



**НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ АДВОКАТІВ УКРАЇНИ**

**КОМІТЕТ З ТРУДОВОГО ПРАВА НААУ**

# **РОЗІРВАННЯ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ (КОНТРАКТІВ): СТРАТЕГІЯ ЗАХИСТУ**

**МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ**

**Харків, 2021**

**Колектив авторів:**

- Зверева Л. С.** — адвокат, член Комітету з трудового права НААУ, лектор Вищої школи адвокатури, тел. 050 936 5209, ел. адреса: zvereva.advokat@gmail.com.
- Лисенко Г. О.** — адвокат, член Комітету з трудового права НААУ, лектор Вищої школи адвокатури, тел. 067 423 7754, ел. адреса: g.lysenko29@gmail.com.
- Матова Т. В.** — адвокат, член Комітету з трудового права НААУ, тел. 097 050 9698, ел. адреса: matova\_t@i.ua.
- Навроцький Д. М.** — адвокат, член Комітету з трудового права НААУ, лектор Вищої школи адвокатури, тел. 093 835 3750, ел. адреса: d.m.navrotsky@gmail.com.
- Панченко М. В.** — доктор юридичних наук, адвокат, член Комітету з трудового права НААУ, лектор Вищої школи адвокатури, викладач КНУ ім. Т. Шевченка та Національної академії внутрішніх справ, тел. 093 147 3438, ел. адреса: firstprosperous@gmail.com.
- Поліщук В. В.** — адвокат, Голова Комітету з трудового права НААУ, медіатор, лектор Вищої школи адвокатури, викладач Університету економіки та права «КРОК», тел. 068 808 7847, ел. адреса: dovirytel@gmail.com.
- Цветкова К. В.** — адвокат, Заступник Голови Комітету з трудового права НААУ, тел. 067 444 0285, ел. адреса: pani.kateryna@gmail.com.

**В. В. Поліщук**

- P54 Розірвання трудових договорів (контрактів): стратегія захисту / В. В. Поліщук, К. В. Цветкова, Г. О. Лисенко, Л. С. Зверева, Д. М. Навроцький, М. В. Панченко, Т. В. Матова. Х.: Фактор-Медіа, 2021. 112 с.

ISBN 978-966-180-743-2

Методичні рекомендації підготовлені колективом авторів, які практикують у справах щодо вирішення трудових спорів про звільнення працівників та у сфері захисту прав роботодавців під час звільнення працівників.

Посібник покликаний звернути увагу адвокатів на особливості та можливі алгоритми дій адвоката у справах про розірвання трудових договорів (контрактів) за різними правовими підставами. Використовуючи методичний матеріал, адвокати зможуть ефективніше будувати стратегії захисту в цій категорії справ і забезпечувати захист прав та законних інтересів своїх клієнтів. У посібнику наведені сучасні позиції Верховного Суду, які допоможуть адвокатам оперативніше реагувати на всі тонкощі справ про розірвання трудових договорів (контрактів) під час надання правової допомоги.

**УДК 349.22:331.106.44](082)**

# ЗМІСТ

ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ СЛОВНИК .....	5
ПЕРЕДМОВА .....	8
СПИСОК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ .....	9
<b>РОЗДІЛ 1. ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ.....</b>	<b>10</b>
1.1. Аналіз особливостей звільнення працівника за власним бажанням та за угодою сторін через призму судової практики Верховного Суду .....	10
1.2. Звільнення працівників за прогул: тактика дій адвоката.....	16
1.3. Звільнення за систематичне невиконання трудових обов'язків: стратегія дій адвоката.....	20
1.4. Особливості розірвання трудового договору у зв'язку з перебуванням у стані алкогольного сп'яніння.....	24
1.5. Порядок звільнення під час строку випробування .....	29
1.6. Особливості звільнення за невідповідність посаді.....	32
1.7. Порядок організації скорочення штату або персоналу.....	35
1.8. Порядок дій адвоката в разі звільнення працівника у зв'язку з набранням законної сили вироком суду .....	43
1.9. Особливості розірвання трудового договору (контракту) при порушенні вимог, установлених Законом України «Про запобігання корупції», крізь призму судової практики Верховного Суду .....	45
1.10. Розірвання трудових договорів з підстав, передбачених Законом України «Про очищення влади». Правові позиції Верховного Суду та практика ЄСПЛ.....	54
1.11. Особливості звільнення працівників у зв'язку з набранням законної сили рішенням суду про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави стосовно особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у передбачених статтею 290 Цивільного процесуального кодексу України випадках.....	60

1.12. Алгоритм дій адвоката в разі розірвання трудових договорів у зв'язку з грубим порушенням законодавства про працю .....	63
1.13. Звільнення у зв'язку з порушенням законодавства про працю за ініціативи працівника .....	66
1.14. Звільнення керівника на вимогу профспілкової організації.....	70
1.15. Особливості розірвання трудових договорів у зв'язку із втратою довіри .....	76
1.16. Особливості звільнення за вчинення аморального проступку .....	80
1.17. Звільнення під час лікарняного .....	83
1.18. Розірвання трудових контрактів .....	84
<b>РОЗДІЛ 2. ОФОРМЛЕННЯ ВИМОГ ПРАЦІВНИКІВ ПІД ЧАС ЗВІЛЬНЕННЯ: СТРАТЕГІЯ ДІЙ АДВОКАТА.....</b>	<b>91</b>
2.1. Порядок дій адвоката в разі затримки виплати вихідної допомоги та всіх належних виплат .....	91
2.2. Стягнення моральної шкоди у трудових спорах.....	97
<b>РОЗДІЛ 3. ОСОБЛИВОСТІ ЗВІЛЬНЕННЯ ПОСАДОВИХ ОСІБ .....</b>	<b>99</b>
3.1. Стягнення збитків із керівника підприємства та інших посадових осіб .....	99
3.2. Порядок дій адвоката під час звільнення посадових осіб.....	102
<b>РОЗДІЛ 4. ОСОБЛИВОСТІ ЗВІЛЬНЕННЯ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ПРАЦІВНИКІВ: СТРАТЕГІЯ ТА ТАКТИКА АДВОКАТА .....</b>	<b>105</b>
4.1. Звільнення вагітних жінок, жінок і чоловіків, які перебувають у відпустці для догляду за дитиною .....	105
4.2. Звільнення осіб передпенсійного віку та пенсіонерів.....	106
4.3. Особливості звільнення студентів.....	108
<b>ПЕРЕЛІК РЕКОМЕНДОВАНИХ ДЖЕРЕЛ .....</b>	<b>110</b>

## ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ СЛОВНИК

**Викривач** — фізична особа, яка за наявності переконання, що інформація є достовірною, повідомила про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень цього Закону, учинених іншою особою, якщо така інформація стала їй відома у зв'язку з її трудовою, професійною, господарською, громадською, науковою діяльністю, проходженням нею служби чи навчання або її участю в передбачених законодавством процедурах, які є обов'язковими для початку такої діяльності, проходження служби чи навчання (Закон України «Про запобігання корупції»).

