

Научная статья  
УДК 349.222.2  
doi: 10.17223/22253513/48/12

## **Механизм осуществления субъективного права работодателя на заключение трудового договора и формирование его содержания**

**Елена Михайловна Офман<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Южно-Уральский государственный университет (Национальный исследовательский университет), Челябинск, Россия, [elena-ofman@yandex.ru](mailto:elena-ofman@yandex.ru)

**Аннотация.** Выявлено несоответствие нормативного понимания трудового договора с его казуальным толкованием. Поставлен и решен ряд вопросов: о правовой природе, о стабильности данного договора, о свободе сторон в формировании его содержания, о соотношении воли и волеизъявления работника и работодателя в момент заключения договора и согласования его условий. Установлена необходимость разработки и внедрения на уровне кодифицированного акта механизма осуществления субъективного права на заключение трудового договора.

**Ключевые слова:** субъективное право, механизм осуществления субъективного права, заключение трудового договора, формирование содержания договора

**Для цитирования:** Офман Е.М. Механизм осуществления субъективного права работодателя на заключение трудового договора и формирование его содержания // Вестник Томского государственного университета. Право. 2023. № 48. С. 132–149. doi: 10.17223/22253513/48/12

Original article  
doi: 10.17223/22253513/48/12

## **The mechanism of implementation of the subjective right of the employer to conclude an employment contract and the formation of its content**

**Elena M. Ofman<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> South Ural State University, Chelyabinsk, Russian Federation, [elena-ofman@yandex.ru](mailto:elena-ofman@yandex.ru)

**Abstract.** The subjective right of an employer to conclude an employment contract is fixed in Article 22 of the Labor Code of the Russian Federation, however, the mechanism of its implementation is not legally defined. The normative and doctrinal interpretation of the employment contract suggests that the employment contract is understood as an agreement between the parties; the parties to the contract (and the employer first of all) are free to form its content; the employment contract is stable;

the basis for signing the employment contract is a decision made by the employee and the employer; the court cannot participate in the formation of the content of the employment contract. However, the analysis of the acts of law enforcement (judicial) practice makes us doubt the unambiguity of these theses and even allows us to put forward another extremely important thesis: the employer does not have the ability to independently, unilaterally form the content of the employment contract, moreover, he is in a situation of lack of freedom when making the necessary personnel decisions under the terms of the employment contract concluded with the employee. The complexity, and in some cases – the inability of the employer to exercise his "economic power" is especially acute in cases of the employee's actual admission to work, when the employer does not formalize or improperly formalize the labor relations that have arisen, when the parties verbally come to an agreement on issues of interest to them. In fact, judicial acts of the Supreme Court of the Russian Federation oblige the employer to make changes to its individual conditions, which the employee unilaterally insists on. Thus, the employer is actually forced to adjust the content of the employment contract without his consent, which violates the mechanism of exercising the right of the parties to the contract to form its content.

The article solves the problem of the mechanism of the employer's exercise of the right to conclude an employment contract with the actual admission of an employee to work by the employer or his authorized representative before the conclusion of an employment contract; the problem of restoring (healing) the content of an employment contract if at least one of the mandatory conditions is not included in its text. The conclusion is made about the need for legislative development and implementation at the level of a codified act of the mechanism for exercising the subjective right to conclude an employment contract and an attempt to establish this mechanism is made. The article develops proposals aimed at improving the mechanism for employers to exercise their subjective right to conclude an employment contract. It seems necessary to establish in the Labor Code of the Russian Federation the obligation of an employee to inform the employer in a timely and appropriate manner about the occurrence or existence of legally significant circumstances that can affect the qualification of the management decision made by the employer as illegal.

**Keywords:** subjective law, the mechanism of implementation of subjective law, the conclusion of an employment contract, the formation of the content of the contract

**For citation:** Ofman, E.M. (2023) The mechanism of implementation of the subjective right of the employer to conclude an employment contract and the formation of its content. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 48. pp. 132–149. (In Russian). doi: 10.17223/22253513/48/12

Субъективное право работодателя на заключение трудового договора зафиксировано в ст. 22 Трудового кодекса РФ, однако механизм его осуществления законодательно не определен. Нормативное и доктринальное толкование трудового договора позволяет предположить, что трудовой договор понимается как соглашение сторон; стороны договора (и работодатель прежде всего) свободны в формировании его содержания; трудовой договор стабилен; в основе подписания трудового договора лежит осознанное работником и работодателем решение; суд не может участвовать в формировании содержания трудового договора. Однако анализ актов правоприменительной (судебной) практики заставляет сомневаться в однозначности обозначенных тезисов и даже позволяет выдвинуть еще один

крайне важный тезис: работодатель не обладает возможностью самостоятельно, в одностороннем порядке формировать содержание трудового договора, более того, он находится в ситуации несвободы при принятии необходимых кадровых решений по условиям заключенного с работником трудового договора. Сложность, а в отдельных случаях – неспособность работодателя реализовать свою «хозяйскую власть» особенно остро проявляется в случаях фактического допущения работника к работе, при неоформлении или ненадлежащем оформлении работодателем возникших трудовых отношений, когда стороны в устной форме приходят к соглашению по интересующим их вопросам. По сути, судебными актами Верховного Суда РФ работодателю вменяется в обязанность внесение изменений в отдельные его условия, на которых в одностороннем порядке настаивает работник. Тем самым работодатель фактически принуждается к корректировке содержания трудового договора без его согласия, чем нарушается механизм осуществления права сторон договора на формирование его содержания.

