**Содержание**

**Вопрос:** дайте сравнительную характеристику понятий дифференциации и дискриминации в трудовом праве, проанализируйте их соотношение

**Задача 1**

**Задача 2**

**Список использованной литературы**

Вопрос: дайте сравнительную характеристику понятий

дифференциации и дискриминации в трудовом праве,

проанализируйте их соотношение.

Одними из специфических черт сявляются единство и дифференциация. Проблема единства и дифференциации, так или иначе, свойственна и другим отраслям права, но для трудового права она имеет особенное значение.

Единство основано на равной трудовой праводееспособности (правосубъекткости), предполагающей равенство возможностей без какой-либо дискриминации, что провозглашается в ст. 19 и ч. 2 ст. 37 Конституции РФ.

Следовательно, вступать в трудовые отношения могут все лица независимо от пола, расы, национальности, языка, имущественного и должностного положения и т.п., что обеспечивается общими основаниями возникновения, изменения и прекращения трудовых правоотношений при запрещении дискриминации в приеме на работу и оплате труда.

Единство правового регулирования в трудовом праве, отражается в его общих конституционных принципах, в единых основных трудовых правах и обязанностях работников (ст. 2 ТК РФ) и работодателей, в общих положениях гл. 1 ТК, в общих нормативных актах трудового законодательства, распространяющихся на всю территорию России (ТК и др.) и на всех работников, где бы и кем бы они ни работали.

Единство правового регулирования выражается через общие нормы (т.е. нормы, распространяющие свое действие на всех работников), принятые государством в целях регулирования сферы трудовых отношений. Централизованным регулированием трудовых отношений закрепляется определенный стандарт трудовых прав и гарантий. При этом запрещается, в договорном порядке ухудшать положение работников по сравнению с законодательством о труде. Работодатель вправе только улучшить положение работника при наличии экономических и производственных возможностей.

Таким образом, нормы, закрепляющие единство трудового права, должны рассматриваться как основополагающие правила при установлении условий любого трудового или коллективного договора, соглашения на любом его уровне.

Однако в трудовом праве единство в установлении условий труда на определенном их уровне не исключает, а, напротив, предполагает учет особенностей, т.е. дифференциацию правового регулирования. Невозможно применение единых норм вне зависимости от физиологических особенностей организма человека (несовершеннолетние, женщины), характера труда, различных его условий (вредные, опасные условия) и другой специфики труда. Дифференциация правового регулирования выражается путем установления специальных норм, учитывающих эту специфику. Таким образом, термин «специальная норма» отражает дифференциацию (т.е. различие) в правовом регулировании труда некоторых категорий работников.

В широком смысле под дифференциацией можно понимать всякие различия в нормах, зависящие от тех или иных условий. Однако, рассматривая различия в связи с системой отрасли трудового права, следует иметь в виду не эти явления, а нормы для разных категорий работников, которые вытекают из характера и содержания трудовых отношений. При помощи их регулирования обеспечивается конкретное применение правовых норм с учетом как объективных факторов, характеризующих место и условия работы гражданина, так и свойств личного порядка, относящихся к самому работнику. Задача, которую, по мнению С. Фильчиковой, призвана решить дифференциация, заключается в том, чтобы индивидуализировать общую правовую норму в отношении отдельных категорий работников, обладающих неодинаковыми способностями или работающих в разных условиях[[1]](#footnote-1).

Дифференциация выражается через специальные нормы и позволяет, разным категориям работников наравне со всеми остальными осуществлять свои трудовые права и обязанности, т.е. способствуют совершенствованию процесса труда и повышает эффективность правового регулирования трудовых отношений.

Специальные нормы трудового права могут быть трех видов: 1) нормы-льготы, предоставляющие работникам дополнительные гарантии их права на труд по охране труда, рабочему времени, отпускам. Такие нормы-льготы установлены для женщин, несовершеннолетних работников, работников, совмещающих труд с обучением, и др.; 2) нормы-изъятия, как-то ограничивающие общие права (например, федеральным государственным служащим может быть лишь гражданин РФ[[2]](#footnote-2)); 3) нормы-приспособления, которые приспосабливают общие нормы к особенностям данного вида труда (отраслевая дифференциация), например с учетом характера и ответственности работников транспорта, педагогических работников и др.[[3]](#footnote-3).

В науке трудового права различаются нормы дифференциации в зависимости от: 1) субъекта труда (женщины, инвалиды, несовершеннолетние): 2) сфер и видов трудовой деятельности (государственные служащие, преподаватели вузов, врачи, работники телевидения и т.п.); 3) тяжести или вредных условий труда (сокращенное рабочее время, дополнительные отпуска); 4) природных особенностей местности (районы Крайнего Севера и местности, к ним приравненные, высокогорные районы); 5) специфики трудовых связей (сезонные работы, временные или надомные работники и др.). Эти основания дифференциации являются общепринятыми в юридической литературе и выделяются большинством представителей науки трудового права[[4]](#footnote-4).

В то же время все основания, определяющие дифференциацию трудового права, принято разделять на две группы. Первая включает основания, обусловленные объек­тивными факторами, характеризующими место и условия ра­боты (вредность и тяжесть производства, особые темпера­турные условия и повышенная интенсивность труда, требу­ющие большего физического или нервного напряжения ра­ботника, неблагоприятные климатические условия, отдален­ность местонахождения предприятия, разъездной характер работы и т.п.). Эти особенности отражаются в регулирова­нии рабочего времени и времени отдыха, охраны труда и иных институтов.

