**Разрешение споров, связанных с отказом в принятии на работу**

Л.А.Ломакина, федеральный судья Московского городского суда

Для защиты интересов работника от необоснованного отказа в приеме на работу в Трудовой кодекс РФ включена норма, запрещающая необоснованный отказ в заключении трудового договора (ст. 64)\*(1) Данная норма Трудового Кодекса РФ основана на положениях Конституции РФ (ст. 19, 37)\*(2) и нормах международного права, искореняющих любую дискриминацию (Конвенция МОТ N 111, 25 июня 1958 года, которая конкретизирована в ст. 3 Трудового кодекса РФ.

Однако статья 64 Трудового кодекса РФ имеет ряд недостатков, которые препятствуют правильному разрешению споров. Из содержания статьи 64 Трудового кодекса РФ следует, что запрещается отказ по дискриминационным признакам, а именно какое бы то ни было прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ при заключении трудового договора в зависимости от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, социального и должностного положения, места жительства (в том числе наличия или отсутствия регистрации по месту жительства или пребывания), а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников, не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом.

Запрещается отказывать в заключении трудового договора работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы.

По требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме.

Отказ в заключении трудового договора может быть обжалован в судебном порядке.

Комментируя ст. 64 Трудового кодекса РФ Е.Б. Хохлов говорит, что данная норма включает в себя два взаимосвязанных и основополагающих принципа. В период формирования рыночной экономики работодателю должна быть обеспечена возможность свободного подбора кадров, максимально по своим профессиональным и деловым качествам соответствующих тем хозяйственным целям, ради которых он осуществляет свою хозяйственную деятельность, что согласуется с требованиями статьи 8 и статьи 34 Конституции РФ. При этом личность работника подлежит защите со стороны государства\*(3).

Для правильного применения указанных принципов в их взаимосвязи с учетом требований ст. 5 Гражданского процессуального кодекса РФ, где указано, что правосудие по гражданским делам осуществляется на началах равенства перед законом и судом, права ни одной из сторон трудового договора не должны быть ущемлены.

Понятие дискриминации достаточно полно определено в Конвенции МОТ N 111 от 25 июня 1958 года\*(4), а Конвенция МОТ N 168 от 1 июня 1988 года\*(5) запретила осуществлять дискриминацию по возрасту и в связи с утратой трудоспособности. Положения Конвенций нашли свое отражение в статьях 3 и 64 Трудового кодекса РФ.

Поскольку действующее законодательство содержит лишь примерный перечень причин, по которым работодатель не вправе отказать в приеме на работу лицу, ищущему работу, вопрос о том, имела ли место дискриминация при отказе в заключении трудового договора, решается судом при рассмотрении конкретного дела.

Если судом будет установлено, что работодатель отказал в приеме на работу по обстоятельствам, связанным с деловыми качествами данного работника, такой отказ является обоснованным.

Под деловыми качествами работника следует, в частности, понимать способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыта работы по данной специальности, в данной отрасли).

Кроме того, работодатель вправе предъявить к лицу, претендующему на вакантную должность или работу, и иные требования, обязательные для заключения трудового договора в силу прямого предписания федерального закона (например, наличие российского гражданства, являющееся в соответствии с пунктом 1 и подпунктом 6 пункта 3 статьи 21 Федерального закона от 31 июля 1995 г. N 119-ФЗ "Об основах государственной службы Российской Федерации"\*(6) обязательным условием для принятия на государственную службу, за исключением случаев, если доступ к государственной службе урегулирован на взаимной основе межгосударственным соглашением), либо которые необходимы в дополнение к типовым или типичным профессионально-квалификационным требованиям в силу специфики той или иной работы (например, владение одним или несколькими иностранными языками, способность работать на компьютере).

Анализируя указанное разъяснение автор соглашается с точкой зрения Е. Забрамной о том, что пределы судебного вмешательства в право работодателя самостоятельно осуществлять подбор и расстановку кадров ограничены\*(7). Согласно ст. 64 Трудового кодекса РФ по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора работодатель обязан сообщить причину отказа в письменной форме.