**Державна служба** — це публічна, професійна, політично неупереджена діяльність із практичного виконання завдань і функцій держави, зокрема щодо:

1) аналізу державної політики на загальнодержавному, галузевому й регіональному рівнях та підготовки пропозицій стосовно її формування, у тому числі розроблення та проведення експертизи проектів програм, концепцій, стратегій, проектів законів та інших нормативно-правових актів, проектів міжнародних договорів;

2) забезпечення реалізації державної політики, виконання загальнодержавних, галузевих і регіональних програм, виконання законів та інших нормативно-правових актів;

3) забезпечення надання доступних і якісних адміністративних послуг;

4) здійснення державного нагляду та контролю за дотриманням законодавства;

5) управління державними фінансовими ресурсами, майном та контролю за їх використанням;

6) управління персоналом державних органів;

7) реалізації інших повноважень державного органу, визначених законодавством (Закон України «Про державну службу»).

**Державний службовець** — це громадянин України, який займає посаду державної служби в органі державної влади, іншому державному органі, його апараті (секретаріаті) (далі — державний орган), одержує заробітну плату за рахунок коштів державного бюджету та здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій такого

державного органу, а також дотримується принципів державної служби (Закон України «Про державну службу»).

**Неповнолітньою** вважається дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років (Сімейний кодекс України).

**Очищення влади (люстрація)** — це встановлена Законом України «Про очищення влади» або рішенням суду заборона окремим фізичним особам обіймати певні посади (перебувати на службі) (крім виборних посад) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування (Закон України «Про очищення влади»).

**Пенсіонер** — особа, яка отримує пенсію, довчну пенсію, або члени її сім'ї, які отримують пенсію в разі смерті цієї особи у випадках, передбачених цим Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування».

**Передпенсійний вік** — це вік особи за два роки до дати, із якої особа буде мати право на пенсію на умовах, визначених статтею 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування».

**Подарунок** — грошові кошти або інше майно, переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, які надають/одержують безоплатно або за ціною, нижчою мінімальної ринкової (Закон України «Про запобігання корупції»).

**Потенційний конфлікт інтересів** — наявність у особи приватного інтересу у сфері, у якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень (Закон України «Про запобігання корупції»).

**Прогул** — це відсутність працівника на роботі більше 3 годин безперервно або сумарно протягом робочого дня без поважних причин, як протягом усього робочого дня та без відповідного попередження роботодавця в установленому порядку.

**Реальний конфлікт інтересів** — суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень (Закон України «Про запобігання корупції»).

**Рівнозначна посада** — посада державної служби, що належить до однієї підкатегорії посад державної служби з урахуванням рівнів державних органів (Закон України «Про державну службу»).

**Спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції** — органи прокуратури, Національної поліції, Національне антикорупційне бюро України, Національне агентство з питань запобігання корупції (Закон України «Про запобігання корупції»).

**Трудовий договір** — це угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, з підляганням внутрішньому трудовому розпорядку, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату й забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором й угодою сторін.

**Трудовий контракт** — особлива форма трудового договору, що повинна спрямовуватися на забезпечення умов для проявлення ініціативності та самостійності працівника, урахування його індивідуальні здібності й професійні навички, підвищення взаємної відповідальності сторін, правову і соціальну захищеність працівника.

## ПЕРЕДМОВА

Володіння технікою, навичками та засобами, за допомогою яких адвокат здійснює захист прав та інтересів своїх клієнтів у трудових спорах, визначає рівень кваліфікації правозахисника.

Особливістю роботи адвоката під час звільнення працівника є той факт, що нам, адвокатам, доводиться застосувати норми Кодексу законів про працю, який було затверджено Законом № 322-VIII ще 10 грудня 1971 року. На сьогодні існує проблема з чітким порядком регулювання практичних ситуацій, що пов'язані з припиненням трудового договору. Відтак більшість інформації про порядок звільнення працівників адвокати черпають із практики Верховного Суду або із роз'яснень певних державних органів.

Метою підготовки методичного посібника «Розірвання трудових договорів (контрактів): стратегія захисту» є допомога всім адвокатам у пошуку рішень щодо найбільш складних підстав звільнення працівників. У методичному посібнику зібрані найактуальніші правові позиції Верховного Суду, рішення Європейського суду з прав людини, а також роз'яснення окремих органів із питань, які не регулюються жодним нормативно-правовим актом.



## СПИСОК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ВС	Верховний Суд
КАС	Касаційний адміністративний суд
КЦС	Касаційний цивільний суд
КГС	Касаційний господарський суд
КЗпП	Кодекс законів про працю України
Конвенція МОП № 158	Конвенція Міжнародної організації праці №158 «Про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця» від 22.06.1982
Інструкція № 1452/735	Інструкція про порядок виявлення у водіїв транспортних засобів ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції, затверджена спільним наказом Міністерства внутрішніх справ України та Міністерства охорони здоров'я України № 1452/735 від 09.11.2015
Постанова № 9	Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 06.11.1992
Роз'яснення Мін'юсту від 01.02.2011	Роз'яснення Міністерства юстиції України «Порядок розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу» від 01.02.2011

## РОЗДІЛ 1. ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ

### 1.1. Аналіз особливостей звільнення працівника за власним бажанням та за угодою сторін через призму судової практики Верховного Суду

Як відомо, при звільненні за угодою сторін суб'єктом ініціювання, тобто стороною, яка вносить пропозицію про звільнення, може бути й сам працівник, і роботодавець. Це положення впливає з п.1 ст. 36 КЗпП. Також у постанові ВС від 31.10.2019 (КАС) у справі № 1340/6082/18 суд зазначив, що основною відмінністю між звільненням за угодою сторін та за власним бажанням є те, що перше відбувається за наявності одночасного волевиявлення в обох сторін. Запропонувати ж такий варіант звільнення може і працівник, і роботодавець.

Водночас при звільненні за власним бажанням єдиний, хто має право ініціювати таке звільнення, є працівник, адже відповідно до ст. 38 та 39 КЗпП працівник має право розірвати трудовий договір, укладений на невизначений строк, попередивши про це власника або уповноважений ним орган письмово за два тижні. Зазначена імперативна норма знайшла своє відображення й у постанові ВС від 25.11.2019 (КЦС) у справі № 201/1384/16-ц.

Варто також порівняти і форму пропозиції про звільнення. Так, при звільненні за угодою сторін вона може бути і письмовою, й усною, що підтверджує постанова ВС від 24.03.2020 (КЦС) у справі № 553/629/18, де зазначено: «Пропозиція (ініціатива) і сама угода сторін про припинення трудового договору за пунктом 1 частини першої статті 36 КЗпП можуть бути укладені як у письмовій, так і в усній формі. Чинним законодавством не передбачено обов'язкової письмової форми угоди сторін про припинення трудового договору».

Водночас при звільненні за ініціативою працівника звернення повинно бути письмовим (у формі заяви) і завчасно (за два тижні) подане роботодавцю. Таке положення закріплено у ст. 38 КЗпП. Верховний Суд також відображає цю імперативну норму в постанові ВС від 25.11.2019 (КЦС) у справі № 201/1384/16-ц.

Також завжди варто пам'ятати про наявність реального волевиявлення на звільнення. Зокрема, при звільненні за угодою сторін однією з основних умов його правомірності є обопільне волевиявлення і працівника, і роботодавця. Адже, виходячи зі змісту поняття «угода», можна дійти висновку, що повинно мати місце взаємне волевиявлення сторін, аби така угода могла бути реальною. Це положення знаходить своє підтвердження одразу в кількох постановках Верховного Суду: у вже наведеній вище постанові ВС від 31.10.2019 (КАС) у справі № 1340/6082/18 та постанові ВС від 05.04.2020 (КЦС) у справі № 524/466/17, де суд визначає поняття «волевиявлення» як «засіб, яким особа має намір досягти певних юридичних результатів і пов'язується із вчиненням фактичних дій» та поняття «*угода*» як «дії громадян і організацій, спрямовані на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків і розуміє під собою вільне волевиявлення обох сторін». Також вказується, що відсутність узгодженої дати звільнення та дати написання заяви свідчить про відсутність обопільного волевиявлення між сторонами та підкреслюється важливість наявності взаємної згоди на звільнення. Суди вказують на необхідність наявності спільного волевиявлення не тільки при укладанні угоди про звільнення, а й при її анулюванні.