Вторая группа оснований дифференциации характеризует граждан, вступающих в трудовые отношения (субъектная диф­ференциация), т. е. учитываются половозрастные, физиоло­гические особенности работника, состояние его здоровья, ха­рактер трудовой связи работника и предприятия. Эти обстоятельства предопределяют особенности в регулировании труда женщин, подростков, инвалидов, пенсионеров, иными словами, субъектная дифференциация конкретизирует приме­нение правовых норм к различным субъектам не в силу ис­полнения ими трудовых обязанностей в специфических усло­виях, а вследствие особых свойств, характеризующих их са­мих.

Каждая из указанных ранее причин дифференциации, так или иначе, отражается в нормах трудового законодательства. Так, тяжелая работа или вредные условия труда требуют принятия норм по соответствующему регулированию рабочего времени и времени отдыха, оплаты и охраны труда. Например, дифференциация оплаты труда в зависимости от напряженности труда выражается в установлении более высоких размеров тарифных ставок для оплаты труда равной сложности, требующего повышенных трудовых затрат. Такая дифференциация реализуется через систему оплаты труда. Для оплаты напряженного труда применяется сдельная система, предусматривающая более высокий размер тарифных ставок по сравнению с размером ставок при повременной системе оплаты труда.

Особенностями характера труда, сложностью работы и повышенной ответственностью некоторых видов трудовой деятельности объясняются специальные требования к квалификации и иным деловым качествам работников, что закрепляется в специальных правилах относительно приема на работу путем выборов, по конкурсу и т п. и (или) увольнений (в частности, в сфере культуры, образования, здравоохранения) В некоторых случаях обусловливаются повышенные требования к дисциплине и ответственности, например, у работников авиации, железнодорожного и иных видов транспорта.

Установление особенностей правового регулирования тру­да отдельных категорий работников относится к ведению фе­деральных органов государственной власти (ст. 6 ТК).

Необходимо отметить, что в законе впервые дано легальное определение особенностей регулирования труда. В соответствии со статьей 251 ТК РФ особенности регулирования труда содержат "нормы, частично ограничивающие применение общих правил по тем же вопросам либо предусматривающие для отдельных категорий работников дополнительные правила". Из определения следует, что особенности регулирования труда могут быть установлены только нормами права, следовательно, не могут быть предметом соглашения сторон и устанавливаться в трудовом договоре, предоставляющим, например, работникам большие льготы, чем это гарантируется законодательством о труде. Такие правоприменительные положения трудового договора не будут рассматриваться как устанавливающие особенности регулирования труда в смысле, используемом в Трудовом кодексе.

В Трудовом кодексе особенностям регулирования труда отдельных категорий работников посвящен раздел XII и целиком четвертая часть. Статья 252 ТК РФ непосредственно перечисляет случаи установления особенностей регулирования труда для следующих категорий работников: женщин; лиц с семейными обязанностями; работников в возрасте до восемнадцати лет; руководителей организаций; лиц, работающих по совместительству. Этот перечень носит открытый характер. Так, уже в самом разделе XII ТК РФ в отдельных главах предусмотрены, помимо перечисленных выше, категории работников, для которых также устанавливаются особенности регулирования труда. Это работники, заключившие трудовой договор на срок до двух месяцев; занятые на сезонных работах; лица, работающие вахтовым методом; работающие у работодателей – физических лиц; надомники; лица, работающие в районах Крайнего Севера; работники транспорта; педагогические работники; работники представительств за рубежом; медицинские работники; лица, работающие в организациях, где предусмотрено прохождение военной или альтернативной службы; творческие работники.

Статьей 252 ТК РФ допускается установление особенностей регулирования труда и в иных случаях, предусмотренных ТК и иными федеральными законами. Следует отметить, что установление особенностей регулирования трудовых отношений допускается только самим Трудовым кодексом и федеральными законами, что создает основу единства трудового права как отрасли права и закладывает общие методологические начала дифференциации правового регулирования труда отдельных категорий работников. Только в кодифицированном акте и законе федерального уровня могут предусматриваться особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников.

Предлагаемая законодателем конструкция закрепления случаев установления особенностей регулирования труда предполагает наличие специальных норм не только в разделе XII Трудового кодекса, но и в иных его разделах, в других федеральных законах. Особенности регулирования труда содержатся и в части первой ТК РФ. Так, ст. 4 "Запрещение принудительного труда" не расценивает работу, выполнение которой обусловлено законодательством о воинской обязанности и военной службе или заменяющей ее альтернативной гражданской службе; работу, выполняемую в условиях чрезвычайных обстоятельств, то есть в случаях объявления чрезвычайного или военного положения, бедствия или угрозы бедствия (пожары, наводнения, голод, землетрясения, сильные эпидемии или эпизоотии), а также в иных случаях, ставящих под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего населения или его части, и работу, выполняемую вследствие вступившего в законную силу приговора суда под надзором государственных органов, ответственных за соблюдение законодательства при исполнении судебных приговоров в качестве видов принудительного труда. Тем самым для них делается исключение, состоящее в возможности выполнения работы под угрозой применения какого-либо наказания. Пример данной нормы иллюстрирует возможность установления специальных норм даже в отношении таких общих положений, которые представляют собой или раскрывают содержание принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений (в данном случае принцип запрещения принудительного труда).

