**Новая модель ненормированного рабочего дня: вопросы остались**

Если в качестве общего правила трудовое законодательство определяет меру труда в виде установленных норм рабочего времени, то в виде исключения из указанного правила наряду со сверхурочными работами выступает ненормированный рабочий день, когда работа выполняется за пределами установленного рабочего времени.

Указанный феномен имеет относительно давнюю историю. Как известно, ненормированный рабочий день был введен постановлением Народного комиссариата труда СССР от 13.02.1928 № 106 "О работниках с ненормированным рабочим днем" для достаточно ограниченного круга работников, в основном для лиц руководящего состава партийно-государственных органов. В 50-х годах определение перечня лиц с ненормированным рабочим временем было отнесено к ведению союзных министерств и ведомств, а также Советов Министров союзных республик. В результате с течением времени к таким работникам были отнесены практически все категории служащих. В соответствии со ст. 68 Кодекса законов о труде Республики Беларусь 1972 г. работникам с ненормированным рабочим днем предоставлялся в качестве компенсации дополнительный отпуск фактически за само отнесение работника к категории лиц с ненормированным рабочим днем.

К сожалению, обновление трудового законодательства, проведенное в конце 90-х годов прошлого столетия, не коснулось упорядочения правового регулирования указанной сферы отношений. Если в Трудовом кодексе Республики Беларусь (далее - ТК) сверхурочным работам посвящены целиком ст. 119-122 и некоторые нормы других статей, регламентирующие отдельные вопросы (например, ст. 69  ТК), то о ненормированном рабочем дне упоминалось только в ст. 158  ТК. В данной статье ТК речь шла о дополнительных отпусках, предоставляемых работникам с ненормированным рабочим днем за работу сверх нормальной продолжительности рабочего времени.

И это при том, что ненормированный рабочий день установлен для подавляющего большинства служащих, а общее число работников с ненормированным рабочим днем составляет более 15 % всех работающих по трудовым договорам, в том числе контрактам.

Другие вопросы, касающиеся прежде всего правового регулирования "отпускных" отношений работников с ненормированным рабочим днем, до недавнего времени определялись на уровне решений Правительства, ведомственных (по отношению к организациям государственной формы собственности) и локальных актов.

Бесспорно, отсутствие надлежащего правового регулирования не способствовало уяснению природы ненормированного рабочего дня как правовой категории и установлению достаточных гарантий работникам за ухудшение условий их труда - с одной стороны, защите прав и законных интересов нанимателя и государства - с другой. Отсюда понятен огромный интерес к указанному правовому феномену на волне вступающих с 26 января 2008 г. в силу изменений и дополнений, внесенных в ТК. Результатом работы по совершенствованию трудового законодательства применительно к обозначенной теме стало прежде всего введение в ТК новой статьи 118-1, посвященной целиком ненормированному рабочему дню, а также изложение в новой редакции ст. 158 ТК, регламентирующей вопросы предоставления дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день.

Поэтому рассмотрение конкретных вопросов, касающихся ненормированного рабочего дня, особенностей предложенного законодательного решения, проблем, могущих возникнуть на практике из-за неоднозначного понимания и применения соответствующих нормативных положений, будет основано на детальном анализе норм ст. 118-1 ТК и других статей ТК, имеющих отношение к данной теме.

Как уже отмечалось, до принятия Закона Республики Беларусь от 20.07.2007 № 272-З (далее - Закон № 272-З) в ТК не было определения ненормированного рабочего дня. Из положений ч. 1 ст. 158  ТК в прежней редакции фактически следовало, что ненормированным рабочим днем является рабочий день, включающий в себя работу сверх нормальной продолжительности рабочего времени, которая компенсируется работнику предоставлением дополнительного отпуска.

Российский законодатель дал определение ненормированного рабочего дня в ст. 101  Трудового кодекса Российской Федерации (далее - ТК РФ): ненормированный рабочий день - особый режим работы, в соответствии с которым отдельные работники могут по распоряжению работодателя при необходимости эпизодически привлекаться к выполнению своих трудовых функций за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени. Перечень должностей работников с ненормированным рабочим днем устанавливается коллективным договором, соглашениями или локальным нормативным актом, принимаемым с учетом мнения представительного органа работников.

Из приведенного в ТК РФ определения можно выделить следующие конститутивные признаки ненормированного рабочего дня:

* + - это особый режим работы;
	+ - работа выполняется за пределами установленной продолжительности рабочего времени;
	+ - работник привлекается к выполнению такой работы по распоряжению работодателя;
	+ - привлечение к такого рода работе носит эпизодический характер, т.е. не является систематическим;
	+ - за пределами установленной продолжительности рабочего времени работник привлекается к выполнению своих трудовых функций;
	+ - привлечение к указанной работе за пределами нормальной продолжительности рабочего времени может быть осуществлено только в отношении работников, должности которых как должности работников с ненормированным рабочим днем определены в коллективном договоре, соглашении либо локальном акте, принятом работодателем с учетом мнения представительного органа работников.

Постановлением Правительства Российской Федерации от 11.12.2002 № 884 утверждены Правила предоставления ежегодного дополнительного оплачиваемого отпуска работникам с ненормированным рабочим днем в организациях, финансируемых за счет средств федерального бюджета, которыми определено, что в перечень должностей работников с ненормированным рабочим днем включаются руководящий, технический и хозяйственный персонал и другие лица:

а) труд которых в течение рабочего дня не поддается точному учету;

б) которые распределяют рабочее время по своему усмотрению;

в) рабочее время которых по характеру работы делится на части неопределенной продолжительности.

Указанными Правилами установлено, что продолжительность дополнительного отпуска, предоставляемого работникам с ненормированным рабочим днем, не может быть менее трех календарных дней. При этом продолжительность дополнительного отпуска по соответствующим должностям устанавливается правилами внутреннего трудового распорядка организации и зависит от объема работ, степени напряженности труда, возможности работника выполнять свои трудовые функции за пределами нормальной продолжительности рабочего времени и других условий.