У ситуаціях, де має місце оскарження наказу про звільнення працівника за власним бажанням, юридичним фактом, що має значення, є наявність волевиявлення самого працівника. Це підтверджено в постанові ВС від 31.10.2019 (КАС) у справі № 1340/6082/18. Суд указує на те, що відкликання працівником своєї заяви про звільнення за власним бажанням є його суб'єктивним правом, яке передбачене трудовим законодавством, і така дія не вимагає наявності згоди роботодавця.

Проте відкликати свою заяву про звільнення працівник може лише протягом двотижневого строку з дня подання такої заяви. Із постанови ВС від 25.03.2020 (КЦС) у справі № 295/14595/17: *«Виходячи зі змісту принципу рівності, положень статті 38*

*Кодексу законів про працю України, працівник має право відкликати заяву про звільнення лише протягом двотижневого строку з дати попередження роботодавця про звільнення».*

Різниця також полягає і в термінах ініціювання та фактичного звільнення працівника при цих двох видах звільнення. Цікавим є те, що ініціювати звільнення за угодою сторін можна в будь-який момент виникнення відповідного бажання в однієї зі сторін та за погодженням з іншою стороною, звільнення працівника може бути проведено в будь-який час. Стосовно цього у вже згаданій постанові ВС від 31.10.2019 (КАС) у справі № 1340/6082/18 суд доходить висновку, що термін ініціювання розпочинається саме в момент виникнення відповідної волі в будь-якої сторони.

Однак час ініціювання звільнення і фактичне звільнення працівника за власним бажанням мають відповідні часові межі і становлять два тижні з моменту подання працівником відповідної письмової заяви на звільнення, що закріплено у ст. 38 КЗпП: *«Працівник має право розірвати трудовий договір, укладений на невизначений строк, попередивши про це власника або уповноважений ним орган письмово за два тижні»* та знаходить своє підтвердження в постанові ВС від у 25.03.2020 (КЦС) у справі № 295/14595/17.

Також окремої уваги заслуговує порівняння юридичних наслідків при відкритті заяви про звільнення за угодою сторін та за власним бажанням, оскільки в першому випадку факт відкриття працівником заяви про звільнення не несе за собою жодних юридичних наслідків. Саме такої позиції дотримується Верховний Суд. Зокрема, у постанові ВС від 19.02.2020 (КАС) у справі № 820/3360/17 та постанові ВС від 15.07.2019 (КЦС) у справі № 686/22102/18 суд вказує, що працівник (у тому числі й державний службовець) має право на відкриття заяви про звільнення, але тоді, коли воно відбувається за ініціативою працівника. У разі якщо мала місце спільна домовленість працівника та роботодавця, а також була узгоджена дата звільнення, відкриття заяви не матиме юридичних наслідків. Тобто відкриття працівником своєї заяви не може анулювати угоду про звільнення.

Але варто зазначити, що відкриття працівником заяви на звільнення за угодою сторін, у сукупності з іншими обставинами, усе ж має значення для встановлення факту наявності волевиявлення

у працівника в момент видачі наказу про звільнення. Зокрема, у постанові ВС від 21.11.2018 (КАС) у справі № 820/243/16 суд доходить висновку, що факт відкликання працівником своєї заяви хоч і не скасовує угоду про звільнення, проте свідчить про відсутність у працівника волевиявлення, а тому звільнення на підставі п. 1 ст. 36 КЗпП є неправомірним.

У випадку звільнення за власним бажанням працівник може відкликати свою заяву й особисто, й опосередковано, до закінчення двотижневого терміну і в такий спосіб «анулювати» своє звільнення. У постанові ВС від 25.03.2020 (КЦС) у справі № 295/14595/17: *«Виходячи зі змісту принципу рівності, положень статті 38 Кодексу законів про працю України <...> працівник має право відкликати заяву про звільнення лише протягом двотижневого строку з дати попередження роботодавця про звільнення»*. На доповнення, у постанові ВС від 02.10.2019 (КАС) у справі № 826/17279/16 суд, виходячи з аналізу положень законодавства, стверджує, що працівник може відкликати свою заяву про звільнення й особисто, й опосередковано, тобто залишившись на робочому місці, виконувати свої посадові обов'язки після спливу двотижневого терміну з моменту подання ним заяви на звільнення за власним бажанням.

Незважаючи на те що звільнення за угодою сторін та за власним бажанням мають певні відмінності, є те, що їх об'єднує. Це стосується звільнення працівника в період тимчасової втрати працездатності, що дозволено в обох випадках. У постанові ВС від 02.09.2019 (КЦС) у справі № 401/30/17-ц та постанові ВС від 22.11.2019 (КАС) у справі № 813/740/17 суд зазначає, що доводи позивачів про те, що їх звільнили в період тимчасової непрацездатності, є *«безпідставними»*, адже в цьому разі мало місце звільнення за угодою сторін, тому воно є цілком правомірним.

Також, виходячи з аналізу вищенаведених постанов та норм законодавства, доцільно порівняти звільнення за угодою сторін та за власним бажанням в аспекті переваг для роботодавця та працівника.

Якщо розглядати звільнення за угодою сторін в аспекті переваг для працівника, то такою для нього є, по-перше, можливість звільнення в будь-який термін. Головним у цьому разі є наявність спільної згоди між працівником та роботодавцем, тому саме звільнення може відбутися і в день внесення пропозиції, і в будь-який інший момент.

По-друге, істотною перевагою для працівника є скорочення терміну початку виплати допомоги по безробіттю в разі взяття його на облік у Державний центр зайнятості. Згідно з ч. 4 ст. 23 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» допомога по безробіттю особам, які звільнилися з останнього місця роботи за власним бажанням без поважних причин, призначається відповідно до частин першої та другої цієї статті, і її виплата починається з 91-го календарного дня. А виплата допомоги по безробіттю при звільненні за угодою сторін починається з 8-го дня з часу постановлення на облік у центрі зайнятості (ч. 3 ст. 22 Закону).

Водночас скорочено виплату по безробіттю, вона становить 270 днів замість 360 відповідно до п. 1 ч. 5 ст. 31 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття»: «Тривалість виплати допомоги по безробіттю скорочується на строк до 90 календарних днів у разі звільнення з останнього місця роботи за власним бажанням без поважних причин або за угодою сторін (на 90 календарних днів)».

Окрім цього, звільнення за угодою сторін має переваги й для роботодавця. Зокрема, однією з них є те, що відкликання заяви про звільнення не має юридичних наслідків. Тобто в разі домовленості працівник не може анулювати її в односторонньому порядку, проте, як зазначалося вище, у сукупності з іншими обставинами такий факт свідчить про відсутність волевиявлення в працівника, що може бути враховано судом.

Також на цей вид звільнення не поширюється заборона щодо звільнення в період тимчасової непрацездатності, адже вона стосується звільнення з ініціативи роботодавця, відповідно до ст. 40 КЗпП.