Общие начала дифференциации в трудовом законодательстве содержатся в ст. 11 Трудового кодекса «Действие законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права», предусматривающей, что особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников (руководителей организаций, лиц, работающих по совместительству, женщин, лиц с семейными обязанностями, молодежи, государственных служащих и других) устанавливаются ТК и иными федеральными законами. При этом из сферы действия трудового законодательства и иных правовых актов, содержащих нормы трудового права, исключено несколько категорий субъектов. Это военнослужащие при исполнении ими обязанностей военной службы; члены Советов директоров (наблюдательных советов) организаций (за исключением лиц, заключивших с данной организацией трудовой договор); лица, работающие по договорам гражданско-правового характера.

Приведенное исключение представляет собой пример даже не дифференциации собственно в трудовом праве, а межотраслевой дифференциации, выраженной в нормах, закрепленных в специальном кодифицированном акте, и направленной на разрешение возможных коллизий между различными отраслями права. Данный перечень дифференцирующих обстоятельств предусмотрен открытым. В соответствии со ст. 11 ТК РФ другими федеральными законами, в том числе не относящимися непосредственно к трудовому законодательству, могут быть предусмотрены иные категории лиц, исключаемых из сферы действия трудового законодательства и иных правовых актов, содержащих нормы трудового права.

Несомненно, важным нововведением Трудового кодекса является расширение перечня оснований, по которым невозможно установление специальных норм. Такие основания перечислены в статье 3 ТК РФ – "Запрещение дискриминации в сфере труда".

Запрещение дискриминации в сфере труда и принудительного труда, а также равенство прав и возможностей работников являются одними из основных принципов трудового права (ст. 2 ТК).

Положения ст. 3 Кодекса в полной мере соответствуют Конвенции МОТ (1958 г.) № 111 «О дискриминации в области труда и занятости»[[5]](#footnote-5). Эта Конвенция была ратифицирована нашей страной, в ней дается понятие дискриминации. Термин «дискриминация» включает:

а) всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, иностранного или социального происхождения, приводящие к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий;

б) всякое другое различие, недопущение или предпочтение, приводящие к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий, определяемое соответствующим членом по консультации с представительными организациями предпринимателей и трудящихся, где таковые существуют, и с другими соответствующими органами.

Таким образом, все важные положения данной Конвенции нашли отражение в российском национальном законодательстве.

Законодательное запрещение дискриминации в сфере труда состоит в том, чтобы все граждане имели равные возможности в осуществлении своих способностей к труду. Единственно возможным ограничением в трудовых правах и свободах признаются обстоятельства, связанные с деловыми качествами работника. Исключительно в зависимости от их уровня граждане вправе получать в этой области какие-либо преимущества, и это не может рассматриваться кем-либо как дискриминация.

В ТК РФ не приводится понятие деловых качеств. К их числу следует относить такие качества, как: творческий и рациональный потенциал при выполнении заданий, активность, инициативность, предприимчивость, способность воспринимать и внедрять новое, изобретательность, упорство и оперативность в достижении цели, развитое чувство долга и ответственности и т.д. Представляется обоснованным утверждение, что деловые качества гражданина не могут дать всеобъемлющего представления о его соответствии, например, поручаемой работе при трудоустройстве в конкретной организации, при выдвижении на вышестоящую должность и решении иных кадровых вопросов. В этих случаях решающее значение приобретают профессиональные и личностные качества претендента. В частности, конкурсный отбор федеральных государственных служащих, в том числе из числа гражданского персонала Вооруженных Сил РФ, производится в результате оценки именно этих качеств кандидатов - профессиональных и личностных качеств. Такие требования установлены Положением о проведении конкурса на замещение вакантной государственной должности федеральной государственной службы, утвержденным Указом Президента РФ от 29 апреля 1996 г. N 604[[6]](#footnote-6). При оценке указанных качеств кандидата конкурсная комиссия исходит из соответствующих квалификационных требований, предъявляемых по государственной должности, и требований должностной инструкции.

В ст. 3 ТК указан примерный перечень обстоятельств, в зависимости от которых лицу не может быть отказано в приеме на работу. Граждане Российской Федерации равны перед законом независимо от пола, расы, национального происхождения, языка. Однако следует учесть, что в некоторых случаях знание языка (например, русского, английского, немецкого, татарского, башкирского, любого иного) как раз и является необходимым условием для приема на работу (например, переводчиком с русского на татарский и наоборот). В этих случаях говорить о дискриминации по языку не приходится, т.к. требование, касающееся владения языком,- это требование к квалификации принимаемого, к его «деловым качествам».

Абсолютно не имеет значения при приеме на работу имущественное положение лица. Вполне возможно, что ранее в целом однородное имущественное положение наших сограждан будет все больше и больше различаться. Однако с точки зрения права поступления на работу и миллионер, и человек, стесненный в средствах, имеют одинаковые права.