В статье решается проблема механизма осуществления работодателем права на заключение трудового договора при фактическом допущении работника к работе работодателем или уполномоченным им представителем до заключения трудового договора; проблема восстановления (исцеления) содержания трудового договора при невключении в его текст хотя бы одного из обязательных условий. Сделан вывод о необходимости законодательной разработки и внедрения на уровне кодифицированного акта механизма осуществления субъективного права на заключение трудового договора и осуществлена попытка по установлению данного механизма. С этой целью выработаны предложения, направленные на совершенствование механизма осуществления работодателями субъективного права на заключение трудового договора. Видится необходимым установить в Трудовом кодексе РФ обязанность работника по своевременному и надлежащему информированию работодателя о возникновении или существовании юридически значимых обстоятельств, способных повлиять на квалификацию принятого работодателем управленческого решения как противоправного.

Субъективное право работодателя на заключение трудового договора зафиксировано в ст. 22 Трудового кодекса РФ, однако механизм его осуществления законодательно не определен. Соглашусь с мнением А.А. Малиновского: «Способ (осуществления субъективного права. – *Прим. мое, Е.О.*) – это не только средство к достижению цели, это форма существования самого субъективного права, процесс, позволяющий формальному правовому предписанию стать юридической действительностью посредством правового поведения субъекта» [1. С. 49].

Является ли индивидуально-договорный способ установления прав и обязанностей сторон трудового договора реальным, позволяющим удовлетворить интересы и потребности работодателя в рамках конкретного субъективного права (право на заключение трудового договора закреплено в отношении работодателя в ст. 22 Трудового кодекса РФ)? Может ли тру-

довой договор выступать эффективным, действенным механизмом установления прав и обязанностей его сторон? Свободны ли работодатель в установлении условий договора (с соблюдением ограничений и пределов, установленных в ч. 2 ст. 9 Трудового кодекса РФ)? Обладает ли заключенный трудовой договор стабильностью, неизменностью, постоянством, или работник вправе оспорить условия уже заключенного договора как в период существования трудового отношения, так и после его, договора, прекращения (т.е. после разрыва трудовой связи)?

Нормативное и доктринальное толкование трудового договора предоставляет возможность проецировать заявленные ниже тезисы (основные положения) для ответа на поставленные выше вопросы.

1. Трудовой договор – это соглашение сторон. Соглашение означает достижение компромисса в переговорном процессе между работником и работодателем при формировании содержания договора; подписывая договор, стороны подтверждают достижение баланса своих интересов, удовлетворение имеющихся у них потребностей, если не гармонию между волей и волеизъявлением, то хотя бы не порок воли или порок волеизъявления. Соглашусь с позицией Л.А. Чеговадзе и Т.В. Дерюгиной: «Каждый из субъектов складывающихся правоотношений преследует свой частный интерес, но, следуя принципу баланса частных интересов, при двусторонних контактах каждый должен сопоставлять свою собственную волю также и с волей другого лица... Договор выражается в соглашении, посредством которого определяется вид последующих действий сторон и их частная юридическая мера» [2. С. 275]. Достигнуть взаимного согласия стороны трудового договора должны не только при заключении трудового договора (для возникновения трудового правоотношения), но и при его изменении (по общему правилу ст. 72 Трудового кодекса РФ, за исключением случаев, предусмотренных, в частности, ст. 74 Трудового кодекса РФ) и расторжении (по соглашению сторон трудового договора или при расторжении трудового договора по инициативе работника (при определении срока разрыва трудовой связи, например)). Что может свидетельствовать о достижении сторонами добровольного соглашения по оговоренным условиям трудового договора или (если договор не заключен) по условиям работы у данного работодателя? Суды указывают на ряд таких доказательств:

а) условия трудового договора были обсуждены и согласованы сторонами при его заключении, т.е. работник, заключая с работодателем трудовой договор, должен понимать и осознавать последствия заключения трудового договора на тех или иных условиях; добровольное согласие работника выражается его личной подписью на документе<sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 16.11.2021 № 8Г-24686/2021; Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 07.10.2021 № 88-22455/2021.

б) работник не высказывал возражений против установления того или иного условия в тексте договора, ранее такое условие работником не оспаривалось;

в) обе стороны изначально и в последующем исходили из достоверности оговоренных условий работы;

г) работник фактически приступил к выполнению работы на согласованных ранее условиях<sup>1</sup>;

д) работник совершил ряд последовательных действий, свидетельствующих о наличии у него намерения заключить дополнительное соглашение к трудовому договору о переводе на другую работу (подача работником заявления о переводе на иную работу, личное подписание им заявления о переводе и дополнительного соглашения к трудовому договору); продолжение выполнения работы в новых условиях<sup>2</sup>.

