавця у тому розумінні, що воно у місячний строк підлягає обов'язковому розгляду суб'єктом призначення з тим, щоб визначити переможця конкурсного відбору.

Ми вважаємо, що потрібно внести зміни та доповнення у Постанову КМУ №169 [203], суть яких полягає у тому, що рішення конкурсної комісії є обов'язковим для роботодавця, у якому має бути зазначений єдиний переможець конкурсного відбору, який і призначається на посаду.

Також потрібно врахувати ту обставину, що у державному органі з нечисленним апаратом (до п'яти осіб) відповідно до п. 4 Постанови КМУ №169 [203] конкурс може проводитися його керівником або конкурсною комісією органу вищого рівня. Тоді рішення керівника і є рішенням про обрання (призначення) за фактом конкурсного відбору.

При прийнятті Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [187] законодавець теж в основу конкурсного відбору, який здійснює Вища кваліфікаційна комісія суддів України, на зайняття вакантної посади судді судів загальної юрисдикції поклав результати кваліфікаційного іспиту і кількості набраних кандидатами балів. Тут у ст. 71 передбачено, що кількість набраних балів є першочерговим критерієм при проведенні Вищою кваліфікаційною комісією суддів України конкурсного добору кандидатів на зайняття вакантних посад судді. У разі набрання кандидатами однакової кількості балів перевага надається тому кандидату, який має більший стаж роботи у галузі права. За результатами конкурсного добору Вища кваліфікаційна комісія суддів України надсилає до Вищої ради юстиції відповідно до кількості вакантних посад судді рекомендації про призначення кандидатів судьями. Тоді Вища рада юстиції в разі прийняття позитивного рішення вносить подання Президентові України про призначення кандидата на посаду судді. Останній видає указ про призначення судді протягом тридцяти днів з дня отримання такого подання.

Отже можна зробити висновок, що вирішальне значення при вирішенні питання про призначення судді вперше вирішує Вища рада юстиції лише за рекомендацією Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Вони по суті у відповідності до закону розподіляють між собою повноваження суб'єкта обрання (конкурсної комісії). Зауважимо, що на відміну від конкурсного відбору державних службовців, тут співбесіда з кандидатом не проводиться. Відповідно до ст. 29 Закону України «Про Вищу раду юстиції» від 15.01.1998 р. № 22/98-ВР [207] до подання про призначення судді Президенту України додаються ряд документів, у тому числі примірник реферату з питань правознавства, який підготовлений кандидатом та рецензія на нього.

Тут також вирішальна роль щодо вирішення питання зайняття відповідної посади належить позитивному прийнятому рішенням суб'єкта обрання, проте тільки на підставі подання. Відповідно для Президента України таке подання свого роду носить теж рекомендаційний характер, оскільки заздалегідь невідомо чи буде призначена особа.

Натомість рішення конкурсної комісії щодо керівника державного суб'єкта господарювання згідно п. 20, ч. 2 п. 19 Постанови КМУ №777 [202] є підставою для укладення контракту між органом управління (господарською структурою) та переможцем конкурсного відбору. Отже згідно тексту таке рішення є обов'язковим для роботодавця, який не вправі відмовити у прийнятті на роботу. Щоправда цьому повинно передувати обов'язкове погодження обраних осіб з головою місцевої держадміністрації відповідно до ст. 39 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» [162]. Тому тільки з виданням відповідного його указу фактично можна пов'язувати набрання законної сили відповідного рішення конкурсної комісії.

Рішення Вченої ради вищого навчального закладу (факультету) також є обов'язковим для роботодавця при прийнятті на роботу науково-педагогічного працівника. Воно є підставою для укладення трудового договору з обраною особою і видання наказу ректора про прийняття її на роботу(п. 20 Положення №744). [199]

Досі були розглянуті ті випадки, коли у рішенні конкурсної комісії чітко був зазначений лише один кандидат на зайняття вакантної посади. Водночас можна розглядати і таке, у якому зміст може містити декілька кандидатур. Одну з яких керівник, що приймає на роботу, зобов'язаний призначити на власний вибір. На нашу думку, такий підхід законодавця не є правильним. Адже у випадку, коли один з претендентів на зайняття посаду перебуває у індивідуально-трудовах правовідносинах з відповідним роботодавцем, то йому очевидно буде надана перевага перед іншими рекомендованими кандидатурами.

Для прикладу, відповідно до ст. 39 Закону України «Про вищу освіту» [198] власник (власники) або уповноважений ним (ними) орган зобов'язаний (зобов'язана) призначити одну з рекомендованих кандидатур на посаду керівника вищого навчального закладу строком до п'яти років (для національного вищого навчального закладу – строком до семи років) на умовах контракту. У рішенні також може бути визначена і одна кандидатура, яка набрала більше 30 відсотків голосів виборців. Однак суб'єкт, який приймає на роботу може і не призначити цю рекомендовану кандидатуру і подає вмотивоване заперечення вищому колегіальному органу

громадського самоврядування. Останній розглядає його і виносить своє рішення. У іншому випадку відбувається повторне висунення кандидатур. Суб'єкт, що приймає на роботу, зобов'язаний призначити кандидата, рішення щодо якого підтвержене двома третинами голосів від статутного складу вищого колегіального органу громадського самоврядування.

За таких обставин, як бачимо, результати конкурсного відбору, які оформлені у рішенні конкурсної комісії є обов'язковими для роботодавця, але він може відхилити подані кандидатури. Разом з тим у цьому законі прописаний механізм, який забезпечує право переможця конкурсного відбору на зайняття посади.

Проаналізований зміст вищевикладеного законодавства України дає підстав для висновку, що роботодавець в усіх випадках зобов'язаний розглянути прийняте конкурсною комісією рішення. Щоправда в залежності від посади, яка заміщується воно має рекомендаційне значення або ж обов'язкове.

Потрібно також додати, що рішення конкурсна комісія завжди приймає колегіально. У законодавстві передбачені вимоги, яким повинна вона відповідати, щоб вирішувати питання обрання кандидата. Зокрема, при обранні керівника державного суб'єкта господарювання відповідно п. 5 Постанови КМУ №777 [202] засідання комісії є правомочним у разі участі в ньому не менш як двох третин її складу. Рішення приймається більшістю голосів присутніх на засіданні її членів і оформляється протоколом. У разі рівного розподілу голосів вирішальним є голос голови комісії. Також може проводитися і таємне голосування з використанням бюлетенів. Прикладом може бути обрання науково-педагогічних працівників Вченою радою факультету (вищого навчального закладу) згідно п. 8 Положення №744. [199].

Отже можна зробити висновок, що законами України передбачено посади, які можна замінити не інакше як шляхом конкурсного відбору. Результати конкурсного відбору, які визначають його переможця, оформлені у рішенні суб'єкта, який не є стороною трудового договору.

Тому, на нашу думку в усіх випадках рішення конкурсної комісії повинно носити обов'язковий характер та бути підставою для укладення трудового договору

з переможцем за результатами конкурсного відбору. Вважаємо за належне виключити положення з законодавства України про можливість проведення конкурсу самим керівником. За таких умов об'єктивний результат конкурсного відбору тоді можна поставити під сумнів.

Адже результат конкурсного відбору не можна сприймати буквально як певну одноденну подію, наприклад так як проводяться вибори. У конкурсі не має бути довіри до претендента, сформованої стараннями, зусиллями, роботою на успіх колективу. Довіра ґрунтується на якнайкращому виконанні умов конкурсу, тобто тих показників, за допомогою яких перевіряються особисті та ділові якості майбутнього працівника. По суті перемога б мала залежати більше від претендента на посаду, а ніж від суб'єкта обрання.

Конкурсний відбір пов'язує між собою певні послідовні етапи, які повинні відбуватися тільки один за одним. Разом з тим законодавець зазначає, що трудовий договір укладається не з тим, хто скажімо найкраще склав іспит, а той хто шляхом голосування був обраний на посаду уповноваженим суб'єктом. Проте, видається правильним буде вважати, що суб'єктивна оцінка кожного члена цього колегіального органу має ґрунтуватися на результатах проведенного відбору з поміж усіх. Отже приймається рішення, у якому відображається обрання на посаду за фактом конкурсного відбору. Тобто визначається шляхом голосування єдиний претендент, як правило, на посаду, який на думку більшості членів колегіального органу має право замістити вакантну посаду.

Таким чином переможцем конкурсного відбору повинен бути той, хто найкраще виконав його умови з врахуванням результатів проведеної співбесіди на основі законодавчо встановлених критеріїв відбору. Тому, беручи до уваги аналіз законодавства України, обрання за конкурсним відбором може здійснюватися у наступних формах: колегіальним суб'єктом обрання, який висловлює власну думку щодо кандидатів керуючись критеріями найкращого виконання умов конкурсного відбору, які визначені законодавчо ; колегіальним суб'єктом обрання обираються кандидати тільки з поміж тих, які найкраще склали іспит з можливим врахуванням результатів співбесіди; колегіальним суб'єктом обрання можуть обиратися на

посаду декілька осіб, а конкретний переможець визначається суб'єктом, якому належить право приймати на роботу. Найкраще виконання умов конкурсного відбору не повинно бути оціночним поняттям. Тому в умовах конкурсу мають бути визначені чіткі критерії оцінки.

Як вже було зазначено, рішення конкурсної комісії незалежно від його характеру обов'язково підлягає розгляду роботодавцем при прийнятті рішення про призначення на посаду відповідної особи. Роботодавцем є керівник відповідного органу чи іншим суб'єктом, який в залежності від тексту закону зобов'язаний (вправі) на підставі належним чином оформлених результатів конкурсного відбору приймати рішення про призначення на посаду.

Вочевидь укладення трудового договору мало б залежати від волевиявлення роботодавця, оформленого у відповідності до вимог трудового права щодо працевлаштування. Зокрема, згідно ст. 24, 26 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» [187] підставою для видання головою відповідного суду наказу про прийняття на роботу судді суду загальної юрисдикції є відповідний указ Президента України про призначення особи. Отже з виданням цього документу можна пов'язувати укладення трудового договору з новопризначеною особою як за правилами видання рішення (акту) про призначення.

Натомість рішення Вченої ради вищого навчального закладу (факультету) згідно п.9 Положення №744 [199], як вже зазначалося, є підставою для видання наказу ректора про прийняття на роботу, якому передуює укладення трудового договору. Нагадаємо, що згідно п. 20 Постанови КМУ №777 [202] рішення конкурсної комісії щодо обрання керівника державного суб'єкта господарювання є підставою для укладення контракту між органом управління (господарською структурою) та переможцем конкурсного відбору.

Як бачимо, наказ про зарахування працівника на роботу лише виконує роль письмового оформлення укладеного трудового договору, але не є датою виникнення прав та обов'язків його сторін.

Натомість заміщення посади державним службовцем на конкурсній основі має свої особливості. Зокрема, у п. 2 Постанови КМУ «Про застосування статті 13

Закону України «Про державну службу» від 11.08.1995 р. № 641 [209] передбачено, що особи, які претендують на зайняття посади державного службовця подають декларації за місцем майбутньої роботи разом із заявою про прийняття на роботу або про участь у конкурсі. Водночас, як вже було раніше у роботі з'ясовано, призначення на посаду відображене у документах, які складають особову справу кожного державного службовця. Тут у п. 10, 11 передбачено, що у ній має бути крім заяви про призначення на посаду також заява про участь у конкурсі, протокол (витяг з протоколу) конкурсної комісії (для осіб, які призначаються на конкурсній основі). Вочевидь, заява про участь у конкурсі передує заяві про призначення на посаду. Це різні за своїм змістом документи, але обидва повинні бути в особовій справі.

Адже заздалегідь не є відомим, чи реалізує переможець конкурсного відбору своє право на укладення трудового договору. Тому заява працівника, яка подається на участь у конкурсі автоматично не стає заявою про прийняття на роботу.

Наприклад, у згаданому раніше Наказі №5 [161], передбачено, що підставою для підготовки наказу (розпорядження) про прийняття на роботу є заява працівника та протокол засідання конкурсної комісії, який у часі передує цій заяві. Як бачимо фактично рішення конкурсної комісії має обов'язковий характер для роботодавця, незважаючи на невдалий виклад законодавчого тексту.

Отже подання заяви про прийняття на роботу чи заяви про призначення на посаду переможця конкурсного відбору на ім'я керівника означає, що особа виявила бажання працювати у відповідного роботодавця, яка у той ж день підлягає резолюції. Завізована заява особи є вказівкою для розроблення відповідного рішення про прийняття на роботу. У ній завжди зазначається, з якої дати особа бажає приступити до фактичного виконання своїх трудових обов'язків за укладеним трудовим договором.