Важное значение имеет то, что по смыслу данной статьи прием работу не зависит от места жительства гражданина. Раньше на практике все сводилось к тому, прописан ли гражданин в данном населенном пункте (местности) или нет. Отсутствие прописки не давало возможности принять на работу (устроиться на работу, ст. 181 КОАП РСФСР), а отсутствие работы не давало возможности прописаться и до недавних пор могло повлечь за собой уголовную ответственность (ст. 198, 209 УК РСФСР - теперь отмененные). В настоящее время регистрация или отсутствие таковой не могут служить основанием или условием реализации права на труд. Отказ в приеме на работу по причине отсутствия прописки или регистрации противоречит статье 3 ТК РФ, а виновные могут быть привлечены к ответственности, вплоть до уголовной (ст. 136 УK).

В качестве гарантий приема на работу указан и запрет на воспрепятствование трудоустройству гражданина в зависимости от его отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным организациям. Безусловно, в России - стране, где имеет место множество религий и религиозных конфессий, установление каких-либо ограничений или преимуществ исходя из отношения к религии привело бы к существенным нарушениям естественного права любого человека - права на труд. Поэтому ни принадлежность к той или иной религии, ни принадлежность к атеистам, ни иные обстоятельства религиозного характера не должны приниматься работодателями в расчет при приеме на работу. В равной степени это относится к убеждениям гражданина. Имеют значение не убеждения, а лишь профессиональные качества.

Нельзя также ставить перед принимаемым на работу условие об обязательном вступлении в действующий на предприятии профсоюз, в иное общественное объединение. Практика отдельных предпринимателей, навязывающих принимаемым на работу условие о невступлении в профсоюз, - грубое нарушение действующего законодательства (ст. 2, 30 Закона о профсоюзах).

К «другим обстоятельствам», упомянутым в статье 3 ТК, относятся любые иные (не связанные с деловыми качествами принимаемого на работу) факты, сведения, жизненные ситуации и т.д. В частности, не имеют значения свойства личности, ее характерные особенности (например, любит поспорить, умеет отстоять свою точку зрения и т.п.). Нельзя руководствоваться сложившимся о данном человеке «общественным мнением» (что он "склочник", "любитель критиковать" и т.п.). Нельзя отказывать в приеме на работу, если работник отказывается представить не установленные законодательством документы, из-за того, что работник еще не отслужил в армии, из-за того, что работник просит установить неполное рабочее время, и т.д. Запрещается отказывать женщинам в приеме на работу и снижать им заработную плату по мотивам, связанным с беременностью или наличием малолетних детей. Такой отказ уголовное законодательство квалифицирует как преступление (ст. 145 УК РФ). Словом, любые фактические обстоятельства, прямо не связанные с деловыми качествами лица, не должны приниматься в расчет.

Формы «ограничения» трудовых прав (упомянутые в ст. 3 ТК) могут быть разнообразными. «Ограничения» налицо, в частности, в случае, когда лицу откажут в приеме на работу, в улучшении условий труда, в продвижении по службе и т.п.:

а) по причине поведения в прошлом (например, если лицо было осуждено за хулиганство, за халатность и т.п.), если даже судимость еще не снята и не погашена, но судимость - не связана с характером выполняемой работы (например, лицо работает станочником, маляром и т.д.);

б) по причинам того, что работник настаивает на письменной форме трудового договора;

в) из-за отсутствия специального образования (если это не является необходимым условием выполнения данной работы);

г) из-за того, что принимаемый не является гражданином Российской Федерации, хотя характером работы допускается прием на работу и иностранцев;

д) из-за того, что работник был уволен с предыдущей работы за нарушения трудовой дисциплины, прогул и т.п. причинам, неблагоприятно характеризующим его отношение к прошлой работе;

е) из-за того, что у него в трудовой книжке есть запись о том, что он ранее у других работодателей не выдержал срок испытания, был уволен по болезни, по сокращению и т.д.[[7]](#footnote-7)

В любом случае при отказе в приеме на работу гражданину должны быть четко объяснены причины отказа, а по его просьбе причина отказа должна быть изложена письменно.

Статья 3 ТК прямо устанавливает и то, что нельзя считать дискриминацией при приеме на работу. В предусмотренных законом случаях работодатель обязан отказаться от заключения трудового договора с лицами, не достигшими определенного возраста. Так, в соответствии со ст. 263 ТК граждане моложе восемнадцати лет не могут быть использованы на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, а также на подземных работах и работах, выполнение которых может причинить вред их здоровью и нравственному развитию (игорный бизнес, работа в ночных кабаре и клубах и др.). Согласно ст. 244 ТК РФ несовершеннолетним не могут поручаться работы, требующие заключения с ними договоров о полной материальной ответственности. Кроме того, все лица в возрасте до восемнадцати лет принимаются на работу только после предварительного обязательного медицинского осмотра и в дальнейшем до достижения возраста восемнадцати лет ежегодно подлежат обязательному медицинскому осмотру. Также запрещается применение труда женщин на работах с вредными и (или) опасными условиями труда.

Отказ в приеме на работу лицам перечисленных категорий преследует цель законодателя - обеспечить охрану здоровья и труда лицам, нуждающимся в повышенной социальной и правовой защите.

Право гражданина на заключение трудового договора может быть ограничено в соответствии со вступившим в законную силу приговором суда, устанавливающим в качестве меры наказания лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст. 47 УК РФ). В некоторых случаях не допускается прием на работу лиц, которым по медицинским показаниям такая работа запрещена (например, педагогическая деятельность).

