

УДК 349.227

О. І. Процевський

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ  
П. 2 СТ. 40 КЗПП УКРАЇНИ**

**Анотація.** У статті охарактеризовано особливості розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу у разі виявлення невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню роботи. Визначено характерні помилки, які зустрічаються при звільненні з роботи за п.2 ст.40 КЗпП України та запропоновано шляхи їх усунення.

**Ключові слова:** розірвання трудового договору, невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі, недостатня кваліфікація, стан здоров'я.

**Аннотация.** В статье охарактеризованы особенности расторжения трудового договора по инициативе собственника или уполномоченного им органа в случае выявления несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации или состояния здоровья, препятствующих продолжению работы. Определены характерные ошибки, которые встречаются при увольнении с работы по п.2 ст.40 КЗоТ Украины и предложены пути их устранения.

**Ключевые слова:** расторжение трудового договора, несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе, недостаточная квалификация, состояние здоровья.

**Abstract.** The article showed the termination of the employment contract at the initiative of the owner or his authorized body in case of non-compliance officer position occupied or performance of work due to inadequate training and health that hamper the continued work. Characteristic errors that occur at termination of employment by Article 40 Paragraph 2 of the Labor Code of Ukraine and the ways of their elimination.

**Key words:** termination of employment contract, employee non-compliance of the occupied position or performance of work, lack of qualification and health.

Підстава розірвання трудового договору за п. 2 ст. 40 КЗпП за своїм змістом має складний характер, який становить сукупність багатьох взаємопов'язаних фактів. Так, трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності може бути розірваний роботодавцем у разі виявлення невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню даної роботи.

Таким чином, невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі має бути обумовлена: по-перше, недостатньою кваліфікацією як самостійною підставою розірвання трудового договору; по-друге, станом здоров'я як другою підставою звільнення з роботи. В цій статті не розглядається третя підстава п. 2 ст. 40 КЗпП – «скасування допуску до державної таємниці», оскільки вона не потребує

додаткових доказів, окрім рішення органів СБУ про скасування допуску до державної таємниці.

Перша і друга підстави цього пункту ст. 40 КЗпП мають свідчити про те, що вони перешкоджають працівникові продовжувати роботу, яка була обумовлена при укладенні трудового договору. Щодо третьої підстави, то вона застосовується лише тоді, коли виконання покладених на працівника обов'язків потребує доступу до державної таємниці. Категоричність такого правового припису при його застосуванні практично не викликає ніяких непорозумінь.

Помилковість роботодавців при застосуванні перших двох підстав п.2 ст. 40 КЗпП полягає в легкості розуміння ними правового припису «перешкоджають продовженню даної роботи». Саме цей припис потребує серйознішого, правом встановленого і судовою практикою визнаного, документального підтвердження.

Як і чим можна підтвердити «недостатню кваліфікацію», що обумовлює невідповідність працівника виконуваний роботі або займаній посаді? Діючі норми трудового права фактично передбачають наявність рішення двох органів, які утворюються відповідно до законодавства: кваліфікаційної або атестаційної комісії залежно від правового статусу працівника (ч. 5,6 ст. 96 КЗпП). Хоча проект Трудового кодексу у ст. 105 передбачає дещо інший правовий припис: «недостатня кваліфікація працівника підтверджується результатом атестації, іншими доказами». Що під «іншими доказами» розуміється – не пояснюється. Зауважимо, що на практиці завжди, коли правовий припис має слово «інші» – це шлях до порушення прав працівників.

Сьогодні за чинним законодавством оцінку недостатньої кваліфікації визначають кваліфікаційна або атестаційна комісії. Рішення ж про невідповідність працівника виконуваний роботі або займаній посаді та про правові наслідки цієї невідповідності на підставі висновку відповідної комісії приймає роботодавець.

Ретельне осмислення правового припису п.2. ст. 40 КЗпП виключає помилки, які, на жаль, у практиці роботодавців мають місце. По-перше, ця підстава розірвання трудового договору має виникнути тільки при оцінці виконання трудових обов'язків стосовно тієї роботи, яка була обумовлена при укладенні трудового договору. Мова йде саме про роботу і її виконання. Ні досвід роботи, ні освіта в цьому випадку значення не мають. Вирішальне значення мають тільки факти неякісного, неналежного виконання трудових обов'язків внаслідок недостатньої кваліфікації. По-друге, п. 2. ст. 40 КЗпП застосовується і тоді, коли працівник не може одержати задовільну оцінку при перевірці знань з охорони праці, пожежної безпеки тощо, якщо посадовою інструкцією забороняється допуск до роботи осіб, які не пройшли перевірку знань з питань охорони праці. І по-третє, при застосуванні п. 2. ст. 40 КЗпП роботодавець має переконатися, що неналежне виконання працівником трудових обов'язків є результатом його недостатньої кваліфікації, що в неналежному виконанні трудових обов'язків відсутня вина працівника. Якщо буде встановлена вина працівника у неналежному виконанні трудових обов'язків, то мова має йти про розірвання трудового договору за п.3 ст. 40 КЗпП як систематичне невиконання працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або

правилами внутрішнього трудового розпорядку, якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення.