Письмовим оформленням укладеного трудового договору за фактом конкурсного відбору є також контракт. Разом з тим, якщо норми права ставлять в залежність видання наказу про прийняття на роботу власне з наявністю контракту, то очевидно йдеться про законодавчу вимогу, яка свідчить про укладення трудового договору.

Контрактна форма трудового договору застосовується тільки у випадках, передбачених законами. [210]. Зокрема за фактом конкурсного відбору контракт укладається з керівником державного суб'єкта господарювання, завідувачем кафедрою, керівником вищого навчального закладу. Згідно Закону України «Про освіту» від 23.05.1991 р. № 1060-XII [211] - з керівниками навчальних закладів, що є загальнодержавною власністю і підпорядковані Міністерству освіти України, з керівниками навчальних закладів, що є загальнодержавною власністю і підпорядковані іншим міністерствам і відомствам України. .

Відповідно до п. 3, 7-8 Постанови КМУ «Положення про порядок укладення контракту з керівником підприємства, що є в державній власності, при найманні на роботу» від 19.03.1993 р. № 203 [212] контракт набуває чинності з моменту його підписання сторонами, якщо інше не передбачено умовами контракту, і може бути змінений тільки за угодою сторін у письмовій формі. Він є підставою для видання наказу (розпорядження) про призначення керівника на посаду (наймання на роботу) з дня, встановленого за угодою сторін у контракті.

На відміну від чинного законодавства проект ТКУ встановив чіткі правила прийняття на роботу і у випадку укладення трудового договору за конкурсним відбором. Зокрема тут у ст. 63 [102] передбачено, що з переможцем конкурсу укладається трудовий договір у строк, визначений умовами проведення конкурсу. Якщо цей строк не встановлено, трудовий договір укладається наступного дня після оголошення результатів конкурсу. Відмова переможця конкурсу без поважних причин укласти трудовий договір протягом тижня після закінчення встановленого строку дає роботодавцеві право відмовити йому у прийнятті на роботу.

З огляду на вищевикладене пропонуємо внести наступні зміни у проект ТКУ і викласти цю статтю наступним чином:

«У випадках, передбачених законами України підставою для укладення трудового договору є рішення конкурсної комісії, зі зазначенням переможця за результатами конкурсного відбору. Останній протягом тижня з дня оголошення йому результатів вправі подати заяву про прийняття на роботу. Відмова переможця конкурсу без поважних причин укласти трудовий договір протягом тижня після

закінчення встановленого строку дає право укласти трудовий договір наступному кандидату, який набрав найбільшу кількість балів за результатами конкурсу».

Отже, як видається, правове регулювання укладення трудового договору потребує змін з тим, щоб в усіх випадках рішення конкурсної комісії було обов'язковим для роботодавця при укладенні трудового договору. Конкурсний відбір у чинному законодавстві хоч і не ігнорує, але не визнає найкраще виконання його умов запорукою зайняття відповідної посади. Фактично це і не можливим буде до тих пір, до поки на законодавчому рівні не будуть визначені основні критерії найкращого виконання умов конкурсного відбору.

3.4 Укладення трудового договору на підставі рішення суду

На сьогодні проблема здійснення права на працю на підставі рішення суду не набула комплексного дослідження у науці трудового права України, практично відсутні напрацювання присвячені цьому питанню [213, 214, 215]. Проект ТКУ на відміну від чинного законодавства чітко вказує, що трудовий договір може бути укладеним і на підставі рішення суду. Проте норми, які б гарантували працевлаштування в такий спосіб відсутні, що спричинює суттєві перешкоди в укладенні трудового договору.

Втілення в життя права на працю за трудовим договором передбачає досягнення угоди між майбутнім працівником та роботодавцем. Відносини найманої праці виникають на договірній добровільній основі. Тому роботодавець може і не укласти трудовий договір з працівником та відмовити у прийнятті на роботу. Відповідно до ст. 184 КЗпП вагітній жінці, тій, що має дітей віком до трьох років, одинокій матері – за наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитину інваліда роботодавець зобов'язаний повідомити про причини відмови у письмовій формі. Також відповідно до ст. 66 Кодексу торговельного мореплавства від 23.05.1995 р. № 176/95-В [216] на капітана покладається обов'язок оформити

відмову у прийнятті на роботу письмово з відповідним обґрунтуванням та передати таку відмову судовласникові й особі, якій капітан відмовив у прийнятті на роботу.

Як видається можна було б визначити письмову форму такої відмови для усіх працівників. Як вже було раніше зазначено, резолюція на заяві працівника виражає волевиявлення роботодавця на укладення трудового договору, яка повинна бути доведена до відома особи ще до того, як буде виданий наказ про зарахування працівника на роботу. За аналогією може відбуватися і відмова у прийнятті на роботу з обов'язковим зазначенням причин відмови. На нашу думку, це дозволить юридично правильно оформити таке волевиявлення роботодавця, яке буде слугувати доказом у суді. Натомість працівник отримає зрозумілу для нього відповідь роботодавця і можливо не буде оскаржувати відмову у прийнятті на роботу в судовому порядку.

Відмова має бути вмотивована. Передусім йдеться про відсутність вільних робочих місць з огляду на трудову функцію особи. З судових рішень вбачається, що це може бути наступні письмові докази: довідка про наявні вакансії; штатний розпис; відповідні накази та заяви про прийняття на роботу; витяг з колективного договору; посадові інструкції; диплом, трудова книжка тощо. (судова справа № 2-2029/2009 від 09.10. 2009 р). [217]

Отже, якщо особа вважає, що її право на працю порушене і їй необґрунтовано відмовлено у прийнятті на роботу вона вправі звернутися до суду. Адже відповідно до ст. 55 Конституції України права та свободи людини та громадянина захищаються судом.

Правовий захист права на працю у трудовому праві тісно пов'язаний з поняттям «необґрунтована відмова у прийнятті на роботу». Зокрема, відповідно до ст. 5-1 КЗпП держава гарантує працездатним громадянам, які постійно проживають на території України правовий захист від необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу. Тобто порушення права на працю має бути зумовлене не інакше як цією обставиною. Разом з тим ч. 2 ст. 232 містить фактично невичерпний перелік категорій працівників, з якими роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір відповідно до чинного законодавства. У Постанові Пленуму ВСУ "Про практику

розгляду судами трудових спорів" від 06.11.1992 р. № 9 [218] зазначено, що до таких категорій осіб належить і особи, які вважають, що їм відмовлено в укладенні трудового договору всупереч гарантіям, передбаченим ст. 22 КЗпП.

Потрібно також зазначити, що ч. 2 ст. 232 цього акту сформована без використання поняття «необґрунтована відмова у прийнятті на роботу». Тобто законодавець передусім визначає обсяги її доказування в порядку цивільного судочинства. Відповідно особам, яким роботодавець зобов'язаний надати роботу потрібно довести факт відмови, керуючись спеціальними гарантіями при укладенні трудового договору. Останні передбачені для окремих категорій осіб законодавством України, у тому числі ст. 118, ст. 184 та ін. КЗпП. Щодо усіх інших осіб, то доведення має ґрунтуватися на ст. 22 цього акту.

Зокрема, тут передбачено, що забороняється необґрунтована відмова у прийнятті на роботу. Відповідно до Конституції України йдеться про будь-яке пряме або непряме обмеження прав чи встановлення прямих або непрямих переваг при укладенні трудового договору залежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду і характеру занять, місця проживання. Разом з тим у цій ж статті законодавець по суті зобов'язує особу довести, що його рівень освіти, стан здоров'я відповідає вимогам, які встановлені законодавством. У такий спосіб сформована ще одна поважна причина відмови у задоволенні позову з приводу необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу.

Прикладом може бути зміст судової справи № 2-390 2010р від 18. 02. 2010 р. [219], де позивач ставить питання про укладення з ним трудового договору на посаду головного спеціаліста, в той час як займав до свого звільнення посаду начальника відділу Департаменту, що є відмінною штатною одиницею, якої в новоутвореному Департаменті введено не було. З огляду на ці обставини у задоволенні позову було відмовлено, оскільки норми трудового законодавства порушені не були. Адже рівень освіти позивача підтверджувався відповідним дипломом та свідоцтвом про проходження навчання по спеціальності. Разом з тим

основним документом, який визначає кваліфікаційні вимоги до головного спеціаліста містила посадова інструкція роботодавця. Власне їй не відповідав позивач.

Потрібно також зазначити, що в Україні кваліфікаційні вимоги передусім визначаються кваліфікаційними характеристиками посад чи виконуваних робіт. Тому посадові інструкції, які приймаються на локальному рівні повинні їм відповідати.

У ст. 3 проекту ТКУ [102] гарантія при укладенні трудового договору перетворюється на одну з основних засад правового регулювання трудових відносин. Вона полягає у недопущенні дискримінації у сфері праці та забезпечення особам, які її зазнали, права на звернення до суду про визнання такого факту та його усунення, а також відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок дискримінації. Введене цим актом поняття «дискримінація у сфері праці» пояснює обставини, за наявності яких роботодавець не може відмовити в укладенні трудового договору. Під ними потрібно розуміти будь-які ознаки, які не пов'язані з характером роботи або умовами його виконання. У тому числі порівняно зі ст.22 КЗпП перелік їх доповнений. Для прикладу це підозра чи наявність захворювання на ВІЛ/ СНІД, іноземне походження тощо. Також вперше є спроба роз'яснити обставини, за якими проявляється дискримінація за ознакою статі. Разом з тим відповідно до проекту ТКУ передбачені обставини, які не вважаються дискримінацією. Зокрема це обмеження прав і можливостей або надання переваг працівникам залежно від певних видів робіт, які стосуються віку, рівня освіти, стану здоров'я, статі, інших відповідних обставин, а також необхідності посиленого соціального та правового захисту деяких категорій осіб. Особи, які вважають, що вони зазнали дискримінації у сфері праці, мають право звернутися до суду із заявою про відновлення порушених прав, відшкодування матеріальної та моральної шкоди.

Потрібно також зазначити, що відповідно до ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 р. № 1618-IV [220] реалізація права на судовий захист відбувається в порядку цивільного судочинства, яке здійснюється на засадах змагальності. Тому особа не оскаржує рішення роботодавця, а вимагає захисту її

порушеного права на працю, просить суд його поновити шляхом зобов'язання роботодавця укласти з нею трудовий договір. Разом з тим у суді сторони мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення перед судом їх переконливості. Кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень. У ст. 57 цього акту зазначено, що завдання суду встановити наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи. Основною ознакою доказів є їх належність, які містять інформацію щодо предмета доказування.

Разом з тим судовий захист порушеного права на працю передбачає і застосування норм, які регулюють порядок розгляду індивідуально-трудова спорів. Зокрема, особа може звернутися до районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду в тримісячний строк з дня, коли він дізнався або повинен був дізнатися про порушення свого права. Застосовуються за аналогією також норми ст. 235 КЗпП, відповідно до якої при винесенні судом рішення одночасно вирішується питання про виплату середнього заробітку за час вимушеного прогулу. Проте виплати не проводяться у тому випадку, коли особа влаштовується на роботу за сумісництвом. По суті суди виходять з того, що у неї є інші джерела матеріального забезпечення (Судова справа № 22 Ц - 433/ 2010р. від 17.02.2010 р). [221]

Отже можна зробити висновок, що правила цивільного судочинства дозволяють тільки суду визнавати відмову у прийнятті на роботу необґрунтованою. Підставою для розгляду судової справи має бути заява особи, на думку якої порушено її право на працю. Натомість суд при вирішенні питання про задоволення позову особи виходить з того, чи були порушені норми трудового законодавства. Йдеться про гарантії при укладенні трудового договору, в силу яких особа мала можливість реалізувати своє право на працю. Якщо дослідженими доказами порушення трудового законодавства не підтверджується, то вважається, що особі обґрунтовано відмовлено у прийнятті на роботу. Задоволення позову особи, яка вважає, що її право на працю є порушеним, здійснюється з вирішенням питання

укладення трудового договору. Фактично суд визначає засіб примусового виконання юридичного обов'язку роботодавцем.

Право суду своїм рішенням зобов'язувати роботодавця укласти трудовий договір з відповідною особою зумовлене юрисдикційною формою судового захисту. Як правильно зауважує В. Я. Бурак [222, С. 179] її суть полягає у тому, що особа, яка оспорує право чи законний інтерес звертається до державних або інших компетентних органів, на які законом покладено обов'язок прийняти необхідні заходи для відновлення порушеного права і припинення правопорушення.