Отказ в заключении трудового договора может быть обжалован в судебном порядке. По мнению Е.Б. Хохлова, если работодатель отказывает в выдаче письменного отказа в заключении трудового договора, то обжалован может быть заинтересованным лицом не сам отказ, а уклонение работодателя от выполнения указанной публично-правовой обязанности. Заинтересованное лицо вправе обратиться с соответствующей жалобой как в орган государственной инспекции труда, так и в суд\*(8).

С данной позицией можно согласиться при условии, если одновременно не заявляются требования о признании такого отказа необоснованным и об обязании заключения трудового договора. В этом случае с учетом требований ч. 3 ст. 247 Гражданского процессуального кодекса РФ\*(9) требования должны быть оформлены не в виде жалобы, а в виде искового заявления с соблюдением положений ст. 131, 132 Гражданского процессуального кодекса РФ.

При рассмотрении данной категории дел суд не должен проверять наличие вакансий у работодателя, он должен проверить, были ли совершены работодателем какие-либо действия, направленные на заключение трудового договора, и по каким основаниям было отказано в приеме на работу. При этом суд при рассмотрении спора должен учитывать, что заключение трудового договора со стороны работодателя - это право, а не обязанность.

Законным основанием для отказа в приеме на работу является отсутствие у претендента необходимых деловых качеств. Трудовой кодекс РФ не дает толкование такому понятию как деловые качества работника.

Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении от 17 марта 2004 года N 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации"\*(10) попытался ответить на вопрос, что следует понимать под деловыми качествами(п. 10). Дать исчерпывающее определение деловых качеств невозможно, так как это оценочная категория.

Понятие деловых качеств в зависимости от характера той или иной работы, трудовой функции.

Пленум разъяснил, что под деловыми качествами следует понимать способность лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него личностных качеств (например, состояния здоровья).

Не разрешен законодательно вопрос о взыскании заработной платы за время вынужденного прогула при рассмотрении требований об оспаривании отказа в заключении трудового договора.

Разрешая спор об оспаривании отказа в заключении трудового договора и взыскании зарплаты за время вынужденного прогула суду необходимо определить юридически значимые обстоятельства, а именно имел ли место факт вынужденного прогула. При этом суду необходимо учесть, что статья 64 Трудового кодекса РФ устанавливает гарантии при приеме на работу, а поэтому могут быть заявлены и требования об обязании заключения трудового договора.

Например, заявлены требования о признании факта допуска к работе, необоснованном отказе в заключении трудового договора, обязании заключения трудового договора и взыскании зарплаты за время вынужденного прогула.

С точки зрения гражданского процесса здесь заявлены несколько исков: о фактическом допуске к работе и обязании оформить трудовой договор, о признании отказа в заключении трудового договора необоснованным (оспаривание отказа в заключении трудового договора и обязании заключения трудового договора ), а также взыскание зарплаты за время вынужденного прогула.

Юридически значимым обстоятельством по иску о взыскании заработной платы за время вынужденного прогула в связи с необоснованным отказом в заключении трудового договора является установление факта вынужденного прогула.

В Трудовом кодексе РФ не урегулирован вопрос о взыскании зарплаты за время вынужденного прогула при необоснованном отказе в приеме на работу, однако представляется возможным при установлении факта вынужденного прогула удовлетворить эти требования по аналогии со ст. 394 Трудового кодекса РФ с учетом разумности и справедливости.

Согласно статье 11 Гражданского процессуального кодекса РФ суд обязан разрешить гражданские дела на основании Конституции Российской Федерации, международных договоров Российской Федерации, федеральных конституционных законов, федеральных законов, нормативных правовых актов Президента Российской Федерации нормативно-правовых актов Правительства Российской Федерации, нормативных правовых актов федеральных органов государственной власти, конституций (уставов), законов, иных нормативно-правовых актов органов государственной власти субъектов Российской Федерации, нормативных правовых актов органов местного самоуправления.

В случае отсутствия норм права, регулирующих спорное правоотношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешает дело, исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права).

Все сказанное свидетельствует о том, что правоотношения, связанные с заключением трудового договора как индивидуального акта регулирования трудовых отношений, требуют дальнейшего правового совершенствования, и судебная практика при разработке указанных вопросов имеет существенное значение.