Саме тому розірвання трудового договору за п.2 ст. 40 КЗпП може бути визнане правильним лише у тому випадку, якщо звільнення з роботи проведено на підставі фактичних даних, які підтверджують, що внаслідок недостатньої кваліфікації працівник не може належно виконувати покладених на нього трудових обов'язків.

Тому, на думку Верховного Суду України, не можна визнати законним звільнення з цих підстав лише з мотивів відсутності спеціальної освіти (диплома), якщо відповідно до чинного законодавства наявність її не є обов'язковою умовою виконання роботи, обумовленої трудовим договором. Проте у випадках, коли згідно із законодавством виконання певної роботи допускається після надання в установленому порядку спеціального права (водії автомобільного та електротранспорту тощо), позбавлення цього права може бути підставою для звільнення працівника з мотивів невідповідності займаній посаді або виконуваній роботі з додержанням правил ч.2 ст.40 КЗпП [1, с. 171].

До речі, проект Трудового Кодексу України врахував багаторічну судову практику, яка фактично стала судовим прецедентом і сформулював такий правовий припис: підставою розірвання трудового договору також є «втрата працівником права на керування транспортними засобами або інших дозволів, необхідних для виконання обумовленої трудовим договором роботи» (п. 3 ст. 105). І знову це слово «інші».

Цікавим з цього приводу є приклад, який стався у Головному державному управлінні охорони, використання та відтворення живих ресурсів і регулювання рибальства в Полтавській області (далі – відповідач). Обставини справи такі: наказом від 18 травня 2007 р. громадянин Ч. (далі – позивач) був прийнятий на роботу дільничним державним інспектором Головного управління «Полтавадержрибоохорона». Наказом від 18 липня 2008 року, тобто через рік, його звільнили з роботи за п.2 ст.40 КЗпП.

Рішенням Комсомольського міського суду Полтавської області від 23 жовтня 2008 року позов задоволено: Ч. поновлено на роботі на посаді дільничного державного інспектора, стягнуто з ГУ «Полтавадержрибоохорона» на його користь середній заробіток за час вимушеного прогулу в сумі 6 тисяч 26 грн. та компенсацію за завдану моральну шкоду в сумі однієї тисячі грн. Вирішено також питання про судові витрати.

Апеляційний суд Полтавської області рішенням від 22 грудня 2008 року рішення суду першої інстанції скасував та ухвалив нове рішення, яким у задоволенні позову відмовив. Відмовляючи у задоволенні позову про поновлення на роботі, Апеляційний суд Полтавської області виходив з того, що звільнення Ч. з підстав недостатньої кваліфікації є законним, оскільки відповідно до вимог посадової інструкції обов'язковою умовою для прийняття на роботу дільничним державним інспектором є кваліфікаційна вимога про наявність освіти відповідного до роботи напряму та підготовки.

Ч. звернувся до Верховного Суду України з касаційною скаргою, в якій просив скасувати рішення Апеляційного суду Полтавської області від 22 грудня 2008 р. і залишити в силі рішення першої інстанції.

Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що касаційна скарга підлягає задоволенню з підстав, які, на мій погляд, заслуговують особливої уваги, оскільки фактично є прикладом тлумачення змісту п.2 ст. 40 КЗпП [2, С. 10–11].

Колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України установила, що відповідно до посадової інструкції державний дільничний інспектор, на посаду якого прийнято громадянина Ч., повинен мати базову вищу освіту відповідного напрямку та підготовки (бакалавр або молодший спеціаліст) без вимог до стажу, водійські права та права водіння маломірних суден. Ч. ще у 2002р. отримав посвідчення водія на право керування транспортними засобами категорії В та С, а 30 травня 2007 р. йому було видане посвідчення стернового моториста к/р № 752 на право керування маломірними суднами; Ч. має диплом про середню професійно-технічну освіту за фахом слюсар з ремонту автомобілів, виданий 17 липня 1993р. Крім того, замість рішення атестаційної комісії, як з'ясувала колегія суддів Судової палати, підставою для звільнення Ч. з роботи став висновок службового розслідування від 17 липня 2008 р., яким установлено: невиконання Ч. посадової інструкції та функціональних обов'язків, що полягає в ігноруванні протягом двох місяців обов'язку щоденної передачі начальнику дільниці узагальненої інформації про результати роботи за минулу добу; порушення законодавства під час оформлення квитанцій; низькі показники в роботі. Щодо виявленої невідповідності Ч. займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації, то у висновку як підстава для звільнення вказано «виявлено недостатню кваліфікацію Ч., оскільки він був прийнятий на роботу без належної освіти».

