
КЛАУЗАТА ЗА ИЗПИТВАНЕ – ПОСТУЛАТИ, ПРОБЛЕМИ И РЕАЛНОСТ

НИНА ГЕВРЕНОВА*

Катедра „Трудово и осигурително право“

Резюме: Предмет на изследването е клаузата за изпитване и специфичните правни последици, които тя поражда по трудовото правоотношение. Клаузата се сравнява със срока и условието и се правят обосновани изводи за принципните разлики в тяхната същност като модалитети. Анализират се възможностите за договаряне на клауза и на срок по едно и също трудово правоотношение, както и практическите проблеми, които предизвиканите от тях последици пораждат. Обосновава се тезата за наличието на три елемента в клаузата за изпитване, разглеждат се границите, в рамките на които всеки един от тях се договоря, както и правните последици при тяхното нарушаване. В контекста на забраната за договаряне на повече от една клауза за изпитване на една и съща длъжност между едни същи страни по трудовото правоотношение, се идентифицират критериите за определяне на идентичните, сходните и различните длъжности. Подробно се разглеждат най-често срещаните практически проблеми и основните моменти в съдебната практиката, свързани с договарянето на клаузата за изпитване. Въз основа на всички направени изводи се дават конкретни предложения за промяна в действащата правна уредба, която би позволила да се преодолеят различните тълкувания и би облекчила практическото използване на клаузата за изпитване.

Ключови думи: клауза за изпитване, срок, условие, модалитет, право на едностранно прекратяване, предмет на договаряне, забрана за договаряне, граници на договаря-

* Доцент по трудово и осигурително право в Катедра „Трудово и осигурително право“ на ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, ръководител Катедра, доктор по право; ngevrenova@gmail.com

не, титуляр на клаузата за изпитване, длъжност, която се изпитва, срок на клаузата за изпитване.

PROBATION PERIOD CLAUSE IN THE EMPLOYMENT CONTRACT: MYTHS, PROBLEMS AND REALITY

NINA GEVRENOVA*

Labour Law and Social Security Department

Abstract: The focus of this article is the probation period clause in employment contracts and the specific legal effects that this clause has on the legal relationship between the employer and employee. By comparing the probation period clause with the term and termination condition clauses, the fundamental differences of these three modalities of the employment contract are explored and explained. The paper dives into the possibility to establish simultaneously a probation period clause and a term of employment clause in the same contract, while also focusing on the practical challenges that such combination may give rise to. The paper argues in favor of the theory, that the probation period clause has three elements, further expanding on the legal limits to negotiating these three elements, as well as the legal consequences in the event of a breach. The criteria for identifying what classifies two employment positions as “identical”, “similar” or “different” are enlisted in the context of the general prohibition for negotiating more than one probation period clause for two identical positions, between two identical parties in an employment relationship. The most common practical problems, arising out of the use of the probation period clause and the recent case law trends are explored in detail. Taking all of the findings into account, the paper finishes by giving specific recommendation for changes in the law that will overturn some case law interpretations, creating a less prohibitive legislative regime and allowing a broader practical use of the probation period clause.

Key words: probation period (clause); term of the employment contract; termination condition of the employment contract; modality; right to unilateral termination of the employment contract; subject of negotiation; exclusive employment clause; legal limits to the right of contracting; holder of the right to probation period; position title/employment position, for which there is a probation period; length of the probation period.

Клаузата за изпитване е един от най-често договаряните елементи от съдържанието на индивидуалните трудови договори (трудови договори) и нейното широко използване продължава да поставя множество въпроси. В същото време, теорията се задоволява единствено с основни изводи относно нейните правни белези, които не отразяват съвременната проблематика, звучат общо и понякога недостоверно. Настоящото изложение си поставя за цел да анали-

* Associate Professor in Labour Law and Social Security at the Faculty of Law, University of Sofia „St. Kliment Ohridski“, Ph.D. Head of Department Labour Law and Social Security; ngevrenova@gmail.com

зира клаузата за изпитване в контекста на актуалните предизвикателства и да даде отговор на основните практически въпроси.

1. Правна характеристика

Клаузата за изпитване е елемент от факултативното съдържание на трудовия договор¹. Аргументите в подкрепа на този извод са няколко. На първо място чл. 66, ал. 1 Кодекса на труда (КТ) не урежда клаузата като част от необходимото съдържание на трудовия договор. Разпоредбата изчерпателно изброява елементите, които страните задължително трябва да договорят, но клаузата не е между тях. На следващо място, чл. 70, ал. 1 КТ изрично посочва, че страните не „трябва“, а „могат“ да договорят клауза за изпитване, независимо дали е в полза на работодателя, в полза на служителя или в полза и на двете страни. В резултат, без каквото и да е съмнение действащото законодателство потвърждава извода, че клаузата за изпитване е част от факултативното съдържание на трудовия договор. Страните решават свободно дали клаузата за изпитване е част от техния трудов договор и ***тяхната преценка не подлежи на съдебен контрол***. В този смисъл, ***липсата на клауза не води до липса на трудов договор, нито влече след себе си неговата недействителност като основание за възникване на трудовото правоотношение***.

Изводът е безспорен, независимо от наличието на множество колективни трудови договори, които се опитват да „разширят“ необходимото съдържание на трудовия договор, включвайки в него и клаузата за изпитване. Все по-често в практиката се срещат колективни трудови договори, които задължават работодателя да договаря клауза за изпитване с всеки един новопостъпващ служител. При условие, че не го направи, нормите на колективния трудов договор заместват липсващата договорна клауза, попълват съдържанието на трудовия договор и въвеждат клаузата между страните. Налице е хипотеза, при която в противоречие на дадената му като недържавен източник санкция, колективният трудов договор регулира елементи от трудовите отношения. По силата на императива на чл. 70 КТ клаузата за изпитване е част от факултативното съдържание и с оглед своя интерес страните суверенно решават дали да я

¹ В този смисъл виж **Радоилски**, Любомир. Трудово право на Народна република България. София: ДИ Наука и изкуство, 1957, 279–284; **Василев**, Атанас. Трудово право. Бургас: БСУ, 1997, 146–150; **Милованов**, Крюгер. Трудов договор. Сключване. Изменение. Прекратяване. 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2008, 77–81; **Мръчков**, Васил. Договорът в трудовото право. София: Сиби, 2010, 112–113; **Мръчков**, Васил. Трудово право. 10. изд. София: Сиби, 2018, 224–227.

В своята трайна практика ВКС определя и анализира „клаузата за изпитване“ като модалитет по трудовия договор, в този смисъл в Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.

договорят и да търпят свързаните с нея правни последици. В този смисъл, *колективният трудов договор не може да ограничава предоставената им от закона договорна свобода, задължавайки ги да я договорят, както и не може вместо тях да урежда наличието на такава клауза*. Всяка една норма на колективен трудов договор с подобно съдържание противоречи на императивните правни норми, недействителна е и не поражда правни последици (по арг. чл. 60 във връзка с чл. 50, ал. 1 и чл. 70 КТ).

Анализът на клаузата за изпитване като част от факултативното съдържание на трудовия договор поставя въпроса дали тя е срок. Проблемът е актуален поради факта, че законодателят използва термина „срок“ и обозначава клаузата като „срок за изпитване“ (по арг. чл. 70 и в чл. 71 КТ). В теорията и в практиката на Върховен касационен съд (ВКС) клаузата се обозначава по различен начин, включително като „срок за изпитване“, „уговорка със срок за изпитване“, „клауза за изпитване“². Проблемът се задълбочава и от факта, че в самата клауза за изпитване има „срок“, определящ периода от време, през който тя е в сила и поражда правните си последици по трудовото правоотношение.

Прекратителният срок е бъдещо, сигурно събитие, с чието настъпване трудовото правоотношение се прекратява за в бъдеще, въпреки и независимо от волята на страните³. Прекратяването настъпва автоматично, по силата и от момента на изтичане на срока, без да е необходимо страните да правят нарочни волеизявления. В този смисъл заповедта, която по силата на чл. 335, ал. 1 КТ работодателят издава, не прекратява, а само установява (декларира) факта

² В трудовоправната теория клаузата за изпитване се обозначава с помощта на различна терминология, в това число: като „уговорка за изпитване“ в **Радоилски**, Любомир. Цит. съч., 279–284; във **Василев**, Атанас. Цит. съч., 146–150; в **Мръчков**, Васил. Трудово право, 244–247, като „уговорка на срок за изпитване“ в **Милованов**, Крюгер. Цит. съч. 77–81; като „клауза за изпитване“ в **Средкова**, Красимира. Трудово право. Специална част. София: УИ Св. Кл. Охридски, 2011, 78–79 и като „срок за изпитване“ в **Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**. Коментар на Кодекса на труда. 12. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2016, 239–247.

В своята практика ВКС също използва различни термини за обозначаване на клаузата. Най-често ВКС я обозначава като „срок за изпитване“, независимо, че прави ясна разграничение между „клаузата за изпитване“ и „срока“ като два, различни правни модалитета, в този смисъл в Решение № 178/18. 02. 2000 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1132/99 г.; Решение № 620/18. 10. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1716/2009 г.; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.; Решение № 376/26. 10. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 1405/2010 г.; Решение № 325/21. 11. 2011 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1539/2010 г.; Решение № 155/27. 06. 2016 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 418/2016 г. Значително по-рядко ВКС обозначава клаузата като „уговорка за изпитване“, например в Решение № 98/04. 04. 2000 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1083/99 г. или като „уговорка на срок за изпитване“ в Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г.

³ Виж повече за прекратителния срок в **Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II. Плевен: печ. Ал. Пъшев, 1973, 228–230; **Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. София: Софи-Р, 2002, 502–504.

на настъпилото поради изтичането на срока прекратяване. Следователно, ако клаузата за изпитване е прекратителен срок, то с изтичането на срока трудовото правоотношение трябва да се прекратява автоматично и за в бъдеще. Правните последици, които изтичането на срока на клаузата предизвиква, обаче са от напълно различно правно естество. По силата на императива в чл. 71, ал. 2 КТ, ако не бъде прекратен до изтичане на срока на клаузата за изпитване, трудовият договор се смята за окончателно сключен. Разпоредбата се нуждае от известни уточнения. „Окончателно сключване“ не означава, че за да запазят своето правоотношение, страните трябва да сключат нов, различен от вече сключения с клаузата за изпитване договор, допълнително споразумение с такова съдържание, или че работодателят трябва да издаде нарочна заповед, с която „да провъзгласи“ това⁴.