2. Стороны трудового договора свободны в формировании его содержания, несмотря на то, что взаимодействие между работником и работодателем имеет ярко выраженный субординационный характер и что работодатель, будучи сильной (в экономическом и организационном отношении) стороной правоотношения, вправе настаивать на включение в текст договора условий в той формулировке, которая в большей степени отвечает его (работодателя) интересам с соблюдением, безусловно, требований трудового законодательства (автор настоящей статьи рассуждает об идеальной, не противоречащей закону модели правового поведения работодателя). Е.Б. Хохлов пишет: «Принцип свободы договора может быть реализован в форме: а) свободы вступать в трудовые отношения; б) свободы сторон договора определять содержание своих отношений и в) свободы прекращать отношения. Таким образом, возможность сторон трудового договора своим соглашением определять условия взаимодействия (т.е. формировать содержание трудового договора) является естественным проявлением принципа свободы договора в трудовых отношениях <...> В значительной степени действие принципа свободы договора в сфере труда проявляется именно в свободе установления сторонами ставок заработной платы» [3. С. 281, 312]. Можно предположить: поскольку Трудовой кодекс РФ провозгласил запрет принудительного труда, то подписанием договора на согласительных условиях работник удостоверяет факт отсутствия оказания на него давления, фиксирует свое согласие на закрепленные в договоре условия.

3. Трудовой договор стабилен (должен быть таковым). Как справедливо определил Конституционный Суд РФ, «в силу общеправовых принципов добросовестного исполнения сторонами договора своих обязательств (*acta sunt servanda*) и стабильности договора условия применения труда ра-

---

<sup>1</sup> Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 07.10.2021 № 88-22455/2021; Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 14.02.2022 № 88-3343/2022.

<sup>2</sup> Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 21.05.2021 № 88-8338/2020; Определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 15.06.2021 № 88-8439/2021; Апелляционное определение Свердловского областного суда от 02.08.2017 № 33-12771/2017.

ботника, согласованные сторонами трудового договора при его заключении, должны соблюдаться, а их изменение, по общему правилу, возможно лишь по обоюдному согласию самих сторон»<sup>1</sup>. Для трудового права «теория стабильности трудового правоотношения» имеет длительную историю развития. Сегодня подход к данной проблеме учеными понимается в новом формате: «Стабильность трудовых отношений – трудовая суть конституционной гарантии уважения человека труда» [4. С. 161].

4. В основе подписания трудового договора лежит осознанное работником и работодателем решение (работодателя – прежде всего, поскольку знание им трудового законодательства и осознанность принятого решения по формированию содержания трудового договора презюмируются; именно работодатель обязан соблюдать все предписания нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права). Заключение трудового договора предполагает, что стороны осознают правовые последствия, вытекающие из совершения ими соответствующего действия-акта (подписание трудового договора), и, что немаловажно, желают их наступления. Принятое работником и (или) работодателем решение основано на мыслительной деятельности, благодаря которой лицо может и должно осознать свои желания, потребности, ставить перед собой определенные цели, выбрать тот или иной механизм осуществления субъективных прав и его реализовать и, наконец, в полной мере осознавать вытекающие из такого решения правовые последствия.

5. Суд не может участвовать в формировании содержания трудового договора; при разрешении трудового спора о незаконности того или иного условия трудового договора суд будет осуществлять установление фактических обстоятельств дела путем толкования условий трудового договора, иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, приказов (распоряжений) работодателя.

Анализ актов правоприменительной (судебной) практики заставляет сомневаться в однозначности обозначенных выше положений (тезисов) и даже позволяет выдвинуть один крайне важный тезис: работодатель не обладает возможностью самостоятельно, в одностороннем порядке формировать содержание трудового договора, более того, он находится в ситуации несвободы при принятии необходимых кадровых решений по условиям заключенного с работником трудового договора. Сложность, а в отдельных моментах – даже неспособность работодателя реализовать свою «хозяйскую власть» особенно остро проявляется в случаях фактического допущения работника к работе, при неоформлении или ненадлежащем оформлении работодателем возникших трудовых отношений, когда стороны в устной форме приходят к соглашению по интересующим их вопросам. В обоснование указанного тезиса приведу примеры судебной практики.

---

<sup>1</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 20.01.2022 № 3-П «По делу о проверке конституционности статьи 75 и пункта 7 части первой статьи 77 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.А. Пешкова» // Собрание законодательства РФ. 2022. № 5. Ст. 861.

Приняв на работу совместителя, работодатель впоследствии в судебном порядке не смог доказать правомерность его увольнения по основанию, предусмотренному ст. 288 Трудового кодекса РФ. Стороны не заключили трудовой договор, но трудовую книжку оформили (запись о приеме содержала информацию о трудовой функции работника, о работе по совместительству).

Согласно ч. 3 ст. 58 Трудового кодекса РФ, отсутствие в трудовом договоре условия о его сроке свидетельствует о бессрочном характере возникшего трудового правоотношения, следовательно, действия работодателя по прекращению трудового договора не являлись незаконными. Ситуацию усложняло то обстоятельство, что работник являлся одиноким родителем, воспитывающим ребенка в возрасте до четырнадцати лет, в связи с чем Суд (Верховный Суд РФ) счел необходимым определить: «Поскольку прием на работу работника, для которого выполняемая совместителем работа является основной, осуществляется по инициативе работодателя и именно это обстоятельство является основанием для прекращения трудовых отношений с работником, работающим по совместительству на основании трудового договора, заключенного на неопределенный срок, то по своей правовой сути расторжение трудового договора с работником, работающим по совместительству, на основании ст. 288 Трудового кодекса РФ, является расторжением трудового договора по инициативе работодателя и к этим отношениям подлежат применению нормы Трудового кодекса РФ о гарантиях работникам при увольнении по инициативе работодателя. К таким гарантиям, в частности, отнесены гарантии беременной женщине и лицам с семейными обязанностями при расторжении трудового договора (ст. 261 Трудового кодекса РФ)»<sup>1</sup>.