Крім того, зникає обов'язок роботодавця погоджувати звільнення з органами профспілкової організації та працевлаштувати працівника. Таке положення закріплено в п. 10 ч. 1 ст. 38 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»: «Виборний орган первинної профспілкової організації на підприємстві, в установі або організації дає згоду або відмовляє в наданні згоди на розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця з працівником, який є членом наявної на підприємстві, в установі, організації профспілки, у випадках, передбачених законом»,

та підтверджується ВС на практиці, зокрема в постанові ВС від 12.02.2020 (КАС) у справі № 820/242/16: *«Таким чином, Суд погоджується з висновком суду першої інстанції, що однією з ознак, характерних для звільнення за згодою сторін, тобто взаємного волевиявлення, є відсутність зобов'язань сторін виконувати будь-які процесуальні дії одна стосовно іншої у вигляді попередження, зобов'язання щодо працевлаштування, подання, погодження звільнення з відповідним органом тощо».*

Звільнення за власним бажанням має інші переваги. По-перше, для працівника — це є можливість відкликання заяви конклюдентними діями. Тобто заява вважається відкликаною, якщо працівник не залишив місця роботи після двотижневого періоду, відповідно до ст. 38 КЗпП та постанови ВС від 25.03.2020 (КІС) у справі № 295/14595/17: *«Якщо працівник після закінчення строку попередження про звільнення не залишив роботи та не вимагає розірвання трудового договору, власник або уповноважений ним орган не вправі звільнити його за поданою раніше заявою, крім випадків, коли на його місце запрошено іншого працівника, якому відповідно до законодавства не може бути відмовлено в укладенні трудового договору».* По-друге, потрібне лише волевиявлення самого працівника. Іншими словами, роботодавець не може вплинути на бажання працівника звільнитися.

І нарешті можливість дострокового звільнення за власним бажанням без відпрацювання двотижневого періоду за наявності підстав, перелічених у ст. 38 КЗпП: переїзд на нове місце проживання; переведення чоловіка або дружини на роботу в іншу місцевість; вступ до навчального закладу; неможливість проживання у вказаній місцевості, підтверджена медичним висновком; вагітність; догляд за дитиною до досягнення нею чотирнадцятирічного віку або дитиною з інвалідністю та ін.

Для роботодавця звільнення працівника за власним бажанням також має свої переваги: працівник зобов'язаний попередити про намір звільнитися за 2 (два) тижні та відпрацювати цей термін, що дасть роботодавцю необхідний час, аби знайти заміну для звільненого працівника без негативних наслідків для роботи підприємства, що закріплено у ст. 38 КЗпП.

Також роботодавець має право звільнити працівника в період тимчасової непрацездатності (як і при звільненні за угодою сторін).

Отже, звільнення за власним бажанням та за угодою сторін є найпоширенішими видами звільнення зі своїми особливостями, перевагами та недоліками і для працівника, і для роботодавця. Практика Верховного Суду з оскарження таких видів звільнень працівників ще продовжує формуватись, хоча певні підходи вже є сталими. З огляду на те, що при звільненні за угодою сторін, відповідно до актуальних правових висновків Верховного Суду, факт відкликання працівником своєї заяви про звільнення (анулювання попередньої домовленості про припинення трудового договору за угодою сторін) не несе за собою юридичних наслідків, проте враховується судом при розгляді справ як одна з ознак відсутності волевиявлення, пропонується вважати правильним і повернутися Верховному Суду до правового висновку Верховного Суду України, який викладено в постанові від 26.10.2016 у справі № 6-1269цс16, про те, що в разі відкликання працівником своєї заяви про звільнення за угодою сторін до дня звільнення таке звільнення вважатиметься неправомірним, оскільки не мало місце взаємне волевиявлення сторін на дату звільнення.

## 1.2. Звільнення працівників за прогул: тактика дій адвоката

Трудовий договір може бути розірваний з ініціативи роботодавця через прогул (у тому числі відсутність на роботі більше 3 годин протягом робочого дня) без поважних причин (ч. 4 п. 1 ст. 40 КЗпП).

Прогул — це відсутність працівника на роботі більше 3 годин безперервно або сумарно протягом робочого дня без поважних причин як протягом усього робочого дня та без відповідного попередження роботодавця в установленому порядку.

Тягар доведення прогулу лежить на роботодавцеві (п.п. «а» п. 2 ст. 9 Конвенції МОП № 158).

Для звільнення працівника за такою підставою власник або уповноважений ним орган повинен мати докази, що підтверджують відсутність працівника на робочому місці більше трьох годин протягом робочого дня (роз'яснення Мін'юсту від 01.02.2011).



Головне при звільненні за прогул — відсутність поважної причини неявки працівника.

Законодавством не визначено перелік обставин, за яких прогул вважається вчиненим з поважних причин. Тому, вирішуючи питання про поважність причин відсутності на роботі працівника, суд повинен виходити з конкретних обставин і враховувати наявні у справі докази (постанова ВС від 22.04.2020 № 199/8766/18).

**Неповажними причинами є:**

- поміщення до медвигверзника (п. 24 постанови № 9);
- залишення роботи до закінчення терміну, який працівник зобов'язаний пропрацювати за призначенням після закінчення вищого чи середнього спеціального навчального закладу (п. 24 постанови № 9);
- самовільне, без погодження з роботодавцем використання днів відгулів або чергової відпустки (постанова ВС від 13.09.2017 у справі № 6-1412цс17, постанова ВС від 03.12.2018 у справі № 686/21222/16).

**Поважними причинами можуть бути:**

- хвороба працівника або незадовільний стан здоров'я. При цьому відсутність працівника за станом здоров'я може підтверджуватися не тільки листком непрацездатності, а й довідкою медичної установи, показаннями свідків чи іншими доказами (ухвала Верховного Суду України від 31.10.2002 у справі № 6-10006кк02, постанова ВС від 11.03.2020 у справі № 459/2618/17). Працівник повинен довести, що стан здоров'я, звернення до лікаря були перешкодою для виконання ним своїх трудових функцій, що є поважною причиною (постанови ВС від 12.09.2018 у справі № 127/21890/16 та від 30.04.2020 у справі № 607/13537/17). Незадовільний стан здоров'я працівника суд теж визнає поважним, оскільки, наприклад, працівник з інвалідністю з дитинства групи III і належить до вразливої групи населення та потребує додаткового соціального захисту (постанова ВС від 03.03.2020 у справі № 362/2918/18);
- законна відпустка працівника. Якщо працівник у передбаченому порядку звернувся із заявою про відпустку, але оформлення цієї відпустки відповідним наказом не відбулось, то така відсутність

працівника на робочому місці не може кваліфікуватись і розцінюватись, як прогул без поважних причин (постанова ВС від 17.10.2019 у справі № 233/44/16-ц);

– відсутність закріпленого робочого місця. Відсутність на робочому місці, місцезнаходження якого працівнику не було повідомлено, не є прогулом (постанова ВС від 08.05.2019 у справі № 489/1609/17);

– недопущення роботодавцем працівника до роботи;

– невихід працівника на роботу у зв'язку з переведенням;

– виклик до органів, явка до яких є обов'язковою (прокуратура, суд, військовий комісаріат, медогляд) (постанова ВС від 04.12.2019 у справі № 699/640/18);

– наявність працівника на території підприємства, хоча й не на робочому місці (постанова ВС від 22.07.2019 у справі № 619/4237/14-ц),

– тимчасова відсутність транспортного сполучення чи квитків;

– виконання державних чи громадських обов'язків: як донор здавав кров, як депутат брав участь у сесії або засіданні постійної комісії місцевої ради, як присяжний — у судовому засіданні;

– незабезпечення належних умов праці (постанова ВС від 04.02.2020 у справі № 686/8420/17).

