

*Амелічева Лілія Петрівна,  
доктор юридичних наук, професор,  
професор кафедри цивільного права і процесу  
Донецького національного університету імені Василя Стуса*

*Почапська Лія Володимирівна,  
здобувачка вищої освіти  
Донецького національного університету імені Василя Стуса*

## **ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ НЕВІДПОВІДНОСТІ ПРАЦІВНИКА ЗАЙМАНІЙ ПОСАДІ, НА ЯКУ ЙОГО ПРИЙНЯТО, АБО ВИКОНУВАНІЙ РОБОТІ ПРОТЯГОМ СТРОКУ ВИПРОБУВАННЯ**

*У дослідженні окреслено переваги випробування під час прийняття на роботу та визначено проблемні моменти, що виникають в процесі випробування і встановлення невідповідності працівника. Під час проведеного дослідження проаналізовано законодавство про встановлення невідповідності працівника займаній посаді чи виконуваній роботі протягом строку випробування як підстави для розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця.*

*Розглянуто особливості процедури встановлення, проведення і визначення результатів випробування згідно з Кодексом законів про працю України та новоприйнятим у зв'язку з введенням воєнного стану Законом України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану». Наголошено на змінах, яких зазнало трудове законодавство внаслідок воєнного стану і безпосередньо положення частини 3 статті 26 КЗпП, що стосується обмежень встановлення випробування для певних категорій осіб. Підкреслено проблему, що пов'язана з обмеженнями встановлення випробування для певних категорій осіб, які не діють у період воєнного стану, та наголошено на питанні щодо необхідності встановлення таких обмежень до всіх перелічених категорій за нормальних умов. Зазначено проблеми, що стосуються виплати заробітної плати працівнику під час випробування, та наголошено на позиції Верховного Суду з цього питання. Запропоновано внести доповнення до Кодексу законів про працю України – передбачити новий обов'язок для роботодавців встановлювати чіткі та об'єктивні критерії для випробувань працівників при прийнятті на роботу. Це доповнення вирішує проблеми недостатньої стандартизації та суб'єктивності в процесі випробувань, сприяючи створенню справедливого та ефективного механізму відбору працівників роботодавцем. Також наголошено на позиції Верховного Суду щодо умов законності звільнення на підставі пункту 11 статті 40 КЗпП України з урахуванням частини другої статті 28 КЗпП України.*

*Запропоновано розробити чіткий процес оцінки працівника під час випробувального строку, та встановити перелік гарантій для працівника, який проходить випробування, що захищають його від свавілля роботодавця, і повинні бути закріплені в законодавстві.*

**Ключові слова:** відповідність працівника займаній посаді, випробувальний строк, ділова оцінка, заборона дискримінації, випробування, працівник, роботодавець, трудовий договір, трудові відносини, правове регулювання.

**Постановка проблеми.** Ділова оцінка відповідності працівника займаній посаді, на яку його прийнято, або виконуваній роботі протягом строку випробування є важливим компонентом діагностики, що може зменшити ризик конфліктів між працівниками та роботодавцями, дає можливість визначити, як його навички та кваліфікація взаємодіють з вимогами посади. Це допомагає оптимізувати робочі процеси та досягти максимальної ефективності, а також мінімізувати потребу у звільненнях. З урахуванням постійних змін у бізнес-середовищі, зокрема у зв'язку з технологічними інноваціями та новими бізнес-моделями, зазначений компонент діагностики персоналу протягом строку випробування також дає змогу роботодавцям швидше адаптуватися до нових вимог та випробувань завдяки якісно проведеному професійному добору у стислі строки випробування.

Однак на практиці нерідко під час проведення ділової оцінки персоналу можуть виникнути деякі проблеми, зокрема, правового характеру: 1) відсутність чітких критеріїв оцінки працівника при випробуванні на рівні законодавства, що ускладнює процес та може призвести до непорозумінь між сторонами; 2) недостатня об'єктивність, якщо не закріплені критерії такої оцінки у локальному акті роботодавця: оцінка може бути суб'єктивною і залежати від особистих уподобань або упереджень роботодавця. Це може призвести до некоректної оцінки працівника та спричинити неправильне рішення щодо його звільнення; 3) прояви ризиків непрямой дискримінації: випробування при прийнятті на роботу може слугувати інструментом дискримінації для певних категорій осіб, якщо роботодавець не дотримується принципу доброчесності, не має або не дотримується кодексу корпоративної етики, в якій забороняється дискримінація за будь-якими «захищеними» ознаками.