Отже судовий захист здійснюється в межах юрисдикційної форми захисту трудових прав. Вона передбачає застосування відповідних способів, в межах яких відбувається поновлення порушеного права. Зокрема, М. В. Лушникова та А. М. Лушников [223, С. 749] вважають, що можна виділяти такі засоби як поновлювальні, тобто ті, які спрямовані на поновлення положення, яке існувало до порушення. На думку авторів, їх можна поділити на ті, які поновлюють порушені права (наприклад, поновлення на роботі) і ті, які присуджують до виконання обов'язку». Як видається такий поділ, не є безспірним. За логікою законодавця суд спочатку встановлює факт порушення права, а потім в межах позовних вимог у винесеному рішенні визначає, якими конкретними матеріально-правовими засобами можна відновити порушене право особи. Як правильно вважає З. В. Ромовська [74, С. 505], що особа, право чи інтерес якої постраждали, сама вибирає матеріально-правові механізми їх захисту. Вони відображені у змісті позовної заяви, в межах якої і визначаються матеріально-правові засоби захисту порушеного права.

Як свідчить судова практика суд не завжди визначає обов'язок укладення трудового договору тоді, коли особа, право якої порушене цього не вимагає. Адже він може вийти за межі позовних вимог тільки у випадках, передбачених законодавством. Погоджуємося з В. Я. Бураком [222, С. 181], що матеріально-правові засоби, якими безпосередньо забезпечуються захист права, можна застосувати лише за допомогою процесуальної форми. Відтак це дає підстави автору стверджувати про наявність процесуальних способів захисту трудових прав, основними з яких є винесення рішення органом, який здійснює захист права.

Таким чином можна зробити висновок, що у судовому рішенні має бути встановлено факт порушення норм трудового законодавства, що і призвело до порушення права на працю. Зокрема, якщо особа вважає, що роботодавець відмовив у прийнятті на роботу за ознакою статі, то власне ця ознака буде формувати предмет доказування по відповідному спору. За відсутності у трудовому законодавстві Російської Федерації поняття права на працю Е. А. Ершова [223, С. 163] вважає, що йдеться про порушення права на укладення трудового договору з конкретним роботодавцем. Разом з тим право на працю не означає виникнення відносин найманої праці з конкретним роботодавцем. Потрібно брати до уваги і право роботодавця на власний розсуд і очевидно під свою відповідальність здійснювати підбір працівників. Але при цьому він не повинен порушувати норми трудового законодавства. Проблема полягає у тому, що будь-який працівник, який переконаний в необґрунтованій відмові у прийнятті на роботу має можливість звернутися до суду. Тому завдання роботодавця сформулювати, бажано у письмовій формі відмову таким чином, щоб переконливо довести обґрунтованість відмови у суді.

Проте встановлення у судовому порядку факту порушення трудового законодавства ще не означає поновлення порушеного права. У судовому рішенні має бути визначено, яким чином потрібно це зробити. Матеріально-правовий механізм, який передбачений нормами трудового законодавства, визначає засіб – це присудити роботодавцю обов'язок укласти трудовий договір з відповідною особою. Тобто матеріально-правовий спосіб захисту права об'єктивується у рішенні суду, який і є тим заходом, яким поновлюється порушене право. З. В. Ромовська [74, С. 505, 493, 495] зазначає, що спосіб захисту – це концентрований вираз змісту (суті) міри державного примусу, за допомогою якого відбувається досягнення бажаного для особи, право чи інтерес якої порушені, правового результату. На переконання автора, судовий захист як самостійне право особи складається з таких можливостей: право на звернення за захистом до суду, право вибору міри державного примусу, яку позивач просить суд застосувати до відповідача, право вимагати примусового виконання рішення суду.

Таким чином можна зробити висновок, що позивач – особа, яка вважає, що її право на працю порушене, вправі у позовних вимогах визначити міру державного примусу, яку суд повинен застосувати до відповідача у судовому рішенні. Більше того, вона, у випадку прийняття позитивного для позивача рішення фактично відповідає позовним вимогам останнього.

Щоправда тут виникає наступна проблема. Суд присуджує до виконання обов'язку, конкретним якого можна назвати тільки умовно. Адже відповідно до КЗпП трудовий договір вважається укладеним з моменту фактичного допуску працівника до роботи, незалежно від того, чи був виданий наказ про зарахування працівника до роботи. З огляду на цю обставину та аналізу судової практики вочевидь потрібно виходити зі змісту позовних вимог.

Зокрема, можна зупинитися на двох обставинах: коли особі, яка подала заяву про прийняття на роботу відмовляють у цьому; і коли вона була допущена до виконання роботи, але роботодавець не видав наказ про зарахування працівника на роботу, заперечує факт виникнення індивідуально-трудова правовідносин і відповідно не оплачує працю такої особи.

Прикладом першого випадку може бути, коли особі відмовлено в укладенні трудового договору і не допущено до виконання трудових обов'язків. Зокрема, як вбачається із матеріалів судової справи № 22- 1540 \2008р від 21. 03.2008 р. [224] заява особи 6.06.2007 р. була підписана директором підприємства. Після чого вона у відділі кадрів отримала прийомну записку і станом на 10.07.2007 р. пройшла всі служби, навчання в учбовому пункті з питань перевірки знань по охороні праці, однак наказ про прийом на роботу підприємство не видало і до роботи її не допустило. Суд присудив укласти трудовий договір з 11.07. 2007 р.

Отже фактичний допуск до роботи у даному випадку не відбувся і особа вимагає допустити її до роботи. Як бачимо з матеріалів справи прийомна записка свідчить про те, що роботодавець погоджується укласти з нею усний трудовий договір за умови, коли особа пройде «всі служби, навчання в учбовому пункті з питань перевірки знань по охороні праці». Власне виконання цих дій виражає волевиявлення особи. Суд зобов'язав укласти трудовий договір з особою з 11 липня.

Водночас таке формулювання можна розуміти як «виникнення індивідуально-трудова правовідносин з 11 липня шляхом фактичного допуску працівника до роботи, або ж видання на підставі рішення суду наказу про прийняття на роботу.

Більш визначеним, на нашу думку є укладення трудового договору з моменту отримання відмови роботодавця у прийнятті на роботу, тобто завізованої заяви. Зокрема, як вбачається зі змісту судової справи № № 2-2905/2007, 2-1348/2007, 2-68/2008 від 12.02.2008 р. [225] особа подала заяву з проханням прийняти на роботу 28.04.2007 р., на якій останнім 03.05.2007 р. був зроблений напис «Заперечую» і результати розгляду вказаної заяви до відома позивача доведені не були, що фактично на думку суду є порушенням вимог ст. 22 КЗпП України, згідно якої забороняється необгрунтована відмова від прийняття на роботу. Суд зобов'язав роботодавця укласти трудовий договір та видати наказ про прийняття на роботу з 03.05. 2007 р. Тобто тоді, коли особа повинна була б отримати таку обгрунтовану відмову роботодавця.

Щодо другої обставини, то може скластися ситуація, коли працівника допущено до виконання трудових обов'язків, але не видано наказ про зарахування працівника на роботу. Тобто не відбулося юридичного оформлення укладеного трудового договору. Наприклад, суд може присудити обов'язок роботодавця видати наказ про зарахування працівника на роботу та внести відповідні відмітки у трудову книжку. (судова справа №2-2774/08 від 17.12.2008 р. [226]). Щоправда строк здійснення цього обов'язку не зазначається.

У судовій практиці зустрічаються і такі формулювання резолютивної частини судового рішення [227], у якій укладення трудового договору пов'язане з днем набрання рішенням суду законної сили. У ньому визначено питання місце роботи, посада і оплата праці відповідно до штатного розпису, враховано можливість оскарження такого рішення. (Судова справа № 22 Ц - 433/ 2010р. від 17.02.2010 р). Щоправда, як видається такий підхід порушує договірні принципи укладення трудового договору, не надає можливості погодити самостійно його умови.

Таким чином можна зробити висновок, що суди, як правило, непослідовні у визначенні дати укладення трудового договору, не враховують можливість

оскарження судового рішення. Така ситуація зумовлена і відсутністю у трудовому законодавстві строку, протягом якого роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір. Певні роз'яснення надав свого часу ВСУ у Постанові Пленуму ВСУ "Про практику розгляду судами трудових спорів"[218]. Він зазначив, що роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір з особою, запрошеною на роботу в порядку переведення - з першого робочого дня наступного після дня звільнення з попереднього місця роботи (якщо була обумовлена інша дата - з цієї дати), з іншими особами - з дня їх звернення до роботодавця з приводу прийняття на роботу». Проте як бачимо суди фактично не послуговуються відповідними рекомендаціями.

З огляду, на проаналізовані матеріали судової практики суд не визначає дати укладення трудового договору. Він лише присуджує відповідну міру державного примусу у вигляді обов'язку роботодавця юридично оформити шляхом видання наказу про прийняття на роботу вже укладений трудовий договір за фактом допуску особи до роботи або у випадку, передбачених законом – укласти контракт. (судова справа №2-3271\09 від 12.03.2009 р. [228]). Разом з тим, якщо судом встановлено факт порушення трудового законодавства при працевлаштуванні, то вочевидь, не було законних підстав для відмови у прийнятті на роботу. Тому, видається, у такому випадку правильним було б пов'язувати укладення трудового договору з днем, коли накладена резолюція роботодавця на заяві працівника, якою незаконно відмовлено особі у працевлаштуванні, якщо законом не передбачено інше. Адже роботодавець не завжди зобов'язаний повідомляти про відмову у прийнятті на роботу. Тому невідомо дати, коли він виразив таке своє волевиявлення. Юридичне оформлення укладеного трудового договору має здійснюватися у строк, який встановлюється судом. Враховуючи можливість оскарження судового рішення, строк повинен обчислюватися з моменту набрання цим рішенням законної сили.

Щодо реалізації права на укладення трудового договору за фактом призначення, обрання чи за результатами конкурсного відбору шляхом вступу на посаду, то з судових рішень вбачається наступне. Суд, як правило зобов'язує укласти трудовий договір та допустити до виконання своїх посадових обов'язків (судова справа №2-1008/2007 від 16.05.2007 р. [229]). При цьому під укладенням

трудового договору суди розуміють як фактичний допуск до роботи так і видання наказу про зарахування працівника на роботу.

Як вже було зазначено, у чинному КЗпП передбачено невичерпний перелік категорій осіб, з якими роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір. Буквально цю норму можна розуміти так, що якщо позивач відповідає вимогам до зазначених осіб, з ним в обов'язковому порядку укладається трудовий договір.

Зупинимося на тих категоріях справ про відмову у працевлаштуванні, які в основному розглядаються у судах.

Зокрема виборним працівникам після закінчення строку повноважень згідно ст 118 КЗпП надається після закінчення їх повноважень за виборною посадою попередня робота (посада), а при її відсутності – інша рівноцінна робота (посада) на тому самому або, за згодою працівника, на іншому підприємстві, установі, організації. Йдеться про осіб, що були звільнені з роботи внаслідок обрання їх на виборні посади в державних органах, а також у партійних, профспілкових, кооперативних та інших громадських організаціях.

Отже обов'язок укласти з ним трудовий договір виникає у роботодавця лише за наявності вакансії. (судова справа № 22- 2493/ 2006 від 26. 10. 2006 р. [230]). На місце виборного працівника роботодавець може прийняти особу на роботу і на безстроковій основі. Тому, остання не може бути звільнена з поверненням виборного працівника. Бо у КЗпП не має такої підстави звільнення.

Таким чином можна зробити висновок, що звільненню підлягає лише та особа, з якою був укладений строковий трудовий договір на час виконання виборних повноважень працівником.

Вважаємо, що такий трудовий договір повинен припиняти свою дію тільки тоді, коли є волевиявлення колишнього виборного працівника на укладення трудового договору з роботодавцем. Зокрема, згідно п. 7 ст. 20 Закону України «Про статус народного депутата України» від 17.11.1992 р. № 2790-ХІІ [231] народному депутатові надається три місяці з моменту припинення його повноважень для такого волевиявлення. Від того моменту, коли виникають права та обов'язки між ними

припиняється дія строкового трудового договору. Адже особа може і відмовитися від попередньої роботи і не виявити бажання знову укласти трудовий договір.