Точно обратното, при липса на прекратяване въз основа на клаузата за изпитване, трудовото правоотношение се запазва за в бъдеще, без да са необходими каквито и да е волеизявления на страните. По силата на императива в чл. 71, ал. 2 КТ правоотношението продължава да съществува със същото съдържание, каквото е имало към момента на изтичане на срока на клаузата, с едно единствено изключение. С изтичането на срока, ***се прекратява съществуването на самата клауза за изпитване и на субективното право на страната, в чиято полза тя е договорена, едностранно да прекрати правоотношението***. Разбира се, и по така наречения „окончателен договор“ всяка една от страните продължава да разполага с пълен набор от субективни права, с чието упражняване може да прекрати правоотношението при условията на чл. 326 и чл. 327 КТ за служителя и чл. 328 и чл. 330 КТ за работодателя. Нито едно от тези права обаче не предоставя на своя титуляр възможността за толкова „лесно“, „бързо“ и „евтино“ едностранно прекратяване на правоотношение, каквото клаузата за изпитване. Прекратяването на това специфично субективно право, което само тя поражда, ***възстановява обичайното и нормално съдържание на правоотношението и стабилизира неговото съществуване***. В този смисъл, изтичането на срока на уговорката за изпитване води до „окончателното сключване“ на трудовия договор по смисъла на чл. 71, ал. 2 КТ. Следователно, ***изтичането на срока на клаузата за изпитване не води до прекратяване, а до запазване на трудовото правоотношение за в бъдеще***. След като клаузата за изпитване предизвиква напълно различни в сравнение с прекратителния срок правни последици, то ***може да се направи извод, че тя не е прекратителен срок***.

Отлагателният срок е бъдещо сигурно събитие, с чието настъпване възниква правоотношението, като до изтичането на срока няма правоотношение, по което страните реализират права и задължения⁵. Ако приемем, че клаузата

⁴ Виж в различен смисъл в **Средкова**, Красимира. цит съч., 79.

⁵ Виж повече за отлагателния срок в **Таджер**, Витали. цит съч.229; **Павлова**, Мария. цит съч., 503.

за изпитване е отлагателен срок, то до изтичане на срока, няма да има трудово правоотношение, респективно няма да има работодател и служител, които да упражняват своите субективни трудови права и задължения. Съответно, трудовото правоотношение би възникнало не от момента на сключване на трудовия договор, а в един много по-късен момент, в който срокът на клаузата изтича. Правните последици, които обаче възникват и съществуват докато срокът на клаузата тече, са от напълно различно естество в сравнение с тези, които отлагателният срок предизвиква. По силата на императива в чл. 70, ал. 3 КТ по време на изпитването страните имат всички права и задължения както при окончателен трудов договор. Докато срокът на клаузата за изпитване тече, е налице правоотношение, чието съдържание, с изключение на самата клауза, не се различава от съдържанието на всяко едно друго трудово правоотношение. Правоотношението възниква от момента на сключване на трудовия договор и съществува през целия период от време, през който срокът на клаузата за изпитване тече. Следователно, изтичането на срока на *клаузата за изпитване предизвиква различни правни последиците в сравнение с тези, които отлагателният срок поражда, и по своя характер тя не е отлагателен срок.*

В резултат, може да се каже, че **клаузата за изпитване и срокът са различни по своята правна природа модалитети и всеки един от тях предизвиква различни правни последици.** Това позволява да се направят няколко важни извода относно правните последици, които договарянето на клаузата и срокът по едно и също трудово правоотношение предизвиква. Поради факта, че трудовото законодателство урежда само прекратителни срокове, изследването анализира само тяхното съотношение с клаузата за изпитване.

При условие, че *страните договарят клауза за изпитване и не договарят срок по чл. 68 КТ, то тяхното трудово правоотношение е за неопределен период от време (по арг. чл. 67, ал. 1, т. 1 във връзка с чл. 70 КТ)*⁶. „Срокът“ е част от клаузата за изпитване и определя периода от време, през който тя е в сила, респективно периода от време, през който нейният титуляр има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение. Той не съществува „извън или без“ клаузата, за да може на собствено основание да определя срочността на трудовото правоотношение. Поради това срокът, който е елемент от клаузата за изпитване, не е „срокът“ по смисъла на чл. 68 КТ и с неговото договаряне страните не правят правоотношението срочно. Точно обратното, когато договарят само клауза за изпитване, страните учредяват правоотношение за неопределен период от време с всички правни последици от това. Независимо, че изводът е безспорен, неговото прилагане продължава да създава проблеми в практиката. Част от причините са свързани с факта, че вместо „с клауза за изпитване със срок на действие от 6 месеца..“ в

⁶ В този смисъл **Василев**, Атанас, цит. съч., 148-149; **Милованов**, Крюгер. Цит. Съч. 79;

трудовете договори (допълнителните споразумения по чл. 119 КТ) обичайно се записва „*със срок на изпитване от 6 месеца*“ и от там „*механично*“ и *неправилно се приема, че става въпрос за срочно правоотношение*. Типичен пример за последиците от „смесването“ на клаузата за изпитване и срока, е договарянето на срока на предизвестие за прекратяване на трудовото правоотношение. Когато правоотношението е срочно, страните нямат право да договорят продължителността на срока на предизвестieto, защото тя е императивно уредена като 3 месеца, но не повече от остатъка на срока (по арг. чл. 326, ал. 2 КТ). Когато обаче трудовото правоотношение е за неопределен период от време, страните имат свободата да договорят продължителността на срока на предизвестieto, стига срокът да не е по-кратък от 30 дни и по-дълъг от 3 месеца (по арг. чл. 326, ал. 2 КТ). Третирайки клаузата за изпитване като „срок“, страните изобщо не договорят срок на предизвестieto, „механично“ прилагат императива в чл. 326, ал. 2 КТ и предизвестieto по тяхното отношение е със срок от 3 месеца. При условие, че клаузата за изпитване е договорена в полза само на едната страна, най-често в полза на работодателя, ако другата страна, най-често служителят, иска едностранно да прекрати правоотношението, той отправя 3 месечно предизвестие, независимо че *е могъл да договори и да се възползва от много по-кратък срок на това предизвестие*.

Страните имат право едновременно да договорят клауза за изпитване и прекратителен срок по своите трудови правоотношения⁷. Аргументите в подкрепа са няколко. На първо място в трудовото законодателство няма изрична забрана за едновременното договаряне на клауза за изпитване и срок по едно и също правоотношение (по арг. от чл. 68 във връзка с чл. 70 КТ). Също така, те пораждат различни по съдържание правни последици, които без да си противоречат могат да настъпват по едно и също правоотношение. С помощта на клаузата за изпитване страните договорят, че нейният титуляр има право едностранно да прекрати, без предизвестие и без обезщетения правоотношението. При условие, че той не упражни правото и не го прекрати, с изтичане на срока на клаузата правоотношението продължава да съществува. Договаряйки срока, страните постигат съгласие, че трудовото им правоотношение съществува само за период от време, с чието изтичане автоматично се прекратява за в бъдеще. Без съмнение *двата модалитета могат да се договорят в един и същ трудов договор, и впоследствие, независимо един от друг, да предизвикат своите правни последици по възникналото правоотношение*. Това законодателно решение позволява на страните да разширят и

⁷ **Милованов**, Крюгер. цит. съч. 79; **Мръчков**, Васил, Трудово право, с. 244. В своята практика ВКС трайно приема, че договарянето на клауза за изпитване и на срок по едно и също правоотношение е законосъобразно. В този смисъл Решение № 98/04. 04. 2000 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1083/99 г; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.; Решение № 376/26. 10. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. № 1405/2010 г.; Решение № 325/21. 11. 2011 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1539/2010 г.

разнообразят съдържанието на своето правоотношение, реализирайки своите специфични интереси.

Като различни модалитети по трудовия договор, клаузата за изпитване и срокът независимо един от друг пораждаат своите правни последици. Без значение, дали става въпрос за трудов договор или допълнително споразумение по чл. 119 КТ, последиците възникват, респективно се променят, **само ако страните договорят/променят този от двата модалитета, който ги поражда**. Разбира се, когато договорят и двата модалитета, всеки един и от тях, независимо от другия поражда своите специфични последици. Практиката много често дава примери, които оборват впечатлението, че посочените изводи са ясни, безспорни и лесни за прилагане. Изложението сочи само малка част от случаите, *в които не се прави разлика между последиците, които клаузата и срокът предизвикват*. Така например, когато по едно срочно правоотношение, с допълнително споразумение по чл. 119 КТ се договори клауза за изпитване, правоотношението продължава да е срочно и то с този срок, който вече съществува по него. **Срокът на клаузата за изпитване по никакъв начин не се отразява върху вида и продължителността на заварения „срок“, не го удължава, нито скъсява, не прекратява неговото действие**⁸. Точно обратното, завареният „срок“ продължава да тече и с изтичане на своя остатък автоматично и за в бъдеще прекратява трудовото правоотношение. При условие, че искат да променят или прекратят неговото действие, то освен за клаузата за изпитване, страните трябва да постигнат изрично съгласие и за това. Аналогичен пример може да се даде, когато по правоотношението има клауза за изпитване и по реда на чл. 119 във връзка с чл. 67, ал. 3 КТ страните договорят срок. Този прекратителен срок не се отразява върху клаузата и тя продължава да е в сила, като нейният срок продължава да тече в съответния си остатък и до неговото изтичане страната, в чиято полза тя е договорена, има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение.

Клаузата за изпитване **може да се договори едновременно с всеки един срок по КТ, независимо от неговия вид и продължителност**⁹. Страните могат да договорят клаузата едновременно, както с определения срок /чл. 68, ал. 1, т. 1 във връзка с ал. 3 и ал. 4 КТ/, така и с определяемия срок, независимо дали става въпрос за срок „до завършване на определена работа“ (чл. 68, ал. 1, т. 2 КТ), „за заместване на работник или служител, който отсъства от работа“ (чл. 68, ал. 1, т. 3 КТ), „за работа на длъжност, която се заема с конкурс – за времето, докато бъде заета въз основа на конкурса“ (чл. 68, ал. 1, т. 4 КТ) или „за определен мандат“, докато длъжността бъде заета с избор (чл. 68, ал. 1,

⁸ В този смисъл Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г.

⁹ В този смисъл Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г. Решение

№ 108/25. 03. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 4838/2013 г. Решение № 155/27. 06. 2016 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 418/2016 г.