Работодатель ведет учет рабочего времени, фактически отработанного каждым работником в условиях ненормированного рабочего дня.

Итак, подход российского законодателя понятен и достаточно логичен: ненормированный рабочий день признан особым режимом работы (особым режимом рабочего времени, так как ст. 101  ТК РФ находится в гл. 16 "Режим рабочего времени"); порядок и условия привлечения работников к выполнению работ за пределами установленного рабочего времени, равно как и формы компенсации за переработку, определяются на уровне локальных актов, при том, что законодательством установлен минимальный уровень компенсации - не менее трех дней отпуска.

Белорусским законодателем предложено следующее законодательное решение. В силу предписаний ст. 118-1 ТК ненормированный рабочий день - особый режим работы, в соответствии с которым отдельные работники могут при необходимости эпизодически по письменному или устному приказу (распоряжению), постановлению нанимателя или по своей инициативе с ведома нанимателя или уполномоченного должностного лица нанимателя выполнять свои трудовые обязанности за пределами установленной нормы продолжительности рабочего времени. Возможная в связи с этим переработка сверх нормы рабочего времени не является сверхурочной работой и компенсируется предоставлением дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день (ст. 158  ТК).

Категории работников, которым не устанавливается ненормированный рабочий день, определяются Правительством Республики Беларусь или уполномоченным им органом.

Приведенное определение позволяет дать следующую характеристику основных конститутивных признаков ненормированного рабочего дня.

Прежде всего, ненормированный рабочий день как особый режим работы.

Такой подход разделяют не только ученые-трудовики в юридической литературе, но и специалисты-практики. Сейчас указанная точка зрения нашла свою поддержку и у законодателя.

Справедливости ради следует отметить, что данная правовая позиция не является единственной и к тому же бесспорной.

В частности, известный специалист в области трудового законодательства Л.Я. Островский полагает, что "признание ненормированного рабочего дня режимом рабочего времени (обычным или особым - не суть важно) - серьезная ошибка не только терминологическая, но и сущностная".

Учитывая столь резкую оценку, будет оправданным привести доводы Л.Я. Островского в обоснование им собственной точки зрения, суть которой заключается в следующем. Режим рабочего времени, как это прямо предусмотрено ст. 123  ТК, призван, во-первых, обеспечивать порядок распределения нанимателем установленных ТК для работников норм ежедневной и еженедельной продолжительности рабочего времени и времени отдыха на протяжении соответствующих календарных периодов (суток, недели и др.); во-вторых, определять время начала и окончания рабочего дня (смены), время обеденного и других интервалов, рабочие и выходные дни и т.д.; в-третьих, обеспечивать баланс между фактически отработанным рабочим временем и его нормальной продолжительностью в определенном учетном периоде.

Отмеченное, по мнению Л.Я. Островского, свидетельствует, что режим рабочего времени не устанавливает, а реализует уже установленные нормы рабочего времени (выделено мною - В.П.), в том числе локальные, обеспечивая при этом соблюдение его нормальной продолжительности в рамках установленного учетного периода. Следовательно, признание ненормированного рабочего дня особым режимом рабочего времени означает, что имеющая место переработка в один день должна компенсироваться недоработкой в другие рабочие дни либо отгулом. "В таком случае, - задается Л.Я. Островский резонным вопросом, - если может обеспечиваться баланс рабочего времени и времени отдыха, кому и зачем нужен такой ненормированный рабочий день и за что предоставлять дополнительный отпуск?"

Л.Я. Островский приходит к выводу, что ненормированный рабочий день есть особое условие труда, предусмотренное законодательством для определения категории работников, трудовая функция (должность) которых непосредственно связана с организационным, финансовым, технологическим, маркетинговым и иным аналогичным обеспечением производственной деятельности и ее результатов: качества, производительности, себестоимости, конкурентоспособности на рынке, реализации и т.д. Жесткое ограничение времени выполнения служебных обязанностей данной категории работников рамками общеустановленной продолжительности рабочего дня, как это предписано ТК для всех работников, может нанести непоправимый материальный ущерб нанимателю.

Смысл и назначение указанного условия труда работников с ненормированным рабочим днем, по мнению Л.Я. Островского, заключается в том, что им необходимо разрешить в виде исключения выполнять работу в отдельные дни и (или) периоды сверх (то есть за пределами) установленной продолжительности рабочего дня. При этом действующее законодательство и практика его применения запрограммированы так, чтобы допускаемая переработка не признавалась сверхурочной работой, не компенсировалась отгулом за счет других рабочих дней, не оплачивалась, а сумма часов установленного рабочего дня и переработки не признавалась удлиненной продолжительностью рабочего времени.

В итоге Л.Я. Островский приходит к выводу, что для работников с ненормированным рабочим днем обязателен не только минимум, но и максимум продолжительности установленного основного рабочего времени, в том числе рабочего дня. А это значит, что обязательны на общих основаниях как нормирование рабочего времени (ст. 110 ТК), так и нормы его продолжительности (ст. 112-117 ТК). С учетом сказанного Л.Я. Островский признает, что сам термин "ненормированный рабочий день" не соответствует сути и назначению данной правовой категории, более того, искажает ее и тем самым вводит в заблуждение, называя рабочий день, а следовательно, все рабочее время, ненормированным. Особенность же состоит в том, что наряду с нормированным основным рабочим временем допускается дополнительная работа, в данном случае названная неурочной. Она также нормирована, но значительно слабее, чем сверхурочная работа.

Представляется, что право на существование имеют обе эти позиции. Более того, они не являются взаимоисключающими.

Несмотря на логическую стройность и убедительность доводов Л.Я. Островского, нельзя не признать, что он в своих рассуждениях отталкивается от идеального варианта, когда и при ненормированном рабочем дне осуществлялся бы точный учет часов переработки в определенный временной период, что позволило бы своевременно компенсировать ее, в том числе недоработкой в другом периоде либо предоставлением отгулов.