Щодо молодих спеціалістів, то згідно ч. 2 ст. 197 КЗпП надається робота за фахом на період не менше трьох років тільки випускникам державних навчальних закладів лише за умови, коли у них є потреба, заявлена підприємствами, установами, організаціями. Суди виходять з того, що якщо заявки подано не було, а особу було направлено до роботодавця, то відповідальність покладається на суб'єкта, який здійснює направлення. Останній зобов'язаний перевірити наявність вакантних місць у роботодавця. (судова справа № 2-25/2007р. від 16.05.2007 р. [232]). Оскільки цього зроблено не було, відповідно суд присудив його працевлаштувати молодого спеціаліста управління за спеціальністю з відшкодуванням середньої заробітної плати, починаючи з дня коли особі було відмовлено у прийнятті на роботу.

Одна з найбільш численних категорій судових справ є щодо реалізації особами права поворотного прийняття на роботу. До них належать особи, з якими трудовий договір було розірвано з підстав, передбачених ч. 1 ст. 40 КЗпП (крім випадків ліквідації підприємства, установи, організації). Вони мають право протягом одного року на укладення трудового договору у разі поворотного прийняття на роботу, якщо роботодавець проводить прийняття на роботу працівників аналогічної кваліфікації. Переважне право на укладення трудового договору надається передусім особам з більш високої кваліфікацією та продуктивністю праці. При рівних умовах продуктивності праці і кваліфікації надається перевага категоріям осіб, визначених у ч. 2 ст. 42 КЗпП.

Суди вважають, що поворотне прийняття на роботу можливе тільки на посади, кваліфікаційні вимоги до яких є аналогічними з вимогами до посади, яку особа займала до звільнення.(судова справа № 2-2029/2009 від 09. 10. 2009 р. [233]). Приймання на роботу на інші посади після звільнення здійснюється на загальних підставах. (Судова справа № 2-2492 2009 від 31.03. 2009 р. [234]). Аналогічність підтверджується кваліфікаційними характеристиками, посадовими інструкціями, дипломами, трудовими книжками.

Вочевидь, для того щоб реалізувати це право особа якимось чином повинна дізнатися про наявність вільної чи введення посади аналогічної кваліфікації. Про це наголошується у рішеннях судів. Зокрема, з судової справи №2-368 2007 від 28.02.2007 р. [235]). вбачається, що відповідач, в порушення вимог ст.42-1 КЗпП України, не повідомив позивачку про наявність зазначених посад, у зв'язку з чим вона не змогла скористатися своїм правом поворотного прийняття на роботу, а відповідним наказом перевів на створені нові посади інших працівників. Тому зобов'язаний на підставі рішення суду прийняти її на роботу.

Проте у законодавстві України не передбачено обов'язок роботодавця повідомити колишнього працівника про наявність такої вакантної посади. З огляду на те, що такій особі надається аж цілий рік для реалізації права на укладення трудового договору роботодавцеві для уникнення трудового спору потрібно якимось чином повідомити про це. Зокрема, якщо відомо адресу його проживання, то можна надіслати повідомлення поштовим зв'язком з обов'язковим повідомленням про вручення. Тоді у роботодавця буде доказ, що працівнику повідомлено про наявність вакантної посади. Вона, як правило створюється шляхом внесення додаткових посад до штатного розпису. Проблема полягає у тому, що заздалегідь невідомо чи працівник бажає реалізувати своє право поворотного прийняття на роботу. Фактично до тих пір на цю посаду не можна приймати інших осіб. Адже можлива ситуація, коли колишній працівник на підставі судового рішення реалізує своє право поворотного прийняття на роботу. Тоді може бути конфлікт інтересів. Тому пропонуємо визначити на законодавчому рівні строк, протягом якого працівник має виразити своє волевиявлення на укладення трудового договору після отримання на поштову адресу останнього місця проживання (а ця інформація є у відділі кадрів) письмового повідомлення роботодавця. Адже він може перебувати вже за кордоном, і буде вважатися, що роботодавець вчинив усі правомірні дії, яких вимагає закон і тоді вправі наймати інших осіб на цю посаду.

Проект ТКУ у ч. 2 ст. 103 [102] передбачив, що роботодавець повідомляє такого працівника про своє рішення щодо прийняття на роботу працівника відповідної професії (кваліфікації). Останній повинен звернутися з проханням про

прийняття на роботу не пізніше ніж протягом 7 календарних днів після повідомлення роботодавця. Пропущення цього строку дає роботодавцеві право прийняти на роботу іншого працівника. Разом з тим не визначена форма такого повідомлення. Логічним було б прив'язати його до набрання сили наказу роботодавця про введення у штатний розпис роботодавця посади, яка своїми трудовими обов'язками аналогічна тим, що займав працівник. Це може бути також наказ, який підтверджує вакантність аналогічної посади (наказ про звільнення з роботи, про переведення тощо).

Тобто рішення роботодавця, його волевиявлення має мати матеріальну форму – наказ роботодавця. Слідуючи логіці розробників проекту ТКУ право звернення до суду у випадку відмови у поворотному прийнятті на роботу буде виникати з моменту, коли отримавши повідомлення роботодавця особа у семиденний строк звернулася до нього з заявою про прийняття на роботу, але їй у цьому було відмовлено. Також можлива ситуація, коли роботодавець не повідомив про вакансії, хоч повинен був це зробити. Тоді обов'язок укласти трудовий договір може виникнути за умови доведення у суді, що особі всупереч вимогам закону не повідомлено про вільну посаду, а їй про це стало відомо з інших джерел інформації. У випадку, коли відповідно до законодавства на посаду особа може претендувати тільки за результатами конкурсного відбору, вона виражає своє право на поворотне прийняття на роботу шляхом подання заяви на участь у конкурсі. (судова справа №2-993-2009 від 30.09.2009 р. [236]).

Ще однією категорією працівників, яким надані законодавчі гарантії при прийнятті на роботу є працівники, які запрошені на роботу в порядку переведення з іншого підприємства, установи, організації. Як вбачається з судових рішень звільнення працівника на підставі п. 5 ч. 1 ст. 36 КЗпП України, передбачає певний порядок, який є законним лише при домовленості щодо переведення між попереднім та майбутнім роботодавцями та самим працівником. (судова справа № 1078/10 від 17.02.2010 р. [237]). Прикладом досягнення взаємної домовленості між роботодавцями може бути певне письмове зобов'язання. Зокрема, гарантійний лист, який і виражає волевиявлення нового роботодавця на укладення трудового

договору. Останній разом з заявою працівника є підставою для звільнення його з роботи. При цьому переведення на інше підприємство завжди передбачає згоду роботодавця, у якого працює працівник.

Також потрібно зазначити, що суди також керуються Постановою Пленуму ВСУ "Про практику розгляду судами трудових спорів".[218]). Тут у п. 19 передбачено, що при ліквідації підприємства правила п. 1 ст. 40 КЗпП України можуть застосовуватися і в тих випадках, коли після припинення його діяльності одночасно утворюється нове підприємство. В цих випадках працівник не вправі вимагати поновлення його на роботі на заново утвореному підприємстві, якщо він не був переведений туди в установленому порядку. Тобто немає згоди нового роботодавця на укладення трудового договору з особою. (судова справа № 22ц-1012/2008 від 16.04.2008 р [238]).

Також забороняється відмовляти у прийнятті на роботу вагітним жінкам з мотивів, пов'язаних з вагітністю або наявністю дітей віком до трьох років та одиноким матерям - за наявністю дитини віком до чотирнадцяти років або дитини інваліда. Зокрема, якщо відмова у прийнятті на роботу не пов'язана з цими мотивами, то юридично вона могла б бути обґрунтована, якщо повідомлено роботодавцем причини відмови у письмовій формі. Отже йдеться фактично про ті обставини, які у проекті ТКУ можна було б віднести до дискримінаційних.

З матеріалів судової справи № 22а-12734/08 від 27.01.2009 р. [239]) вбачається, що роботодавець повідомив позивачку, як одну матір про неможливість її прийняття на роботу не з мотивів пов'язаних з наявністю дитини віком до чотирнадцяти років, яка б зобов'язувала працевлаштувати позивача. При цьому конкретні причини відмови у відповідному судовому рішенні не зазначені.

У суді може розглядатися спір про відмову у прийнятті на роботу і інших осіб, з якими роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір. Наприклад, згідно положень ст. 5 Закону УРСР "Про зайнятість населення"» [63], держава забезпечує надання додаткових гарантій щодо працевлаштування працездатним громадянам у працездатному віці, які потребують соціального захисту і не здатні на рівних конкурувати на ринку праці. Аналіз судової справи № 24552/09 від 24.06.2010 р.

[240] дає підстав вважати, що правові наслідки відмови у працевлаштуванні в рахунок квоти зумовлюють сплату відповідного штрафу на підставі ст. 7 Закону УРСР «Про зайнятість населення» [63], а не зобов'язання роботодавця укласти з особою трудовий договір,

Таким чином можна зробити висновки, що укладення трудового договору здійснюється на підставі рішення суду. Останній фактично виступає проміжною ланкою між тим, як майбутні працівник та роботодавець укладуть трудовий договір. Тільки суд може зобов'язати роботодавця укласти трудовий договір у тому випадку, коли буде доведено у суді, що при прийнятті на роботу було порушено норми трудового законодавства та незаконно (необґрунтовано) відмовлено в укладенні трудового договору.

З огляду на проаналізовані матеріали судових справ та практичне застосування законодачих положень пропонуємо внести зміни у трудове законодавство та визначити перелік категорій працівників, з якими роботодавець зобов'язаний укласти трудовий договір.

Це 1) це працівники, які запрошені на роботу в порядку переведення від іншого роботодавця за умови згоди останнього та письмового зобов'язання нового роботодавця про укладення з працівником трудового договору.

2) випускники державних навчальних закладів за попередньою письмовою заявкою роботодавця.

3) колишні працівники, яким надано право поворотного прийняття на роботу.

3) інших осіб, з якими роботодавець відповідно до законів України зобов'язаний укласти трудовий договір.

Висновки до третього розділу

1 Згідно законів України для окремих категорій працівників укладення трудового договору відбувається за фактом призначення на посаду, обрання за

результатами виборів чи конкурсним відбором. Це означає, що тільки норми права визначають достатній та необхідний обсяг правомірної поведінки осіб для укладення трудового договору. Тобто існує особливий спосіб укладення трудового договору.

2. Реалізація права на працю особами, праця яких пов'язана з виконанням державно-владних повноважень у випадках, передбачених законами України здійснюється на підставі укладеного трудового договору в порядку призначення. При цьому відносини найманої праці виникають з моменту офіційного оприлюднення прийнятого роботодавцем акту (рішення) про призначення на посаду. Відповідно до законодавства України є декілька способів ухвалення акту про призначення на посаду, а саме : самостійне кадрове призначення, прийняття акту про призначення за поданням, надання згоди на таке призначення та скріплення його підписами уповноваженого (них) суб'єктів. Роботодавцем може бути орган вищого рівня або керівник керівником органу виконавчої влади, на підставі якого кадрова служба готує наказ (розпорядження).

3. Заява особи про призначення на посаду є водночас заявою про прийняття на роботу. Наказ (розпорядження) про призначення є наказом про прийняття на роботу, який слугує письмовим оформленням вже укладеного трудового договору в порядку призначення.

4. В чинному законодавстві відсутня процедура укладення трудового договору в порядку призначення. Пропонуємо норми, які регулюють процедуру укладення трудового договору у ТКУ викласти наступним чином «У випадках, передбачених законами України трудовий договір укладається в порядку призначення на посаду шляхом видання роботодавцем акту (рішення) про призначення на посаду. У ньому зазначається строк, протягом якого за місцем роботи працівника видається наказ про прийняття на роботу зі зазначенням дати початку роботи».

5. У випадках, передбачених законами України укладення трудового договору відбувається за фактом проведених виборів уповноваженим на те законом суб'єктом, який приймає рішення про обрання, що може бути оскаржено. Це

рішення затверджує протокол виборчої (лічильної) комісії та у випадках передбачених законом потребує офіційного оприлюднення.

6. Застосування згідно вимог закону лише процедури обрання на посаду шляхом таємного голосування без проведення виборчих процедур чи голосування за кандидатури, які подані визначеним законом суб'єктом запропоновано вважати призначенням на посаду, а не обранням на неї.

7. Рішення про обрання виконує роль наказу (розпорядження) про прийняття на роботу та є підставою для внесення відповідного запису в трудову книжку. Подання кандидатури на голосування можна розглядати як подання заяви про прийняття на роботу.