Правомерным будет отказ работодателя в приеме на работу инвалида в связи с тем, что численность инвалидов в данной организации превышает установленную квоту - от 2 до 4% среднесписочной численности работников.

Исключения, связанные со спецификой профессиональной служебной деятельности, особо определены Федеральным законом от 31 июля 1995 г. N 119-ФЗ. Так, гражданин не может быть принят на государственную службу в случаях: отказа от прохождения процедуры оформления допуска к сведениям, составляющим государственную или иную охраняемую законом тайну; близкого родства или свойства с государственным служащим, если государственная служба одного из них непосредственно подчинена или подконтрольна другому и в иных случаях. В соответствии со ст. 15 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ[[8]](#footnote-8) иностранные граждане вправе быть принятыми на работу в качестве гражданского персонала Вооруженных Сил РФ на основании действующего законодательства. Однако согласно Федеральному закону от 31 июля 1995 г. N 119-ФЗ данное положение не распространяется на замещение ими должностей федеральных государственных служащих из числа этого персонала.

Действующим законодательством предусмотрены и иные различия, исключения, предпочтения и ограничения, не являющиеся дискриминацией. Эти особенности правового регулирования в сфере труда отдельных категорий работников находят свое отражение в различных специальных нормах о труде или специальных нормативных правовых актах, содержащих такие нормы.

Правила ст. 3 ТК РФ запрещающие дискриминацию в сфере труда, императивны и обязательны к исполнению всеми работодателями (т.е. и организациями, и госорганами, и органами местного самоуправления, и индивидуальными предпринимателями, и другими физическими лицами).

Дискриминация в сфере труда в соответствии с ч. 4 статьи 3 может быть обжалована в органы федеральной инспекции труда (ст. 356 ТК) и (или) в суд (см. ст. 391 ТК). Следовательно, лица, считающие, что они подверглись дискриминации, вправе обратиться в указанные выше органы с заявлением о восстановлении нарушенных прав.

Таким образом, дифференциация является способом правового регулирования трудовых отношений, который посредством специальных норм, позволяет отдельным категориям работников, обладающим неодинаковыми, различными способностями или работающим в разных условиях, наравне со всеми остальными осуществлять свои трудовые права и обязанности. Все эти различия должны быть учтены в правовом регулировании труда, что и достигается путем дифференциации, то есть установлением особенностей регулирования труда отдельных категорий работников.

При помощи специальных норм регулирования обеспечивается конкретное применение общих правовых норм с учетом как объективных факторов, характеризующих место и условия работы гражданина, так и свойств личного порядка, относящихся к самому работнику.

В отличие от дифференциации, дискриминация, это законодательно запрещенное негативное правовое явление, которое включает всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, иностранного или социального происхождения, приводящие к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий.

Таким образом, под дискриминацией можно понимать прямое или косвенное ограничение трудовых прав, по основаниям, запрещенным трудовым законодательством.

Задача 1: Ливанова, главный бухгалтер, обратилась в суд с иском об отмене дисциплинарного взыскания (выговора), которое было применено к ней при следующих обстоятельствах. Директор издал приказ об объявлении ей замечания за неисполнение его распоряжения о предоставлении сводных показателей рентабельности фирмы за первый квартал 2004г. При ознакомлении с приказом Ливанова попросила его копию, в чем ей было отказано. Тогда она забрала оригинал приказа и сказала, что вернет его, когда откопирует. За самовольное изъятие оригинала приказа об объявлении Ливановой замечания ей объявили выговор. Решите дело.

**Решение.**

Задача не содержит всех данных позволяющих дать однозначный ответ, поэтому, прежде всего, необходимо выяснить, содержатся ли в действиях Ливановой признаки дисциплинарного проступка, за которые к ней могут быть применены меры наказания.

Понятие дисциплинарного проступка содержится в статье 192 ТК РФ. Это неисполнение или ненадлежащее исполнение работником по его вине возложенных на него трудовых обязанностей.

Таким образом, привлекать работника к ответственности можно только за невыполнение именно возложенных на него трудовых обязанностей. То есть нельзя объявить замечание, выговор бухгалтеру, отказавшемуся мыть окна в своем кабинете. В то же время не выполнение бухгалтером распоряжения директора о предоставлении сводных показателей рентабельности фирмы за первый квартал 2004г будет дисциплинарным проступком - ведь это входит в его должностные обязанности.

В статье 193 ТК РФ, закреплено, что приказ (распоряжение) работодателя о применении дисциплинарного взыскания объявляется работнику под расписку. В данной статье не содержится требования к работодателю, предоставлять нарушителю дисциплины копии приказа. Полагаем, что это право, а не обязанность работодателя. Поэтому, самовольное изъятие Ливановой оригинала приказа об объявлении ей замечания, является самоуправством, дисциплинарным проступком, за которое ей могло быть применено дисциплинарное взыскание.

Если работодателем был соблюден порядок применения дисциплинарных взысканий, закрепленный в статье 193 ТК РФ, то данное дело должно быть решено в пользу работодателя.

В соответствии с ТК РФ, до применения дисциплинарного взыскания работодатель должен затребовать от работника объяснение в письменной форме. В случае отказа работника дать указанное объяснение составляется соответствующий акт. Отказ работника дать объяснение не является препятствием для применения дисциплинарного взыскания (ст. 193).