т. 5 КТ). **Двата модалитета могат да се договарят едновременно, независимо от продължителността на срока на клаузата и продължителността на прекратителния срок.** Независимо, че в практиката продължава да битува тезата, че срокът на клаузата и прекратителният срок трябва да са с една и съща продължителност, и всяко различие в тяхната продължителност е основание за незаконосъобразност на изпитването, действителни са договорките, както когато срокът на клаузата и прекратителният срок са с една и съща продължителност, така и когато са с различна продължителност, независимо от това кой е с по-голямата продължителност. И това е така, защото изтичането на срока на клаузата предизвиква напълно различни последици в сравнение с тези, които изтичането на прекратителния срок предизвиква. Независимо дали срокът на клаузата е с една и съща, по-голяма или по-малка продължителност в сравнение с продължителността на прекратителния срок, с изтичането на прекратителния срок правоотношението автоматично се прекратява на някое от основанията чл. 325, т. 2, 3, 5, 8 КТ. Също така, ако страната, в чиято полза клаузата е договорена, едностранно прекрати правоотношението, то независимо, че договореният прекратителен срок не е изтекъл, правоотношението се прекратява на основание чл. 71 КТ.

Кодексът на труда урежда различни по вид и съдържание изисквания за законосъобразността на клаузата за изпитване и на срока. **Тяхното нарушаване влече след себе си незаконосъобразност на модалитета, за който се отнасят, като обаче по никакъв начин не се отразява върху законосъобразността и действието на другия модалитет**¹⁰. За целите на изложението посочвам няколко примера, които често се срещат в практиката. Изискването определеният срок да се договаря за изпълнение на временна, краткосрочна или сезонна за работодателя дейност (по арг. чл. 68, ал.1, т. 1 във връзка с ал. 3 КТ)¹¹ не се отнася за клаузата за изпитване, съответно неговото неспазване не се отразява върху нейната законосъобразност. Страните имат право да договорят изпитване на длъжност, която изпълнява, както краткосрочна, временна или сезонна за работодателя дейност, така и такава, която изпълнява дългосрочна, трайна или постоянна негова дейност. Също така, незаконосъобразността на договорения в противоречие на чл. 68, ал. 1, т. 1 във връзка с ал. 3 КТ определен срок, не се отразява върху законосъобразността на клаузата за изпитване. Въпреки незаконосъобразността на срока, клаузата за изпит-

¹⁰ В този смисъл Решение № 98/04. 04. 2000 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1083/99 г.; Решение № 176/15. 03. 2010 г. на ВКС III г. о., по гр. д. №3022/2008 г.; Решение № 10/25. 02. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1476/2009 г.; Решение № 155/27. 06. 2016 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 418/2016 г.

¹¹ Виж повече в **Гевренова**, Нина, По някои въпроси за определените срокове на индивидуалните трудови правоотношения. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. д. ю.н. Васил Мръчков. София: Труд и право, 2014, 281–286 и в **Мръчков**, Васил. Трудово право, 233–234.

ване поражда своите последици и нейният титуляр има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение.

На следващо място, превръщането на трудов договор за неопределено време в договор за определен срок става само при наличие на изрично писмено искане на служителя като писмената форма е форма за действителност (по арг. чл. 67, ал. 3 КТ). Липсата на такова писмено искане е самостоятелно основание за обявяване на незаконосъобразността на договорения по реда на чл. 119 КТ определен срок¹². Това изискване се отнася само за определения срок и безспорно няма отношение към законосъобразността на договорената с допълнително споразумение по чл. 119 КТ клауза за изпитване. Липсата на изрично писмено съгласие на служителя за въвеждането на клаузата за изпитване по съществуващо трудово правоотношение, не е основание за нейната незаконосъобразност, и титулярът на клаузата има право едностранно да прекрати правоотношението¹³.

Анализът на клаузата за изпитване изисква отговор на въпроса **дали по своя характер тя не е едно условие**. Независимо, че проблемът има само теоретично значение, за пълнотата на изследването, клаузата се сравнява с прекратителното и с отлагателното условие. Прекратителното условие е бъдещо несигурно събитие, с чието настъпване възникналите от договора правни последици се заличават с обратна сила¹⁴. В този контекст, упражняването на правото на едностранно прекратяване би могло „да играе ролята“ на събждане на „клаузата“ като прекратително условие. Така например работодателят ще прекрати правоотношението, ако „...не счита служителя за подходящ...“, а служителят, от своя страна ще го прекрати, ако „...не счита работата за подходяща...“. Съответно, ако клаузата бе прекратително условие, всички упражнени и възникнали до прекратяването субективни трудови права и задължения биха се заличили с обратна сила. Нека видим дали е така. По силата на императива в чл. 70, ал. 3 КТ по време на изпитването страните имат всички права и задължения, както при окончателен трудов договор. Следователно **възникналото трудово правоотношение се запазва независимо от това дали се прекратява въз основа на клаузата за изпитване или продължава да съществува след изтичане на нейния срок**. Всички упражнени трудови права и задължения се запазват, независимо от това коя от страните е прекратила правоотношението въз основа на клаузата за изпитване, в кой момент го е прекратила и т. н. Прекратяването на основание клаузата за изпитване действа само за в бъдеще и не заличава с обратната сила съществуващото до тогава трудово правоотношение и уп-

¹² Виж повече в **Гевренова**, Нина, цит съч., 296–287.

¹³ Виж в този смисъл Решение № 53/19. 03. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2907/2013 г.

¹⁴ Виж повече за прекратителното условие в **Таджер**, Витали, цит съч. 225–228; **Павлова**, Мария, цит съч., 497–502.

ражнените по него права и задължения (по арг. чл. 70, ал. 3 КТ). В резултат, безспорно е, че клаузата **не предизвиква правните последици, които прекратителното условие поражда и по своя характер не е прекратителното условие**¹⁵.

Отлагателното условие е бъдещо несигурно събитие, до чието настъпване правоотношението не възниква, събдването на условието има обратна сила и правните последици от договора се пораждат от момента на неговото сключване¹⁶. В този смисъл, изтичането на срока на клаузата и липсата на прекратяване от страна на нейния титуляр би могло да се приеме, че „играят“ ролята на събдване на отлагателното условие. Например работодателят няма да прекрати правоотношението въз основа на клаузата, ако „...хареса служителя.“, който от своя страна, няма да го прекрати, ако „...хареса работата.“. Съответно, до този момент трудовият договор не би трябвало да поражда каквито и да са последици, включително да поражда субективни трудови права и задължения за страните. Това обаче не е така. По силата на чл. 70, ал. 3 КТ до изтичане на срока на изпитване между страните има трудово правоотношение, по което те упражняват своите права и задължения, както при окончателен трудов договор. Така например, при сключване на трудов договор с клауза за изпитване работодателят е длъжен да връчи на служителя екземпляр от длъжностна характеристика (по арг. чл. 127, ал.1, т. 4 КТ) и да го запознае с трудовите задължения, които произтичат от заеманата длъжност (по арг. чл. 62, ал. 6 КТ). Той трябва да регистрира договора пред териториалната дирекция на Националната агенция за приходите (по арг. чл. 62, ал. 3 КТ), преди да допусне служителя до работа, да му да предостави екземпляр от договора, копие от заверено уведомление по чл. 62, ал. 3 КТ, писмено да удостовери постъпването на работа на служителя (по арг. чл. 63, ал. 4 КТ) и т. н. Независимо от наличието на клаузата за изпитване, работодателят има право да разпределя работното време на служителя с оглед своя интерес (по арг. чл. 139 КТ във връзка с чл. 4а Наредбата за работното време, почивките и отпуските), да организира и контролира работата на служителя, да реализира дисциплинарна отговорност (по арг. чл. 186-198 КТ), имуществена отговорност (по арг. чл. 203–211 КТ) и т. н. Служителят от своя страна има право на платен годишен отпуск (по арг. чл. 155-156 КТ), на всички други видове отпуски (по арг. чл. 157–171а КТ), на всички видове трудови възнаграждения (по арг. чл. 242–272 КТ и Наредбата за структурата и организацията на работната заплата), на социално битово обслужване (по арг. чл. 292-300 КТ) и т. н. При условие, че въз основа на клаузата работодателят незаконосъобразно прекрати трудовото

¹⁵ В този смисъл в **Радоилски**, Любомир, цит съч., 281–282, **Василев**, Атанас, цит. съч., 149.

¹⁶ Виж повече за отлагателното условие в **Таджер**, Витали. цит съч. 225–228; **Павлова**, Мария. цит съч., 497–502.

правоотношение, служителят има право на защита и може да предяви всеки един от исквете по чл. 344, ал. 1, т. 1, 2, 3, 4 КТ и т. н. Следователно, клаузата за изпитване **не поражда правните последици, които отлагателното условие предизвиква, и не е отлагателно условие**¹⁷.

2. Правна същност

Клаузата за изпитване не е срок, нито е условие, а ***е модалитет със специфична и различна от тях правна природа***. Теза, която независимо че е вярна, не дава отговор на най-важния въпрос и по-точно, каква е нейната същност като различен модалитет. Характерът на клаузата за изпитване се определя от тези правни последици, които само тя предизвиква по трудовото правоотношение. Клаузата се договаря, за да могат страните в процеса на работата да се „изпитат“ една друга и да „изпитат“ конкретните условия по правоотношението. В този смисъл, клаузата задоволява една нормална, обективна и разбираема нужда на всяка една от страните да прецени различните параметри на работата, да ги сравни със своите очаквания и да формира своето решение. Работодателят преценява способността на служителя да изпълнява договорената длъжност, уменията му да усвоява и да прилага съществуващите правила; изпълнението на възлаганите му задължения и задачи; способността му да се адаптира към работната среда, екипа, останалите служители и т. н. Служителят пък преценява интензивността и тежестта на натоварването; естеството на задачите и начина на тяхното възлагане и отчитане; условията на труд, материалната база, техническата обезпеченост; отношението на мениджърите, взаимоотношенията с останалите служители и т. н.

Страните обаче не придобиват нови, различни или с различно съдържание права, които да ги подпомагат или облекчават в това „изпитване“. Нито работодателят, нито служителят придобиват и упражняват „права в повече“ или „права със специфично съдържание“, които да им послужат, за да „преценят“ по-правилно, по-бързо или по-лесно условията по правоотношението. ***„Изпитването“ се прави само и единствено чрез упражняване на тези права, които съществуват и са на разположение на страните по всеки един друг трудов договор, по който няма клауза за изпитване***. Например, работодателят „изпитва“ служителя, като възлага изпълнение на задължения по длъжността (длъжностната характеристика), а не някакви други и специално създадени за целите на клаузата задължения. Той възлага и организира работата на изпитвания служител в рамките на работното време, с оглед нормалната и обичайна за останалите натовареност и т. н. От своя страна служителят „изпитва“ работата, като упражнява тези права, които и без клаузата има на разположение, включително правото на почивка, на платен и

¹⁷ В този смисъл в Радоилски, Любомир, цит. съч., 281, Василев, Атанас, цит. съч., 149.