#### **Порядок оформлення прогулу:**

– виявлення відсутності працівника. Повідомлення керівнику про відсутність працівника (дповідна записка);

– установлення причини відсутності на роботі. Роботодавець повинен вжити усіх доступних заходів для перевірки і з'ясування причини відсутності працівника на роботі (постанова ВС від 06.12.2019 у справі № 409/2057/17);

– фіксування факту відсутності працівника на роботі (скласти Акт фіксації відсутності, в якому обов'язково це вказати);

– витребування письмових пояснень (направити на всі відомі адреси, у т. ч. електронні, вимогу надати письмові пояснення з приводу відсутності на роботі). У разі відмови надати пояснення або ненадання відповіді на лист — скласти Акт про відмову в наданні пояснень (ст. 149 КЗпП);

– зазначення у таблиці обліку робочого часу позначки «НЗ» — неявка працівника з нез'ясованих причин;

— отримання згоди виборного органу (профспілки), якщо працівник є його членом. Мінімум 2 рази запросити працівника на збори профспілки. Ознайомити працівника з прийнятим рішенням. При цьому рішення профспілки повинно бути обґрунтованим (постанова ВС від 12.02.2020 у справі № 345/472/19);

— видача наказу про звільнення, ознайомлення працівника з наказом (складаємо та направляємо наказ про звільнення на адресу працівника). У разі відмови — складаємо Акт про відмову від ознайомлення з наказом;

— унесення запису про звільнення до трудової книжки;

— здійснення повного розрахунку в день звільнення згідно зі ст. 116, 117 КЗпП. Непроведення з вини роботодавця розрахунку з працівником у зазначені терміни є підставою для виплати працівникові його середнього заробітку за весь час затримки по день фактичного розрахунку. Тягар відсутності вини у вчиненні такого порушення покладається на роботодавця (постанова ВС від 15.04.2020 № 761/43036/17).

## **СТРОК ДЛЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ЗА ПРОГУЛ**

Не можна звільнити за прогул, який стався понад шість місяців тому (ст. 148 КЗпП).

Роботодавцеві слід дотримуватися термінів, передбачених для застосування дисциплінарних стягнень статтею 148 КЗпП. Зокрема, у ній зазначено, що дисциплінарне стягнення застосовується безпосередньо за виявленням проступку, але не пізніше одного місяця з дня його виявлення, не рахуючи часу звільнення працівника від роботи у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю або перебуванням його у відпустці. Дисциплінарне стягнення не може бути накладено пізніше шести місяців із дня вчинення проступку.

### 1.3. Звільнення за систематичне невиконання трудових обов'язків: стратегія дій адвоката

Трудовий договір може бути розірваний власником у зв'язку з систематичним невиконанням працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку, якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення (п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП).

#### **Для звільнення за систематичність невиконання обов'язків необхідна наявність таких умов:**

1. Порухення має стосуватися лише тих обов'язків, які є складниками трудової функції працівника чи впливають із правил внутрішнього трудового розпорядку.

2. Невиконання або неналежне виконання працівником трудових обов'язків має бути винним, скоєним без поважних причин умисно чи з необережності.

3. Невиконання або неналежне виконання трудових обов'язків є систематичним.

4. Може бути враховано тільки дисциплінарні та громадські стягнення, які накладають трудові колективи й громадські організації відповідно до їхніх статутів.

5. Із моменту виявлення порушення до звільнення може минути не більше місяця.

Отже, для коректного звільнення працівника за п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП повинно бути дотримано декілька необхідних умов, щодо кожної з яких існують свої нюанси.

#### **СИСТЕМАТИЧНІСТЬ НЕВИКОНАННЯ ОБОВ'ЯЗКІВ**

Систематичність полягає в невиконанні працівником своїх обов'язків без поважних причини два та більше рази протягом певного періоду. Підставою для звільнення є не лише факт невиконання, а й одночасно накладення на працівника дисциплінарного

чи громадського стягнення. При цьому юридично значущими для звільнення за п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП є чинні стягнення (не скасовані й не погашені).

Верховний Суд у своїй практиці наголошує, що системність повинна полягати саме у фактах порушення та накладення за кожне окреме порушення дисциплінарного чи громадського стягнення. Лише сукупність цих елементів породжує систематичність невиконання обов'язків (постанова ВС від 26.02.2020 у справі № 757/14922/17-ц).

Наприклад, у справі № 592/6444/16-ц судом було поновлено медичного працівника, звільненого за систематичне невиконання обов'язків, оскільки роботодавець двічі притягнув працівника до відповідальності за одне й те ж порушення. На думку роботодавця, оскільки працівника було двічі притягнуто до відповідальності протягом установленого періоду, то наявне систематичне невиконання. Верховний Суд, проаналізувавши обставини справи, вказав, що звільнення за підставами, передбаченими п. 3 ст. 40 КЗпП, можливе лише в разі скоєння працівником проступку на роботі, учиненого після застосування до цього працівника дисциплінарного стягнення.

У вказаній правовій позиції ВС акцентував, що повинні бути декілька фактів порушення з боку працівника, за кожним з яких накладено стягнення (постанова ВС від 16.01.2019 у справі № 592/6444/16-ц).

### **З'ЯСУВАННЯ СУТІ ОБОВ'ЯЗКІВ, ЩО БУЛИ НЕ ВИКОНАНІ ПРАЦІВНИКОМ**

ВС у своїй практиці вказує, що звільнення за систематичне невиконання обов'язків можливе лише за умови доведення, що обов'язки, які він не виконував, дійсно на нього покладені.

Так, було поновлено директора комунального підприємства, звільненого за систематичне невиконання обов'язків, оскільки роботодавцем не було доведено, у чому саме полягало систематичне невиконання обов'язків. Також суд акцентував, що обов'язки, за невиконання яких було звільнено працівника, насправді не передбачені в його посадовій інструкції.

Суд указав, що оскільки межі повноважень та посадових обов'язків Позивача як керівника комунального підприємства чітко регламентовані умовами контракту та посадовою інструкцією, то саме за невиконання передбачених там обов'язків можливе звільнення за п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, проте роботодавцем не було доведено, у чому саме полягало таке невиконання (постанова ВС від 27.05.2020 у справі № 539/4752/18-ц).

ВС у справі № 302/1019/18 вказав, що в наказі про звільнення повинно бути конкретно вказано, які саме порушення допустив працівник, за які його й було звільнено. Недотримання цієї вимоги є підставою поновлення працівника на посаді (постанова ВС від 06.04.2020 у справі № 302/1019/18).

### **НЕДОТРИМАННЯ СТРОКІВ ДЛЯ ЗВІЛЬНЕННЯ**

Із пп. 22, 23 постанови № 9 випливає, що наказ на звільнення за систематичне невиконання обов'язків працівником може бути виданий не більше ніж за один рік із дня допущення працівником невиконання обов'язків. Через рік після останнього допущеного систематичного невиконання обов'язків роботодавець не може звільнити працівника за цією підставою до допущення працівником іншого факту невиконання своїх обов'язків.