Усі ці проблеми підкреслюють важливість розробки чітких та справедливих процедур оцінки, а також врахування конкретних умов та контексту під час визначення відповідності працівника протягом випробувального строку.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Процедур встановлення невідповідності працівника його займаній посаді, або роботі, протягом строку випробування розглядають у своїх працях такі вчені: А. Ю. Денисевич, М. Д. Ждан, Т. А. Занфірова, О. О. Коваленко, В. О. Радіонова-Водяницька. Попри цінність наукових праць зазначених вчених, ця проблематика є малодослідженою, чим й обумовлюється актуальність теми цієї роботи.

**Метою статті** є виявлення проблем за тематикою дослідження і розробка пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання встановлення невідповідності працівника займаній посаді, на яку його прийнято, або виконуваній роботі протягом строку випробування.

**Основні результати.** 12 червня 2016 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Кодексу законів про працю України щодо випробування

при прийнятті на роботу», з прийняттям якого в п. 11 ст. 40 Кодексу законів про працю України була закріплена така підстава розірвання трудового договору як: «встановлення невідповідності працівника його займаній посаді, або роботі, протягом строку випробування».

Цим Законом також було доповнено ст. 26 КЗпП певними категоріями осіб, до яких випробування не встановлюється. Серед них: особи, обрані на посаду; переможці конкурсного відбору на заміщення вакантної посади; особи, які пройшли стажування при прийнятті на роботу з відривом від основної роботи; вагітні жінки; одинокі матері, які мають дитину віком до чотирнадцяти років або дитину-інваліда; особи, з якими укладається строковий трудовий договір строком до 12 місяців; особи на тимчасові та сезонні роботи; внутрішньо переміщені особи. Також цим Законом закріплено, що до строку випробування не зараховуються дні, коли працівник фактично не працював, незалежно від причини, а також зобов'язано роботодавця письмово попереджати такого працівника за три дні до звільнення.

Закон України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану», що був прийнятий внаслідок агресії РФ, фактично скасовує дію ч. 3 ст. 26 КЗпП України, оскільки згідно з ч. 2 ст. 2 при укладенні трудового договору в період дії воєнного стану умова про випробування працівника під час прийняття на роботу може встановлюватися для будь-якої категорії працівників. Скасування обмеження встановлення випробування таким особам наразі може призвести до зловживання роботодавцями перевагою, яку їм надає законодавство під час дії воєнного стану.

Обмеження встановлення випробування для таких категорій осіб: осіб, які не досягли вісімнадцяти років; молодих робітників після закінчення професійних навчально-виховних закладів; молодих спеціалістів після закінчення вищих закладів освіти; осіб з інвалідністю, направлених на роботу відповідно до рекомендації медико-соціальної експертизи; вагітних жінок обумовлено певними факторами, які роблять ці категорії не конкурентоздатними на ринку праці. Встановлення випробувального строку на роботі для таких осіб може нести потенційний ризик наразитися на дискримінацію з боку роботодавця.

Тому варто запропонувати викласти ч. 3 ст. 26 КЗпП України в такій редакції, яка буде діяти незалежно від воєнного стану: «Випробування не встановлюється при прийнятті на роботу: осіб, які не досягли вісімнадцяти років; молодих робітників після закінчення професійних навчально-виховних закладів; молодих спеціалістів після закінчення вищих закладів освіти; осіб з інвалідністю, направлених на роботу відповідно до рекомендації медико-соціальної експертизи; осіб, обраних на посаду; переможців конкурсного відбору на заміщення вакантної посади; осіб, які пройшли стажування при прийнятті на роботу з відри-

вом від основної роботи; вагітних жінок. Випробування не встановлюється також при прийнятті на роботу в іншу місцевість і при переведенні на роботу на інше підприємство, в установу, організацію, а також в інших випадках, якщо це передбачено законодавством».

Застосування п. 11 ст. 40 КЗпП, про яку вже йшла мова, може здійснюватися у разі встановлення для працівника строку випробування з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається (абз. 1 ст. 26 КЗпП України) [1]. Умова про випробування повинна бути застережена в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу.