8. У випадках, передбачених законами України укладенню трудового договору передує конкурсний відбір. Він здійснюється спеціальним суб'єктом (конкурсною комісією), яка не уповноважена на укладення трудового договору. З огляду на виклад законодавчих норм рішення конкурсної комісії є обов'язковим для розгляду роботодавцем при прийнятті рішення про прийняття на роботу, проте може мати і рекомендаційне значення.

9. Пропонуємо викласти відповідну норму ТКУ наступним чином з тим, щоб рішення конкурсної комісії було обов'язком для роботодавця при прийнятті на роботу:

«У випадках, передбачених законами України підставою для укладення трудового договору є рішення конкурсної комісії, зі зазначенням переможця за результатами конкурсного відбору. Останній протягом тижня з дня оголошення йому результатів вправі подати заяву про прийняття на роботу. Відмова переможця конкурсу без поважних причин укласти трудовий договір протягом тижня після закінчення встановленого строку дає право укласти трудовий договір наступному кандидату, який набрав найбільшу кількість балів за результатами конкурсу». Найкраще виконання умов конкурсного відбору не повинно бути оціночним поняттям. Тому в умовах конкурсу мають бути визначені чіткі критерії оцінки.

10. Право на укладення трудового договору за результатами конкурсного відбору має керівник відповідного органу чи інший суб'єктом, який згідно

законодавства уповноважений на підставі належним чином оформлених результатів конкурсного відбору приймати рішення про прийняття на роботу на основі поданої заяви про прийняття на роботу (заяви про призначення на посаду) переможця конкурсного відбору. Заява на участь у конкурсі не є автоматично заявою про прийняття на роботу.

11. Особа, яка вважає, що роботодавець необґрунтовано відмовив у прийнятті на роботу всупереч встановленим у законодавстві гарантіями при укладенні трудового договору може звернутися до суду в порядку цивільного судочинства у тримісячний строк з дня коли вона дізналася або повинна була дізнатися про порушення свого права. Якщо дослідженими судом доказами підтверджено порушення норм трудового законодавства, а отже було порушено право особи на працю, то задоволення позову здійснюється з вирішенням питання укладення трудового договору тільки у випадку визначення такої міри державного примусу у позивних вимогах позивача. Суд присуджує в межах заявлених позовних вимог відповідну міру державного примусу у вигляді обов'язку роботодавця юридично оформити шляхом видання наказу про прийняття на роботу вже укладений трудовий договір за фактом допуску особи до роботи або у випадку, передбачених законом – укласти контракт. При цьому встановлений судом строк для такого оформлення обчислюється з моменту набрання законної сили рішенням суду. При наявності завізованої письмової відмови з резолюцією роботодавця в укладенні трудового договору, незаконність якої встановлена у суді, якщо інше не передбачено законом, трудовий договір можна вважати укладеним з дати накладення такої резолюції, незалежно від її доведення до відома особі.

ВИСНОВКИ

У дисертації на основі дослідження поглядів науковців, з урахуванням напрацювань теорії права, трудового права та чинного трудового законодавства запропоновано теоретичне узагальнення й нове наукове вирішення проблем реалізації особами права на працю за трудовим договором в ринкових умовах, які виявляються у тому, що

1. Запропоновано викласти ч. 1 ст. 43 Конституції України у такій редакції: “Держава визнає право на працю. Кожен має право заробляти собі на життя працюю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується”. Конституційне проголошення права на працю має полягати у формуванні конституційно-правових гарантій, якими забезпечується право особи на вільне обрання чи погодження на працю, яка б надала можливість особі заробляти собі на життя.

2. Право на працю у Конституції України не є суб’єктивним юридичним правом. Його потрібно визнавати як одне з основних прав людини, яке оформлене у міжнародний стандарт прав людини у сфері праці та потребує належного правового забезпечення у національному законодавстві.

3. Запропоновано визначення правової форми реалізації права на працю. Таким вважатиметься комплексний цілісний зв’язок між необхідними правовими засобами, які використовуються уповноваженою особою для отримання правових умов заробляти собі на життя працюю, яку вона вільно обрала чи на яку вільно погодилася.

4. Запропоновано викласти поняття трудового договору у проекті Трудового кодексу України таким чином, щоб після слів “працівник зобов’язується особисто виконувати роботу (трудова функція)” містилося положення “під керівництвом та контролем роботодавця”.

5. Під способом укладення трудового договору запропоновано розуміти систему прийомів, яка має бути виражена у активній правомірній поведінці учасників переддоговірних стосунків при погодженні змісту трудового договору. Загальним способом укладення трудового договору є взаємні переговори. Вони можуть завершуватися письмовим рішенням роботодавця за

наявності письмової згоди майбутнього працівника; письмовим трудовим договором; фактичним допуском до роботи працівника з відома чи з дозволу роботодавця або переведенням працівника за його згодою до іншого роботодавця. Спеціальними способами укладення трудового договору є конкурсний відбір, вибори, видання акту про призначення на посаду, рішення суду, яке використовується з метою поновлення порушеного права особи на працю.

6. Доведено, що наказ про прийняття на роботу видається тільки на основі укладеного трудового договору та посвідчує фактичне оформлення вже укладеного трудового договору.

7. Встановлено, що у чинному законодавстві відсутня процедура укладення трудового договору в порядку призначення. Запропоновано норми, які регулюють порядок укладення трудового договору у проекті Трудового кодексу України викласти наступним чином “У випадках, передбачених законами України трудовий договір укладається в порядку призначення на посаду шляхом видання на підставі заяви особи з проханням про її призначення акту (рішення) про призначення на посаду.”

8. З’ясовано, що у випадках, передбачених законами України укладення трудового договору з окремими категоріями працівників відбувається за результатами виборів. У протоколі виборчої чи лічильної комісії, яким встановлені результати таємного голосування зазначений кандидат, який переміг на виборах. Обґрунтовується висновок про те, що відповідний документ є обов’язковим для роботодавця при прийнятті рішення про обрання на посаду. Таке рішення виконує роль наказу (розпорядження) про прийняття на роботу, яким затверджується та офіційно оприлюднюється протокол про встановлення результатів таємного голосування. Водночас це рішення є підставою для внесення відповідного запису в трудову книжку. Подання кандидатури на голосування пропонуємо розглядати як подання заяви про прийняття на роботу.

9. Встановлено, що тільки у випадках, передбачених законами України укладенню трудового договору передують конкурсний відбір. Він здійснюється

спеціальним суб'єктом (конкурсною комісією), яка не уповноважена на укладення трудового договору. З огляду на виклад законодавчих норм рішення конкурсної комісії є обов'язковим для розгляду роботодавцем при ухваленні рішення про прийняття на роботу і не може мати рекомендаційного значення.

Запропоновано викласти відповідну норму проекту Трудового кодексу України наступним чином:

“У випадках, передбачених законами України підставою для укладення трудового договору є рішення конкурсної комісії, із зазначенням переможця конкурсного відбору. Останній протягом тижня з дня оголошення йому результатів вправі подати заяву про прийняття на роботу. Відмова переможця конкурсу без поважних причин укласти трудовий договір протягом тижня після закінчення встановленого строку дає право укласти трудовий договір наступному кандидату, який набрав найбільшу кількість балів за результатами конкурсу”.

10. Укладення трудового договору за рішенням суду як спосіб укладення трудового договору полягає у тому, що за позовом працівника про відмову йому у прийомі на роботу з вини роботодавця, що потягло порушення норм трудового законодавства (гарантій працевлаштування) суд зобов'язує останнього укласти трудовий договір з особою.

Запропоновано вважати трудовий договір укладеним з дня, коли особі було відмовлено у прийнятті на роботу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Алексеев С. С. Право : азбука - теория - философия :\ Опыт комплексного исследования. - М. : «Статут». - 1999. – 712 с.
2. Лукашева Е. А. Общая теория прав человека. - М.: Издательство Норма. - 1996. - 520 с.
3. Строганов М. И. Право на труд и проблемы его судебной защиты на современном этапе / Михаил Иванович Строганов: дис.... кандидата юрид. наук: 12.00.05 : Москва. - 2002. – 179 с.
4. Андріїв В. Природний характер трудових прав працівників / В. Андріїв // Право України. - 2007. - №4. – С. 67-70.
5. Загальна Декларація прав людини від 10.12.1948 р. // Права людини: Міжнародні договори України, декларації, документи / Упоряд. Ю. К. Качуренко. – 2-е вид. – К.: Юрінформ, 1992.
6. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16.12.1966 р. (рат. Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19.10.1973 р. // Права людини : міжнар. договори України, декларації, документи / упоряд. Ю. К. Качуренко. — К. : Наук, думка, 1996.
7. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 [Електронний ресурс] - Режим доступу <http://www2.ohchr.org/english/law/cescr.htm>
8. Карабан В. І. Англійсько-український юридичний словник : Вінниця. – Нова книга, 2004. – 1088 с.
9. Элстон и Куинн 1987р. в книзі Тобес Б. Право на здоров'я: теорія и практика. // Право на здоров'я: Теорія и практика. – М.: Устойчивый мир, 2001 г. - 370 с. (Books for Civil Society). [Електронний ресурс] / Перевод с английского Марк Кротов, Яков Кротов, Лала Корнелиус Brigit С. А. Toebe. The Right to Health as a Human Right in International Law. HART INTERSENTIA. BOOKS FOR CIVIL SOCIETY– Режим доступу до книги : www.krotov.info/lib_sec/19_t/tob/es_00.htm

10. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.)/Уклад і голов.ред. В. Т. Бусел.- К; Ірпінь:ВТФ «Перун», 2005.- 1728 с.
11. Європейська соціальна хартія (переглянута) від 03.05.1996 р. № ETS № 163 // Електронний ресурс] – Режим доступу http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_062
12. Закон України «Про ратифікацію Європейської соціальної хартії (переглянутої)» від 14.09.2006 р. № 137-V // Відомості Верховної Ради України. – 2006. - №43. - Ст.418.
13. Черняева Д. В. Международные стандарты труда (международное публичное трудовое право) : учебное пособие / Д. В. Черняева. – М. : КНОРУС. – 2010. – 232 с.
14. Конституція України від 28.06.1996 р. №254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України . – 1996. - № 30. – Ст. 141.
15. Указ Президії Верховної Ради Української РСР « Про ратифікацію Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права та Міжнародного пакту про громадянські і політичні права» № 2148-VIII від 19.10.73р. № 2148. [Електронний ресурс] - Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2148-08>
16. Конституція Української РСР 1978 р. // Відомості Верховної Ради УРСР від 11.07.1978 р. - 1978 р. – № 18. - Ст. 268.
17. Конституція СРСР 1977 р. – Конституція (Осн. Закон) Союзу Рад. Соц. Республік. К., 1977.
18. Закон України «Про правонаступництво України» від 12.09.1991 р. № 1543-XII.// Відомості Верховної Ради.- 1991.- № 46. - Ст.617.
19. Конституція Іспанії від 31.10. 1078 р. ("Boletin Oficial del Estado", № 311, от 29.12.1978 р.) [Електронний ресурс] – Режим доступу <http://vivovoco.rsl.ru/VV/LAW/SPAIN.HTM>
20. Конституція Естонії від 28.06.1992 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу <http://www.eesti.ee/rus/riik/pohiseadus/>

21. Конституція Польщі від 2.05.1997 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу www.senat.gov.pl/k5eng/dok/konstytu/konstytu.htm
22. Сагандыков М. С. Правовая природа социально-трудовых прав // М. С. Сагандыков // Российский ежегодник трудового права. - №6. – 2010. – С. 247- 251. / Под. ред.. д-ра юрид. наук, проф.. Е. Б. Хохлова. – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2011, - 568 с.
23. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави- Навч". посібник. Вид. 6-е - Х.- Консум, 2002. — 160 с.
24. Луць. Л. А. Загальна теорія держави та права: Навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою). – К. : Атіка, 2010. – 412 с.
25. Скакун О. Ф. Теорія права і держави: Підручник. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ. – 2009. – 520 с.
26. Рішення Конституційного Суду України від 09.07.1998 р. № 12-рп/98 // Офіційний вісник України - 1998 р., № 32.
27. Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30.06.1993 р. № 3352-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. - № 35. - Ст.360.
28. Наказ Державного департаменту України з питань виконання покарань «Про затвердження Положення про майстерню установи виконання покарань, слідчого ізолятора» від 25.05.2009 р. № 104 // Офіційний вісник України. – 2004. - № 3.
29. Заворотченко Т. М. Конституційно-правові гарантії прав і свобод людини і громадянина в Україні / Тетяна Миколаївна Заворотченко - Д.: Вид-о Дніпропетровського національного ун-ту, 2007. - 256 с.
30. Ярошенко О. М. Конституція України та її роль у регулюванні трудових відносин //Захист соціальних прав людини і громадянина в Україні: проблеми юридичного забезпеченняб Матеріали науково-практичної конференції.30 січня 2003., м. Київ/ За ред. Н. Б. Болотіною.- К.:»МП Леся», 2003. - 200 с
31. Конвенція Міжнародної організації праці № 105 «Конвенція про скасування примусової праці від 25.06. 1957 р. / Ратифікована Законом України від

05. 10. 2000 р. [Електронний ресурс] - Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993_013

32. Постанова Верховного Суду України від 01.11.1996р. № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» [Електронний ресурс] - Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0009700-96>

33. Закон України «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25.03.1992 р. № 2232-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 27. - Ст.385.

34. Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20.12.1991 р. № 2011-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. -№ 15. - Ст.190.

35. Закон України «Про Дисциплінарний статут Збройних сил України» від 24.03.1999 р. № 551-ХІV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. - № 22-23. - Ст.197.

36. Закон України «Про альтернативну (невійськову службу) » від 12.12.1991 р. №1975-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1992, N 15, ст.188

37. Постанова КМУ «Про затвердження нормативно-правових актів щодо застосування Закону України "Про альтернативну (невійськову) службу" від 10.11.1999 р. № 2066 // Офіційний вісник України- 1999 р. - № 45.

38. Федеральный закон "Об альтернативной гражданской службе» від 25.06.2002 р. №113-ФЗ [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.law.yarovoiy.com/zakon-voen3.html>

39. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 25-26. - Ст.131.

40. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-Х // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1984. - Додаток до № 51. - Ст.1122.

41. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11.07.2003 р. № 1129-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. - № 3-4. - Ст. 21.
42. Наказ Державного департаменту України з питань виконання покарань «Про затвердження Інструкції про порядок виконання адміністративного стягнення у вигляді громадських робіт» від 25.02.2009 р. № 35 // Офіційний вісник України. - 2009 р. - № 25.
43. Закон України «Про психіатричну допомогу» від 22.02.2000 р. № 1489-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. -№ 19. - Ст.143.
44. Закон Російської Федерації «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» від 2.07.1992 р. №3185-1 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://ntc.duma.gov.ru/duma_na/asozd/asozd_text.php?code=7971
45. Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 06.04.2000 р. № 1647-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. - №28. – Ст. 224.
46. Постанова КМУ «Про затвердження Порядку залучення працездатних осіб до суспільно корисних робіт в умовах воєнного стану» від 13.07.2011 р. №753 // Урядовий кур'єр від 10.08.2011 - № 145.
47. Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16.03.2000 р. № 1550-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. - №23. – Ст. 176.
48. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII із змінами і доповненнями.// Відомості Верховної Ради УРСР – 1971 - № 50. – Ст. 365.
49. Сыроватская Л. А. Трудовое право : Учебник. - М.: Высш.шкл., 1995. – 255 с.
50. Прокопенко В. І.Трудовое право : Підручник.-Х.:Фірма «Консул», 1998. – 480 с.
51. Єрмоменко В. В. Правові форми реалізації громадянами права на працю / В. В. Єрмоменко // Право України. - 1999. - №1. - С. 16-19.
52. Дуюнова О. М. Угоди про працю за трудовим законодавством України / Оксана Миколаївна Дуюнова : дис... канд. юрид. наук: 12.00.05 : К. – 2004. – 194 с.

53. Хохлов Е. Б. Труд как философская и правовая категория / Е. Б. Хохлов // Российский ежегодник трудового права. 2007. - №3. С. 7-31 / Под. ред.. д-ра юрид. наук, проф.. Е. Б. Хохлова. – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008, - 600 с.

54. Пономарева Н. Н. Реализация конституционных прав граждан в объективном и субъективном трудовом праве / Н. Н. Пономарева // // Российский ежегодник трудового права. 2007. - №3. С.253-256 / Под. ред.. д-ра юрид. наук, проф.. Е. Б. Хохлова. – СПб. : ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008, - 600 с.

55. Батурина Ю. Б. Правовая форма и правовое средство в системе понятий теории права :Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.01 - Теория и история права и государства ; История правовых учений /Ю. Б. Батурина; Академия управления МВД России. - М.,2001. -25 с. [Электронный ресурс] - Режим доступа :<http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1188714>

56. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под ред. В. М. Корельского і В. Д. Перевалова.- М.:Издательская группа Норма –Инфра .М., 1999 – 784 с.

57. Теорія держави і права. Академічний курс : Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

58. Фалькина Т. Ю. Формы реализации права и механизм их осуществления / Татьяна Юрьевна Фалькина : автореф.. спеціальність 12.00. 01 теория и история права и государства; история учений о праве и государстве. - Нижний Новгород. - 2007. - 25 с. [Электронный ресурс] – Режим доступа <http://www.unn.ru/pages/disser/230.pdf>.

59. Закон України «Про професійних творчих працівників та творчі спілки» від 07.10.1997 р. № 554/97-ВР// Відомості Верховної Ради України. – 1997. - №52. – С. 312.

60. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Голос України від 04.12.2010 р. - № 229, / № 229-230 /.

61. Цивільний кодекс України від 16.03.2003 р. № 435-IV із змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради. - 2003.- № 40-44. - Ст.356.
62. Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. № 755-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - № 31-32. - Ст.263.
63. Закон УРСР «Про зайнятість населення» від 01.03.1991 р. № 803-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. - № 14. - Ст.170.
64. Иосифиди Д. Г. Виды труда и проблемы их правового регулирования / Дмитрий Георгиевич Иосифиди : автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук. Специальность 12.00.05 - Трудовое право ;Право социального обеспечения -СПб.,2000. [Електронний ресурс] // Режим доступу : <http://www.law.edu.ru/book/book.asp?bookID=125810>
65. Вишновецька С. В. Предмет трудового права / С. В. Вишновецька // Науковий вісник Чернівецького університету. – Серія правознавство. - №75. – 2000. [Електронний ресурс] - Режим доступу :<http://www/chnu.edu.ua/article.php?lang=ua&visnuk=3&article=85>.
66. Болотіна Н. Б. Трудове право України : Практикум. – К. : Вікар, 2002. – 147 с.
67. Гетьманцева Н. Д. Види праці як моделі правового регулювання трудових відносин / Н. Д. Гетьманцева // Науковий вісник Чернівецького університету. – Серія правознавство. - № 172.- 2003. [Електронний ресурс] - Режим доступу : <http://lawreview.chnu.edu.ua/article.php?lang=ua&visnuk=15&article=324>
68. Господарський кодекс України від 16 01. 2003 р. № 436-IV. із змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради. - 2003. - № 18, № 19-20, № 21-22. - Ст.144.
69. Закон України «Про кооперацію» від 10.07.2003 р. № 1087-IV. // Відомості Верховної Ради України.-2004. - .№5.- Ст.35.
70. Закон України «Про адвокатуру» від 19. 12.1992 р. № 2887-XII // Відомості Верховної Ради України. - 1993. - №9.- Ст.62.

71. Закон України «Про нотаріат» від 02.09. 1993 р. № 3425-XII. // Відомості Верховної Ради України.- 1993. - №39.- Ст.383.
72. Закон України «Про особисте селянське господарство» від 15.05.2003 р. № 742-IV. // Відомості Верховної Ради України. - 2003 .- №29. - Ст.232.
73. Закон України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22.05.2003 р. № 889-IV // Відомості Верховної Ради України. 2003. - № 3.- Ст.308.
74. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс: Підручник. – 2-ге вид., допов. – К.: Алерта; КНТ, ЦУЛ, 2009. - 594 с.
75. Вишновецька С. В. Предмет трудового права / С. В. Вишновецька // Науковий вісник Чернівецького університету. – Серія правознавство. - №75. – 2000. [Електронний ресурс] // Режим доступу до документа : <http://www.laweview..chnu.edu.ua/article.php?lang=ua&visnuk=3&article=85>.
76. Лазор В. Щодо відмітних ознак трудового договору / В. Лазор // Право України – 1999. - №11 – С. 80-82.
77. Доповідь V (1) Міжнародної Організації Праці «Трудові відносини»- Міжнародна конференція праці .- 95 сесія , Женева, 2006. – 93 с. [Електронний ресурс] – Режим доступу http://www.ilo.org/global/What_we_do/Officialmeetings/ilc/ReportsavailableinRussian/lang--en/contLang--ru/docName--WCMS_ILC_95_REP-V-1_RU/index.htm
78. Курс российского трудового права. Т. 3 : Трудовой договор / Науч. ред. тома доктор юридических наук, профессор Е.Б. Хохлов. – СПбю: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс». – 2007. – С. 106.
79. Постанова Кабінету Міністрів Української РСР «Про затвердження Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ» від 29. 07.1991 р. № 114 // Режим доступу до документа: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=114-91-%EF>
80. Закон України «Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації» від 23.02. 2005 р. № 3475-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. - №30. - Ст.258.

81. Постанова Кабінету Міністрів України «Питання проходження служби в Державній службі спеціального зв'язку та захисту інформації особами рядового і начальницького складу» від 27.12. 2006 р. № 1828 // Офіційний вісник України. - 19.01.2007. - № 1.

82. Указ Президента України «Про Положення про проходження громадянами України військової служби у Збройних Силах України» від 10.12 2008 р. № 1153/2008 // Урядовий кур'єр. - 17.12.2008. - № 237.

83. Закон України «Про Службу безпеки України» від 25.03. 1992 р. № 2229-ХІІ.// Відомості Верховної Ради України. – 1992. - № 27. - Ст.382.

84. Указ Президента України « Про положення про проходження військової служби відповідними категоріями військовослужбовців» від 07.11.2001 р. № 1053/2001// Офіційний вісник України. - 2001 - № 46.

85. Закон України «Про Службу зовнішньої розвідки України» від 1.12. 2005 р. № 3160-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2006. - № 8. - Ст.94.

86. Указ Президента України «Про Положення про проходження військової служби військовослужбовцями Служби зовнішньої розвідки України» від 17. 07.2006 р. № 619/2006 // Офіційний вісник України. - 02.08.2006. - № 29. – Ст. 208.

87. Закон України «Про Державну спеціальну службу транспорту» від 5. 02. 2004 р. № 1449-IV.// Відомості Верховної Ради України. - 2004. - № 19. - Ст.269.

88. Указ Президента України «Про Положення про проходження громадянами військової служби у Державній спеціальній службі транспорту» від 3. 03. 2009 р. № 60/2009 // Офіційний вісник України. - 13.02.2009. - № 8. – Ст. 24.

89. Закон України «Про державну прикордонну службу України» від 3. 04. 2004 р. № 661-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 27. - Ст.208.

90. Закон України «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» від 4. 03. 1998 р. № 160/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – №35. – Ст.236.

91. Указ Президента України «Про проходження військової служби за контрактом військовослужбовцями Управління державної охорони України» від 19.10. 2007 р. № 982/2007// Офіційний вісник України. - 02.11.2007. - № 80.

92. Закон України «Про розвідувальні органи України» від 22.03.2001 р. № 2331-III. // Відомості Верховної Ради України. - 2001. - № 19. - Ст.94.

93. Закон України «Про аварійно-рятувальні служби» від 4.12.1999 р. № 1281-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 2000. - № 4. - Ст. 25.

94. Венедиктов В. С., Іншин М. І. Статус працівників органів внутрішніх справ України як державних службовців: Наук.-практ. посіб. / Національний ун-т внутрішніх справ - Х. : Видавництво НУВС, 2003. - 187с

95. Лавриненко О. В. Основания возникновения служебно-трудовых правоотношений : теоретические аспекты / О. В. Лавриненко // Вісник Донецького університету. Серія Економіка і право. – Вип. 1 – 2007. -[Електронний ресурс] Режим доступу до статті : http://www.nbuv.gov.ua/Portal/Natural/VDU/Ekon/2007_1/tom%202/463.pdf

96. Закон України «Про міліцію» від 20. 12. 1990 р. № 565-XII.// Відомості Верховної Ради УРСР. - 1991. - № 4. - Ст. 20

97. Лавриненко О. В. Працівники органів внутрішніх справ України як учасники службово-трудових відносин : термінологічний аспект та шляхи вдосконалення спеціального законодавства про службу. / О. В. Лавриненко // Форум права. – 2008. - №3. – С. 286-304. [Електронний ресурс] - Режим доступу до статті : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08lovzps.pdf>

98. Безчастний В. Реформування спеціального законодавства про службу в органах внутрішніх справ у світлі розробки закону про службу в ОВС та Трудового кодексу України / В. Безчастний // Віче – [Електронний ресурс] Режим доступу до статті : <http://www.viche.info/journal/1305/>

99. Анисимов А. Л. Понятие, юридическая природа контракта о службе в органах внутренних дел и порядок его заключение / А. Л. Анисимов // Трудовое право . -2009. – №2. - С. 102-106.