Крім вказаного строку, передбачено, що за п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП працівник може бути звільнений протягом місяця з моменту допущення невиконання обов'язків. На це вказав і ВС у справі № 759/1039/17, зазначивши, що оскільки працівник допустив порушення у вересні, а наказ про звільнення видано у грудні, тобто з порушенням місячного терміну, то відсутні підстави для застосування п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП (постанова ВС від 11.03.2020 у справі № 759/1039/17).

ВС також зазначає, що згідно з роз'ясненнями, наведеними в п. 23 постанови № 9, працівника може бути звільнено відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП лише за проступок на роботі, учинений після застосування до нього дисциплінарного або громадського стягнення за невиконання без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку. У таких випадках ураховують заходи дисциплінарного

стягнення, які встановлено чинним законодавством і які не втратили юридичної сили за давністю (які не знято достроково) (постанова ВС від 14.01.2019 у справі № 344/9143/17).

### **НЕОТРИМАННЯ ПОЯСНЕНЬ ПРАЦІВНИКА**

У разі звільнення працівника, як форми накладення дисциплінарного стягнення за дисциплінарний проступок, має бути дотримано відповідної процедури, передбаченої ст. 149 КЗпП, зокрема отримано письмові пояснення (або письмову відмову від їх надання), ураховано ступінь тяжкості вчиненого проступку, заподіяну шкоду, попередню роботу працівника та обставини, за яких було вчинено такий проступок.

ВС наголосив на обов'язковості дотримання цієї вимоги і при розгляді справи № 489/5112/17, де вказав, що перед застосуванням до працівника дисциплінарного стягнення роботодавець зобов'язаний був отримати від нього письмові пояснення, урахувати ступінь тяжкості вчиненого проступку та попередню роботу працівника, однак ним зазначені вимоги трудового законодавства не дотримано. На підставі цього порушення при звільненні працівника було поновлено на роботі (постанова ВС від 13.02.2020 у справі № 489/5112/17).

### **НЕОТРИМАННЯ ЗГОДИ ПРОФСПІЛКОВОГО ОРГАНУ**

Неотримання згоди профспілкового органу та неотримання пояснень працівника є універсальними підставами поновлення на роботі та належать до усіх підстав звільнення, передбачених ст. 40 КЗпП.

Іншим елементом для коректного звільнення працівника за систематичне невиконання обов'язків є отримання рішення про надання згоди на звільнення від профспілки. У випадку, коли таке рішення отримано не було, а роботодавець звільнив працівника відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, то працівник може бути поновлений на посаді.

Водночас, як зазначив суд при розгляді справи № 345/472/19, роботодавець може звільнити працівника без згоди профспілкового

органу за відсутності правового обґрунтування профспілковим органом такої відмови, а не з мотивів її відмови (постанова ВС від 12.02.2020 у справі № 345/472/19).

Розірвання трудового договору може бути проведено лише за попередньою згодою виборного органу (профспілкового представника), первинної профспілкової організації, членом якої є працівник, крім випадків, визначених КЗпП.

Незважаючи на відмову профспілкової організації звільнити працівника, суд зазначив, що в повідомленнях органів профспілки відсутнє правове обґрунтування такої відмови, а власник має право звільнити працівника без згоди профспілкового органу за відсутності правового обґрунтування профспілковим органом такої відмови, а не на основі мотивів її відмови.

ВС також зазначив, що, розглядаючи трудовий спір, суд повинен з'ясувати, чи містить рішення профспілкового комітету власне правове обґрунтування такої відмови. І лише в разі відсутності в рішенні правового обґрунтування відмови у наданні згоди на звільнення працівника власник або уповноважений ним орган має право звільнити працівника без згоди виборного органу первинної профспілкової організації й таке звільнення є законним у разі дотримання інших, передбачених законодавством вимог для звільнення (постанова ВС від 30.03.2020 у справі № 295/9199/18-ц).

## 1.4. Особливості розірвання трудового договору у зв'язку з перебуванням у стані алкогольного сп'яніння

Трудовий договір може бути розірваний з ініціативи роботодавця в разі появи працівника на роботі в стані алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння (п. 7 ч. 1 ст. 40 КЗпП).

За вказаною підставою **звільнення може бути за наявності таких умов:**

1) передбачено три стани появи працівника, які є підставою для звільнення:

а) стан алкогольного сп'яніння (нетверезий стан);



б) стан наркотичного сп'яніння;

в) стан токсичного сп'яніння;

2) перебування в такому стані будь-який час робочого дня, незалежно від того, чи були вони відсторонені від роботи, чи продовжували виконувати трудові обов'язки;

3) стан сп'яніння може бути підтверджений і медичним висновком, й іншими видами доказів (письмові, речові й електронні; висновки експертів; показання свідків).

Пункт 25 постанови № 9 передбачає, що «вирішуючи позови поновлення на роботі осіб, трудовий договір з якими розірвано за п. 7 ст. 40 КЗпП, суди повинні мати на увазі, що на основі цих підстав можуть бути звільнені з роботи працівники за появу на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння в будь-який час робочого дня, незалежно від того, чи були вони відсторонені від роботи, чи продовжували виконувати трудові обов'язки».

Фактично поява працівника в нетверезому стані, стані наркотичного чи токсичного сп'яніння є порушення трудової дисципліни, а тому не важливо, чи був працівник під час виконання своїх трудових обов'язків, чи був через об'єктивні підстави від них звільнений.

Окремо п. 25 постанови № 9 пояснює, що для працівника з ненормованим робочим днем час перебування на роботі понад установлену його загальну тривалість вважають робочим, а тому поява його на робочому місці в нетверезому стані навіть після закінчення робочого дня є підставою для звільнення.

## **ОЗНАКИ СП'ЯНІННЯ**

Виникає закономірне запитання, як визначити характерні ознаки алкогольного або наркотичного сп'яніння. Оскільки КЗпП не дає нам відповіді на це запитання, то можна використати Інструкцію про порядок виявлення у водіїв транспортних засобів ознак алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції, затверджену наказом Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства охорони здоров'я України від 09.11.2015 № 1452/735 (далі — Інструкція), відповідно до якої:

### **Ознаками алкогольного сп'яніння є:**

- запах алкоголю з порожнини рота;
- порушення координації рухів;
- порушення мови;
- виражене тремтіння пальців рук;
- різка зміна забарвлення шкірного покриву обличчя;
- поведінка, що не відповідає обстановці.

### **Ознаками наркотичного сп'яніння є:**

- наявність однієї чи декількох ознак стану алкогольного сп'яніння (крім запаху алкоголю з порожнини рота);
- звужені чи дуже розширені зіниці, які не реагують на світло;
- сповільненість або навпаки підвищена жвавість чи рухливість ходи, мови;
- почервоніння обличчя або неприродна блідість.

Стан сп'яніння може бути підтверджений і медичним висновком, й іншими видами доказів.

Доказами в суді будуть будь-які дані, на підставі яких суд зможе встановити наявність факту перебування працівника в стані сп'яніння. Засобами доказування є:

- письмові, речові й електронні докази;
- висновки експертів;
- показаннями свідків.

Тож роботодавцю насамперед слід зібрати письмові докази перебування працівника на роботі в стані алкогольного, наркотичного або токсичного сп'яніння. Законодавство не містить чіткого порядку фіксування перебування працівника в нетверезому стані, тому кожному роботодавцю слід підготуватись та зібрати достатньо доказів сп'яніння.