Як зазначає М. Д. Ждан: «випробування під час прийняття на роботу – це фактична перевірка ділових і професійних якостей працівника, його здатності до виконання трудової функції чи обов'язків за видом роботи, на яку він претендує» [2].

Також у контексті цього дослідження важливо ще зауважити позицію Верховного Суду, за якою умова про випробування буде вважатися законною в таких випадках: 1) умова про випробування внесена в письмово оформлений трудовий договір і повторена в наказі про прийняття на роботу; 2) умова про випробування застережена в заяві про прийняття на роботу і повторена в наказі про прийняття на роботу; 3) умова про випробування не міститься в заяві про прийняття на роботу, але внесена в наказ про прийняття на роботу, з яким працівник ознайомлений під розписку до початку роботи; 4) умова про випробування не застережена в заяві про прийняття на роботу, але внесена в наказ про прийняття на роботу, з яким працівник ознайомлений після початку роботи і при цьому він не заперечував проти внесення в наказ такої умови [3].

У період випробування на працівників поширюється законодавство про працю. Проте на практиці часто трапляються випадки, коли роботодавець не виплачує заробітну плату в період випробування. Ці дії роботодавця можна оскаржити в порядку, встановленому для розгляду трудових спорів, посилаючись на те, що при прийнятті працівника на роботу з випробувальним терміном, роботодавець зобов'язаний укласти з ним трудовий договір згідно зі ст. 21 КЗпП України [4].

Думка А. Ю. Денисовича певною мірою суперечить цій позиції. Вчена зазначає наступне: «У випадку задоволення потреб однієї та іншої сторони трудових відносин має місце подальша пролонгація повноцінного трудового договору. Чому повноцінного? На нашу думку, трудові відносини, які існують під час проходження строку випробування при прийнятті на роботу, не можна вважати стабільними, оскільки: по-перше, це пов'язано з тим, що подальше існування трудових відносин має вольовий характер, який виражається у активних діях чи бездіяльності, під час строку випробування роботодавець не повинен

видавати наказ про звільнення працівника за п. 11 ст. 40 та з інших підстав, визначених КЗпП; по-друге, подальше існування трудових відносин залежить від активної поведінки працівника, яка виражається у виконанні належним чином покладених на нього трудових обов'язків та поданні заяви про звільнення за власним бажанням» [5, с. 113–114].

Т. А. Занфірова слушно зазначає, що уклавши трудовий договір і вдало пройшовши випробування (за наявності такого), працівник переходить на етап безпосередньої реалізації свободи праці в частині права на працю [6, с. 231]. Однак із цією позицією погодитись не можна, оскільки реалізація права на працю починається з моменту укладення договору або видачі наказу про прийняття на роботу з випробувальним терміном, а не вдалого проходження випробування.

Іншим важливим аспектом за тематикою дослідження є строк випробування. Він, якщо інше не встановлено законодавством України, не може перевищувати трьох місяців, а в окремих випадках, за погодженням із відповідним виборним органом первинної профспілкової організації, – шести місяців. Строк випробування при прийнятті на роботу робітників не може перевищувати одного місяця.

Найбільш проблемним аспектом встановлення відповідності працівника займаній посаді є сама оцінка працівника. А. Ю. Денисович зазначає, що певною мірою відбувається не зовсім повна оцінка працівника займаній посаді, якщо навіть працівник має всі необхідні критерії для цієї роботи, а з деяких причин не сподобався роботодавцю, той, в свою чергу, вирішив звільнити його у зв'язку з тим, що не пройшов випробування, то тут досить складно довести неправомірність дій роботодавця [5, с. 128], з чого випливає необхідність визначення певних критеріїв оцінки. Зважаючи на те, що кожен випадок індивідуальний, кожна посада вимагає особливих навичок і вмінь, загальні критерії, які б розповсюджувалися на всі професії і посади дуже важко. Як правильно пропонує Т. А. Занфірова, варто встановити обов'язок попереднього визначення критеріїв оцінки та допустимості результатів випробування при прийнятті на роботу. Вона вбачає необхідність у доповненні ст. 26-1 КЗпП України положенням такого змісту: «Стаття 26-1. Визначення критеріїв оцінки та допустимості результатів випробування при прийнятті на роботу Умова про випробування, що застережена в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу, повинна містити критерії оцінки проміжних та кінцевих результатів випробування, що мають відповідати Типовим критеріям оцінки результатів випробування при прийомі на роботу, затвердженим наказом Міністерства соціальної політики України» [5, с. 373–374].