Но особенность практики применения законодательства основывается на подходах, когда учет часов переработки не осуществляется, а дополнительный отпуск предоставляется фактически за само отнесение работника к категории лиц с ненормированным рабочим днем.

Кроме того, в случае с ненормированным рабочим днем нельзя исключать и так называемую юридическую (правовую) фикцию, под которой в теории права понимается прием юридической техники. В силу этого приема норма права объявляет не существующее реально обстоятельство существующим либо, наоборот, существующее - несуществующим.

Вряд ли кто будет оспаривать тот факт, что ненормированного рабочего дня как рабочего дня неустановленной продолжительности в природе не существует, поскольку это противоречило бы ст. 43 Конституции Республики Беларусь, ст. 110-115  ТК. Рабочий день у каждого работника нормирован. В то же время для работников с ненормированным рабочим днем законодательством допускается работа сверх (то есть за пределами) установленной нормальной продолжительности, при том, что фактически не нормируется сама переработка.

Безусловно, юридическая фикция как технико-юридический прием не оправдывает сложившееся положение вещей, поскольку, с одной стороны, не защищены права нанимателя, вынужденного предоставлять дополнительный отпуск работникам, не имеющим переработки, но отнесенным к работникам с ненормированным рабочим днем, а с другой - и работников, для которых переработка (то есть неурочная работа) является не эпизодической, а систематической и при этом никак не компенсируемой равнозначным образом путем предоставления дополнительного отпуска.

Но что такое режим труда (режим работы)? Прежде всего, это установление временных границ (пределов) работы (рабочего времени) и времени отдыха.

В основе градации лежит нормальная продолжительность рабочего времени, равная полной (ст. 112  ТК) или сокращенной (ст. 113 и 114  ТК) его норме (последняя устанавливается в зависимости от условий работы, возраста либо состояния здоровья работника).

Следовательно, выполнение работы за пределами установленной (нормальной) продолжительности рабочего времени - это уже не обычный, а особый режим, даже если он носит не постоянный, а эпизодический характер. "Особый" в рассматриваемом случае подчеркивает отличие от общеустановленного режима, действующего у данного нанимателя, причем не только по отношению к временным границам рабочего времени, но и по отношению к сфере действия, т.е. кругу работников, которые подпадают под этот особый режим, поскольку он касается только отдельных категорий работников.

Безусловно, с позиции режима рабочего времени термин "ненормированный рабочий день" недостаточно корректный, поскольку "ненормированность" как таковая имеет отношение не к рабочему дню в целом (он является нормированным, т.е. установленной продолжительности), а к работе за пределами установленной продолжительности рабочего дня, которая, по смыслу закона, также должна нормироваться и учитываться.

Однако выполнение работником своей работы по требованию нанимателя либо по своей инициативе сверх нормальной продолжительности рабочего времени без дополнительной оплаты либо компенсации отгулом на том основании, что работник отнесен к категории работников с ненормированным рабочим днем, безусловно, является особым условием труда, что должно быть отражено не только в коллективном договоре (соглашении), но и в трудовом договоре.

Представляется, что использование законодателем термина "особый режим работы" объясняется некритическим заимствованием решения вопроса в этой части, содержащегося в ст. 101 ТК РФ, без учета места расположения указанной статьи (она помещена в главе "Режим рабочего времени").

Более того, нельзя не учитывать и то обстоятельство, что наше трудовое законодательство еще далеко от идеального состояния, не допускающего использование для обозначения юридических категорий формулировок и определений, проистекающих из их житейского понимания. При таких подходах особый режим работы - отличающийся от общеустановленного режим труда (работы) конкретного работника, заключающийся в допустимости переработки за пределами установленной продолжительности рабочего времени.

Следующий конститутивный признак ненормированного рабочего дня - установление его только для отдельных работников.

Перечни работников с ненормированным рабочим днем в соответствии с ч. 2 ст. 158  ТК в прежней редакции утверждались Правительством Республики Беларусь или уполномоченным им органом.

Правительство своим постановлением от 04.04.2000 № 455 уполномочило отраслевые министерства и иные республиканские органы государственного управления, облисполкомы и Мингорисполком, Министерство труда и социальной защиты Республики Беларусь утверждать перечни работников с ненормированным рабочим днем. В частности, постановлением Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь от 14.04.2000 № 58 были утверждены перечень работников с ненормированным рабочим днем объединений, подчиненных Правительству Республики Беларусь, перечень работников с ненормированным рабочим днем системы Белорусской железной дороги.

Кроме того, указанным постановлением установлено, что в перечни работников с ненормированным рабочим днем должность работника включается с учетом необходимости выполнения работы по должности сверх установленной нормы рабочего времени. При этом продолжительность дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день было рекомендовано устанавливать с учетом степени напряженности и сложности труда, периодичности выполнения работником работы сверх установленной законодателем нормы рабочего времени.

В частности, для руководителей юридических лиц и их заместителей рекомендовано устанавливать дополнительный отпуск в количестве 10-14 календарных дней, руководителей обособленных подразделений и их заместителей - 10-12 календарных дней, главных специалистов - 8-11 календарных дней, иных специалистов - до 10 календарных дней, других служащих (технических исполнителей) - до 8 календарных дней.

В организациях перечни работников с ненормированным рабочим днем прилагались к коллективному договору, а если коллективный договор не заключался - утверждались нанимателем. При этом наниматель не имел права расширять перечни работников с ненормированным рабочим днем, утвержденные в установленном порядке.

В негосударственных организациях конкретная продолжительность дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день устанавливалась на основании перечня работников, прилагаемого к коллективному договору, а при отсутствии коллективного договора - на основании перечня, утверждаемого нанимателем. Негосударственным организациям было рекомендовано устанавливать конкретную продолжительность дополнительного отпуска в соответствии с перечнем категорий (групп) работников с ненормированным рабочим днем согласно приложению к Порядку предоставления и суммирования трудовых отпусков, утвержденному постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 27.07.2000 № 1154 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 05.01.2001).