Одним із способів доведення стану сп'яніння є показання свідків. Так, Верховний Суд неодноразово сприймав показання свідків, які вказували на стан сп'яніння, як належну обставину, що доводить правомірність звільнення за цією підставою (постанова ВС від 09.12.2020 у справі № 345/3947/19).

Водночас показання свідків не можуть бути єдиним доказом доведення перебування працівника у стані сп'яніння. Повинні бути й інші докази цього.

Звичайно, доказом доведення появи працівника у стані сп'яніння є показники спеціального тесту. Указані докази сприймаються судами як належні. Зокрема, Верховний Суд прийняв як належний доказ використання Алкотесту як доказу у справі № 389/2827/16-ц. Крім того, він був проведений лікарем, тобто особою із спеціальними знаннями, на що також потрібно зважати (постанова ВС від 17.03.2020 у справі № 389/2827/16-ц).

Способом фіксування факту сп'яніння є звернення до поліції, як це передбачено в Інструкції № 1452/735. Так, у справі № 200/11520/18-а саме працівники поліції були викликані як засіб реагування на появу працівника у стані сп'яніння, що було виявлено іншими працівниками (постанова ВС від 02.06.2020 у справі № 200/11520/18-а).

### **Порядок фіксування перебування працівника на роботі у стані сп'яніння:**

1. Складаємо акт про встановлення факту перебування працівника на робочому місці у стані алкогольного або наркотичного сп'яніння, у якому обов'язково зазначаємо:

- дату та час його складання;
- місце складання із зазначенням адреси, поверху, робочого місця або іншого місця, де було виявлено правопорушника;
- посади та П. І. Б. осіб, які складають та підписують акт;
- зовнішні ознаки алкогольного або наркотичного сп'яніння, наприклад, різкий запах алкоголю, порушення мови та координації, надзвичайна балакучість, поведінка, яка не відповідає обстановці, погрози тощо<sup>4</sup>
- прохання пройти медичний огляд у закладі охорони здоров'я з приводу стану сп'яніння;
- прохання надати письмові пояснення;
- у разі відмови працівника пройти огляд, варто вказати про це в акті;
- показання спеціальних технічних засобів, якщо вони застосовувалися;
- підпис працівника, щодо якого складається акт, а в разі відмови — зазначити про це.

2. Складаємо службову (або доповідну) записку про відсторонення працівника від роботи у зв'язку із перебуванням на робочому

місці в нетверезому стані, у якій описуємо обставини, за яких було виявлено працівника в такому стані, й пропозиції щодо його відсторонення або звільнення.

3. Складаємо акт відмови в наданні письмових пояснень, якщо працівник відмовився їх надати та підписати акт про встановлення факту перебування у стані сп'яніння. Оскільки поява працівника на роботі в нетверезому або іншому подібному стані є фактично порушенням трудової дисципліни, то під час відповідного розслідування згідно зі ст. 149 КЗпП до застосування дисциплінарного стягнення роботодавець повинен вимагати від порушника трудової дисципліни письмові пояснення.

4. Отримуємо попередню згоду профспілки, членом якої є працівник, у разі наявності профспілкового органу на підприємстві. Для цього слід провести збори та прийняти рішення про надання згоди на розірвання трудового договору з працівником за підставами, передбаченими п. 7 ст. 40 КЗпП.

5. Видати наказ про звільнення на підставі п. 7 ст. 40 КЗпП. Обов'язково ознайомити працівника з наказом, а у випадку його відмови — комісією скласти відповідний акт.

Зверніть увагу, що роботодавець повинен ужити всіх заходів щодо належного ознайомлення працівника зі всіма документами, які складають стосовно нього щодо встановлення факту перебування у стані сп'яніння. У разі відмови підписати документи, що свідчать про його ознайомленість, складайте відповідні акти, у разі неможливості вручити або ознайомити, надсилайте цінним листом з описом на адресу, яка вказана в особовій картці працівника, або на всі відомі адреси.

Зразково виконаною процедурою звільнення за п. 7 ч. 1 ст. 40 КЗпП можна назвати дії роботодавця у справі № 303/5125/17. Верховний Суд зазначив, що факт появи працівника на робочому місці у стані алкогольного сп'яніння підтверджено актом, складеним та підписаним головним механіком, механіком, інженером ОП, головою профкому, затверджений начальником філії роботодавця, а також показаннями свідків, допитаних у судовому засіданні, від проходження медичного огляду на стан сп'яніння працівник відмовився, самостійно відповідний медичний огляд не пройшов, профспілкова організація надала згоду на його звільнення. Тому Верховний Суд указав, що роботодавець в установленому законом порядку

зафіксував факт перебування позивача в нетверезому стані на робочому місці (постанова ВС від 03.06.2020 у справі № 303/5125/17).

## 1.5. Порядок звільнення під час строку випробування

Трудовий договір може бути розірваний роботодавцем у випадку встановлення невідповідності працівника займаній посаді, на яку його прийнято, або виконуваній роботі протягом строку випробування (п. 11 ч. 1 ст. 40 КЗпП).

Відповідно до ст. 26 КЗпП при укладенні трудового договору може бути обумовлене угодою сторін випробування з метою перевірки відповідності працівника роботі, яку йому доручають. При цьому умова про випробування повинна бути застережена в наказі (розпорядженні) про прийняття на роботу.

Законодавець закріпив низку випадків, коли встановлення строку випробування недоцільне або як пільга не може застосовуватись до окремих категорій працівників. Такі випадки передбачені в ч. 3 ст. 26 КЗпП.

Установлення випробування можливе лише за двосторонньої згоди. Як зазначено в листі № 54/06/187-12, одностороннє встановлення власником умови про випробування є недопустимим.

Для держслужбовців передбачений особливий порядок строку випробування. Так, відповідно до ч. 2 ст. 35 Закону України «Про державну службу» при призначенні особи на посаду державної служби вперше встановлення випробування є обов'язковим. На службовців органів місцевого самоврядування в силу ч. 10 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» поширюється дія ч. 2 ст. 35 Закону України «Про державну службу».

### **ТРИВАЛІСТЬ СТРОКУ ВИПРОБУВАННЯ**

Строк випробування при прийнятті на роботу, якщо інше не встановлено законодавством України, не може перевищувати трьох місяців, а в окремих випадках, за погодженням із відповідним

виборним органом первинної профспілкової організації, — шести місяців (ст. 27 КЗпП).

Верховний Суд при розгляді справи № 490/12203/16-ц вказує, що загальний строк випробування при прийнятті на роботу для працівника, установлений ст. 27 КЗпП, за винятком окремих випадків, не може перевищувати трьох місяців. При цьому чинним трудовим законодавством не передбачена заборона або обмеження на продовження строку випробування після прийняття працівника на роботу, що дає право роботодавцю продовжувати випробування в межах визначеного ст. 27 КЗпП строку (постанова ВС від 07.10.2020 у справі № 490/12203/16-ц).

Згідно зі ст. 28 КЗпП, коли строк випробування закінчився, а працівник продовжує працювати, то він вважається таким, що витримав випробування, і наступне розірвання трудового договору допускається лише на загальних підставах.