100. Антипьева Н. В. Контракт о прохождении военной службы как соглашение о труде / Н. В. Антипьева // Российский юридический журнал - №9. – 2006. – С.85-95.

101. Закон України «Про соціальний та правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20. 12. 1991 р. № 2011-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. - 1992. – № 15. - Ст. 190.

102. проект Трудового кодексу України, Реєстр № 1108 від 4. 12. 2007 р.: текст законопроекту до другого читання 10.12.2009 р. [Електронний ресурс].- Режим доступу: <http://gska.rada.gov.ua>

103. Гетьманцева Н.Д. Еволюція поняття трудового договору // Ерліхівський збірник. Юридичний факультет Чернівецького національного університету ім. Ю. Федьковича. Випуск. 3 – Чернівці: “Рута”, 2002. – С.149–154.

104. Ротань В. Г., Зуб І. В., Сонін О. Є. Науково-практичний коментар законодавства України про працю. – К : Алерта ; КНТ; ЦУЛ, 2010. – 584 с.

105. Пилипенко П. Д. Підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин / Пилип Данилович Пилипенко. – К. : Т-во «Знання», КОО, 2003. - 146 с.

106. Трудове право України: Академ. курс: Підруч./ ред. Н.М. Хуторян – К.: А.С.К., 2004. – 608 с.

107. Трудовий Кодекс Республіки Молдови від 28. 03. 2003 р. № 154 [Електронний ресурс].-Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=326757&lang=1>

108. Закон про працю Латвійської Республіки від 20.06.2001 [Електронний ресурс]. - Режим доступу до документа http://www.zakon.lv/otrude_ru.htm.

109. Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії» від 15.09.1999 р. № 1045-ХІV. // Відомості Верховної Ради України. – 1999. - №45.- Ст. 397.

110. Закон України «Про організації роботодавців» від 24. 05. 2001 р. № 2436-ІІІ // Відомості Верховної Ради України. – 2001.- № 32. – Ст. 171.

111. Пилипенко П. Д. Кодифікація вітчизняного трудового законодавства; проблеми та перспективи / П. Д. Пилипенко // Право України. – 2009. - №3. – С. 7-13.

112. Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23.04.1991 р. № 987-ХІІ // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. - № 25. - Ст.283.

113. Закон України « Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» від 9.07. 2003 р. № 1058-IV. //Відомості Верховної Ради України. – 2003. - №№,49-51. – Ст. 376.

114. Серeda О. Г. Роботодавча правосуб'єктність структурного підрозділу підприємства / О. Г. Серeda // Актуальні проблеми науки трудового права в сучасних умовах ринкової економіки: Матеріали науково-практичної конференції; м. Сімферополь, 19-20 травня 2003 р./ За ред.. проф.. В. С. Венедиктова. – Харків: Нац. ун-т внутр. Справ, 2003. – С. 81-83.

115. Гетьманцева Н. Д. Правова характеристика роботодавця як суб'єкта трудових правовідносин / Н. Д. Гетьманцева // Науковий вісник Чернівецького університету. Сер. Правознавство. Збірник наук. праць. Вип. 273. – Чернівці, 2005. – С.46-49.

116. Трудове право України : Академічний курс: Підруч. Для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл./ П. Д. Пилипенко, В. Я. Бурак, З. Я. Козак та ін.; За ред.П. Д. Пилипенка. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – 536 с.

117. Закон про трудові договори Фінляндії від 31. 07. 1974 р. № 646 Act respecting the Labour Court (646 of 1974). Suomen Asetuskokoelma - Finlands Författningssamling (BIBL), 1974, No. 646 [Електронний ресурс].- Режим доступу : http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_country=FIN&p_classification=01.02&p_origin=COUNTRY&p_sortby=SORTBY_COUNTRY

118. Трудовий кодекс Молдови від 28. 03. 2003 р. № 154 [Електронний ресурс].- Режим доступу:<http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=326757&lang=1>.

119. Трудовий кодекс Республіки Казахстан від 15.05. 2007 р. № 252-III [Електронний ресурс].- Режим доступу <http://www.zakon.kz/141152-trudovojj-kodeks-respubliki-kazakhstan.html>

120. Васильєва В. И. Общая характеристика трудового договора по законодательству России, Австрии и Франции / Вера Игоревна Васильєва : дис....кандидата юрид. наук: 12.00.05. - Москва. – 2006. – 220 с.

121. Данилюк О. В. . Юридичні факти як підстави виникнення індивідуальних трудових правовідносин / Олександр Васильович Данилюк: дис....кандидата юрид. наук: 12.00.05 : Київ. – 2008. – 170 с..

122. Козак З. Я. Договірне регулювання за трудовим правом України. – автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» /З. Я. Козак. – Київ, 1999. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawbook.by.ru/vak/aref/text/064.shtml>.

123. Алексеев С.С. Общая теория права: учеб.- 2-е изд., перераб. и доп.- М.- Тк Велби, Изд-во Проспект. -2008. – 576 с.

124. Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристь, 2001.- 520 с.

125. Загальна теорія держави. За ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Харків: Право. – 2009. –584 с.

126. Кручинин А. В. Юридические факты и их составы, обуславливающие возникновение индивидуальных трудовых правоотношений в России / Александр Васильевич Кручинин.: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.05 : Пермь. – 2003. – 171 с.

127. Лещух Д. Р. Форма трудового договору / Данило Романович Лещух : дис...кандидата юрид. наук : 12.00.05. – Львів. – 2005. – 163 с.

128. Жернаков В. В. Договори про працю у трудовому та цивільному праві / В. В. Жернаков // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. - 2000. - №1. - С. 92-97.

129. Закон України «Про охорону праці» від 14.10.1992 № 2694-XII // Відомості Верховної Ради України.- 1992. №49. – С. 668.

130. Рожкова М. А. Юридические факты в гражданском праве / А. М. Рожкова. // «Хозяйство и право». - 2006. - додаток до № 7.- 80 с. [Електронний ресурс] : Режим доступу http://rozhkova-ma.narod.ru/articles/2006/JUR_FACTI.htm

131. Цивільний Кодекс УРСР від 18. 07. 1963 р. №1540-VI із змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1963. – № 30. - Ст. 463.

132. Парпан Т. В. Істотні умови трудового договору. –автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Т.В. Парпан. – Київ, 2005. - [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lawbook.by.eref/12.00.05/036.shtml>

133. Кикоть Г. Юридичні факти у механізмі правового регулювання / Г. Кикоть // Право України. - 2005. - №7. –С. 109-112.

134. Калаур І. Р. Договір як вольовий акт суб'єктів цивільного права (за проектом нового Цивільного кодексу України) / І. Р. Калаур // Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наукових праць. - 2002. - Вип. 161. Правознавство. – Чернівці. – С. 30-33. –[Електронний ресурс]. - Режим доступу : <http://lawreview.chnu.edu.ua>

135. Закон про працю Латвії від 20.06.2001 р. // [Електронний ресурс]. Режим доступу : http://www.zakon.lv/otrude_ru.htm.

136. Бондаренко Э. Н. Трудовой договор как основание возникновения правоотношения / Елена Николаевна Бондаренко. – СПб : Юридический Центр Пресс.- 2004. - 226 с.

137. Сільченко С.О. Строковий трудовий договір / Сергій Олександрович Сільченко: дис... канд. юрид. наук: 12.00.05. – Харків. – 2001. – 212 с.

138. Філіпова М. В. у книзі Курс російського трудового права. Т. 3 : Трудовой договор. За ред. Е. Б. Хохлова. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. - С.336-435. – 656 с.

139. Лозко В. И. Правовое регулирование заключения трудового договора / Виктория Ивановна Лозко : дис...кандидата юрид. наук: 12.00.05 : Москва. – 2009. – 182 с.

140. Шишка Р. Б., Резніченко С. В. Сучасні тенденції розвитку вчення про укладення договорів / Р. Б. Шишка, С. В. Резніченко // Вісник Запорізького національного університету. - №2. – 2005. - С. 79-82.

141. Бервено С. Цивільно-правова характеристика укладення договору / С. Бервено // Право України. – №4. - 2006 – С. 11-13.

142. Бородовський С. Щодо укладення, зміни і розірвання договору в цивільному праві України / С. Бородовський // Право України. - №12.- 2004. - С. 80-82.

143. Лебедев В. М. Современное трудовое право (Опыт трудового компаративизма). Книга первак / В. М. Лебедев, Е. Р. Воронкова, В. Г. Мельникова; под. ред. заслуженого юриста РФ, чл.-кор. АН ВШ РФ, докт. юрид. наук, проф. В. М. Лебедева. – М. : Статут, 2007. – 301 с.

144. Трудовой кодекс Республики Молдова від 28. 03. 2003 р. № 154 [Електронний ресурс].- Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=326757&lang=2>

145. Трудовой кодекс Хорватії від 21.09.2004 р. Labour Act of 4 December 2009 (Text No. 3635). (Zakona o Radu) // Narodne novine, 2009-12-15, 149, 2-52, ISSN: 0027-7932 [Електронний ресурс].- Режим доступу до документа : http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_country=HRV&p_classification=01.02&p_origin=COUNTRY&p_sortby=SORTBY_COUNTRY

146. Закон України «Про акціонерні товариства» від 17. 09. 2008 р. № 514-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2008. - № 50-51. – Ст.384.

147. Коробченко В. В. у книзі Курс російського трудового права. Т. 3 : Трудовой договор. За ред. Е. Б. Хохлова. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический цент Пресс», 2007. – С. 125-154. – 656 с.

148. Постанова Кабінету міністрів України «Про затвердження положень щодо застосування Закону України "Про зайнятість населення" від 27.04. 1998 р. № 578 // Офіційний вісник України від 14.05.1998 р. – №17. - Ст. 89.

149. Конвенція Міжнародної організації праці «Про приватні агентства зайнятості» від 19.06.1997 № 181 [Електронний ресурс] - Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=993_292.

150. Постанова Кабінету Міністрів України «Про Концепцію розвитку зв'язку України до 2010 року» від 9. 12. 1999 р. № 2238 [Електронний ресурс].- Режим доступу: [http:// zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2238-99-%EF](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2238-99-%EF)

151. Закон України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 р. № N 1280-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. - № 12. – Ст.155.

152. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. № 851-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - № 36. – Ст. 275

153. Закон України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р. № 852-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2003. - №36. –Ст. 276.

154. Гражданський Кодексу РФ от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ [Електронний ресурс].- Режим доступу: <http://www.interlaw.ru/law/docs/10064072-019.htm>.

155. Закон України «Про дошкільну освіту» від 11.07.2001 р. № 2628-III. // Відомості Верховної Ради України. -2001. - № 49. – Ст.259.

156. Закон України «Про господарські товариства» від 19.09.1991р. № 1576-XII. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. - № 49.- Ст. 682.

157. Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 5-6. - Ст. 3.

158. Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26. 11. 1993 р. № 3659-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. - № 50. - Ст. 472.

159. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку ведення особових справ державних службовців в органах виконавчої влади» від 25. 05. 1998 р. № 731 // Офіційний вісник України від 11.06.1998 – 1998. - № 21.

160. Постанова Кабінету Міністрів України від 22.11.2010 р. № 1065 «Деякі питання, пов'язані з підготовкою і внесенням подань щодо осіб, призначення на посаду та звільнення з посади яких здійснюється Президентом України або

Кабінетом Міністрів України чи погоджується з Кабінетом Міністрів України» // Урядовий кур'єр від 30.11.2010 - № 224.

161. Наказ Головного управління державної служби «Про затвердження методичних рекомендацій, щодо застосування Порядку ведення особової справи державних службовців в органах виконавчої влади та зразків оформлення документів особових справ» від 05.07. 1998 р. № 24 // Офіційний вісник України від 30.07.1998 – 1998.- № 28.

162. Закон України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 р. № 586-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. - № 20-21. - Ст.190.

163. Закон України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. № 3723-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1993. - № 52. – Ст.490.

164. Закон України «Про Центральну виборчу комісію» від 30.06.2004 р. № 1932-IV // Відомості Верховної Ради - 2004. - № 36. - Ст. 448.