Удосконалюючи цю пропозицію, варто надати такої редакції цій статті: «Стаття 26-1. Визначення критеріїв оцінки та допустимості результатів випробування при прийнятті на роботу:

1. Умова про випробування, що застережена в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу, повинна містити чіткі та об'єктивні критерії оцінки проміжних та кінцевих результатів випробування. Це може включати знання, навички, досвід та інші конкретні показники, які легко вимірюються.

2. Критерії оцінки результатів випробування повинні відповідати Типовим критеріям оцінки результатів випробування при прийомі на роботу, затвердженим наказом Міністерства економіки України.

3. Роботодавець зобов'язаний інформувати працівника, який перебуває на випробувальному строку, про встановлені критерії оцінки та допустимість результатів випробування.

4. Результати випробування повинні бути об'єктивно перевірені та визнані роботодавцем відповідними або невідповідними визначеним критеріям.

5. У випадку визнання результатів випробування невідповідними встановленим критеріям, роботодавець зобов'язаний надати письмове повідомлення працівникові з обґрунтуванням рішення та надати йому можливість висловити свою позицію.

6. Процедура встановлення критеріїв оцінки та допустимості результатів випробування регулюється законодавством та внутрішніми правилами роботодавця».

Коли строк випробування закінчився, а працівник продовжує працювати, то він вважається таким, що витримав випробування, і наступне розірвання трудового договору допускається лише на загальних підставах.

У разі встановлення роботодавцем невідповідності працівника займаній посаді, на яку його прийнято, або виконуваній роботі він має право протягом строку випробування звільнити такого працівника, письмово попередивши його про це за три дні. Розірвання трудового договору з цих підстав може бути оскаржене працівником у порядку, встановленому для розгляду трудових спорів у питаннях звільнення. Водночас, розірвання трудового договору у разі незадовільного результату випробування з ініціативи роботодавця дозволяється без згоди виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) (ст. 43-1 КЗпП) [4].

Через три дні після отримання працівником повідомлення видається наказ про звільнення з роботи за п. 11 ст. 40 КЗпП та робиться запис у трудовій книжці [7, с. 138].

Випробувальний строк для посадових осіб органів місцевого самоврядування встановлюється за спеціальними законами, а саме: ч. 2 ст. 10 України «Про службу в органах місцевого самоврядування», ч. 2 ст. 35 Закону України «Про державну службу». Відповідно до ст. 35 Закону України «Про державну службу» при призначенні особи на посаду державної служби вперше встановлення

випробування є обов'язковим. Згідно з ч. 6 ст. 35 цього суб'єкт призначення попереджає державного службовця про звільнення у письмовій формі не пізніше як за сім календарних днів, що суперечить загальній нормі. Однак, як відомо, за загальним правилом, коли виникає колізія загальної і спеціальної норми, то перевага надається спеціальній.

**Висновки.** Отже, звільнення на підставі пункту 11 статті 40 КЗпП України з урахуванням частини другої статті 28 КЗпП України має відбуватися за таких умов: 1) встановлення власником або уповноваженим ним органом невідповідності працівника займаній посаді, на яку його прийнято, або виконуваній роботи; 2) письмове попередження працівника про звільнення за три дні; 3) звільнення проводиться протягом строку випробування.

Щодо удосконалення законодавства, а саме процедури встановлення невідповідності працівника посаді чи виконуваній роботі протягом випробувального строку, варто розробити чіткий процес оцінки працівника під час випробувального строку. Це може включати регулярні оцінки від керівників, обговорення з працівником його/її продуктивності та поточні проблеми. Об'єктивності сприятиме документальне закріплення процесу випробування, включаючи всі оцінки, спостереження та рішення, пов'язані зі здійсненням або невиконанням працівником його обов'язків. Ці заходи сприяють зменшенню кількості трудових конфліктів і спорів, роблять процес управління працівниками більш прозорим і об'єктивним.