Своим решением Суд также расставил два акцента, имеющих фундаментальное значение для дальнейшей трансформации трудового права:

1) непредоставление работником работодателю информации о своем особом статусе (одинокий родитель) с выдвижением требований к последнему о необходимости соблюдения гарантий, установленных трудовым законодательством (запрет на расторжение трудового договора по инициативе работодателя, ст. 261 Трудового кодекса РФ), злоупотреблением правом не является, поскольку ст. 65 Трудового кодекса РФ «определен обязательный перечень документов, подлежащих предъявлению работником при заключении трудового договора, и в числе этих документов документы о составе и членах семьи работника не указаны... В силу ч. 3 ст. 65 Трудового кодекса РФ запрещается требовать от лица, поступающего на работу, документы помимо предусмотренных кодексом, иными федеральными законами, указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ»;

2) отказ работнику в изъявленной им инициативе по изменению трудового договора из договора по совместительству в договор по основному

---

<sup>1</sup> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 15.03.2021 № 33-КГ20-7-К3 (пунктуация приведена в оригинальном виде).

месту работы должен быть обоснованным (работодатель обязан объяснить обратившемуся к нему лицу конкретную причину такого отказа в трудоустройстве) и недискриминационным (отказ в приеме на работу возможен лишь по причинам, связанным с деловыми качествами работника).

И спустя полтора года после принятия Верховным Судом РФ данного определения процессу модификации взаимодействия работника и работодателя, в частности, порядку установления прав и обязанностей работника и работодателя, был дан новый вектор развития: высший суд принял еще один судебный акт, которым зафиксировал обязанность работодателя осуществить инициированный работником перевод на другую работу (важно отметить: работодатель не совершал действий, направленных на занятие имеющейся вакансии)<sup>1</sup>. Особо подчеркну: Верховный Суд РФ *de jure* не устанавливает эту обязанность, но, указывая на ряд юридически значимых обстоятельств, подлежащих установлению судами при разрешении данного спора, *de facto* это провозглашает<sup>2</sup>. Суд определил: работодатель, принимая решение по поступившему от работника предложению по переводу на вакантную должность, должен соблюсти ряд гарантий, установленных для лиц, впервые поступающих на работу к данному работодателю и заключающих с ним трудовой договор (ст. 64 Трудового кодекса РФ). Бесспорно, любые действия работодателя не должны противоречить положениям трудового законодательства. Однако анализируемый подход Суда вступает в конфликт с положением, зафиксированным в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» о праве работодателя самостоятельно определяться в решении вопроса о заполнении имеющейся у него вакансии. Пленум Верховного Суда РФ особо акцентировал внимание на указанном аспекте: «Заключение трудового договора с конкретным лицом, ищущим работу, является правом, а не обязанностью работодателя, Трудовой кодекс Российской Федерации не содержит норм, обязывающих работодателя заполнять имеющиеся вакантные должности или работы немедленно по мере их возникновения, необходимо проверить, делалось ли работодателем предложение об имеющихся у него вакансиях (например, сообщение о вакансиях передано в органы службы занятости, помещено в газете, объявлено по радио, оглашено во время выступлений перед выпускниками учебных заведений, размещено

---

<sup>1</sup> Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 12.09.2022 № 5-КГ22-73-К2.

<sup>2</sup> «Юридически значимым являлось установление обстоятельств, связанных с соблюдением работодателем прав работника при принятии решения об отказе в переводе на вакантную должность, а именно выяснить причины, по которым работодателем принято решение об отказе в переводе на вакантную должность; выяснить причины, по которым работодателем принято такое решение; связаны ли эти причины с деловыми качествами работника или у работодателя имелись иные основания для отказа в переводе и не являлись ли причины отказа в переводе фактом проявления работодателем дискриминации в отношении работника».

на доске объявления), велись ли переговоры о приеме на работу с данным лицом» (п. 10).

Если предположить, что деловые качества работника соответствуют необходимым требованиям для выполнения данной работы, но работодатель при этом не изъявлял волю на заполнение имеющейся у него вакансии, то в чем проявляется нарушение прав работника и, как следствие, противоправность поведения работодателя, отказавшего работнику, уже у него работающего, в переводе на другую работу? Статья 72 Трудового кодекса РФ закрепляет правило о том, что перевод возможен исключительно по соглашению сторон трудового договора (кроме отдельных случаев, установленных Трудовым кодексом РФ, однако, анализируемый случай к исключительным не относится), т.е. на основе взаимного добровольного решения как работника, так и работодателя.

По сути, судебными актами Верховного Суда РФ работодателю вменяется в обязанность внесение изменений в отдельные его условия, на которых в одностороннем порядке настаивает работник. Тем самым работодатель фактически принуждается к корректировке содержания трудового договора без его согласия, чем нарушается механизм осуществления права сторон договора на формирование его содержания. Нелогично требовать от работодателя соблюдения правил о предоставлении работнику гарантий, о которых последний умалчивает; надлежащим образом можно выполнить только те требования, о которых обязанному лицу было известно. Устранить данный дефект можно путем закрепления в Трудовом кодексе РФ правила о том, что защите подлежат только те права, о которых предварительно было заявлено уполномоченным лицом; нормы-гарантии применяются к правоотношениям, которые возникли после информирования обязанной стороны о юридически значимых фактах, влекущих или могущих влечь правовые последствия.