По всей видимости, работодатель не выполнил данное требование, поэтому приказ о наложении взыскания, стал неожиданным для бухгалтера.

В соответствии с этой же статьей, работник должен быть ознакомлен с мерой дисциплинарного взыскания под расписку в трехдневный срок. Если работник уклоняется от расписки под приказом, то администрация организации должна составить об этом письменный акт произвольного содержания.

Изъятие оригинала приказа, можно расценить, как отказ работника подписать указанный приказ, поэтому, по данному факту должен был быть составлен соответствующий акт. Если этого не было сделано, то на лицо нарушение порядка наложения взыскания.

После совершения нового дисциплинарного проступка, у Ливановой должны были быть затребованы объяснения в письменной форме. По всей видимости, этого не было сделано.

Таким образом, если работодателем был нарушен порядок применения дисциплинарного взыскания, что является основанием для суда, решить дело в пользу Ливановой.

Вывод. Если работодателем был соблюден порядок наложения взыскания, дело будет решено в его пользу, если с его стороны были допущены нарушения этого порядка, дело будет решено в пользу бухгалтера Ливановой.

Задача 2: Начальник учебного управления Листенгартен в течение 10 лет не пользовался ежегодным отпуском. В связи с тем, что состояние его здоровья резко ухудшилось, он обратился к ректору с заявлением, в котором просил предоставить ему сразу отпуск за 5 лет, а за остальные 5 лет выплатить денежную компенсацию.

Правомерны ли требования Листенгартена? Допускается ли действующим законодательством перенос отпуска на другое время? Каков порядок предоставления отпусков? Дайте письменный ответ.

**Решение.**

Прежде всего, рассмотрим порядок предоставления отпусков.

Согласно статье 114 ТК РФ всем работникам должны предоставляться ежегодные отпуска с сохранением при этом за ними места работы (должности) и среднего заработка.

Правом на ежегодные оплачиваемые отпуска пользуются как постоянно занятые работники, так и лица, с которыми заключены трудовые договора на время выполнения определенной работы, на выполнение временных и (или) сезонных работ.

Предоставляемый работнику очередной отпуск складывается из продолжительности ежегодного основного и всех дополнительных оплачиваемых отпусков путем их суммирования без ограничения общей продолжительности. Общая продолжительность очередного отпуска выражается в календарных днях и при определении его периода не учитываются только нерабочие праздничные дни (ст. 120 ТК РФ).

Ежегодный основной оплачиваемый отпуск согласно статье 115 ТК РФ предоставляется продолжительностью 28 календарных дней. При этом в целом ряде случаев продолжительность ежегодного основного оплачиваемого отпуска может и превышать 28 календарных дней, если это определено самим Трудовым кодексом, иными федеральными законами.

Более 28 календарных дней продолжительность основного отпуска может быть установлена также и коллективным или непосредственно трудовым договором. Однако в этом случае, если их положения не будут основаны на ТК РФ или иных нормативных правовых актах, то соответствующие превышающие разницы должны быть оплачены из средств чистой прибыли организации.

Организации с учетом своих производственных и финансовых возможностей могут самостоятельно устанавливать дополнительные отпуска для работников, если иное не предусмотрено федеральными законами. При этом порядок и условия предоставления этих отпусков определяются коллективными договорами или локальными нормативными актами.

Ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск в соответствии со статьей 117 ТК РФ предоставляется работникам, занятым на работах с вредными и (или) опасными условиями труда: на подземных горных работах и открытых горных работах в разрезах и карьерах, в зонах радиоактивного заражения, на других работах, связанных с неустранимым неблагоприятным воздействием на здоровье человека вредных физических, химических, биологических и иных факторов.

Ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск за особый характер работы в соответствии со статьей 118 ТК РФ предоставляется работникам, труд которых связан с особенностями выполнения работы. Перечень указанных категорий, а также минимальная продолжительность отпуска также должны быть определены Правительством Российской Федерации.

Ежегодный дополнительный оплачиваемый отпуск работникам с ненормированным рабочим днем предоставляется в порядке и на условиях, определенных коллективным договором или правилами внутреннего трудового распорядка организации. Продолжительность отпуска не может составлять менее трех календарных дней.

Очередность предоставления оплачиваемых отпусков согласно статье 123 ТК РФ определяется разработанным в организации графиком отпусков, который является обязательным как для работодателя, так и для самих работников.

Против заранее установленного срока, очередной отпуск работника может быть перенесен на другой срок в следующих случаях, установленных в статьей 124 ТК РФ:

- по соглашению между работником и работодателем - если работнику своевременно не была произведена оплата за время этого отпуска либо работник был предупрежден о времени начала отпуска позднее чем за две недели до его начала;

- в исключительных случаях, когда предоставление отпуска работнику в текущем рабочем году может неблагоприятно отразиться на нормальном ходе работы организации.

В последнем случае отпуск может быть перенесен даже на следующий рабочий год, но с условием, что он будет использован в течение 12 месяцев после окончания того рабочего года, за который он предоставляется.

Запрещается непредоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в течение двух лет подряд.

Ни в коем случае не допускается перенесение отпуска в отношении работников в возрасте до 18 лет, а также работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда. Таковы требования статьи 124 ТК РФ.

Таким образом, действующее законодательство допускает перенос отпуска на другое время.