Действие в системе народного хозяйства множества перечней работников с ненормированным рабочим днем не способствовало единообразному решению вопроса как относительно включения в эти перечни соответствующих должностей специалистов, других работников, так и по имеющим место различиям в количестве дней дополнительного отпуска, предоставляемого работникам, занимающим аналогичные должности в организациях различной ведомственной принадлежности.

На практике это привело к тому, что в перечни работников с ненормированным рабочим днем оказались включены должности, работа по которым не вызывала и не вызывает необходимости ее выполнения сверх установленной нормы рабочего времени.

Достаточно в качестве примера сослаться на перечень работников с ненормированным рабочим днем в системе Министерства лесного хозяйства Республики Беларусь, утвержденный постановлением Министерства лесного хозяйства Республики Беларусь от 11.04.2000 № 8. В соответствии с данным перечнем помимо руководителей, их заместителей и главных специалистов право на дополнительный отпуск за ненормированный рабочий день продолжительностью 10 дней имели специалисты, включая инженеров всех наименований и категорий (в том числе без категории), инспекторов всех наименований и категорий (в том числе без категории), бухгалтеров всех наименований и категорий (в том числе без категории), бухгалтеров-ревизоров, ревизоров, ревизоров-инспекторов, механиков всех категорий и без категории, охотоведов всех категорий и без категории, мастеров, математиков, архитекторов, почвоведов, переводчиков, товароведов, художников и т.д.

Не лучшим образом обстояли дела и в других отраслях.

В итоге было нарушено исходное положение о том, что в перечни можно было включать только те должности, по которым выполнение функциональных обязанностей в силу их специфики и производственных условий вынуждает в особых ограниченных случаях выполнять работу сверх нормальной продолжительности рабочего времени.

Сработал добрый давний подход: всех и вся включали в перечни "на всякий случай" - а вдруг кому-то придется задержаться на работе сверх установленной нормы продолжительности рабочего времени, забыв, что на этот счет имеются нормы о сверхурочной работе.

Но это - изнанка проблемы, когда дополнительным отпуском за ненормированный рабочий день пользовались работники, не имевшие "за плечами" ни единого часа переработки.

Другая проблема состоит в том, что те работники, для которых ненормированный рабочий день действительно стал нормой, оказались вне защиты и ст. 43 Конституции, и ст. 110-115  ТК.

По словам Л.Я. Островского, уже одно то обстоятельство, что правовой статус работника с ненормированным днем не урегулирован даже на подзаконном уровне (при том, что работники с ненормированным днем в действительности оказались вне защиты ст. 110-115 ТК и, следовательно, ст. 43 Конституции), обязывает если не отказаться полностью, то, по меньшей мере, существенно сократить перечни таких работников.

Было очевидным, что имеющееся в ТК законодательное решение вопроса о предоставлении дополнительных отпусков за ненормированный рабочий день нуждается в дополнительном анализе и совершенствовании.

Какое же решение предложено законодателем?

В ч. 1 ст. 118-1 ТК, с одной стороны, говорится об отдельных работниках, которые могут выполнять свои трудовые функции за пределами установленной нормы продолжительности рабочего времени, т.е. в условиях ненормированного рабочего дня. С другой - согласно предписаниям ч. 2 ст. 118-1 ТК категории работников, которым не устанавливается ненормированный рабочий день, определяются Правительством Республики Беларусь или уполномоченным им органом.

По мнению Л.Я. Островского, термин "категории работников" более точно выражает суть отношений, поскольку речь идет не о персональных работниках с ненормированным рабочим днем, а об их категориях.

Не исключено, что, допуская подобное расхождение в терминах, использованных в формулировках двух частей одной и той же статьи, законодатель исходил из новой редакции ст. 158 ТК, не предусматривающей установление перечней категорий работников с ненормированным рабочим днем на централизованном уровне. Согласно ст. 158 ТК порядок, условия предоставления и продолжительность дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день определяются коллективным или трудовым договором, нанимателем. Очевидно, что при наличии в организации коллективного договора перечни категорий работников, выполняющих трудовые функции в условиях ненормированного рабочего дня, должны прилагаться к такому договору. В организациях, где коллективный договор не заключается, перечни работников с ненормированным рабочим днем утверждаются нанимателем.

Можно согласиться с В.В. Масловской, заместителем начальника юридического управления Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь, что в организации вообще подобный перечень может отсутствовать. Предоставление отпуска за ненормированный рабочий день, его конкретная продолжительность, порядок и условия предоставления могут быть предусмотрены трудовым договором, заключаемым с работником, либо непосредственно приказом нанимателя в отношении конкретного работника.

Такой вывод правомерен, поскольку, на что уже обращалось внимание, в настоящее время законодатель допускает возможность решения вопросов, связанных с предоставлением отпуска за ненормированный рабочий день, в трудовом договоре либо непосредственно нанимателем. Очевидно, что в указанных случаях есть резон говорить об отдельных работниках, а не о категориях работников.

Теперь что касается категорий работников, которым ненормированный рабочий день устанавливаться не может.

Отметим, что согласно п. 6 Порядка предоставления и суммирования трудовых отпусков, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 27.07.2000 № 1154, ненормированный рабочий день не устанавливался и соответственно дополнительный отпуск за ненормированный рабочий день не предоставлялся:

* + - работникам, указанным в ч. 2 ст. 115 ТК (напомним, что речь шла о работниках моложе 18 лет, инвалидах I и II групп, а также лицах, работающих в зонах эвакуации (в связи с повышенным радиоактивным загрязнением территории), в том числе временно направленных и командированных в эти зоны);
	+ - лицам, работающим по совместительству;
	+ - работникам, занятым на работе неполное рабочее время, за исключением случаев, когда трудовым договором предусмотрена работа на условиях неполной рабочей недели, но с полным рабочим днем;
	+ - работникам при сменном режиме работы;
	+ - работникам со сдельной оплатой труда.