другите видове отпуск, на възнаграждение и т. н. Разбира се, и за двете страни е важно да използват клаузата за изпитване по възможно най-ефективния за тях начин, за да придобият достоверна представа и да вземат правилното за себе си решение. За тази цел обаче, работодателят и служителят разполагат с обичайните, нормалните и съществуващи по всяко едно правоотношение права и задължения, и само от тяхното умение и опит зависи дали и доколко ще успеят. Следователно, **клаузата не поражда повече на брой, нито с различно съдържание трудови права и задължения, чието използване да реализира или да подпомага „изпитването“ в процеса на изпълняваната работа.**

Единствената промяна, която клаузата внася в съдържанието на трудовото правоотношение, е субективното право на страната, в чиято полза тя се договоря, едностранно да го прекрати. Става въпрос за **субективно потестативно право**, защото със своето *едностранно волеизявление, въпреки и независимо от волята на насрещната страна, титулярът на клаузата внася правна промяна по правоотношението, като прекратява неговото съществуване*. Субективното право не е предмет на настоящето изследване и за това без да се подлага на подробен и задълбочен анализ, се посочват тези негови белези, които имат значение за клаузата за изпитване.

Субективното право **възниква и съществува само и единствено по силата на договорената в трудовия договор клауза за изпитване**, съответно при липса на такава, не възниква и неговото упражняване е незаконосъобразно само на това основание. Законодателят урежда вида, съдържанието, титуляра и последиците, които правото предизвиква, но то възниква и се упражнява само, защото страните договарят клауза за изпитване. Това е единствената хипотеза, при която субективно потестативно право на едностранно прекратяване се упражнява не по силата на закона, а въз основа на взаимното съгласие на страните. Вярно е, че Кодексът на труда урежда и други случаи, при които правоотношението се прекратява по силата на постигнатото взаимно съгласие на страните (по арг. чл. 325, т. 1 и чл. 331 КТ), но при клаузата за изпитване става въпрос за нещо напълно различно. **Договорената клауза е правното основание, въз основа на което, страната, в чиято полза тя се договоря, едностранно и независимо от волята на другата страна, с оглед своя интерес прекратява правоотношението.**

Страната, в чиято полза е клаузата, **прекратява трудовото правоотношение без предизвестие**, от момента, в който насрещната страна получи писмено волеизявление (по арг. чл. 71 КТ във връзка с чл. 335, ал. 2, т. 3 КТ). Страната **не дължи тези обезщетения**, които ако би прекратила на някое от останалите основания по смисъла на КТ, трябва да заплати. Това правно положение засяга най-вече работодателя, който в повечето от случаите на едностранно прекратяване по реда на чл. 327 или по реда на чл. 328 КТ заплаща обезщетения (по арг. чл. 220, чл. 221 и чл. 222 КТ). От правилото има две

изключения, които се отнасят за обезщетения, които работодателят изплаща независимо от основанията за прекратяване. Става въпрос за обезщетението за натрупан, неизползван и непогасен по давност платен годишен отпуск по чл. 224 КТ и обезщетението по чл. 222, ал. 3 КТ, когато към момента на прекратяването служителът е придобил право на пенсия за осигурителен стаж и възраст и не е получавал обезщетение на това основание преди това. Също така, когато работодателят прекратява правоотношението на основание на клаузата за изпитване, *служителят не се ползва от предварителната закрила по смисъла на чл. 333 КТ*, независимо от това на кое от основанията и на колко от основанията има право на такава закрила¹⁸. Въз основа на клаузата за изпитване, работодателят има право да прекрати правоотношението с всеки служител, независимо дали ползва закрила по силата на Кодекса на труда и/или по силата на колективен трудов договор, дали закрилата е абсолютна или относителна и т. н.

Субективното право се упражнява **по преценка на страната, в чиято полза клаузата се договаря, независимо от представянето на „изпитваната“ страна**. Титулярът на клаузата има право да прекрати правоотношението, както на „недобре“, така и на „много добре“ и дори на „най-добре“ изпълняваща трудовите си задължения насрещна страна. И това е резултат, от факта, че **начинът, по който изпитваната страна се представя, не е елемент от основанията за прекратяване на правоотношението**. Без правно значение за прекратяването е дали тя изобщо не се справя или се справя приемливо, добре или дори много добре с оглед изискванията и очакванията на изпитващата страна. След като резултатите от „изпитването“ не са елемент от основанията за прекратяване, то те не подлежат на съдебен контрол, защото контролът би бил по целесъобразност, а не по законосъобразност. Следователно, правото се упражнява **само и единствено с оглед суверенната преценка на страната, в чиято полза е клаузата за изпитване, дали иска едностранно да прекрати или иска да запази трудовото правоотношение**¹⁹. Разбира се решението следва в най-голяма степен да зависи от представянето на изпитваната страна, но това е без правно значение. Едва ли някой разумен работодател би прекратил правоотношението с много добър или отличен служител само, защото клаузата за изпитване му позволява да го направи по много лесен за него начин. Също така, нелепо е да се твърди, че служителът би прекратил правоотношение, по което работата го удовлетворява, оценяват го и му заплащат възнаграждение с оглед очакванията, има добра работната среда и т. н., само защото клаузата е в негова полза.

Това, което обаче е важно и следва изрично да подчертая, е че **нито начинът, по който изпитваната страна се представя, нито начинът, по кой-**

¹⁸ В този смисъл **Милованов**, Крюгер. цит. съч., 80.

¹⁹ В този смисъл във **Василев**, Атанас, цит. съч., 147; **Милованов**, Крюгер. цит. съч., 80

то изпитващата страна я преценява, са елементи от основанието за едностранно прекратяване въз основа на клаузата за изпитване. За това и изводът е, че титулярът на клаузата упражнява правото и едностранно прекратява правоотношението само, защото с оглед своя интерес не желае то да продължи да съществува за в бъдеще. В този смисъл, обвързването на субективното право на едностранно прекратяване с „отрицателната преценка“ без изричното обяснение, че не става въпрос за преценка на изпитваната страна, а за бъдещото запазване на правоотношението, не може да бъде споделено. Определянето на „отрицателната преценка“ като предпоставка за законосъобразно упражняване на правото на едностранно прекратяване е некоректно и в противоречие с уредбата в Кодекса на труда. Независимо от съображенията, поради които се прави, то въвежда в заблуждение и създава неправилни очаквания на служителите в качеството им на изпитвана по трудовите договори страна²⁰.

Разбира се субективно право, което предоставя такива възможности за лесно и бързо прекратяване, може да съществува само за определен и сравнително кратък период от време по трудово правоотношение. По силата на чл. 71, ал. 1 КТ страната, в чиято полза е договорено изпитването, може да прекрати правоотношението само в рамките на срока на клаузата. *С изтичане на срока на клаузата за изпитване субективното право автоматично се прекратява*, без да е необходимо страните да правят нарочни волеизявления в този смисъл. По своя характер срокът е преклузивен, защото неговото изтичане *предизвиква правните последици, каквито всеки един преклузивен срок поражда, независимо че Кодексът на труда урежда хипотези, в които той спира да тече*²¹.

Могат да се направят няколко извода за клаузата за изпитване като специфичен по характера си модалитет по трудовото правоотношение. На първо място, тя е правното основание за съществуването и упражняването на едно субективно право, което в рамките на срока, предоставя на титуляра възможността едностранно, по своя преценка и без предизвестие да прекрати трудовото правоотношение. При неговото упражняване не се прилагат /отпадат/ най-важните и съществени правни ограничения, които закрилата на служителя предоставя, а работодателят-спазва. Клаузата за изпитване е основанието за наличието и *упражняване на право, което в сравнение с другите, уредени в Кодекса на труда права, позволява изключително бързо и лесно прекра-*

²⁰ В този смисъл в **Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**, цит. съч., 247. **Мръчков**, Васил. Трудово право, 246-247. Следва да посоча, че авторите приемат, че „отрицателната преценка“ не подлежи на съдебен контрол и не се мотивира в заповедта, с която правоотношението се прекратява. Но в същото време обвързват тази „отрицателна преценка“ само с „представянето на работника“, с „достатъчното наблюдение“ върху неговата работа и т. н.

²¹ В този смисъл в **Радоилски**, Любомир, цит съч., 283.

тяване на трудовото правоотношение²². За това и **субективното право на едностранно прекратяване може да се характеризира като правния „инструмент“, който законодателят за целите на „изпитването“ предоставя.**

3. Момент на договаряне на клаузата за изпитване

Законодателят урежда едно специфично изискване по отношение на момента, в който страните под страх от недействителност трябва да договорят клаузата за изпитване. По силата на чл. 70, ал. 1 КТ клаузата за изпитване предхожда окончателното приемане на работа на служителя. Както посочих, „окончателно приемане на работа“ не означава сключването на нов, трудов договор или допълнително споразумение, които да установят изтичането на срока на изпитването и да „провъзгласят“ окончателното правоотношение, каквато практика все още съществува. „Окончателно приемане на работа“ означава, че след като срокът на изпитване е изтекъл, титулярът на клаузата вече не може едностранно, бързо и лесно да прекрати трудовото правоотношение. С преклудирание на неговото право *трудоовото правоотношение „възстановява“ своето обичайно, в този смисъл „окончателно“ съдържание*. Какво се оказва? При условие, че страните са договорили **длъжността, но не са договорили нейното изпитване**, то и правото на прекратяване, което се упражнява въз основа на клаузата за изпитване, не е възникнало. *След като правото не съществува и не може да се упражни, то и трудовото правоотношение е възникнало в „окончателното“ си съдържание по смисъла на чл. 70, ал. 1 КТ*. В този случай, клаузата, която се „включва“ след като по правоотношението вече има договорена длъжност, **не предхожда, както законодателят изисква, а следва във времето „окончателното приемане на работа на служителя“**. Изводът, който трябва да се направи е, че **клаузата за изпитване трябва да се договоря едновременно с длъжността, за чието изпитване се въвежда**. При условие, че се „включва“ в съдържанието на правоотношението, след като длъжността вече е договорена, то клаузата нарушава императива в чл. 70, ал. 1 КТ, недействителна е и не поражда правни последици. Посоченото правило *се прилага, независимо дали длъжността и клаузата за нейното изпитване се договорят в трудов договор или в допълнително споразумение по реда на чл. 119 КТ*.

Законодателят не въвежда ограничения по отношение на вида на споразумението, в което клаузата за изпитване се договаря, и **страните имат право да я договорят както в трудов договор, така и в допълнително споразу-**

²² Спецификата на субективното право на прекратяване на основание клаузата за изпитване и разликата между него и останалите субективни права на страните, особено на работодателя, едностранно да прекратяват правоотношението се отчита и посочва в **Радоилски**, Любомир, цит съч., 283; **Василев**, Атанас, цит. съч., 147; **Милованов**, Крюгер, цит. съч. 80; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 246.

