
УДК 349.2

К. Ю. МЕЛЬНИК,

*доктор юридичних наук, старший науковий співробітник,
начальник кафедри трудового та господарського права
навчально-наукового інституту підготовки фахівців кримінальної міліції
Харківського національного університету внутрішніх справ,*

В. Я. ГОЦ,

*кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності
навчально-наукового інституту права та масових комунікацій
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ УКЛАДАННЯ ТА ЗМІНИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

Досліджено проблеми законодавчого визначення поняття «трудовий договір», порядку застосування випробування та конкурсного відбору при прийнятті на роботу, а також окремі проблеми застосування переведень і переміщень. Надано рекомендації із вдосконалення відповідного законодавства.

Проблематика трудового договору є однією із найбільш важливих та дискусійних у науці трудового права. Її важливість обумовлена пе-

редусім тим, що трудовий договір був і залишається центральним інститутом трудового права. Фундамент розуміння трудового договору

заклав ще Л. С. Таль на початку XX ст. Характерні особливості трудового договору вбачає учений в тому, що встановлювані ним відносини розраховано на тривале існування, що ним, за загальним правилом, робоча сила особи, яка зобов'язалась до роботи, значною мірою поглинається і спрямовується на здійснення чужих завдань і що, крім конкретних зобов'язань, встановлюваних договором, між сторонами виникають особливі відносини влади і підпорядкування [1, с. 97].

Надалі трудовий договір досліджували такі яскраві представники науки трудового права, як: М. Г. Александров, Б. К. Бегічев, К. М. Варшавський, І. С. Войтинський, Л. Я. Гінцбург, К. П. Горшенін, В. М. Догадов, С. О. Іванов, П. Д. Камінська, М. П. Карпушин, Р. З. Лівшиць, А. Р. Мацюк, В. І. Нікітінський, Ю. П. Орловський, А. Ю. Пашерстник, О. С. Пашков, В. І. Прокопенко, О. І. Процевський, О. В. Смирнов тощо. Разом із тим і сьогодні залишаються дискусійні моменти як у теорії трудового договору, так і в передбаченому законодавством порядку його укладання і зміни. Виходячи з цього **метою** статті є вирішення окремих проблем визначення поняття «трудова угода», порядку застосування випробування та конкурсного відбору при прийнятті на роботу, а також застосування переведень і переміщень.

Чинний сьогодні Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП) визначає трудовий договір як угоду між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядкові, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін (ст. 21).

Нагадаємо, що в першій редакції ст. 21 КЗпП трудовий договір визначався як «угода між трудящимся і підприємством, установою, організацією, за якою трудящийся зобов'язується виконувати роботу за певною спеціальністю, кваліфікацією або посадою...». Вважаємо, що остання норма більш відповідає напрацюванням вчених-трудоваків та природі трудового договору. Так, характеризуючи трудовий договір, дослідники завжди відмічали, що однією з його відмінностей від схожих до-

говорів, пов'язаних із працею в цивільному праві, є обов'язок працівника виконувати роботу певного роду, що визначається родовими ознаками відповідної посади, професії, кваліфікації [2]. Тому передбачений проектом Трудового кодексу України обов'язок працівника виконувати не тільки роботу, передбачену трудовим договором, а і певну трудову функцію, є більш справедливим і правильним.

Не вирішеною сьогодні залишається проблема встановлення випробування при прийнятті на роботу. Так, ні в теорії, ні на практиці не існує єдиної думки про те, чи можна відмовити працівнику в прийнятті на роботу, якщо він не погоджується на встановлення йому випробування при прийнятті на роботу. У теорії трудового права неодноразово висловлювалася точка зору, згідно з якою незгода працівника на встановлення випробування не може слугувати підставою для відмови у прийнятті на роботу з боку роботодавця [3, с. 32; 4, с. 313]. Так, Т. П. Яценко вказує на факультативний характер умови про випробування, оскільки вона, згідно з чинним законодавством, не входить до обов'язкових умов. З огляду на це недосягнення угоди про випробування не є перешкодою для укладання трудового договору чи контракту [4, с. 313]. Непослідовною є позиція Н. О. Мельничук, яка спочатку зазначає, що, використовуючи своє право встановити випробування працівнику, який приймається на роботу, з метою перевірки відповідності дорученій роботі, роботодавець вправі відмовити в прийнятті на роботу працівнику, який не погодився на випробування, і така відмова не вважатиметься необґрунтованою [5, с. 90], а далі вказує на те, що роботодавець не вправі відмовити працівнику в прийнятті на роботу, коли він відмовляється від випробування, якщо працівник документально підтвердить свій рівень кваліфікації, добросовісне ставлення, тривалий час виконував таку роботу [5, с. 93]. О. С. Пашков зазначав, що хоча така умова передбачена законом, її включення в договір допускається тільки за взаємною згодою сторін. При запереченні з боку працівника договір або відкидається, або укладається без даної умови [6, с. 259]. Дійсно, підбираючи персонал, роботодавець може використати надане законодавством право встановлювати випробування особам, які приймаються на роботу, з метою перевірки відповідності їх роботі, що доручається. У випадку отримання незгоди на встановлення випробування від особи, що приймається на роботу, роботодавець вправі

або відмовити їй у прийнятті на роботу, або, враховуючи певні обставини, укласти трудовий договір без такої умови.