Фактически ч. 2 ст. 118-1 ТК в предусмотренной Законом № 272-З редакции легализует имевшее место положение, когда Совет Министров своим решением определил перечни категорий граждан, которым не устанавливается ненормированный рабочий день, но сделал это в акте, посвященном порядку предоставления и суммирования трудовых отпусков, в том числе дополнительных отпусков за ненормированный рабочий день.

Постановлением от 10.12.2007 № 1695 в соответствии с ч. 2 ст. 118-1 ТК Совет Министров Республики Беларусь определил категории работников, которым не устанавливается ненормированный рабочий день:

* + - работники, указанные в п. 1-4 ч. 2 ст. 115 ТК;
	+ - лица, работающие по совместительству;
	+ - работники, которым установлен режим рабочего времени при сменной работе;
	+ - работники, занятые на работе неполное рабочее время, за исключением случаев, когда трудовым договором предусмотрена работа на условиях неполной рабочей недели, но с полным рабочим днем;
	+ - работники, которым установлен суммированный учет рабочего времени;
	+ - работники со сдельной оплатой труда.

По сравнению с ранее действовавшим перечнем, приведенным выше, новый перечень за отдельными редакционными уточнениями отличается только тем, что он дополнен указанием на еще одну категорию работников, которым не устанавливается ненормированный рабочий день. Это касается работников, которым установлен суммированный учет рабочего времени.

Привлечение работника к работе в условиях ненормированного рабочего дня допускается по письменному или устному приказу (распоряжению) нанимателя либо по инициативе работника, но с ведома нанимателя или уполномоченного должностного лица нанимателя.

Итак, форма приказа (распоряжения) может быть как устной, так и письменной.

Безусловно, в ряде случаев издание письменного приказа (распоряжения) о привлечении работника к работе за пределами установленного рабочего времени затруднительно. Допустимость устной формы распоряжения исключает незаконность привлечения к такой работе.

Отметим, что исходя из формулировки законодательной нормы инициатива о привлечении работника к работе в условиях ненормированного рабочего дня может исходить только от нанимателя, тогда как в случаях изъявления инициативы о такой работе со стороны работника данная работа может осуществляться как с ведома нанимателя, так и с ведома уполномоченного должностного лица нанимателя (перечень указанных лиц приведен в ст. 1 ТК).

В отличие от случаев привлечения работника к выполнению работы за пределами установленной продолжительности по инициативе нанимателя оформление выполнения такой работы по инициативе работника, но с ведома нанимателя или уполномоченного должностного лица нуждается в уточнении.

Из текста ч. 1 ст. 118 ТК не следует, что о своем намерении работать за пределами установленной нормы продолжительности рабочего времени работник должен сообщать нанимателю либо уполномоченному должностному лицу в письменной форме, например, путем подачи заявления. Безусловно, это был бы наиболее оптимальный выход: работник подает заявление, на котором ставится соответствующая виза. В то же время не исключается ситуация, когда работник может устно сообщить нанимателю (должностному лицу) о своем желании поработать дополнительно, получив на это устное разрешение. Кроме того, нельзя исключать ситуации, когда работник выполняет работу за пределами установленной продолжительности рабочего времени, не известив об этом предварительно нанимателя, в том числе по объективным причинам.

Закономерно возникает вопрос, каким образом должно выполняться условие "с ведома нанимателя или уполномоченного долж-ностного лица"? Приходится делать допущение, что "с ведома" само по себе предполагает знание нанимателем того, что такие работы выполняются, и их сознательное допущение. В противном случае наниматель должен доказать, что он не знал и не мог знать о том, что работник выполнял работу за пределами установленной продолжительности рабочего времени, а следовательно, не допускал ее.

В литературе правомерно поднимается вопрос, должно ли оформляться осуществление работником работы по своей инициативе за пределами установленной продолжительности рабочего времени?

Если проанализировать подход законодателя к сверхурочным работам, то в соответствии с ч. 4 ст. 122 ТК наниматель обязан вести точный учет сверхурочных работ, что обеспечивает соблюдение требований закона о предельном количестве сверхурочных работ и размерах компенсации. Следовательно, выполнение сверхурочных работ требует ведома нанимателя и обязательного оформления.

Необходимость использования таких же подходов для случаев выполнения работ за пределами установленной нормы продолжительности рабочего времени в порядке ст. 118-1 ТК вызвана следующим.

1. Наниматель должен быть заинтересован в том, чтобы право работника на компенсацию было "заработанным". Приведенный аргумент усиливается, если учесть, что дополнительный отпуск за ненормированный рабочий день предоставляется за счет собственных средств нанимателя.

2. Только при условии надлежащего учета выполнения работником своих обязанностей в условиях ненормированного рабочего дня можно выполнить требование закона о допустимости такой работы при необходимости и эпизодически.

Вместе с тем допущение выполнения рассматриваемой работы по устному приказу (распоряжению) нанимателя предполагает возможность вывода, что и выполнение работы в условиях ненормированного рабочего дня по инициативе работника с ведома нанимателя либо уполномоченного должностного лица не требует письменного оформления.

По большому счету, решение вопроса об оформлении случаев устного привлечения работника к работе на основании ст. 118-1 ТК, независимо от того, кто проявил в этом инициативу, упирается в проблему учета такой работы.

Работник за пределами установленной нормы продолжительности рабочего времени выполняет свои трудовые обязанности.

Это значит, что работник и при выполнении работы в условиях ненормированного рабочего дня привлекается к выполнению трудовой функции, обусловленной трудовым договором.

Например, если речь идет о водителе служебного автомобиля, то и за пределами установленной для него продолжительности рабочего времени он в силу отнесения его к работникам с ненормированным рабочим днем по распоряжению либо с ведома нанимателя должен осуществлять функции водителя служебного автомобиля, а не уборщика служебных помещений или иного работника.

Отсюда можно сделать вывод, что в случае выполнения работником работы по указанию нанимателя либо с его ведома не по своим трудовым обязанностям такая работа не может считаться работой, выполненной в условиях ненормированного рабочего дня, именно в силу нарушения конститутивного признака. Следовательно, есть все основания отнести такую работу к сверхурочной со всеми вытекающими отсюда последствиями.