Предоставленный работнику ежегодный оплачиваемый отпуск должен быть продлен в случаях (статья 124 ТК РФ):

- временной нетрудоспособности работника;

- исполнения работником во время ежегодного оплачиваемого отпуска государственных обязанностей, если для этого законом предусмотрено освобождение от работы;

- в других случаях, предусмотренных законами, локальными нормативными актами организации.

По соглашению между работником и работодателем ежегодный оплачиваемый отпуск в соответствии со статьей 125 ТК РФ может быть разделен на части. При этом хотя бы одна из частей этого отпуска должна быть не менее 14 календарных дней. Продолжительность всех остальных частей согласовывается сторонами и при этом число этих частей может составлять любое значение, но с учетом того, чтобы общая продолжительность отпуска не превышала установленного предела.

Если в течение целого ряда лет работникам не предоставлялись отпуска за прошлые года, необходимо воспользоваться положениями статьи 126 ТК РФ, предоставляющей работодателям право о замене части отпуска, превышающей 28 календарных дней, выплатой денежной компенсации.

Согласно Трудовому кодексу РФ работник имеет право получить денежную компенсацию за неиспользованный отпуск в двух случаях:

1) за часть неиспользованного отпуска, продолжительность которого превышает 28 календарных дней (ст.126 ТК РФ).

Раньше КЗоТ РФ предусматривал единственную возможность осуществления выплаты работнику компенсации за неиспользованный отпуск - только при увольнении. Замена отпусков денежной компенсацией принципиально не допускалась. Теперь, статья 126 ТК РФ устанавливает, что часть отпуска, превышающая 28 календарных дней, по письменному заявлению работника может быть заменена денежной компенсацией.

Как отмечают С.Е. Крюков, Ю.В. Щербинина, сейчас оснований для ограничения размера компенсации за неиспользованный отпуск больше не существует. Если работник не использовал отпуск полностью или частично в течение четырех (пяти и т. д.) лет, он имеет право на компенсацию за все накопленные к моменту увольнения отпуска. При этом выплата денежной компенсации возможна за все количество неиспользованных дней отпуска, превышающих основной отпуск за текущий год[[9]](#footnote-9).

При применении на практике статьи 126 следует обратить внимание на два обстоятельства.

Первое: инициатива о замене денежной компенсацией той части отпуска, которая превышает 28 календарных дней, принадлежит исключительно работнику. Без письменного заявления работника работодатель в одностороннем порядке рассматривать этот вопрос не имеет права.

Второе: работодатель, рассматривая такое заявление работника, может с ним согласиться и выплатить денежную компенсацию, а может - в связи с производственными условиями или по иным соображениям - с просьбой работника не согласиться и предоставить ему весь отпуск целиком.

Необходимо отметить, что в письме от 25.04.02 N 966-10 Минтруд России[[10]](#footnote-10) указывает, что существует две точки зрения, касающиеся того, можно ли выплачивать денежную компенсацию за часть отпуска, превышающую 28 календарных дней, если превышение возникло из-за сложения неиспользованных отпусков за предыдущие годы работы.

Согласно первой точке зрения, компенсации подлежит лишь часть каждого из неиспользованных отпусков, которая превышает 28 календарных дней. Соответственно, если каждый неиспользованный отпуск не превышает 28 дней, то выплатить компенсацию за них можно только при увольнении работника (ст.127 ТК РФ). Вторая позиция - такая компенсация выплачивается даже если отпуск превысил 28 дней в результате сложения всех неиспользованных отпусков. Соответственно эта компенсация может быть выплачена не при увольнении, а по заявлению работника.

В связи с этим Минтруд России рекомендует решать вопрос о компенсации по соглашению сторон.

Следует отметить, что денежная компенсация должна быть предоставлены за все годы, а не только за три последние, так как в соответствии со статьей 395 ТК РФ денежные требования работников подлежат удовлетворению в полном объеме, в отличие от статьи 216 ранее действовавшего КЗоТ РФ, согласно которой денежные требования работников подлежали удовлетворению не более чем за три года, за исключением требований о выплате работнику среднего заработка за время вынужденного прогула или разницы в заработке за время выполнения нижеоплачиваемой работы, подлежащих удовлетворению за все время.

2) при расторжении трудового договора (ст.127 ТК РФ).

В этом случае компенсация выплачивается за все неиспользованные отпуска (как за основные, так и за дополнительные) независимо от того, какова их продолжительность и по каким основаниям прекращается трудовой договор.

Возникает вопрос, можно ли сейчас выплатить увольняющемуся работнику компенсацию за все неиспользованные отпуска, если право на них возникло еще в период действия КЗоТ РФ? По нашему мнению, можно. Ведь увольняется он уже по правилам Трудового кодекса, следовательно, и все отношения, связанные с увольнением, регулируются именно новым Трудовым кодексом.

Денежная компенсация определяется путем умножения среднего дневного заработка (который определяется в соответствии со ст.139 ТК РФ) на количество дней неиспользованного отпуска, на который работник имеет право.

При расторжении трудового договора все расчеты с работником, в том числе и выплата компенсации за неиспользованный отпуск, должны производиться в день увольнения (ст.140 ТК РФ).

Работодатель обязан выплатить денежную компенсацию в срок, установленный Трудовым кодексом РФ. В противном случае за задержку причитающихся выплат работодатель выплачивает работнику денежную компенсацию за каждый день просрочки (ст.236 ТК РФ).