мнение по реда на чл. 119 КТ²³. Този извод следва да бъде изрично посочен, защото бавно и трудно в практиката се преодолява разбирането, че клаузата за изпитване може да се договаря само при първоначалното сключване на трудовия договор, но не и впоследствие с допълнително споразумение по чл. 119 КТ. Разбира се и в двата случая, *нейната действителност зависи от това дали длъжността, за която изпитването се договаря, е първата (единствената) между страните*.

4. Предмет на договаряне и граници на договорната свобода

Клаузата за изпитване включва следните три елемента: длъжността, за която изпитването се въвежда; срока, в който изпитването е в сила, и страната/страните, в чиято полза е изпитването. **Нито един от тези елементи самостоятелно не представлява клауза за изпитване и не предизвиква специфичните за нея правни последици**. За това, договарянето на клаузата за изпитване изисква страните да постигнат съгласие по всеки един от трите елемента.

Длъжността, за чието изпитване, клаузата се договаря, поставя най-много и с най-голяма сложност въпроси, на които изложението следва да даде отговор. Законодателят императивно урежда **забрана за договаряне на повече от една клауза за изпитване между едни и същи страни за една и съща длъжност (по арт. чл. 70, ал. 5 КТ)**²⁴. Спазването на всеки един от параметрите на тази забрана, е предпоставка за действителността на клаузата за изпитване, съответно нарушаването на който и да от е тях, **е основание за нейната недействителност**. Налице е съществено и в същото време необходимо ограничаване на договорната свобода на страните по трудовото правоотношение. Отчитайки специфичните възможности за лесно и бързо прекратяване на правоотношението, които клаузата предоставя, **законодателят трябва да ограничи нейното повторно (многократно) договаряне**. В противен случай, постоянното наличие на клаузата за изпитване, не само би поставило под риск, но изцяло би лишило от смисъл прилагането на основни за трудовото право институти, целящи закрилата за служителя, в това число предварителната закрила при уволнение, прекратяването с предизвестие, изплащаните от работодателя при прекратяването обезщетения и т. н.

²³ В този смисъл трайната практика на ВКС в Решение № 366/28. 04. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1023/2009 г.; Решение № 338/27. 09. 2011 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 64/2011 г.; Решение № 344/29. 11. 2011 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1407/2010 г.; Решение № 95/18. 04. 2012 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1604/2010 г.; Решение № 160/08. 05. 2015 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 4811/2014 г.

²⁴ В този смисъл трайната практика на ВКС в Решение № 366/28. 04. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1023/2009 г.; Решение № 369/03. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 3037/2013 г.; Решение № 07/04. 02. 2014 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 3029/2013 г.; Решение № 261/07. 11. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1477/2014 г.

Законовата забрана е абсолютна и нейното прилагане не може да се дерогира с частноправно волеизявление, независимо дали става въпрос за едностранно волеизявление, договорна клауза или норма в недържавен източник на трудовото право. Всяко едно волеизявление, което в противоречие на забраната урежда „възможност“ за договаряне на повече от една клауза за изпитване на една и съща длъжност между едни същи страни, е недействително. То не поражда правни последици и всяка една, втора във времето клауза между същите страни, за същата като предходната длъжност, е недействителна. При условие, че страната, в чиято полза тя е договорена, едностранно прекрати правоотношението, е налице незаконосъобразно прекратяване с всички правни последици от това.

Забраната е в сила за неопределен период от време (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Законодателят забранява договарянето на нова клауза независимо от продължителността на периода от време, който изминава между първата и втората във времето клаузи за изпитване. Под страх от недействителност, страните нямат право да договорят нова клауза за същата длъжност, независимо че от първата са изминали 1 месец, 1 година, 5 или 10 години, 20 години и т. н. **Забраната е в сила независимо от това дали между първата и втората клаузи за изпитване служителят е изпълнявал друга или други длъжности.** Страните нямат право да договорят нова клауза за изпитване, въпреки че след длъжността по първата клауза служителят е изпълнявал друга или други напълно различни от нея длъжности. Те не могат да договорят нова клауза, независимо, че след като правоотношението по първата е прекратено и служителят е работил при друг или други работодатели, или изобщо не е полагал труд по трудово правоотношение²⁵.

Забраната е в сила за едни и същи страни по трудовото правоотношение и не се отнася за различни, в смисъл страни по други трудови правоотношения (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Докато по отношение на служителя забраната не поставя никакви специфични въпроси, то нейното прилагане по отношение на работодателя поражда множество проблеми. На първо място възниква въпросът дали новият работодател по смисъла на чл. 123 и чл. 123а КТ може на собствено основание да договаря клауза за изпитване със служител, който „се прехвърля“, или е „обвързан“ от клаузата със стария му работодател. Във всяка една от хипотезите по чл. 123 и чл. 123а КТ е налице едновременно прекратяване на работодателя по съществуващото правоотношение и поява на нов, различен от него работодател. Независимо от това, трудовото правоотношение не се прекратява, а се „прехвърля“ и запазва в правната сфера на новия работодател. Посочената промяна настъпва по силата на закона, въпреки и независимо от волята и поведението на служителя, стария и новия му работодател. Налице е специфично по своята същност правопримство,

²⁵ В този смисъл Решение № 261/07. 11. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1477/2014 г.

при което новият работодател замества стария като страна по съществуващото трудово правоотношение. По силата на императива в чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ правата и задълженията на стария работодател, които са в сила към датата на промяната, се прехвърлят на новия работодател.

Това положение се нуждае от няколко уточнения. С оглед своя източник субективните права и задължения по трудовото правоотношение, се разделят на две големи групи. Първата група включва тези, които възникват по силата на нормативен източник, независимо дали става въпрос за държавен или недържавен източник (колективен трудов договор, правилник за вътрешния трудов ред, вътрешни правила за работната заплата и други). Втората група включва права и задължения, които възникват по силата на взаимното съгласие между страните, независимо дали то се обективира в трудов договор или в допълнително споразумение по чл. 119 КТ. Въпросът е **дали всички съществуващи към датата на промяната права и задължения се прехвърлят на новия работодател, или само една част от тях, и ако е само част, кои се включват в нея.** Държавните източници продължават да регулират трудовото правоотношение след датата на промяната и пораждат права и задължения, съобразно фактическите обстоятелства при новия работодател. Правните норми на колективния трудов договор продължават да уреждат правата и задълженията и след промяната, но при спазване на изисквания на чл. 55, ал. 2 КТ, която се явява специална по отношение на чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ разпоредба. Не на последно място, правилникът за вътрешния трудов ред, вътрешните правила за работната заплата и другите вътрешни правилници на стария работодател прекратяват своето действие, защото от датата на промяната влизат в сила съответните правилници на новия работодател и те продължават за в бъдеще да регулират трудовите отношения. Следователно, законодателят няма предвид, че уредените по силата на нормативните актове права и задължения се запазват в лицето на новия работодател, а **само тези, които са възникнали и съществуват по силата на изричната договорка между служителя и стария работодател.** По силата на императива на чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ, въпреки и независимо от своята воля новият работодател получава в своята правна сфера **всички договорени и съществуващи към датата на промяната субективни трудови права и задължения.** Като правопреемник на стария работодател, той получава субективните права и задълженията с това съдържание и естество, каквото те имат към датата на промяната.

Следователно, може да се направи извод, че възможностите на новия работодател да договори клауза за изпитване зависят от наличието на такива по трудовото правоотношение на прехвърления служител²⁶. Възможни са ня-

²⁶ В този смисъл Решение № 178/18. 02. 2000 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 1132/99 г.; Решение № 188/21. 05. 2013 г. на ВКС, IV г. о., по гр. д. № 795/2012 г.

колко хипотези. При условие, че старият работодател е договорил клауза за изпитване, чиито срок е изтекъл към датата на промяната, то **новият работодател не може да договоря такава със служителя**. Забраната за договаряне на нова клауза за изпитване на една и съща длъжност е в сила за стария работодател и по силата на чл. 123, ал. 2 или чл. 123а, ал. 2 КТ е част от правата и задълженията, които се прехвърлят на новия работодател. **Тя се прехвърля от стария върху новия работодател и го лишава от възможността да договаря клаузата за изпитване за съществуващата към момента на промяната длъжност.** Независимо, че новият работодател никога не е договарял такава клауза със служителя за съответната длъжност, той няма право на това. При условие, че въпреки забраната, новият работодател договори клауза за изпитване и въз основа на нея едностранно прекрати трудовото правоотношение, е налице незаконосъобразно прекратяване. Следва да посоча, че няма правна пречка, новият работодател да договори клауза за изпитване за друга, различна от съществуващата към момента на промяната длъжност, и ако тя е в негова полза едностранно да прекрати трудовото правоотношение.

Напълно различни са *правните последици при условие, че към момента на промяната по чл. 123 или чл. 123а КТ има клауза за изпитване, чиито срок не е изтекъл*. Поради факта, че **срокът на договорената между стария работодател и служителя клауза за изпитване не е изтекъл, клаузата е в сила и е част от правата и задълженията, които се прехвърлят от стария на новия работодател** (по чл. 123, ал. 2 и чл. 123а, ал. 2 КТ). Клаузата за изпитване става част от трудовото правоотношение между новия работодател и служителя като нейният срок продължава да тече в своя остатък. Независимо, че клаузата не е предмет на взаимното съгласие между страните, поради факта, че към датата на промяната е в сила, тя поражда своите правни последици. Новият работодател и служителят са обвързани от договорените между стария работодател и служителя параметри, включително: в чия полза изпитването е договорено, с каква продължителност е срокът за изпитването и колко от него вече е изтекъл и т. н. За това и страната, в чиято полза е клаузата за изпитване, има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение. В практиката много често се поставя въпросът дали титулярът на клаузата трябва да изчака да мине време след промяната, за да може реално да изпита насрещната страна и чак тогава да прекрати правоотношението. *Отговорът е отрицателен*, защото „изпитването“ и резултатите от него не са елементи от основанието за упражняване на правото на едностранно прекратяване. Достатъчно е клаузата за изпитване да е в сила, за да има право *страната, в чиято полза тя е договорена, законосъобразно да упражни своето субективно право*. Както новият работодател, така и служителят имат право да прекратят правоотношението **веднага след промяната по чл. 123 или по чл. 123а КТ или да изчакат**, колкото желаят, стига разбира се срокът на изпитването все още да тече.