НЕ ПРАВИЛО, А ИСКЛЮЧЕНИЕ

К указанной работе за пределами установленной продолжительности рабочего времени работник привлекается при необходимости эпизодически.

Прежде всего привлечение к выполнению такой работы должно быть обусловлено необходимыми причинами.

Если по отношению к сверхурочным работам законодатель в ст. 121  ТК оговорил возможные случаи, когда допустимо привлечение работника к сверхурочным работам без его согласия, то относительно работ в условиях ненормированного рабочего дня все вопросы, касающиеся данного аспекта, оставлены законодателем без ответа.

В результате-- широчайшее поле деятельности для нанимателя безо всяких обязательных для соблюдения ограничителей, пределов и требований.

Можно только согласиться с Н.С. Пилипенко, что "именно ввиду отсутствия внятного толкования, что же понимается под "ненормированным рабочим днем", наниматели очень часто за счет ненормированного рабочего дня решают проблемы с привлечением работников к сверхурочным работам. И причина такого привлечения чаще всего… та, когда в авральном порядке необходимо выполнить (закончить) начатую работу, которая вследствие непредвиденной задержки по техническим условиям производства не могла быть выполнена (закончена) в течение нормальной продолжительности рабочего времени, если невыполнение (незавершение) этой работы может повлечь за собой порчу или гибель имущества нанимателя, государственного имущества либо создать угрозу жизни или здоровью людей".

Очевидно, что в каждом конкретном случае причина необходимости выполнения работ за пределами установленного рабочего времени конкретизируется, хотя формулировки подобных приказов (распоряжений) могут носить самый общий характер, например, "В целях срочного завершения работы…", "В целях незамедлительного выполнения поручения…" со ссылкой на вышестоящий орган (должностное лицо) и т.п.

Безусловно, практика обоснования такой необходимости никакой критики не выдерживает, отсюда не всегда оправданное, а в результате-- неконтролируемое привлечение работников к выполнению ими трудовых функций за пределами установленного рабочего времени, вызванное нередко отсутствием должной организации труда у нанимателя, несоблюдением трудовой дисциплины.

В ряде случаев неурочная работа, выполняемая работником за пределами своего рабочего времени по собственной инициативе, но с ведома нанимателя, обусловлена индивидуальными качествами самого работника: его несобранностью, неумением организовать свой трудовой процесс, постоянным отвлечением на выполнение всякого рода общественных нагрузок, отсутствием должного контроля со стороны нанимателя за соблюдением трудовой и производственной дисциплины.

Разумеется, исключить вообще случаи привлечения работника к выполнению работы за пределами установленной продолжительности рабочего времени в условиях ненормированного рабочего дня без особой на то необходимости вряд ли возможно. Тем не менее, ситуацию можно поправить хотя бы через установление в законодательстве или на локальном уровне критериев такой необходимости, выступающих в качестве законных ограничителей. Представляется, что установление подобных критериев упорядочило бы использование труда работников в условиях ненормированного рабочего дня, исключило бы имеющие место случаи неурочной переработки, носящей систематический характер и к тому же фактически не компенсируемой.

К сожалению, нерешенность на законодательном уровне этих вопросов чревата возможным нарушением прав работника на охрану труда, отдых, адекватную компенсацию, как это предусмотрено законодателем по отношению к сверхурочным работам.

Отсюда следующий конститутивный признак ненормированного рабочего дня, который в свете законодательных новелл должен выполняться неукоснительно: привлечение работников к внеурочной работе за пределами установленной продолжительности рабочего времени может быть только эпизодическим.

ЭПИЗОДИЧЕСКИ ? ЭТО СКОЛЬКО?

Как и в случае с термином "необходимость", нормативного определителя термина "эпизодически" в ТК нет, в связи с чем нет однозначных ответов на вопрос, в каких случаях выполнение работы в условиях ненормированного рабочего дня может считаться эпизодическим: один раз в неделю, один раз в месяц и т.п. "Эпизодически" говорит только о том, что такое привлечение не может быть постоянным. При этом опять-таки требует однозначного ответа вопрос относительно того, как определяется указанным критерием частота привлечения к работе в условиях ненормированного рабочего дня в течение определенного количества рабочих дней подряд и (или) в какой-либо определенный период. В данном случае вполне уместно замечание Л.Я. Островского, что в легальном определении ненормированного рабочего дня вообще не затронута проблема ограничения продолжительности неурочного времени после окончания рабочего дня.

В связи с изложенным нельзя не остановиться еще на одной норме ч. 1 ст. 118-1 ТК, которая логически и содержательно "привязана" к определению ненормированного рабочего дня: "возможная в связи с этим переработка сверх нормы рабочего времени не является сверхурочной работой и компенсируется предоставлением дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день (ст. 158 ТК)".

Приведенная норма имеет фактически две части. В первой из них говорится о возможной переработке сверх нормы рабочего времени. С учетом приведенного в указанной части определения ненормированного рабочего дня можно сделать вывод, что под переработкой законодатель имел в виду выполнение работником своих трудовых обязанностей "за пределами установленной нормы продолжительности рабочего времени". Л.Я. Островский в связи с этим признал, что "переработка сверх нормы рабочего времени" и "выполнение трудовых обязанностей за пределами установленной нормы продолжительности рабочего времени" - понятия тождественные.

Соглашаясь с таким выводом, нельзя в очередной раз не заметить, что подобный подход к изложению нормативных формулировок недопустим. Столь вольное обращение с правовыми терминами и понятиями свидетельствует не только о низком качестве законотворчества, но и чревато возможностью неоднозначных подходов в понимании и применении законодательных предписаний, что в свою очередь может повлечь спорные ситуации.

Далее в этой же части говорится, что возможная переработка не является сверхурочной работой.