Серьезные проблемы в регламентации трудовых отношений возникают при фактическом допущении работника к работе работодателем или уполномоченным им представителем до заключения трудового договора (данная модель правового поведения предусмотрена ч. 2 ст. 67 Трудового кодекса РФ). Отказ работника от подписания трудового договора на иницируемых работодателем условиях поднимает проблему установления фактически оговоренных сторонами условий незаключенного трудового договора. Проблемы не возникнет, если стороны все-таки смогут договориться если не обо всех, то хотя бы об обязательных условиях трудового договора после того, как работник в судебном порядке сможет добиться восстановления своих нарушенных прав. Но в реальной действительности такой способ защиты может только усугубить и без того сложные отношения между работником и работодателем. Вправе ли работник в судебном порядке требовать возложить на работодателя обязанность заключить трудовой договор? Как суд должен определять содержание трудового договора, ведь договор – это все-таки соглашение его сторон по всем его условиям?

В Обзоре практики рассмотрения судами дел по спорам, связанным с заключением трудового договора, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ от 27.04.2022<sup>1</sup> (п. 3), суд признал отказ в приеме на работу беременной женщине дискриминационным и обязал работодателя заключить трудовой договор с работницей на должность руководителя проекта, а также взыскал с работодателя неполученный заработок и компенсацию морального вреда. Таким образом, суд своим решением «согласовал» между сторонами правоотношения такие обязательные условия трудового договора, как трудовая функция и условия оплаты труда (размер заработной платы).

В другом деле по существу заявленных истцом (лицом, претендующим на заключение трудового договора) требований о возложении на работодателя обязанности по заключению трудового договора суд пришел к выводу, что указанное требование является излишне заявленным, поскольку права истца были восстановлены на основании состоявшегося судебного постановления, в котором отдельные обязательные условия трудового договора (трудовая функция, дата начала работы, размер заработной платы) были установлены. Но вышестоящий суд (апелляционная инстанция) указал, что в судебном акте лишь частично определены обязательные условия трудового договора, при этом отсутствие трудового договора влечет неопределенность в регулировании трудового отношения, а суд кассационной инстанции прямо прописал: «Возлагая на ответчика (работодателя) заключить с работником трудовой договор в письменной форме, суд апелляционной инстанции не учел положения статьи 57 Трудового кодекса РФ, условия, обязательные для включения в трудовой договор, не определил, то есть спор по существу заявленных требований фактически не разрешил»<sup>2</sup>.

С неизбежной очевидностью формируется вывод: не только (и даже не столько) стороны трудового договора, но и суды обладают возможностью определять его содержание. Данный подход к установлению трудовых прав и обязанностей деструктивно влияет на реализацию одной из задач действующего трудового законодательства, зафиксированной в ст. 1 Трудового кодекса РФ: достижение оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений. Как бы это не казалось парадоксальным, теперь уже работодатель при осуществлении своего субъективного права на заключение трудового договора испытывает потребность в защите своих прав от работника, именуемого судами «слабой стороной трудового правоотношения, нуждаемой в повышенной социальной защите».

Существует и другая проблема осуществления права работодателя на заключение договора, связанная с нарушением порядка его оформления: в

---

<sup>1</sup> Обзор практики рассмотрения судами дел по спорам, связанным с заключением трудового договора (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.04.2022) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2022. № 6.

<sup>2</sup> Определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 29.03.2022 № 88-4566/2022.

текст документа ошибочно (умышленно или по неосторожности – не важно, но наверняка по причине индифферентного отношения к действующим юридическим предписаниям [5. С. 174]) не включаются обязательные условия, необходимость установления которых прямо предусмотрена законом.

В науке трудового права выдвигаются различные предложения о возможных способах восполнения в трудовом договоре неопределенных обязательных условий. Суть одной из них, которая, как представляется, наиболее полно и убедительно раскрывает механизм восстановления содержания трудового договора, заключается в следующем: «Сначала в максимально возможном объеме должны быть задействованы документы о труде, подписанные и работодателем и работником (естественно, если они есть), а потом – диспозитивные нормы трудового права, например локальные нормы о режиме работы и оплаты труда. Далее в той части, в какой это не ухудшает юридического положения работника, надо использовать имеющиеся документы по оформлению трудовых отношений, подписанные только работодателем. Если этого недостаточно, то видится необходимым обращение к реальным фактическим обстоятельствам... Когда эти фактические обстоятельства расходятся с диспозитивными нормами и односторонне работодателем подписанными документами, приоритет целесообразен именно за фактическими обстоятельствами. Ведь у них *de facto* должна быть признана сила молчаливого соглашения путем совершения конклюдентных действий сторонами трудового договора. Последней возможной ступенью в разрешении поставленного вопроса усматривается применение обычаев делового оборота, не зафиксированных в правовых актах» [6. С. 92].

Сегодня в зависимости от того, какая именно ошибка работодателем была совершена, законодатель в ст. 9 и 57 Трудового кодекса РФ предлагает тот или иной механизм исцеления договора: по терминологии законодателя «недостающие сведения» вносятся непосредственно с текст трудового договора, а «недостающие условия» определяются приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон, заключаемы в письменной форме, которые являются неотъемлемой частью трудового договора (ч. 3 ст. 57 Трудового кодекса РФ).