Законодавче закріплення додаткових гарантій для працівників під час випробування, крім обмеження строку випробування при прийнятті на роботу та закріплення випадків, коли випробування не встановлюється, може сприяти створенню справедливих умов праці. Варто зазначити декілька можливих додаткових гарантій, які можуть бути враховані законодавцем: 1) забезпечення об'єктивного та справедливого випробування для всіх працівників без будь-якої форми дискримінації; 2) заборона безпідставного звільнення працівників під час випробування; 3) право на отримання регулярної інформації про перебіг випробування та можливість звертатися за захистом прав; забезпечення оплати за час випробування на рівні, що відповідає фаховим навичкам та робочому навантаженню; 4) забезпечення можливостей для навчання та розвитку працівників під час випробування; заборона надмірного тиску і навантаження на працівника.

#### Список використаних джерел

1. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322–VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>
2. Ждан М. Д. Щодо проблем правового регулювання випробування при прийнятті на роботу. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету ім. Г. Сковороди. Серія «Право»*. 2014. Вип. 22. С. 73–83.

3. Постанова Верховного Суду України від 11 грудня 2019 року у справі № 374/274/18-ц. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=86333485&red=100003b7237263194b37862584140d9790f966&d=5>
4. Краєвська Є. Чи може бути неоплачуваним випробувальний термін? *Юридична газета online*. 09 лютого 2021 року. URL: <https://jur-gazeta.com/golovna/chi-mozhe-buti-neoplachuvanim-viprobuvalniy-termin.html>
5. Денисевич А. Ю. Правове регулювання оцінки професійного рівня працівників: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Київ: 2018. 215 с. URL: [https://scc.knu.ua/upload/iblock/3c9/dis\\_Denysevych%20A.Y..pdf](https://scc.knu.ua/upload/iblock/3c9/dis_Denysevych%20A.Y..pdf)
6. Занфірова Т. А. Свобода праці в трудовому праві України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.05. Київ, 2017. 499 с. URL: <https://openarchive.nure.ua/server/api/core/bitstreams/470b0f90-d17f-4c0e-90df-69ab9f7c3931/content>
7. Кисельова О. І. Трудове право України: навчальний посібник. Сумський державний університет, 2017. 309 с.

***Liliia Amelicheva, Liia Pochapska. Legal regulation of establishing that an employee is not suitable for the position to which he or she was hired or for the work performed during the probationary period***

*The study outlines the advantages of testing during hiring and identifies problematic points that arise in the process of testing and establishing the employee's ineligibility. In the course of the conducted research, the legal regulation of establishing the inadequacy of the employee to the position held or the work performed during the trial period as a basis for terminating the employment contract at the initiative of the employer was carefully analysed.*

*The peculiarities of the procedure for establishing, conducting and determining the results of the test in accordance with the Code of Labor Laws of Ukraine and the newly adopted in connection with the introduction of martial law by the Law of Ukraine «On the organization of labor relations under martial law» were considered. Emphasis is placed on the changes that labor legislation has undergone as a result of martial law and directly on the provisions of Part 3 of Article 26 of the Labor Code of Ukraine, which refers to restrictions on the establishment of probation for certain categories of persons. The problem related to restrictions on the establishment of probation for certain categories of persons who do not operate during martial law is highlighted, and the question of the need to establish such restrictions on all the listed categories under normal conditions is emphasized. The problems related to the payment of wages to the employee during the probationary period are noted and the position of the Supreme Court on this issue is emphasized. It is proposed to make additions to the Code of Labor Laws of Ukraine, which defines the obligation of employers to provide clear and objective criteria for testing employees when hiring. This addition addresses the issues of insufficient standardization and subjectivity in the testing process, contributing to a fair and efficient employer selection process.*

*The position of the Supreme Court regarding the conditions for the legality of dismissal based on paragraph 11 of Article 40 of the Labor Code of Ukraine, taking into account the second part of Article 28 of the Labor Code of Ukraine, was also emphasized. It is emphasized separately that it is worth developing a clear process of evaluating the employee during the probationary period. A list of guarantees for the probationary employee that protects him from the arbitrariness of the employer is proposed and should be enshrined in legislation.*

**Keywords:** *suitability of an employee for the position held, probationary period, business evaluation, prohibition of discrimination, probation, employee, employer, employment contract, employment relations, legal regulation.*