Не вдаваясь в подробную оценку использованных законодателем слов "не является" и его отличий от слов "не признается", использованных законодателем в аналогичной ситуации в ч. 2 ст. 119 ТК, отметим только, что в целях надлежащего обеспечения прав и законных интересов работников, по крайней мере, на уровне Пленума Верховного Суда Республики Беларусь, должно быть дано разъяснение относительно того, что непризнание возможной переработки в качестве сверхурочной работы может иметь место только при наличии всех конститутивных признаков ненормированного рабочего дня, приведенных законодателем в определении. В противном случае прав Л.Я. Островский, отметивший, что, если переработка была предназначена для выполнения работником не своих трудовых обязанностей, т.е. не своей трудовой функции, либо носила не эпизодический, а систематический характер, она не может в соответствии с определением ненормированного рабочего дня в ч. 1 ст. 118-1 ТК признаваться как выполненная в условиях ненормированного рабочего дня. Поэтому такую переработку придется признавать сверхурочной работой со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Вторая часть приведенного выше нормативного положения заключается в том, что переработка сверх нормы рабочего времени компенсируется предоставлением дополнительного отпуска за ненормированный рабочий день (ст. 158 ТК).

К сожалению, какая-либо конкретизация нормативной формулировки относительно компенсации отсутствует. В принципе, законодателем в этой части предложены подходы, уже используемые в российской законодательной и правоприменительной практике и являющиеся логичным продолжением совершенствования трудового законодательства, его большей адекватности потребностям рыночной экономики. Вместе с тем было бы логичным, если бы соответствующие правила были непосредственно "прописаны" (сформулированы) в норме закона, причем не в ст. 158 ТК, посвященной дополнительному отпуску за ненормированный рабочий день как форме компенсации, а в ст. 118-1 ТК как базовой статье, содержащей основные положения ненормированного рабочего дня. Достаточно отметить, что именно таким образом законодатель подошел к регулированию сверхурочной работы.

Приведем вначале новую редакцию ст. 158 ТК, к которой отсылает законодатель:

"Работникам с ненормированным рабочим днем наниматель за счет собственных средств устанавливает дополнительный отпуск за ненормированный рабочий день продолжительностью до 7 календарных дней.

Порядок, условия предоставления и продолжительность этого отпуска определяются коллективным или трудовым договором, нанимателем".

Если сопоставить приведенную редакцию ст. 158 ТК с ранее действовавшей, а также содержанием ст. 118-1 ТК (см. выше), напрашивается вывод, что кардинальным образом меняются подходы к порядку и условиям компенсации за выполнение работы за пределами установленной продолжительности рабочего времени в условиях ненормированного рабочего дня.

Первое, что бросается в глаза, - дополнительный отпуск предоставляется за счет собственных средств нанимателя.

Второе - его продолжительность ограничена 7 календарными днями (по ранее действовавшей редакции этот предел равнялся 14 календарным дням).

Третье - порядок, условия предоставления и продолжительность этого отпуска определяются коллективным или трудовым договором, нанимателем.

Следовательно, перечней работников с ненормированным рабочим днем на централизованном уровне не предполагается. Такие перечни могут определяться коллективным договором либо утверждаться нанимателем. Не исключается и то, что порядок и условия предоставления дополнительного отпуска конкретному работнику, а также продолжительность такого отпуска будут определяться непосредственно в трудовом договоре. Представляется, что последнее, скорее всего, будет иметь место в организациях с небольшим количеством работающих.

Аналогичная ситуация может складываться у индивидуального предпринимателя, организация труда у которого может быть сопряжена с необходимостью установления для одного или нескольких работников ненормированного рабочего дня.

Нельзя также не отметить, что поскольку компенсация за ненормированный рабочий день в виде установления работнику дополнительного отпуска должна будет осуществляться за счет собственных средств нанимателя, то в целях исключения возможных злоупотреблений со стороны нанимателя, отнюдь не заинтересованного в предоставлении работникам дополнительных отпусков большой продолжительности, законодателю следовало бы установить не максимальную, а минимальную продолжительность такого отпуска, уменьшать которую наниматель не вправе.

Если судить по набору конститутивных признаков, новая модель ненормированного рабочего дня основывается фактически на российской модели за некоторыми разночтениями, касающимися, главным образом, гарантий защиты работников с ненормированным рабочим днем.

Так, в качестве единственной компенсационной меры, как это имеет место и в настоящее время, закон предлагает дополнительный отпуск за ненормированный рабочий день. Фактически ничего нового. Но если по ранее действовавшему законодательству верхний предел продолжительности дополнительного отпуска составлял 14 дней (минимальная продолжительность такого отпуска согласно рекомендациям составляла 7 дней), то сейчас предусматривается установление верхнего предела дополнительного отпуска не более 7 календарных дней, тогда как российский законодатель определил минимальный предел--  не менее трех календарных дней.

С учетом того что дополнительный отпуск за ненормированный рабочий день устанавливается за счет собственных средств нанимателя, безусловно, вряд ли можно сделать вывод, что каждый наниматель будет заинтересован предоставить работнику с ненормированным рабочим днем дополнительный отпуск максимально допустимой продолжительности. Следовательно, в отмеченной части гарантии работника на справедливую компенсацию переработки существенно снижаются.

Напомним еще раз, что ТК РФ не предусматривает какого-либо верхнего предела продолжительности дополнительного отпуска, исходя из того, что конкретная продолжительность у каждого работодателя определяется коллективным договором или локальным актом, утверждаемым с учетом мнения представительного органа работников. Эта продолжительность зависит от объема работы, степени напряженности труда, возможности работника выполнять свои трудовые функции за пределами нормальной продолжительности рабочего времени и других условий. Безусловно, компенсационный механизм для работников с ненормированным рабочим днем, используемый в российском законодательстве, является более полным и справедливым по сравнению с предложенным в ТК Беларуси.

Вернемся еще раз к вопросу учета фактически отработанного дополнительного времени в условиях ненормированного рабочего дня.