Верховный Суд РФ предусмотрел еще один механизм исцеления трудового договора, в котором не закреплено условие об оплате труда, а у работодателя отсутствуют письменные доказательства, подтверждающие размер заработной платы работника: в таком случае суд вправе определить ее размер исходя из обычного вознаграждения работника его квалификации в данной местности, а при невозможности установления размера такого вознаграждения – исходя из минимальной заработной платы в субъекте Российской Федерации (п. 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2018 № 15 «О применении судами законодательства, регулирующего труд работников, работающих у работодателей-физических лиц и у работодателей-субъектов малого предпринимательства, которые отнесены к мик-

ропредприятиям»). Крайне важно отметить: подобная позиция не является новаторской, еще 100 лет назад И.С. Войтинский пришел к мысли о том, что в случае отсутствия в трудовом договоре условия об оплате труда ее размер определяется на основе тех условий оплаты труда, которые обычно существуют для данной профессии в данной местности. Еще больший интерес вызывает идея автора о том, что эти условия оплаты труда применяются не только относительно прошлого, но и на будущее (если стороны не установят иное своим дополнительным соглашением) [3. С. 313].

Правоположение, установленное в п. 23 указанного выше постановления Пленума Верховного Суда РФ, полагаю, является прогрессивным, соответствует целям и задачам трудового законодательства, поскольку направлено на пресечение злоупотребления правом со стороны работника, соглашающегося на «серую» заработную плату, и одновременно с этим – на предупреждение правонарушений со стороны работодателя, желающего минимизировать несение расходов при выплате заработной платы. Однако обозначенный выше пункт постановления Пленума Верховного Суда РФ окончательно не устранил дефект правовой регламентации трудовых отношений. Возникают вопросы: что является «письменными доказательствами, подтверждающими размер заработной платы, получаемой работниками у данного работодателя»? Может ли трудовой договор выступать таким доказательством? Уточню: может ли трудовой договор, заключенный с другим работником, работающим у данного работодателя, считаться документом, свидетельствующим о существовании у работодателя системы оплаты труда? На первый взгляд, все три вопроса требуют положительного ответа, однако Верховный Суд РФ вновь вынес неоднозначное решение, которым акты судов первой и апелляционной инстанций признал незаконными ввиду того, что ими не были приведены мотивы, почему одним доказательствам (представленному работодателем трудовому договору с «третьим работником») отдано предпочтение в ущерб другим доказательствам (сведениям Управления службы государственной статистики по соответствующему субъекту РФ, которые сообщил обратившийся в суд работник в подтверждение размера заработной платы). Более того, Верховный Суд РФ акцентировал внимание на следующем обстоятельстве: конкретный размер заработной платы «третьего» работника был установлен в дополнительном соглашении к трудовому договору, заключенному после прекращения работы обратившегося в суд работника<sup>1</sup>. Логика Суда понятна: его решение направлено на пресечение недобросовестных действий работодателя, который в процессе подготовки к рассмотрению и разрешению спора мог (и наверняка смог) «откорректировать» содержание трудового договора. Но не менее очевиден и другой вывод: не всегда трудовой договор оценивается судами как как относимое, допустимое и достоверное доказательство по делу; оформленному надлежащим образом

---

<sup>1</sup> Определение Верховного Суда РФ от 20.01.2020 № 69-КГ19-17.

трудовому договору не придается значение документа, объективно выражающего истинную волю его сторон.

Но вернусь к обозначенной проблеме о восстановлении содержания трудового договора, в тексте которого отсутствует хотя бы одно обязательное условие, перечисленное в ч. 2 ст. 57 Трудового кодекса РФ. Казалось бы, механизм корректировки прост и даже закреплён на законодательном уровне, но как должен поступить работодатель, если работник отказывается подписать дополнительное соглашение к трудовому договору, выражая тем самым несогласие с его содержанием? Вариантов исцеления трудового договора несколько.

Вариант первый. Работодатель составляет акт об отказе работника от ознакомления с текстом трудового договора в новой редакции, и регулирование отношений будет осуществляться по правилам трудового договора в новой редакции.

Вариант второй. Работодатель предлагает работнику другую работу, а при ее отсутствии либо отказе работника от предложенной работы – прекращает трудовой договор по п. 7 ч. 1 ст. 77 Трудового кодекса РФ. Аналогичный путь корректировки трудового договора предложен Пленумом Верховного Суда РФ в постановлении от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (абз. 2 п. 36; правоположение направлено на восполнение пробела Трудового кодекса РФ, касающегося отказа работника от подписания договора о полной материальной ответственности, когда необходимость заключить данный договор возникла после заключения с работником трудового договора, и последний отказывается заключить такой договор).

Необходимо отметить, что обе заявленные модели небесспорны. В первом случае работник вправе обратиться в суд с требованием о признании дополнительного соглашения к трудовому договору незаконным по причине порока его воли, и процедура исцеления договора будет заблокирована до момента разрешения спора. Помимо этого, неисполнение работником «исцеленного» трудового договора с большой степенью вероятности позволяет работодателю применить к нему дисциплинарное взыскание, что противоречит ст. 60 Трудового кодекса РФ. Во втором случае у работодателя появляется действенный механизм избавления от неудобных работников: прекращение трудового договора по причине умышленного невключения на стадии его заключения хотя бы одного из обязательных условий.

Но для урегулирования обозначенной проблемы требуется законодательное решение, и до тех пор, пока не будет внесена ясность в ответ на вопрос, действительно ли трудовой договор является соглашением, трудовые споры не прекратятся. Именно законодательная воля должна быть положена в основу интерпретации современной концепции трудового договора; в противном случае значение трудового договора будет нивелировано до признания его юридическим фактом, влекущим наступление трудового правоотношения.