Размер денежной компенсации должен быть определен в коллективном или трудовом договоре, но он не может быть ниже одной трехсотой действующей в это время ставки рефинансирования Центрального Банка РФ (ст.236 ТК РФ).

Таким образом, полагаем, что требования Листенгартена, правомерны - частично.

Как было выше показано, в соответствии с новым трудовым законодательством, если работник не использовал отпуск полностью или частично в течение четырех – пяти, в нашем случае - десяти лет, он имеет право на компенсацию за все накопленные к моменту увольнения отпуска. При этом выплата денежной компенсации возможна за все количество неиспользованных дней отпуска, превышающих основной отпуск за текущий год.

Полагаем, что предоставить отпуск в натуре за пять лет, администрации не сможет, так как согласно ст. 124 ТК РФ, запрещается непредоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в течение двух лет подряд. Если администрация пойдет на этот шаг, то это будет признанием факта нарушенная трудового законодательства, за которое она будет подвергнута штрафу по статье 5.27 КоАП РФ (от 5 до 50 минимальных окладов).

Поэтому, считаем, что Листенгартену должен быть предоставлен оплачиваемый отпуск за два года, а за неиспользованные отпуска в течение восьми лет, ему должна быть выплачена денежная компенсация, за все количество неиспользованных дней, превышающих 28 календарных дней.

В любом случае, данный вопрос должен решаться по соглашению сторон. Полагаем, что руководству учебного управления лучше найти компромиссное решение, в противном случае этот сотрудник может обратиться в трудовую инспекцию, а в соответствии со ст. 395 ТК РФ при признании органом, рассматривающим индивидуальный трудовой спор, денежных требований работника обоснованными, они удовлетворяются в полном размере.

# Список использованной литературы

1. Конвенция Международной Организации Труда № 111 о дискриминации в области труда и занятий (Женева, 4 июня 1958г.)//«Библиотечке Российской газеты», выпуск № 22-23, 1999г.
2. Федеральный закон от 5 июля 1995 г. № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ -1995.- N 31. - Ст. 2990
3. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. N 197-ФЗ// Собрание законодательства РФ .- 2002.- № 1 (часть I) ст. 3.
4. Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ// Собрание законодательства РФ.- 2002. -№ 30.- ст. 3032
5. Указ Президента РФ «Об утверждении Положения о проведении конкурса на замещение вакантной государственной должности федеральной государственной службы» от 29 апреля 1996 г. № 604 // Собрание законодательства РФ.- 1996.- N 18.- ст. 2115
6. Письмо Минтруда РФ от 25 апреля 2002 г. № 966-10 // «Экспресс-закон».- июнь 2002 г.,- № 23
7. Бару М.И. Унификация и дифференциация норм трудового права // Советское государство и право.- 1971. -№ 10. -С. 51.
8. Гуев А.Н. Постатейный комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. - М.: Дело, 2003.
9. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (под ред. К.Н.Гусова) - М.: ООО "ТК Велби", ООО «Издательство Проспект», 2003
10. Крюков С.Е., Щербинина Ю.В Как рассчитать компенсацию за неиспользованный отпуск // «Бухгалтерский учет».- 2004. - № 9.
11. Фильчакова. С. Дифференциация или дискриминация? // Правосудие в Восточной Сибири. - 2004. - № 1 (13).
12. Чижов Б. Компенсация отпуска // «Кадровое дело».- март 2003.- № 3
1. См: Фильчакова. С. Дифференциация или дискриминация? // Правосудие в Восточной Сибири. - 2004. - № 1 (13). [↑](#footnote-ref-1)
2. ст. 3 Федерального закона от 5 июля 1995 г. N 119-ФЗ "Об основах государственной службы Российской Федерации" // СЗ РФ. -1995.- N 31. - Ст. 2990 [↑](#footnote-ref-2)
3. Толкунова В.Н.. Комментарий ст. 251 ТК РФ/ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (под ред. К.Н.Гусова) - М.: ООО "ТК Велби", ООО "Издательство Проспект", 2003 [↑](#footnote-ref-3)
4. См., напр. Бару М.И.Унификация и дифференциация норм трудового права // Советское государство и право.- 1971. -№ 10. -С. 51. [↑](#footnote-ref-4)
5. Конвенция Международной Организации Труда N 111 о дискриминации в области труда и занятий (Женева, 4 июня 1958 г.)//"Библиотечке Российской газеты", выпуск N 22-23, 1999 г. [↑](#footnote-ref-5)
6. "Собрание законодательства РФ", 29.04.1996, N 18, ст. 2115 [↑](#footnote-ref-6)
7. См: Гуев А.Н. Постатейный комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации . - М.: Дело, 2003. [↑](#footnote-ref-7)
8. Собрание законодательства РФ от 29 июля 2002 г. N 30 ст. 3032 [↑](#footnote-ref-8)
9. См: Крюков С.Е., Щербинина Ю.В Как рассчитать компенсацию за неиспользованный отпуск // "Бухгалтерский учет".- 2004. - N 9. [↑](#footnote-ref-9)
10. Письмо Минтруда РФ от 25 апреля 2002 г. N 966-10 // "Экспресс-закон", июнь 2002 г., N 23 [↑](#footnote-ref-10)