Интерес представлява отговорът на въпроса дали предприятието ползвател има право да договаря клауза за изпитване със служител, който е бил изпратен при него да изпълнява временна работа, при условие, че същият вече е бил изпитван за същата длъжност от предприятието, което осигурява временна работа. Спецификата на правната конструкция, в рамките на която правата и задълженията на „типичния“ работодател се разпределят между два субекта: предприятие, което осигурява временна работа, и предприятие ползвател²⁷, дава възможност за различни интерпретации и изводи. Независимо от това, считам, че отговорът на поставения въпрос следва да е положителен поради няколко причини. На първо място предприятието ползвател не е работодател на изпратения от предприятието, което осигурява временна работа, служител. Вярно е, че то използва работната сила на този служител, възлага му изпълнението на трудови задължение, организира и контролира тяхното изпълнение (по арг. чл. 107р, ал. 1 във връзка с чл. 107т и чл. 107ф, ал. 2 КТ). Също така, предприятието ползвател упражнява едни от най-важните за работодателя права, в това число съставя и връчва длъжностната характеристика, определя работното място, разпределя работното време и т. н. Въпреки това, предприятието ползвател не е работодател на изпратения да изпълнява временната работа служител, не учредява и прекратява трудовото правоотношение, не изплаща неговото трудово възнаграждение, не му предоставя платен годишен отпуск е т. н. По силата на чл. 107р във връзка с чл. 107с КТ работодателят е предприятието, което осигурява временната работа, независимо че част от неговите права и задължения са прехвърлени на предприятието ползвател. На следващо място, предприятието, което осигурява временна работа, и предприятието ползвател са различни субекти и упражняват различни права и задължения. Законодателят последователно и категорично прави това разграничение, включително като урежда различни предпоставки по отношение на тяхното създаване и функциониране (по арг. 107р, ал. 7 КТ), както и по отношение на изискванията за сключване на трудовия договор за извършване на работа чрез предприятие, което осигурява временна работа (по арг. чл. 107р, ал. 2 и 3 КТ). Не на последно място, законодателят не урежда каквото и да

²⁷ Виж повече за особеностите на трудовите правоотношения между служителите, предприятието ползвател и предприятието, което осигурява временна работа в **Мингов**, Емил. Особенности на трудовите правоотношения на работниците и служителите с работодател, осигуряващ временна работа. *Норма*, 2012, №2, 16–17; **Койчева**, Райна. Някои правни въпроси на труда чрез предприятие, осигуряващо временна работа. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. д. ю.н. Васил Мръчков. София: Труд и право, 2014, 245–262; **Мръчков**, Васил. Трудов договор с предприятие, което осигурява временна работа, Трудови отношения. Книга-годишник. София: Труд и право, 2013, 409–413; **Генова**, Ярослава. Предприятието ползвател в индивидуалното трудово правоотношение. Пловдив: УИ „Паисий Хилендарски“, 2015, 90–143 и **Мръчков**, Васил. Трудово право, 264–277.

е правоприемство между предприятието, което осигурява временна работа, и предприятието ползвател по отношение на трудовите права на служителя. Точно обратното, Кодексът на труда забранява всяка една хипотеза, която би ограничила възможностите на служителя да учредява трудово правоотношение с предприятието ползвател по време или след като правоотношението с предприятието, което осигурява временна работа, бъде прекратено (по арг. 107р, ал. 5 и 6 КТ). След като става въпрос за различни правни субекти, между които няма правоприемство, не намирам сериозни аргументи в подкрепа на тезата, че предприятието ползвател няма право да договаря клауза за изпитване по трудов договор със служител, който преди това е бил изпратен да работи при него от предприятие, което осигурява временна работа. Считам, че на общо правно основание договорената по този начин клауза за изпитване не противоречи на Кодекса на труда, действителна е и поражда своите правни последици.

През последните няколко години в практиката на част от съставите на ВКС се прави едно много широко и според мен неправилно тълкуване на забраната за договаряне на повече от една клауза за изпитване за една и съща длъжност, между едни и същи страни. В решения на ВКС²⁸ се приема, че макар формално да не противоречи на чл. 70, ал. 5 КТ, защото сключеният трудов договор е първи между страните за изпълняваната работа, клаузата за срок за изпитване е недействителна, поради заобикаляне на закона. Аргументите са, че тя не преследва типичната ѝ и позволена цел да провери годността на работника за изпълняваната работа, а цели прекратяване на договора по облекчения за работодателя ред по чл. 71, ал. 1 КТ. По всяко от делата става въпрос за отделни трудови договори с клаузи за изпитване, които един и същ служител сключва с двама, различни като субекти работодатели. ВКС обаче приема, че става въпрос не за реално, а за формално спазване на изискванията на чл. 70, ал. 5 КТ поради няколко причини. На първо място, съдът счита, че става въпрос не за „реално“, а за „формално“ нов работодател, когато двамата работодатели имат едни и същи собственици на капитала, седалище, адрес на управление, представители и/или управител. На следващо място, според съда фактът, че старият работодател е дал положителна оценка /препоръка/ на служителя потвърждава тезата, че целта на клаузата да се направи проверка на годността на служителя вече е изпълнена. Не на последно място, в едното решение се посочва, че двамата работодатели „кооперация и дружество“ не са разграничавани от „работещите там“ и са „възприемани като едно“.

Не мога да споделя посочените изводи, по няколко основни причини. На първо място, ВКС смесва фигурата на работодателя с фигурите на собственика, на представителя и на управителя. По смисъла на легалната дефиниция

²⁸ Виж Решение № 118/04. 06. 2015 г. на ВКС, III г. о., по гр. д. № 6968/2014 г.; Решение № 26/28. 02. 2018 г. на ВКС, III г. о., гр. д. № 2545/2017 г.

в ДР, пар. 1, т.1 КТ работодателят е този, който използва работната сила по трудовото правоотношение, а не този, който притежава собствеността, нито този, който представлява работодателя по правоотношенията. След като има отделни и различни като субекти работодатели, каквито ВКС приема за доказано че са налице, обстоятелствата, свързани с тяхната собственост или представителство, нямат правно значение. На следващо място работодателят, а не неговият управител или представител, е този, който използва работната сила, и за това изпитва служителя, респективно преценява дали да продължи или не трудовия му договор. Без значение е кои са лицата, които представляват работодателя и от негово име сключват и прекратяват трудовия договор, възлагат работа и „физически“ изпитват служителя и т. н. В този смисъл, посочената практика не само влиза в противоречие с КТ, но и *създава един опасен прецедент за бъдещо прилагане на забраната по чл. 70, ал. 5 КТ не с оглед работодателя, а с оглед собственика или физическото лице, което го представлява.*

Забраната за изпитване е в сила за една и съща работа (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Първият въпрос, който трябва да намери отговор, е дали законодателят използва „работата“ в широкия смисъл на понятието като трудова дейност или в тесния смисъл като трудова функция (длъжност). Разбирана като трудова дейност, „работата“ се характеризира с помощта на множество правни белези, в това число: място на работа, организацията и условия на работа, естество и съдържание на работата и т. н. В тесния смисъл, като трудова функция (длъжност) работата също се характеризира с различни белези, включително: наименование на длъжността, съдържание и естество на изпълняваните трудови задължения, необходима професионална квалификация за изпълнение и т. н. След като в двата варианта анализът на работата се прави въз основата на различни правни белези, то ***очевидно и изводите дали работата е една и съща или различна по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ ще бъдат различни, съответно и страните ще разполагат с различни възможности при договаряне на нова клауза за изпитване.*** Без каквото и да е съмнение, става въпрос за работата в тесния смисъл на понятието, или по друг начин казано за **трудова функция (длъжността) по трудовото правоотношение**²⁹. Това е логичен резултат от факта, че трудовата функция (длъжността) показва съдържанието на основата престация, която служителят предоставя по правоотношението и само **промяната в трудова функция (длъжността) може да доведе до различната работа по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ.** Промяната

²⁹ В трайната си практика ВКС преценява реалните трудови функции, задължения, които длъжностите изпълняват. В този смисъл Решение № 366/28. 04. 2010 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 1023/2009 г.; Решение № 344/29. 11. 2011 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 1407/2010 г.; Решение № 215/17. 07. 2012 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 722/2011 г.; Решение № 369/03. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 3037/2013 г.; Решение № 07/04. 02. 2014 г. на ВКС III г. о., по гр. д. № 3029/2013 г.; Решение № 27/25. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2868/2013 г.; Решение № 350/29. 10. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2458/2014 г.

в който и да е от останалите правни белези, в това число: мястото на работа, разпределението на работното време, трудовите норми, в условията на труд **не води до различна работа, съответно до възможност за договаряне на ново изпитване**. Точно обратното, **независимо, че мястото на работа, работното време, трудовите норми или условията на труд са съществено променени, страните не могат да договорят нова клауза за изпитване, защото работата по тяхното отношение не е различна и забраната по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ е в сила**. При условие, че страните договорят нова клауза за изпитване, тя противоречи на императивната забрана и е недействителна, съответно едностранно прекратяване на правоотношението, което се основава на тази уговорка е незаконосъобразно.

След като **забраната е в сила за една и съща трудова функция (длъжност)**, следващият въпрос е кой или кои от белезите на длъжността имат значение за нейния анализ по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ. Въпросът е от особено значение, защото длъжността се характеризира с множество белези, в това число: наименование и код по Националната класификация на професиите и длъжностите (НКПД), необходима професионална квалификация за нейното заемане, необходими качества за нейното изпълнение, място в структурата на работодателя и т. н. Напълно очаквано, тук длъжността се определя с помощта на този белег, който разкрива нейното съдържание и същност, тоест става въпрос за **трудовете задължения, които определят съдържанието и същността на всяка една длъжност**. *Конкретният набор от трудови задължения, които служителят изпълнява, индивидуализира длъжността и я прави идентична или различна в сравнение с всички останали длъжности, които съществуват при работодателя.* От всички посочени правни белези, **по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ значение имат само съдържанието, естеството и броя на трудовете задължения, които длъжността включва**. Следователно, **само тяхното изменение може да доведе до промяна на съществуващата длъжност (работа), тест до различна длъжност (работа) по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ**.

Този извод има голямо практическо значение в няколко отношения. Разликата в наименованието, кода по НКПД, образованието, професионалната квалификация, мястото в йерархичната структура и т. н. **не е достатъчна, за да бъде направен извод дали става въпрос за еднакви или различни длъжности**. Независимо от приликите и разликите в посочените белези, **преценката трябва да се направи въз основа на изпълняваните трудови задължения**. Напълно възможно е, длъжности с напълно различни наименования да са идентични, при условие, че изпълняваните по тях задължения съвпадат. И обратното, длъжности с идентични наименования, да са различни, защото трудовете задължения се с различно съдържание и естество. Много често след като променят наименованието на длъжността, кода по НКПД, с който тя се регистрира пред НАП или променят необходимото за заемането

образование, страните считат, че са променили самата длъжност, съответно имат основание да договорят нова клауза за изпитване. Това е една от най-честото срещаните в практиката заблуди, която обаче води до недействителност на клаузата за изпитване и до незаконосъобразност на извършеното въз основа на недействителната клауза едностранно прекратяване.