Казуальное толкование трудового договора позволило сделать ряд выводов, концептуально отличающихся от нормативного и доктринального его понимания:

1) трудовой договор не является соглашением сторон, поскольку не выражает компромисс между работником и работодателем. Долгое время в науке трудового права существовала идея о том, что работодатель, обладая властью над работником, фактически навязывает последнему выгодные для себя условия договора, принуждает последнего согласиться даже с такими условиями, на которые работник добровольно не выразил своего согласия при вступлении в правоотношение. Но в последнее время на уровне судебного правоприменения стала формироваться иная позиция: работодатель зачастую оказывается в ситуации, когда он не обладает возможностью самостоятельно, в одностороннем порядке формировать содержание трудового договора; более того, он находится в ситуации несвободы при принятии необходимых кадровых решений по условиям заключенного с работником трудового договора;

2) свобода сторон в формировании содержания трудового договора существенно ограничена судами;

3) трудовой договор нестабилен в том смысле, что оспорить его условия работник может не только в течение срока его действия, но и после разрыва трудовой связи;

4) процесс заключения трудового договора судами достаточно часто квалифицируется как неосознанный, неосмысленный поступок работника, не понимающего в полной мере, какой результат наступит/может наступить после подписания договора;

5) суды обладают широким усмотрением при разрешении споров (устанавливают и перекалифицируют условия трудового договора; признают порок воли работника при заключении трудового договора; разрешают споры, применяя межотраслевую аналогию закона), что, в принципе, обусловлено государственно-ориентированной парадигмой мышления всех субъектов трудового права<sup>1</sup>.

Совершенно прав был Л.Ю. Бугров, рассуждая о необходимости наращивания частных начал в трудовых отношениях, выступающего за признание «молчаливого решения», «молчаливого соглашения» работника и работодателя в качестве условия, определенного сторонами трудового договора, обосновывая это тем, что «работник и работодатель как бы сами выбрали вариант, выступающий обычным правилом, совершив конклюдентные действия относительно того или иного условия договора [6. С. 98].

В Трудовом кодексе РФ закреплено субъективное право сторон трудового договора на его заключение, но способы осуществления указан-

---

<sup>1</sup> Этатические начала в регулировании трудовых отношений не сдают свои позиции и сегодня, что убедительно доказывает Н.В. Демидов в своей статье «Закономерности практической реализации норм трудового права: историко-правовой аспект» [5. С. 172–174].

ного права не детализированы. На практике это право реализуется работодателем в одностороннем порядке (путем самостоятельной разработки проекта трудового договора и предоставления его на подпись работнику), а работник, соответственно, подписывает трудовой договор (и трудовое правоотношение возникает) или отказывается от его подписания (и трудовое правоотношение не возникает). Однако одного только закрепления субъективного права на заключение трудового договора недостаточно; требует законодательного решения проблема разработки и внедрения на уровне кодифицированного акта непротиворечивого, логически верного, понятного как для работника, так и для работодателя механизма осуществления субъективного права на заключение трудового договора. В противном случае указанное право может остаться декларацией.

### **Заключение**

Субъективное право недопустимо рассматривать упрощенно как меру свободного поведения управомоченного лица, действующего исключительно в целях удовлетворения своего интереса. Заключение трудового договора – это сложный, полимотивированный, поливариантный, многоступенчатый процесс как с позиции содержания, так и с позиции способов и пределов осуществления субъективного права работника и работодателя. Справедлива позиция А.А. Малиновского о том, что способ осуществления субъективного права – это категория не только объективная, но и субъективная, поскольку «зависит от воли и усмотрения управомоченного лица» [1. С. 49].

По своей природе процесс осуществления субъективного права аналогичен процессу волеформирования и волеизъявления, на что в своей работе акцентировали внимание Л.А. Чеговадзе и Т.В. Дерюгина: «Реализация гражданского права начинается с постановки социально значимой цели, далее определяется вариант поведения участвующих в отношении субъектов... И когда взаимодействие субъектов по достижению поставленной социальной цели происходит в рамках правовой модели, закрепленной гражданским правом, модельная юридическая конструкция наполняется своим содержанием в нормы гражданского права, которые воплощаются в жизнь в виде возможностей поведения определенного вида в рамках их юридической меры» [2. С. 272]. Действительно, сначала управомоченным лицом осознаются потребности; затем путем познания мотивов формируются его желания и цели; осуществляется выбор того или иного варианта поведения; после чего принимается решение и осуществляется/реализуется субъективное право; в конечном счете происходит оценка результатов возникших правовых последствий [7. С. 122–145]. Требуется уточнения то обстоятельство, что указанные процессы нельзя рассматривать изолированно друг от друга; каждый акт волеизъявления содержит в себе волевой компонент, обусловленный волевым

решением. В «идеальных» трудовых правоотношениях воля и волеизъявление соответствуют (не противоречат) друг другу, поэтому стадии формирования воли и ее изъявления, предшествующие принятию лицом решения о вступлении в трудовое правоотношение, правового значения не имеют и не должны подвергаться правовой оценке. Так и субъективное право работника на заключение трудового договора на том этапе его существования, который предваряет процесс подписания договора, не должно оцениваться судами как сформированное с пороком (дефектом) воли в силу ряда причин: во-первых, подписанием трудового договора стороны удостоверяют тот факт, что они изъявили согласованную волю на вступление в трудовое правоотношение; во-вторых, мысли, мотивы, желания, цели, эмоции не заложены законодателем в механизм осуществления работником данного субъективного права. Однако сегодня суды, презюмируя квазисвободу работника на согласование условий трудового договора, анализируют субъективное право работника на заключение договора, начиная со стадии формирования его потребности на вступление в правоотношение (то есть до возникновения трудового правоотношения), а субъективное право работодателя квалифицируется как правомерное или, напротив, противоправное, начиная со стадии вступления договора в силу. В целях устранения диспаритетного положения работника и работодателя такой подход, возможно, и верен, однако, для установления социального мира – нецелесообразен, поскольку стороны до заключения трудового договора находятся в положении юридического равенства.