За змістом п.2 ст.40 КЗпП підставою для розірвання трудового договору є виявлена невідповідність працівника займаній посаді внаслідок недостатньої кваліфікації. Тобто неякісне виконання роботи, неналежне виконання функціональних обов'язків можуть вважати виявленою невідповідністю займаній посаді тільки у разі, якщо вони викликані недостатньою кваліфікацією та за відсутності вини працівника в належному виконанні посадових обов'язків. Більше того перераховані роботодавцем порушення по суті є загальною оцінкою роботи працівника. Відсутні конкретні факти неналежного виконання ним трудових обов'язків саме через недостатню кваліфікацію.

Разом з тим, якщо працівник був прийнятий на роботу без наявності документа про освіту, передбаченого кваліфікаційними вимогами, він не може бути звільнений з роботи через відсутність такого документа за зазначеною статтею, тому що роботодавцю про таку невідповідність було відомо й раніше – при прийнятті працівника на роботу.

Саме вивчення судової практики про трудові спори дало підстави Пленуму Верховного Суду України стосовно п. 2 ст. 40 КЗпП зробити такий висновок: при розгляді справ про звільнення за п.2 ст.40 КЗпП суд може визнати правильним припинення трудового договору в тому разі, якщо встановить, що воно проведено на підставі фактичних даних, які підтверджують, що внаслідок недостатньої кваліфікації

або стану здоров'я (стійкого зниження працездатності) працівник не може належно виконувати покладених на нього трудових обов'язків чи їх виконання протипоказано за станом здоров'я або небезпечно для членів трудового колективу чи громадян, яких він обслуговує, і неможливо перевести, за його згодою, на іншу роботу.

До речі, з цих підстав, зокрема, може бути розірваний трудовий договір з керівником підприємства, установи, організації або підрозділу у зв'язку з нездатністю забезпечити належну дисципліну праці у відповідній структурі.

І, нарешті, ще одна характерна помилка, яка зустрічається при звільненні з роботи за п. 2 ст. 40 КЗпП, – це ігнорування вимог правового припису ч. 2 ст. 40, згідно з яким звільнення з роботи за п. 2 ст. 40 КЗпП допускаються лише тоді, коли неможливо перевести працівника, за його згодою, на іншу роботу. Цей правовий припис однозначно вказує на необхідність його застосування до усіх підстав п. 2 ст. 40 КЗпП. Але існує необгрунтована думка, згідно з якою положення ч. 2 ст. 40 КЗпП поширюється лише на випадки звільнення з роботи за станом здоров'я, яке перешкоджає продовженню роботи, обумовленої трудовим договором. При цьому посилення робиться на правовий припис ст. 170 КЗпП. Дійсно, правовий припис цієї статті стосується переведення на легшу роботу працівників, які цього потребують за станом здоров'я. Роботодавець зобов'язаний перевести, за їх згодою, на таку роботу у відповідності з медичним висновком тимчасово або без обмеження строку.

При переведенні за станом здоров'я на легшу нижчеоплачувану роботу за працівниками зберігається попередній заробіток протягом двох тижнів з дня переведення, а у випадках, передбачених законодавством України, попередній середній заробіток зберігається на весь час виконання нижчеоплачуваної роботи або надається матеріальне забезпечення за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням. Таке виключення для цієї категорії працівників зроблено з метою турботи про здоров'я та охорону праці.

Тому майбутній Трудовий Кодекс України сформулював це правило без будь-якого виключення. Роботодавець має право звільнити працівника на підставі виявленої невідповідності займаній посаді або виконуваній роботі тільки у випадку, якщо неможливе переведення працівника за його згодою на іншу роботу, що відповідає його стану здоров'я і спеціальності (кваліфікації).

До тієї ж категорії працівників, які переводяться за наявності медичного висновку, у разі виникнення потреби в набутті іншої професії навчання працівника здійснюється за заявкою роботодавця державним центром зайнятості, а на роботодавця покладається обов'язок надати роботу відповідно до спеціальності та кваліфікації, отриманої працівником. Порушення роботодавцем цього обов'язку тягне за собою стягнення заробітної плати з розрахунку тарифної ставки (окладу) до дня початку роботи (ст. 105, 80, 56 проекту Трудового Кодексу України).

## Література

1. Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України. –Х., 2006. – 655 с.;
2. Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 10.