Не подлежит оспариванию то обстоятельство, что, несмотря на формулировку нормы ч. 1 ст. 158  ТК в действовавшей ранее редакции, предполагавшей ведение нанимателем учета рабочего времени, отсутствие прямого указания на необходимость ведения такого учета в ст. 133  ТК 1 привело к тому, что на практике учет переработки не велся и не ведется. Безусловно, от такой ситуации в выигрыше оказывались работники, включенные в перечень работников с ненормированным рабочим днем, но фактически к работе за пределами установленной продолжительности рабочего времени не привлекавшиеся. В проигрыше оказывались те работники, для которых фактическая переработка не компенсировалась количеством календарных дней предоставляемого им дополнительного отпуска.

Выход в данной ситуации видится не в исключении работы в условиях ненормированного рабочего дня как такового. Более чем 80-летний опыт использования указанного феномена показал объективную необходимость такой работы.

В то же время очевидные пробелы, имеющие место в правовом регулировании соответствующих отношений, не дают полной гарантии работникам, попавшим в силу занимаемой должности в перечень работников, работающих в условиях ненормированного рабочего дня.

Л.Я. Островский по результатам анализа проблемы правового регулирования ненормированного рабочего дня выделил следующие направления совершенствования правового регулирования неурочного времени, с которыми нельзя не согласиться:

* + - реальное ограничение его продолжительности и частоты;
	+ - сочетание обязательности с согласием работника в определенных случаях;
	+ - допустимость выбора вида и способа компенсации;
	+ - индивидуализация условий;
	+ - применение в определенные периоды.

Безусловно, каждое из указанных направлений нуждается в дополнительной аргументации. Но очевидно, что только в случае надлежащей регламентации указанных и других вопросов в должной мере будет обеспечиваться защита взаимных прав и интересов как работника, так и нанимателя.

Другое дело, что реализация возможных направлений правового регулирования может иметь место на разных уровнях: часть-- на уровне закона, часть-- на уровне решений Правительства. Решение отдельных вопросов возможно на уровне локальных актов-- коллективных договоров (соглашений) и правил внутреннего трудового распорядка.

К сожалению, уникальная возможность доработки проекта Закона № 272-З с учетом концептуальных подходов к решению проблемы, связанной с ненормированным рабочим днем, кроме включения в ТК новой ст. 118-1 и изложения ст. 158 ТК в новой редакции, использована не была.

В результате остались вне правового регулирования вопросы закрепления на уровне закона критериев необходимости привлечения работника к работе за пределами установленного рабочего времени, а также вопросы установления ограничительных пределов времени переработки, выход за которые должен сопровождаться необходимостью получения согласия работника. При том, что допустимое время переработки с установленными ограничительными пределами должно соответствовать уровню компенсации, а выход за ограничительные пределы с согласия работника должен сопровождаться дополнительными компенсационными мерами, например, оплатой либо предоставлением отгулов.

Например, если работнику с ненормированным рабочим днем будет установлен дополнительный отпуск продолжительностью 6 календарных дней, то ему, по общему правилу, соответствуют 48 часов переработки (при 5-дневной рабочей неделе). Представляется, что переработка за пределами указанного времени должна сопровождаться необходимостью получения согласия работника и дополнительной компенсацией.

Безусловно, по-прежнему нуждается в совершенствовании сам компенсационный механизм. Наниматель, равно как и работник, не должны быть связаны единственной возможностью компенсации - в виде дополнительного отпуска. Следовало бы предусмотреть помимо отпуска по договоренности с работником возможность предоставления ему других дней отдыха либо денежной компенсации за переработку, что можно реализовать через совершенствование соответствующих норм.

Допущение расширенного механизма компенсации потребует, несомненно, установления прямого правила о необходимости учета времени, отработанного работником в условиях ненормированного рабочего дня сверх установленной продолжительности рабочего времени.

Введение такого учета потребует соответствующего дополнения ст. 133  ТК, а также определенной корректировки ст. 118-1 ТК.

Можно согласиться с Л.Я. Островским, что обязательный учет неурочного времени должен вводиться в качестве общего правила, из которого неизбежны исключения. При этом можно предположить, что суммированный учет (например, за рабочий год) имеет значение при предоставлении календарных дней дополнительного отпуска, тогда как помесячный учет мог бы применяться при использовании иных видов компенсации. Не исключается также возможность письменного самоучета с элементами систематического текущего контроля со стороны нанимателя.

В конечном итоге сама технология учета может быть разработана на локальном уровне, как это имеет место в отношении сверхурочных работ.

Автор отдает отчет в том, что обозначенные проблемы совершенствования отношений, связанных с ненормированным рабочим днем, - дело будущего. Тем не менее, это не значит, что возникающие вопросы не требуют анализа и конкретных предложений по их разрешению уже сегодня. Практикам, прежде всего, предстоит огромная работа по осмыслению законодательных новелл, появившихся в ТК с принятием Закона № 272-З, для их правильного понимания и применения, на основании чего с учетом судебной практики могут быть выработаны новые конкретные предложения по совершенствованию нормативных положений.

**СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ**

1. Конституция Республики Беларусь. Принята на республиканском референдуме 24 ноября 1996г. / Минск « Беларусь» 1997.
2. Трудовой кодекс Республики Беларусь, принят Палатой Представителей 8 июня 1999 года. Одобрен Советом республики 30 июня 1999 года / Мн.: Амалфея 1999. – 240с.
3. В.Ф. Гапоненко, Ф. Н. Михайлов. Трудовое право, / М.: ЮНИТИ, 2002. – 463с.
4. Дмитрук В.Н. Трудовое право. / Учебное пособие. – Мн.: Амалфея, 2000.
5. Комментарий к Трудовому кодексу Республики Беларусь. Под ред. Василевича Г. А. Издательство Амалфея. / 2003. – 1120с.
6. Трудовое право: Учебник / В.И. Семенков, В.Н. Артемова, Г.А. Василевич и др.; Под общ. ред. Семенкова В. И. / Мн.; Амалфея, 1999. - 592с.
7. Трудовое право / Под ред. О.В. Смирнова, учебник, изд. 3-е, перераб. и дополненное – М.: Издательская группа «Проспект», 2000. / 447с.