Механизм осуществления субъективного права работника и работодателя на заключение трудового договора видится следующим образом:

1) работодатель представляет трудовой договор на ознакомление работнику, который, действуя добросовестно, на данной стадии информирует контрагента обо всех юридически значимых обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора;

2) работник, будучи согласным со всеми условиями договора, принимает осознанное волевое решение, – подписывает его;

3) работодатель, изъявляя свою волю, визирует документ;

4) трудовой договор вступает в силу, и стороны исполняют трудовые обязанности.

В статье выработаны предложения, направленные на совершенствование механизма осуществления работодателями субъективного права на заключение трудового договора. Видится необходимым установить в Трудовом кодексе РФ обязанность работника по своевременному и надлежащему информированию работодателя о возникновении или существовании юридически значимых обстоятельств, способных повлиять на квалификацию принятого работодателем управленческого решения как противоправного. Придерживаясь идеи о необходимости реализации такой задачи, которая была поставлена Трудовым кодексом РФ в ст. 1 о создании на уровне трудового законодательства правовых условий для достижения оптималь-

ного согласования интересов работника и работодателя, можно прийти к выводу, что только с момента предоставления необходимой информации управомоченное лицо (работник) может требовать реализации тех гарантий, которые установлены трудовым законодательством.

#### Список источников

1. Малиновский А.А. Способы осуществления права // Журнал российского права. 2007. № 3. С. 48–55.
2. Чеговадзе Л.А., Дерюгина Т.В. Действия по реализации гражданского права в форме использования // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2022. Вып. 56. С. 268–280. doi: 10.17072/1995-4190-2022-56-268-280
3. Курс российского трудового права. Т. 3: Трудовой договор / науч. ред. тома Е.Б. Хохлов. СПб.: Юридический центр Пресс, 2007. 656 с.
4. Чуча С.Ю. Конституционный принцип уважения человека труда: проблемы реализации в российском законодательстве и правоприменительной практике // Вестник Томского государственного университета. Право. 2022. № 44. С. 159–171. doi: 10.17223/22253513/44/14
5. Демидов Н.В. Закономерности практической реализации норм трудового права: историко-правовой аспект // Вестник Томского государственного университета. Право. 2020. № 35. С. 171–185. doi: 10.17223/22253513/35/15
6. Бугров Л.Ю. Содержание трудового договора // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2008. Вып. 2 (2). С. 84–104.
7. Офман Е.М. Воля в механизме осуществления субъективных прав и исполнения обязанностей работника и работодателя // Ежегодник трудового права. 2022. Т. 12. С. 122–145.

#### References

1. Malinovskiy, A.A. (2007) Sposoby osushchestvleniya prava [Ways of exercising the right]. *Zhurnal rossiyskogo prava*. 3. pp. 48–55.
2. Chegovadze, L.A. & Deryugina, T.V. (2022) Deystviya po realizatsii grazhdanskogo prava v forme ispol'zovaniya [Actions for the implementation of civil law in the form of use]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*. 56. pp. 268–280. DOI: 10.17072/1995-4190-2022-56-268-280
3. Khokhlov, E.B. (2007) *Kurs rossiyskogo trudovogo prava* [The Russian Labor Law]. Vol. 3. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press.
4. Chucha, S.Yu. (2022) The constitutional principle of respect for the man of work: problems of implementation in Russian legislation and law enforcement practice. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 44. pp. 159–171. (In Russian). DOI: 10.17223/22253513/44/14
5. Demidov, N.V. (2020) Common factors of practical implementation of labour law rules: historical and legal aspect. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo – Tomsk State University Journal of Law*. 35. pp. 171–185. (In Russian). doi: 10.17223/22253513/35/15
6. Bugrov, L.Yu. (2008) Soderzhanie trudovogo dogovora [The content of the employment contract]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*. 2(2). pp. 84–104.
7. Ofman, E.M. (2022) Volya v mekhanizme osushchestvleniya sub"ektivnykh prav i ispolne-niya obyazannostey rabotnika i rabotodatelya [Will in the mechanism of exercising subjective rights and fulfilling the duties of an employee and employer]. *Ezhegodnik trudovogo prava*. 12. pp. 122–145.

***Информация об авторе:***

**Офман Е.М.** – доцент, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, трудового права Южно-Уральского государственного университета (Национального исследовательского университета) (Челябинск, Россия). E-mail: elena-ofman@yandex.ru

*Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.*

***Information about the author:***

**E.M. Ofman**, South Ural State University (Chelyabinsk, Russian Federation). E-mail: elena-ofman@yandex.ru

*The authors declare no conflicts of interests.*

*Статья поступила в редакцию 08.02.2023;  
одобрена после рецензирования 23.04.2023; принята к публикации 04.07.2023.*

*The article was submitted 08.02.2023;  
approved after reviewing 23.04.2023; accepted for publication 04.07.2023.*