След като длъжността се определя с помощта на трудовите задължения, то изводът за това какво е „една и съща длъжност“ по смисъла на чл. 70, ал. 5 КТ се извежда лесно. Без съмнение, **едни и същи са тези длъжности, чиито трудови задължения изцяло съвпадат по брой и по съдържание**. Следва да посоча, че **анализът на задълженията се прави не въз основа на терминологичното (словесното) им обозначаване, а въз основа на тяхното съдържание**. Едни и същи са тези задължения, които изискват едно и също поведение или въздържане от такова от страна на служителя, независимо че са формулирани с помощта на различни словосъчетания. Различни пък са задълженията, които задължават служителя да извършва различни по съдържание и естество дейности, независимо че за обозначаването им се използват едни и същи словосъчетания. Следователно *под страх от недействителност страните нямат право да договарят изпитване за длъжност, която е с идентични на предходната трудови задължения*. При условие, че го направят, клаузата противоречи на законовата забрана, недействителна е и не поражда правни последици (по арг. чл. 70, ал. 5 КТ). Страната, в чиято полза изпитването се договоря, няма право да прекратява правоотношението въз основа на клаузата, и ако го направи, прекратяването е незаконосъобразно само на това основание.

През последните години практиката на ВКС наложи тълкуване на чл. 70, ал. 5 КТ, което разшири приложното поле на забраната за договаряне на изпитването. Независимо, че законодателят забранява клаузата за изпитване само на едни и същи длъжности, ВКС трайно я прилага и по отношение на **сходните длъжности**³⁰. В резултат, *под страх от недействителност страните нямат право да договарят изпитване, както за длъжност, която е с идентични на предходните трудови задължения, така и за изпитване на длъжност, която е със сходни на предходните задължения*. При условие, че го направят, клаузата влиза в противоречие с императива в чл. 70, ал. 5 КТ, недействителна е и не поражда правни последици. Страната, в чиято полза клаузата се договоря, няма право едностранно да прекратява правоотношението, и ако го направи, прекратяването е незаконосъобразно само на това основание. В резултат, за целите на забраната за изпитване, има **три различ-**

³⁰ Сравнявайки трудовите функции (задължения) ВКС установява частично съвпадане и частична разлика и преценява тяхното сходство в Решение № 369/03. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 3037/2013 г.; Решение № 27/25. 02. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2868/2013 г.; Решение № 53/19. 03. 2014 г. на ВКС IV г. о., по гр. д. № 2907/2013 г.

ни категории длъжности, както следва: идентични, сходни и различни. Идентични са тези, чиито трудови задължения напълно съвпадат, **сходните** са тези, чиито трудови задължения частично съвпадат и частично се различават, като обаче повечето на брой или по-съществените задължения съвпадат, а разликата е при по-несъществените или при по-малко на брой задължения. **Различни** остават да са длъжностите, чиито трудови задължения са изцяло или съществено различни.

Независимо, че подкрепям този подход, считам, че освен положителните моменти, следва да посоча и рисковете, които той крие. Прилагането на забраната само за идентичните длъжности предоставя много повече възможности за нейното заобикаляне с цел запазване за максимално дълъг период от време на възможността за лесно и бързо едностранно прекратяване на правоотношението. В този случай, с минимална промяна в броя или в съдържанието на задълженията по изпълняваната длъжност, работодателят може да „възпроизвежда“ нови длъжности, за които съответно да договаря и ново изпитване. В този смисъл прилагането на забраната не само за идентичните, но и по отношение на сходните длъжности, поставя много по-сериозни прегради пред възможностите за нейното заобикаляне. Така съществено се затруднява възпроизвеждането на „едни и същи длъжности“ само и единствено с цел запазване на правото за лесно и бързо прекратяване на правоотношение. В този смисъл, подходът следва да бъде положително оценен с оглед ограничаване на злоупотребата с права и ефективната закрилата на служителите.

В същото време, разширителното тълкуване на чл. 70, ал. 5 КТ предоставя по-голяма свобода и възможност за проява на субективизъм от страна на съда. Поради факта, че идентичността на длъжностите изисква пълно съвпадане на трудовите задължения, нейното установяване не предоставя свобода в преценката на съда, съответно в решаването на трудовия спор. За разлика от нея, сходството между длъжностите представлява частично съвпадане и частична разлика в задълженията, и неговото установяване предоставя много по-голяма свобода в направата на конкретната за всеки отделен случай преценка. Съдът преценява значението и тежестта на еднаквите и на различните задължения в сравняването от него длъжности и въз основа на своето вътрешно убеждение определя техния характер. Възможно е той да реши, че длъжностите са сходни, независимо, че различните им задължения са повече на брой от еднаквите. Както и обратното, независимо че само едно или две задължения са различни, поради факта, че са съществените за длъжностите, според него са достатъчни за извода, че длъжностите са различни. Като резултат, често в практиката различните съдебни инстанции постановят решения, в които едни и същи длъжности се определят като различни, сходни и дори като еднакви. Фактът, че могат да се дадат множество подобни примери не представлява изненада, защото е пряка последица от суверенната и конкретна за всеки отделен случай преценка на съдебния състав. Разбира се, изложението

не иска да внуши, че съдът е субективен или неподготвен правилно да решава съответните спорове. Точно обратното, считам, че независимо от опита и богатата практика, подходът, който изисква конкретна преценка, впоследствие позволява и различното тълкуване и решаване на трудовите спорове. В същото време въпросите, свързани със забраната за договаряне на изпитване, са важни и с голямо практическо значение, и считам, че е необходимо ВКС да се произнесе с Тълкувателно решение с цел уеднаквяване на съдебната практика.

В Кодекса на труда **няма ограничения по отношение на броя на клаузите за изпитване**, които едни и същи страни имат право да договорят по трудовото правоотношение. Следователно те **имат право да договорят неограничен брой клаузи, стига всяка една от тях да е за изпитване на длъжност, която се различава от всички предходни длъжности**. Подчертавам, че става въпрос за длъжност, която трябва да се различава не само от предходната, а от всички длъжности, които са съществували по трудовите правоотношения между същите страни. Като че ли изводът има по скоро теоретично, а не практическо значение, защото едва ли твърде често се срещат случаи, при които с оглед своето образование и квалификация, служителите могат да заемат и изпълняват повече от четири-пет различни длъжности. Независимо от това, е важно е че по силата на Кодекса на труда, **всяка нова и различна от предходните длъжност е основание за договаряне на нова клауза за изпитване**.

Законодателят не урежда други, различни от посочените ограничения по отношение на длъжността, за която изпитване се договаря. Следователно, страните имат право да договорят изпитване **за всяка длъжност, независимо от сложността, тежестта и естеството на трудовите задължения, както и независимо от вида и степента на образованието, което се изисква за нейното заемане**. В този смисъл чл. 70, ал. 1 КТ, който урежда, че изпитването се договаря, когато работата изисква да се провери годността на служителя да я изпълнява, създава едно **напълно невярно впечатление**, което много често води до неправилно тълкуване и прилагане в практиката. Разпоредбата подвежда, че става въпрос само за длъжности с „особено естество“ или с „особена сложност“, които да налагат и необходимостта от изпитване на „годността“ на служителя да се справи с тяхното изпълнение. Тя е некоректна и в още едно отношение, и по-точно, че ако длъжностите не са с подобно „специфично“, в смисъл „сложно“ за изпълнение съдържание, уговорка за тяхното изпитване не може да се договаря.

Това не е вярно поради няколко аргумента. Подобно тълкуване влиза в противоречие с всички останали алинеи на чл. 70 и чл. 71 КТ, които **не съдържат аргументи в подкрепа на тезата, че договарянето на изпитването зависи от съдържанието на длъжността и не е допустимо за всички длъжности**. Също така договарянето на изпитване само за една част от

длъжностите, и по-точно тези, **които са по-сложни/специфични за изпълнение, води до пряка дискриминация на служителите, които ги заемат.** Те се оказват в **по-неблагоприятно в сравнение с всички останали служители правно положение**, защото трябва да търпят правните последици от изпитването, и работодателят може лесно и бързо да прекратява само техните трудови правоотношения. Служителите, които не изпълняват такива сложни/специфични длъжности, се оказват съществено облагодетелствани, поради факта, че по техните отношения изпитване „не може да се договаря“. В този смисъл считам, че както запазването на текста в Кодекса на труда, така и механичното му възпроизвеждането от страна на теорията, не само не подпомагат, а реално затрудняват тълкуването и прилагането. Изводът е, че клаузата за изпитване може да се договаря, както за длъжности с еднотипни, не особено сложни за изпълнение дейности, които не изискват опит, висока степен на образование или особено умения, така и за длъжности, включващи сложни, разнообразни и трудни за изпълнение дейности, изискващи висока степен на образование, опит и множество умения³¹.

Вторият елемент от клаузата за изпитване е срокът, в който тя е в сила и поражда специфичните си правни последици (по арг. чл. 70, ал. 1 КТ). Постигайки съгласие за срока, страните договарят **периода от време, в рамките на който субективното право на едностранно прекратяване въз основа на клаузата за изпитване, може да се упражни.** Страните договарят срок, чиято продължителност не може да е повече от 6 месеца (по арг. чл. 70, ал. 1 КТ). Правната норма е диспозитивна с императивен максимум и **не позволява договарянето на по-дълъг от 6 месеца срок**³². Всяка договорна клауза, която определя по-голяма продължителност, влиза в противоречие с императива на разпоредбата, недействителна е и не поражда правни последици. Налице е частична недействителност, при която разпоредбата в чл. 70, ал. 1 КТ замества недействителната уговорка и срокът на изпитване по конкретното правоотношение е 6 месеца. Законодателят не урежда минимална продължителност на срока, затова страните разполагат с пълна свобода да договорят всяка една продължителност, която реализира техния интерес. Действителни са уговорки, които определят срок на изпитването от 1 седмица, 1 месец, 4 месеца, 5 месеца и половина и т. н. Страните могат да договорят срокът да тече в месеци, в календарни или дори в работни дни, стига сумарно да не надвишава 6-те календарни месеца. При условие, че страните са договорили клауза за изпитване, *но са пропуснали да договорят срока на нейното действие*, разпоредбата на КТ замества липсващата клауза и срокът е 6 месеца.