Більше того, вважаємо, що будь-яка факультативна (додаткова) умова, яку одна зі сторін вимагає закріпити в трудовому договорі, набуває обов'язкового значення і недосягнення згоди з приводу такої умови не приводить до виникнення трудових правовідносин. Додатковими умовами трудового договору відповідно до ст. 40 проекту Трудового кодексу України є ті, що стосуються умов праці, випробування, застережень щодо нерозголошення комерційної таємниці та іншої захищеної законом інформації, професійної підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівника тощо. Додатковими умовами можуть встановлюватися обов'язки роботодавця щодо поліпшення умов праці, виробничого побуту, умов відпочинку, надання працівникові соціально-культурних, соціально-побутових благ.

Кодекс законів про працю України обмежує випробування певними строками. Так, відповідно до ст. 27 КЗпП, строк випробування при прийнятті на роботу, якщо інше не встановлено законодавством України, не може перевищувати трьох місяців, а в окремих випадках, за погодженням з відповідним виборним органом первинної профспілкової організації, – шести місяців. Строк випробування при прийнятті на роботу робітників не може перевищувати одного місяця.

Разом із тим, якщо звернутися до спеціального законодавства, зокрема порівняти норми ст. 27 КЗпП з нормами ст. 17 Закону України «Про міліцію» та п. 3 Положення про проходження служби рядовим і начальницьким складом органів внутрішніх справ, можна переконатися, що в останньому випадку встановлюється значно триваліший термін випробування (до одного року). Уявляється, що така диференціація не є виправданою, оскільки мета та наслідки встановлення випробування у всіх випадках є аналогічними. З огляду на зазначене вважаємо за доцільне встановити граничний шестимісячний випробувальний термін для осіб рядового та начальницького складу органів внутрішніх справ.

Не можна погодитися з тим, що до осіб, для яких не встановлюється випробування, ст. 47 проекту Трудового кодексу України віднесла переможців конкурсного відбору на заміщення вакантної посади. Так, у юридичній літературі практично одностайним є розуміння мети проведення конкурсу, яка полягає в перевірці від-

повідності особи вимогам, що ставляться для зайняття тієї чи іншої посади та забезпеченні зайняття посади кращим із кандидатів. Як зазначає В. І. Прокопенко, особливим порядком підбору працівників на посади є конкурс, який дозволяє відбирати на заняття певної посади кращого з претендентів [7, с. 171]. Підтримуючи таку позицію, А. В. Андрушко зазначає, що конкурс є важливим правовим способом раціонального підбору кадрів до органів державної служби, що дозволяє не тільки покращити комплектування її органів, але й забезпечує в майбутньому потрібний рівень їх функціонування. Науковець підкреслює, що важливість конкурсного порядку прийняття громадян на державну службу очевидна, адже це той фактор, який має гарантувати об'єктивність оцінки ділових, професійних, моральних якостей претендента і, як наслідок, – ефективність його майбутньої роботи [8, с. 66].

Вбачається, що конкурс у трудовому праві є змаганням, яке проводиться з дотриманням певного порядку у випадках, передбачених законодавством чи рішенням роботодавця, з метою визначення на підставі певних критеріїв найкращого для зайняття вакантної посади серед осіб, які беруть у ньому участь. Під випробуванням при прийнятті на роботу слід розуміти певний проміжок часу, обумовлений угодою сторін у процесі укладення трудового договору, в ході якого роботодавцем здійснюється перевірка відповідності працівника роботі, яку він має виконувати за трудовим договором.

Отже, і випробування, і конкурс схожі в тому, що їх встановлення дозволяє виявити, чи відповідає особа вимогам, що ставляться для зайняття тієї чи іншої посади. У той же час слід відзначити й суттєві відмінності між цими правовими явищами. Так, конкурсний відбір, який проводиться до укладання трудового договору і є підставою для його укладання, дозволяючи виявити кращого серед кандидатів за певними критеріями, не завжди виявляє всі якості його особистості як учасника певного трудового процесу. У цьому плані більш інформативним буде саме випробування, яке є умовою трудового договору та передбачає достатньо тривале вивчення особистих і ділових якостей працівника, оцінювання результатів його роботи, можливість взаємодії з іншими працівниками. Не виключається ситуація, коли переможець конкурсу буде виконувати роботу на певному робочому місці не краще, ніж кандидати, які показали гірші результати. Таким чином, не зовсім коректно обмежувати в такий спосіб право роботодавців у доборі персоналу.

Кодекс законів про працю України (ст. 33) передбачає право роботодавця на переведення працівника строком до одного місяця на іншу роботу, не обумовлену трудовим договором, без його згоди, якщо вона не протипоказана працівникові за станом здоров'я, для відвернення або ліквідації наслідків стихійного лиха, епідемій, епізоотій, виробничих аварій, а також інших обставин, які ставлять або можуть поставити під загрозу життя чи нормальні життєві умови людей, з оплатою праці за виконану роботу, але не нижчою, ніж середній заробіток на попередній роботі.