165. Рішення Конституційного Суду України від 25. 02. 2009 р. № 5-рп/2009. // Офіційний вісник України від 02.02.2009 – 2009. - № 5.

166. Рішення Конституційного Суду України від 15.01.2009 р. № 2-рп/2009 // Офіційний Вісник України від 02.02.2009. – Ст. 139.

167. Закон України «Про місцеве самоврядування» від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. - № 24. - Ст.170.

168. Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 07.06.2001 р. № 2493-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. - № 33. - Ст. 175.

169. Рішення Конституційного Суду України від 27.04.2000 р. № 7-рп/2000. // Офіційний вісник України від 19.05.2000 р. - № 18.

170. Закон України «Про дипломатичну службу» від 20.09.2001 р. № 2728-III. // Відомості Верховної Ради України. - 2002.- № 5. - Ст. 29.

171. Закон України «Про Кабінет Міністрів України» від 07.10.2010 № 2591-VI. // Відомості Верховної Ради України. - 2008.- № 25. - Ст. 241.

172. Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010 р. № 1861-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. - № 14-15, № 16-17. – Ст. 133.

173. Рішення Конституційного Суду № 16-рп/2003 від 14. 10. 2003 р. // Урядовий кур'єр від 29.10.2003. - № 203.

174. Рішення Конституційного Суду України від 28.01.2003 р. № 2-рп // Офіційний вісник України від 21.02.2003 – 2003. - № 6.

175. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. — Харків: Консум, 2001. — 656 с. // [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://www.lawbook.by.ru/theory/Skakun/cont.shtml>

176. Плахотнюк Н. Г. Процедури прийняття на посади державної служби в Україні: теоретико-правовий аспект [Електронний ресурс] // Університетські наукові записки, 2005, №; (16). - С. 326-332 - Режим доступу: <http://www.univer.km.ua/visnyk/922.pdf>

177. Прищепя О. І. Проблематика процедури прийняття правових актів управління \ \ Проблеми законності. – 2009. -№101. - С. 209-215. [Електронний ресурс] - Режим доступу : http://www.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/Pz/2009_101/101_24pdf

178. Указ Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів і набрання ними чинності» від 10.06. 1997 р. № 503/97 //Офіційний вісник України – 1997.- № 24. - Ст. 11.

179. Андрушко А. В. Виникнення трудових правовідносин з державними службовцями / Алла Володимирівна Андрушко. – Харків : Консум. – 2006. – 156 с.

180. Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори Президента України»» від 18.03.2004 р. №1630-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 20-21. Ст.291

181. Закон України «Про вибори народних депутатів України» від 25. 03 2004 р. № 1665-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2004. - № 27-28. - Ст.366.

182. Закон України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських селищних міських голів» від 10.07.2010 р. № 2487-VI // Голос України від 31.07.2010 р. - № 141

183. Рішення Конституційного Суду України від 6.07.1999. р. № 7-рп/99 (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови). // Офіційний вісник України від 23.07.1999 р. - № 27. - Ст. 171.

184. Юридична енциклопедія: В 6 т. /Редкол.: Ю70 Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 1998. [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://cyclor.com.ua/content/view/1372/1/1/4/#6455>

185. Закон України «Про Верховну Раду Автономної республіки Крим» від 10.02.1998 р. № 90/98-ВР // Верховна рада України. – 1998. - № 29. - Ст.191.

186. Закон України «Про столицю України - місто герой – Київ» від 15.01.1999 р. № 401-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. - №11. - Ст. 79.

187. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. № 2453-V // Голос України від 03.08. 2010 р. - №142.

188. Регламент Конституційного Суду України. Рішення Конституційного Суду України від 14. 10. 2008 р. №34-р/2008 // Офіційний вісник України. – 1997. - №20. – Ст. 87.

189. Кодекс про адміністративне судочинство України від 16. 07. 2005 р. № 2747-IV // Відомості Верховної Ради України. - 2005. - № 35-36, № 37. – Ст. 446.

190. Постанова Пленуму Верховного суду Регламент Верховного Суду України від 23.12. 2011 р. №6 «Про затвердження Регламенту Пленуму Верховного Суду України» [Електронний ресурс] – Режим доступу :<http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0006700-11>

191. Регламент Львівської обласної ради VI скликання. Додаток до рішення обласної ради від 04.01.2011 р. № 15. (зі змінами та доповненнями, внесеними згідно з рішеннями обласної ради від 09.03.2011 р. № 59 та від 14.07.2011 р. № 205) [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.oblrada.lviv.ua/reglament.php>

192. Регламент Черкаської обласної ради. // Додаток до рішення обласної ради від 02.06.2006 № 2-1/V [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.oblrada.ck.ua/rada/reglament.html>

193. Наказ Головного управління державної служби «Методичні рекомендації щодо особливостей обрання на службу посадових осіб органів місцевого самоврядування» від 6.02.2002 р. № 42/621 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.guds.gov.ua/sub/data/upload/publication/nikolaivska/ua/1278/prinat_na_slushbu_micev_samovr.rar?

194. Наказ Міністерства праці України, Міністерства юстиції України і Міністерства соціального захисту населення України «Про затвердження Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників» від 29.07.1993 р. № 58 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0110-93>

195. Закон України «Про статус депутатів місцевих рад» від 11.07.2002 р. № 93-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 40. – Ст.290.

196. Закон України «Про наукову та науково-технічну діяльність» від 13.12.1991 р №1977-XII // Відомості Верховної Ради України. - 1992. - № 12.- Ст. 165.

197. Закон України «Про управління об'єктами державної власності» від 21.09.2006 р. № 185-16 // Відомості Верховної Ради України. – 2006. - № 46. – Ст. 456.

198. Закон України «Про вищу освіту» від 7.01.2002 р. № 2984-III // Відомості Верховної Ради України. – 2002. - № 20. - Ст. 134.

199. Наказ Міністерства освіти та науки України «Про затвердження Положення про обрання та прийняття на роботу науково-педагогічних працівників вищих навчальних закладів третього і четвертого рівня акредитації» від 24. 12. 2002 р. № 744.// Офіційний вісник України від 01.08.2003 р. - № 29 - Ст. 531.

200. Завгородний А. В. Трудовой договор с преподавателями вузов (Проблемы и особенности правового регулирования) / Александр Васильевич Завгородний : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 : СПб., 2000. - 196 с. - С.32-36.

201. Постановление Совета Министров Республики Беларусь «Об утверждении Положения о порядке и условиях проведения конкурса на замещение должности научного работника» от 03.04.1998 р. № 536. 2009 [Электронный ресурс] – Режим доступа: <http://www.lawbelarus.com/repub2008/sub37/text37820.htm>.

202. Постанова Кабінету Міністрів України «Про проведення конкурсного відбору керівників державних суб'єктів господарювання» від 13.09.2008 р. № 777 //Урядовий кур'єр від 24.09.2008 р -.№177.

203. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку проведення конкурсу на заміщення вакантних посад державних службовців» від 15.02.2002 р. № 169 // Офіційний вісник України від 07.03.2002 р. - -№ 8. - Ст. 155.

204. Головне управління державної служби України, Українська академія державної управління при Президентові України «Про затвердження загального порядку проведення іспиту кандидатів на заміщення вакантних посад державних службовців» від 10.05.2002 р. № 30/84 // Офіційний вісник України від 14.06.2002 р. - № 22. - Ст. 73.

205. Постановление Правительства Молдовы « О введении в действие положений Закона о государственной должности и статусу государственного служащего» від 4. 06. 2008 р. № 158 – X VI , Додаток №1 № 201 від 11.03.2009 р.. // Мониторул Офичиал № 55-56/249 від 17.03.2009 р. [Электронный ресурс] Режим доступа: http://rapc.gov.md/file/H.G.nr.201_rus_mod.doc

206. Закон Республики Молдовы «О государственной должности и статусе государственного служащего» від 4. 06. 2008 г. № 158 –X VI // Официальный монитор Республики Молдова № 230-232. - Ст. 840. [Электронный ресурс] _ Режим доступа <http://lex.justice.md/ru/330050/>

207. Закон України Про Вищу раду юстиції від 15.01.1998 р. 22/98-ВР. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. - №25. - Ст.146.

208. Наказ Національного агентства України з питань державної служби "Про затвердження Методичних рекомендацій щодо оформлення розпорядчих актів із кадрових питань у сфері державної служби» від 30.08. 2011 р. № 5 // Кадровик. – 1011. – 12. - №12.

209. Постанова Кабінету Міністрів України «Про застосування статті Закону України «Про державну службу» від 11.08.1995 р. № 641 // Урядовий кур'єр від 12.09.95. - №136.

210. Постанова Кабінету Міністрів України «Про впорядкування застосування контрактної форми трудового договору», якою затверджене «Положення про порядок укладення контрактів при прийнятті (найманні) на роботу працівників від 19.03.1994 р. № 170 [Електронний ресурс]– Режим доступу до документа: <http://www/zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=170-94-%EF>

211. Закон України «Про освіту» від 23.05.1991 р. № 1060-XII // Відомості Верховної Ради УРСР від 20.08.1991 р. - № 34. – Ст. 451.

212. Постанова Кабінету Міністрів України «Положення про порядок укладення контракту з керівником підприємства, що є державній власності, при найманні на роботу» від 19.03.1993 р. № 203 . [Електронний ресурс]– Режим доступу до документа <http://www/zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=203-93-%EF>

213. Дріжчана С. Відмова у прийнятті на роботу : проблеми і пропозиції / С. Дріжчана // Право України. – 1991. - №6 - С. 34.

214. Лазор В. В. Позовна форма захисту інтересів працівника у спорах, що впливають з укладення трудового договору / В. В. Лазор // Право України . – 2002. - № 8 . – С. 54-58.

215. Бару М. Чи потребують судового захисту трудові спори до виникнення трудових правовідносин / М. Бару // Право України. - 1996. - № 5 – С. 63.

216. Кодекс торгівельного мореплавства від 23.05.1995 р. № 176/95-В // Відомості Верховної Ради України – 1995. - № 47, 48, 49, 50, 51, 52. - Ст. 349.

217. Судова справа № 2-2029/2009 від 09.10. 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

218. Постанова Пленуму ВСУ від 06.11.1992 р. № 9 "Про практику розгляду судами трудових спорів" від 06.11.1992 р. № 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0009700-92>

219. Судова справа № 2-390 2010р від 18. 02. 2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
220. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. // Відомості Верховної Ради України. 2004, № 40-41, 42, Ст.492.
221. Судова справа № 22 Ц - 433/ 2010р. від 17.02.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.reyestr.court.gov.ua/
222. Бурак В. Я. До поняття правового захисту трудових прав працівників / В. Я. Бурак // Вісник Львівського університету ім.. І. Франка. Серія .юридична. 2009 р. Вип. 48. - С. 177-182.
223. Лушникова М. В., Лушников А. М. Очерки теории трудового права. - СПб : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 940 с.
224. Ершова Е. А. Сущность, источники и формы трудового права в Российской Федерации М. : РАП, 2008. – 452 с.
225. Судова справа № 22- 1540 \2008р від 21. 03. 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
226. Судова справи № № 2-2905/2007, 2-1348/2007, 2-68/2008 від 12.02.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
227. Судова справа №2-2774/08 від 17.12.2008 р. . [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
228. Судова справа № 22 Ц - 433/ 2010р. від 17.02.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
229. Судова справа №2-3271\09 від 12.03.2009 р. . [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
230. Судова справа №2-1008/2007 від 16.05.2007 р. . [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
231. Судова справа № 22- 2493/ 2006 від 26. 10. 2006 р. . [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
232. Судова справа № 2-25/2007р. від 16.05.2007 р. . [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

233. Судова справа № 2-2029/2009 від 09. 10. 2009 р. . [Електронний ресурс].
– Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
234. Судова справа № 2-2492 2009 від 31.03. 2009 р. . [Електронний ресурс].
– Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
235. Судова справа №2-368 2007 від 28. 02.2007 р [Електронний ресурс]. –
Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
236. Судова справа №2-993-2009 від 30.09.2009 р. [Електронний ресурс]. –
Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
237. Судова справа № 1078/10 від 17.02.2010 р. [Електронний ресурс]. –
Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
238. Судова справа № 22ц-1012/2008 від 16.04.2008 р. [Електронний
ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
239. Судова справа № 22а-12734/08 від 27.01.2009 р. [Електронний ресурс].
– Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>
240. Судова справа № 24552/09 від 24.06.2010 р. [Електронний ресурс]. –
Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>