Законодателят не урежда забрана за договаряне на срокове с различна продължителност, в случаите когато клаузата е в полза и на двете страни по

³¹ Виж **Милованов**, Крюгер. цит. съч., 79; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 264–277.

³² Виж **Василев**, Атанас, цит. съч., 148; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 246.

правоотношението (по арг. чл. 70, ал. 1 КТ). Следователно, **действителни са както сроковете с една и съща, така и тези с различна продължителност на действие на клаузите за изпитване в полза на работодателя и на служителя**. Допустима е всяка една от следните хипотези: сроковете по двете клаузи да са с една и съща продължителност; срокът на клаузата в полза на работодателя да е по-дълъг в сравнение със срока на клаузата в полза на служителя или срокът на клаузата в полза на служителя да е по-дълъг от този на клаузата в полза на работодателя.

Страните могат да договарят продължителността на срока, **но не и момента, в който той започва или спира да тече, както не и момента, в който срокът изтича** (по арг. чл. 70, ал. 4 КТ). Срокът започва да тече от момента, в който служителят не само постъпва на работа, но и реално започва да изпълнява длъжността, за която изпитването е договорено. При условие, че той постъпва на работа, но вместо да изпълнява трудовите си задължения, се включва в различни обучения, тренинги, инструктажи и други, срокът не започва да тече. Съответно срокът тече винаги, когато служителят изпълнява длъжността, и спира да тече, когато не го прави, независимо от причината за това. Посочените правни положения се уреждат императивно в Кодекса на труда и страните нямат право да ги договарят по начин, който им противоречи. Въпреки това, в практиката се срещат договорки, които в противоречие на чл. 70, ал. 4 КТ определят момента, в който срокът на клаузата за изпитване започва, респективно спира да тече. Така например, срокът на изпитване започва да тече два месеца след учредяване на правоотношението, независимо, че служителят е започнал своята работа още на седмия ден от сключване на трудовия договор; или, че срокът не тече, когато служителят е в командировка, независимо, че и тогава той изпълнява длъжността, за която изпитването е договорено.

В практиката все по-често се поставя един интересен въпрос, на който изложението следва да отговори. Дали става въпрос за нова клауза за изпитване или за същата клауза с променен срок в случаите, когато преди срокът по съществуващата клауза за изпитване да е изтекъл, с допълнително споразумение по чл. 119 КТ страните удължат неговата продължителност. Разбира се, при положение, че това удължаване е в рамките на 6 месечната максимална продължителност на срока на клаузата за изпитване. В зависимост от отговора възникват различни правни последици. При условие, че е налице нова клауза за изпитване, тя нарушава императивната забрана за повече от една клауза за една и съща длъжност, между едни и същи страни по правоотношението. И обратното, ако се „запазва“ съществуващата клауза, то тя не само е действителна, но и предоставя възможност на страната, в чиято полза е договорена, за един по-дълъг период от време едностранно да прекрати правоотношението.

Моето мнение е, че става въпрос за нова, втора във времето клауза за изпитване поради следните аргументи. Независимо, че в клаузата за изпитване

има три елемента, нито един от тях не е самостоятелен и „различен“ от нея модалитет и затова всяка промяна в елементите е всъщност промяна на клаузата за изпитване. В този смисъл **промяната на „срока“ като един от трите елемента в състава на клаузата за изпитване и е промяна на самата клауза като модалитет.** А всяка промяна на вече съществуващата по правоотношението клауза на практика означава договаряне на нова такава, което както вече бе посочено е допустимо само за нова за страните длъжност, каквато в случая липсва. Следователно, така нареченото „удължаване“ на срока на клаузата на практика е договаряне на втора във времето клауза за изпитване на една и съща длъжност между едни и същи страни. Новата клауза противоречи на императивната забрана в Кодекса на труда, недействителна е и не поражда правни последици.

Третият елемент от клаузата за изпитване е страната, в чиято полза изпитването се договаря (по арг. чл. 70, ал. 2 КТ). Законодателят предоставя свобода на страните при договарянето на това, в чия полза е клаузата за изпитване, респективно – кой има право едностранно да прекрати трудовото правоотношение. Клаузата може да е в полза само на едната страна, независимо дали става въпрос за работодателя или за служителя, както и в полза на двете страни³³. При условие, че пропуснат да договорят в чия полза е изпитването, е налице частична недействителност, при която разпоредбата на чл. 70, ал. 2 КТ замества липсващата клауза, и изпитването се счита в полза и на двете страни.

В практиката се поставя въпросът коя от разпоредбите, тази по чл. 66 КТ, по чл. 67 КТ или по чл. 70 КТ е „водеща“ и следва да бъде посочена на първо място в трудовия договор или в допълнителното споразумение по чл. 119 КТ. В продължение на години той се генерира от практиката на Инспекцията по труда, която дава задължителни предписания за изписване по точно определен ред на тези разпоредби, първо чл. 66, след това чл. 67 и най-накрая чл. 70 КТ. Според мен отговорът няма правно значение, защото не начинът на тяхната подредба, а спазването на законовите изисквания обуславя действителността на клаузата за изпитване. Проблемът, който е важен и е с реално практическо значение, е по-различен. Налице ли е клауза за изпитване, ако страните са посочили чл. 70 КТ като основание за сключване на трудовия договор или допълнителното споразумение, но в тяхното съдържание няма текст, от който да се направи заключение, че договарят клауза с такова съдържание. Отговорът следва да е отрицателен поради факта, че само **позоваването на чл. 70 КТ не е достатъчно за безспорност на извода за наличие на действителна воля на страните за пораждаване на свързаните с клаузата правни последици.** Поради техния специфичен характер, считам че следва да се търси изрично изразена воля в този смисъл, още повече че законодателят е склонен да попълва липсата на един или друг елемент, който страните са пропуснали да

³³ Виж **Василев**, Атанас, цит. съч., 147; **Мръчков**, Васил. Трудово право, 245.

договорят в състава на клаузата, но само при условие, че изрично са изразили желание за нейното наличие по правоотношението.

5. Изводи

Клаузата за изпитване е специфичен по своята природа модалитет, който поражда различни в сравнение със срока правни последици. Целта на клаузата е да позволи на титуляра, включително и на работодателя, лесно и бързо да прекрати правоотношението, когато не желае то да продължава да съществува за в бъдеще независимо от причините за това. Тя е правното основание за упражняването на специфично субективно право, което позволява изключително бързо и лесно прекратяване на трудовото правоотношение. Разбира се законодателят съществено ограничава възможностите за съществуването на това субективно право, уреждайки забрана за договаряне на повече от една клауза за изпитване за една и съща длъжност между едни и същи страни по правоотношението. Прилагането на различните параметри на забраната поставя множество практически проблеми, на които теорията не дава аргументирани отговори.

В същото време действащата правна уредба създава допълнителни затруднения във връзка с прилагането и тълкуването на клаузата за изпитване. В този смисъл, преосмислянето и промяната в разпоредбата на чл. 70 КТ би отразило безспорно установени към момента правни положения и би подпомогнало избягването на такива за в бъдеще. **Правилно би било de lege ferenda** използваната в разпоредбите на чл. 70 и чл. 71 КТ терминология „срок за изпитване“ да се замени с „клауза за изпитване“. **Предложението de lege ferenda е разпоредбата в на чл. 70 КТ** да се промени, както следва: алинея 1 „Страните имат право да договорят клауза за изпитване със срок на действие до 6 месеца. Клаузата за изпитване се договаря едновременно с длъжността, за чието изпитване се въвежда“; алинея 2 „Страните договарят в чия полза е клаузата за изпитване и ако не го направят, се приема, че клаузата за изпитване е в полза и на двете страни“; алинея 3 „По време на действие на клаузата на изпитване страните имат и упражняват всички трудови права и задължения“, алинея 4 „В срока на действие на клаузата за изпитване не се включва времето, през което работникът или служителят не е изпълнявал длъжността, за чието изпитване клаузата е договорена“ и алинея 5 „За една и съща длъжност с един и същ работник или служител и с един и същ работодател се договаря само една клауза за изпитване“. **Предложението de lege ferenda е разпоредбата в на чл. 71 КТ** да придобие следното съдържание: „До изтичане на срока на действие на клаузата за изпитване страната, в чиято полза тя е договорена, може да прекрати договора без предизвестие“.

ЛИТЕРАТУРА

- Василев**, Атанас. Трудово право. [Учебно помагало]. Бургас: БСУ, 1997. 608 с.
- Гевренова**, Нина. По някои въпроси за определените срокове на индивидуалните трудови правоотношения. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнината на проф. д.ю.н. Васил Мръчков. София: Труд и право, **2014**, 277–298.
- Генова**, Ярослава. Предприятието ползвател в индивидуалното трудово правоотношение, Пловдив: УИ „Паисий Хилендарски“, 2015. 376 с.
- Койчева**, Райна. Някои правни въпроси на труда чрез предприятие, осигуряващо временна работа. В: Юбилеен сборник, посветен на 80-годишнина на проф. д.ю.н. Васил Мръчков, София: Труд и право, 2014, 245–262.
- Милованов**, Крюгер. Трудов договор. Сключване. Изменение. Прекратяване. 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2008.
- Мингов**, Емил. Особенности на трудовите правоотношения на работниците и служителите с работодател, осигуряващ временна работа. *Норма*, 2012, №2, 12–28.
- Мръчков**, Васил. Договорът в трудовото право. София: Сиби, 2010. 288 с.
- Мръчков**, Васил, Красимира **Средкова**, Атанас **Василев**. Коментар на Кодекса на труда. 12 прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2016. 1224 с.
- Мръчков**, Васил. Трудов договор с предприятие, което осигурява временна работа. Трудови отношения. Книга-годишник. София: Труд и право, 2013.
- Мръчков**, Васил. Трудово право. 10. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2018. 1000 с.
- Павлова**, Мария. Гражданско право. Обща част. 2. прераб. и доп. изд. София: Софи-Р, 2002. 680 с.
- Радоилски**, Любомир. Трудово право на Народна република България. София: ДИ Наука и изкуство, 1957. XVIII, 760 с.
- Средкова**, Красимира. Трудово право. Специална част. Дял I. Индивидуално трудово право. [Лекции]. С., Унив. изд. Св. Кл. Охридски, **2011**. 544 с. (Цит. лит.: под линия и в кр. на всяка гл.; предм. поазалец: с. 533–541).
- Таджер**, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял II. [Учебник за студенти-юристи]. Плевен: печ. Ал. Пъшев, 1973. 384 с.

Дадена в Катедра „Трудово и осигурително право“ – април 2019 г.
Рецензент – проф. д-р Емил Мингов