Якщо ж слідувати букві закону, то переведення на іншу роботу без згоди працівника у вищезазначених випадках є примусовою працею, а Конституція України в ст. 43 забороняє примусову працю. Тому, на наш погляд, щоб допустити таке переведення без згоди працівника, треба оголосити надзвичайний стан на тій чи іншій території і тільки тоді мати можливість переведення на іншу роботу без згоди працівника.

Слід звернути увагу на норму про переміщення працівників, яка передбачена у проекті Трудового кодексу України (ст. 78): «Якщо інше не обумовлено трудовим договором, роботодавець має право без згоди працівника перемістити його на інше робоче місце, в інший структурний підрозділ у тій самій місцевості, доручити роботу на іншому обладнанні в межах його трудової функції та кваліфікації, якщо це не протипоказано за станом здоров'я, без зміни істотних умов трудового договору».

Якщо проаналізувати ст. 78 «Переміщення» та ст. 40 «Зміст трудового договору» Проекту, можна побачити, що в першому випадку застосовується термін «істотні умови трудового договору», а в другому – термін «обов'язкові

умови трудового договору». Вбачається, що йдеться про однакові категорії, однак із метою запобігання невинуватим розходженням та недопущення помилок при користуванні нормативним матеріалом необхідно залишити один термін. На наш погляд, таким повинен бути термін «істотні умови трудового договору». У ст. 78 Проекту застосовується термінологічна конструкція «трудова функція та кваліфікація», а відповідно до ст. 40 Проекту термін «трудова функція» охоплює категорію «кваліфікація». Більше того, категорія «трудова функція» входить до більш широкої категорії «істотні умови трудового договору», яка теж вживається у зазначеній нормі ст. 78 Проекту, а отже, змінити трудову функцію без зміни істотних умов трудового договору неможливо. Тому вважаємо за необхідне залишити в нормі ст. 78 Проекту лише термін «істотні умови трудового договору».

Необхідно вказати на ще одне суперечність між статтями 78 та 40 Проекту. Так, відповідно до ст. 78 Проекту роботодавець має право без згоди працівника перемістити його в інший структурний підрозділ, а відповідно до ст. 40 визначення структурного підрозділу, в якому буде працювати особа, є обов'язковою умовою трудового договору, що приводить до необхідності отримання згоди працівника на його зміну.

З метою ліквідації зазначених суперечностей доцільно викласти ч. 1 ст. 78 Проекту в наступній редакції: «Якщо інше не обумовлено трудовим договором, роботодавець має право без згоди працівника перемістити його на інше робоче місце в межах структурного підрозділу в тій самій місцевості, доручити роботу на іншому обладнанні без зміни істотних умов трудового договору, якщо таке переміщення не протипоказано працівнику за станом здоров'я».

Список використаної літератури

1. Таль Л. С. Очерки промышленного рабочего права / Л. С. Таль. – М. : Моск. науч. изд-во, 1918. – 225 с.
2. Советское трудовое право : учебник / под ред. Н. Г. Александрова. – М. : Юрид. лит., 1972. – 576 с.
3. Бущенко П. А. Испытание при приеме на работу в условиях научно-технической революции / П. А. Бущенко // Проблемы социалистической законности. – 1980. – Вып. 5. – С. 30–37.
4. Яценко Т. П. Випробувальний термін в трудовому договорі (контракті) при прийомі на службу до міліції України / Т. П. Яценко // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2005. – Вип. 29. – С. 312–316.
5. Мельничук Н. О. Правове регулювання випробування при прийнятті на роботу за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Мельничук Наталія Олексіївна. – Х., 2006. – 212 с.
6. Советское трудовое право : учебник / под ред. А. С. Пашкова, О. В. Смирнова. – М. : Юрид. лит., 1988. – 608 с.
7. Прокопенко В. І. Трудове право України : підручник / В. І. Прокопенко. – Х. : Консум, 1998. – 480 с.
8. Андрушко А. В. Виникнення трудових правовідносин з державними службовцями : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 / Андрушко Алла Володимирівна. – К., 2002. – 195 с.

Надійшла до редколегії 03.09.2012

**МЕЛЬНИК К. Ю., ГОЦ В. Я. ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОСТАВЛЕНИЯ
И ИЗМЕНЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА**

Исследованы проблемы законодательного определения понятия «трудовой договор», порядка применения испытания и конкурсного отбора при принятии на работу, а также отдельные проблемы применения переводов и перемещений. Предоставлены рекомендации по усовершенствованию соответствующего законодательства.

**MELNYK K., GOTS V. SEPARATE PROBLEMS OF DRAWING UP AND CHANGING
OF THE LABOR AGREEMENT**

Problems of legislative definition of the concept «labor agreement», order of application of test and competitive selection at acceptance for work, and also separate problems of application of transfers and displacements are researched. The recommendations about improvement of the relevant legislation are provided.