## **УСТАНОВЛЕННЯ НЕВІДПОВІДНОСТІ ПІД ЧАС СТРОКУ ВИПРОБУВАННЯ**

Вирішуючи справу № 755/12037/17, Верховний Суд указав, що підставою для звільнення за результатами випробування може бути лише невідповідність працівника посаді, на яку він прийнятий. Термін «невідповідність» означає, що підставою для звільнення не може бути порушення трудової дисципліни. За такі порушення працівник може бути звільнений на підставі відповідних статей КЗпП, а не за результатами випробування (постанова ВС від 16.03.2020 у справі № 755/12037/17). На основі сформованого висновку ВС можна допустити, що повинні бути належні докази, які підтверджували б невідповідність працівника займаній посаді. Так, у наведеній справі судом було встановлено, що працівник неналежним чином виконував обов'язки, передбачені посадовою інструкцією.

Також Верховний Суд наголошує, що розірвання трудового договору з працівником під час строку випробування не можна визнати таким, що провадиться з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, оскільки працівник при прийнятті на роботу, даючи згоду на випробування, фактично дає згоду й на можливість

розірвання з ним трудового договору, якщо протягом строку випробування буде встановлено невідповідність його роботі, на яку його прийнято (постанова ВС від 02.12.2020 у справі № 554/120/20).

На основі наведеної практики можна дійти висновку, що при звільненні у зв'язку з непроходженням строку випробування встановлений спрощений порядок звільнення, а тому роботодавець не позбавлений обов'язку аргументувати та доводити підстави такого звільнення.

### **ЗВІЛЬНЕННЯ НА ПІДСТАВІ НЕПРОХОДЖЕННЯ СТРОКУ ВИПРОБУВАННЯ**

У листі № 54/06/187-12 Мінсоцполітики наголосив, що звільнення за результатами випробування оформляється наказом власника або уповноваженого ним органу. При цьому в наказі і трудовій книжці дається посилання на ст. 28 КЗпП, а підстава звільнення формулюється як «за результатами випробування».

Із практики ВС випливає, що звільнення може бути обґрунтоване лише невідповідністю. Це також було підтверджено й під час вирішення справи № 490/12203/16-ц, де під час строку випробування була встановлена невідповідність працівника займаній посаді, що виявилось у здійсненні ним неефективного управління підприємством. Верховний Суд установив, що це є належною підставою для звільнення в порядку ст. КЗпП (постанова ВС від 07.10.2020 у справі № 490/12203/16-ц).

Варто зважати, що докази невідповідності працівника посаді варто вказувати в наказі про звільнення, оскільки вони аргументують саме звільнення працівника.

Однією з відмінностей звільнення відповідно до ст. 28 КЗпП від звільнення у зв'язку з невідповідністю працівника займаній посаді або виконуваній роботі (п. 2 ч. 1 ст. 40 КЗпП), є те, що при звільненні у зв'язку з непроходженням строку випробування не здійснюється виплата вихідної допомоги та роботодавець не зобов'язаний пропонувати працівнику іншу роботу.

## 1.6. Особливості звільнення за невідповідність посаді

Однією з підстав звільнення працівника з ініціативи роботодавця є виявлення невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я, які перешкоджають продовженню цієї роботи, а так само в разі відмови в наданні допуску до державної таємниці або скасування допуску до державної таємниці, якщо виконання покладених на нього обов'язків вимагає доступу до державної таємниці (п. 2 ч. 1 ст. 40 КЗпП).

Як неодноразово вказував Верховний Суд, невідповідність працівника займаній посаді або виконуваній роботі — це документально підтверджена неможливість продовжувати виконання роботи працівником за умови, що така робота потребує певної кваліфікації чи стану здоров'я (постанова ВС від 12.02.2020 у справі № 335/7435/18).

Відповідно до роз'яснень, викладених в абз. 1, 3 п. 21 постанови № 9, при розгляді справ про звільнення за п. 2 ч. 1 ст. 40 КЗпП суд може визнати правильним припинення трудового договору в тому разі, якщо встановить, що воно проведено на підставі фактичних даних, які підтверджують, що внаслідок недостатньої кваліфікації або стану здоров'я (стійкого зниження працездатності) працівник не може належно виконувати покладені на нього трудові обов'язки чи їх виконання протипоказано за станом здоров'я або небезпечно для членів трудового колективу чи громадян, яких він обслуговує, і неможливо перевести, за його згодою, на іншу роботу.

У разі відмови працівника від переведення на іншу посаду чи роботу, що відповідає його кваліфікаційному рівню, або від професійного навчання за рахунок коштів роботодавця, роботодавець за результатами атестації має право звільнити працівника відповідно до КЗпП (постанова ВС від 16.03.2020 у справі № 554/3108/18-ц).

Власник є таким, що належно виконав вимоги ч. 2 ст. 40, ч. 3 ст. 49 КЗпП щодо працевлаштування працівника, якщо запропонував йому наявну на підприємстві роботу, тобто вакантну посаду чи роботу за відповідною професією чи спеціальністю, чи іншу вакантну роботу, яку працівник може виконувати з урахуванням його освіти, кваліфікації, досвіду тощо (постанова ВС від 05.06.2020 у справі № 487/3850/19).



## ВИЯВЛЕННЯ НЕВІДПОВІДНОСТІ

Одним із способів виявлення невідповідності є *проведення атестації працівників*. Указаний порядок було застосовано, наприклад, у справі № 464/1610/18. Роботодавцем було створено окреме положення про проведення атестації, видано наказ про атестацію працівників, ознайомлено працівників із тематикою атестації, проведено власне саму атестацію, за результатами та на підставі якої було звільнено працівника. Верховний Суд дійшов висновку, що застосована роботодавцем процедура повністю відповідає вимогам закону (постанова ВС від 21.01.2020 у справі № 464/1610/18).

Водночас атестація не обов'язкова. Як вказав ВС при розгляді справи № 521/18658/17, не виключена можливість розірвання трудового договору за п. 2 ч. 1 ст. 40 КЗпП без проведення атестації навіть за наявності нормативних актів щодо атестації певних категорій працівників, якщо фактичними даними підтверджено, що внаслідок недостатньої кваліфікації працівник не може належним чином виконувати покладені на нього трудові обов'язки (постанова ВС від 12.02.2020 у справі № 521/18658/17).

Проте варто зважати, що є окремі категорії працівників, які не піддаються атестації. Такі категорії передбачені в ст. 12 Закону України «Про професійний розвиток працівників».

Відсутність потрібного рівня освіти не завжди є підставою звільнення працівника за невідповідність. ВС у справі № 273/429/17 вказав на норму п. 11 Загальних положень Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників, відповідно до якого особи, що не мають відповідної освіти або стажу роботи, установлених кваліфікаційними вимогами, але мають достатньо практичного досвіду та успішно виконують у повному обсязі покладені на них завдання та обов'язки, можуть бути, як виняток, залишені на займаній посаді або призначені на відповідні посади за рекомендацією атестаційної комісії (постанова ВС від 19.02.2020 у справі № 273/429/17).

Схожий висновок міститься й у правовому висновку Верховного Суду у справі № 654/941/17. Судом було зазначено, що, оскільки працівник на момент призначення добросовісно повідомив про відсутність спеціальної освіти, а роботодавець наказом призначив працівника на посаду, яка була його основною роботою та іншої роботи на умовах сумісництва чи суміщення не виконував, звільнення

з цієї посади є позбавлення працівника можливості заробляти собі на життя працюю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (постанова ВС від 27.01.2020 у справі № 654/941/17).

Доказами невідповідності працівника займаній посаді чи виконуваній роботі через стан здоров'я можуть бути відповідні медичні висновки МСЕК, якими працівника визнано особою з інвалідністю та рекомендовано йому роботу іншу, ніж та, яку він виконує. Саме на це зважав ВС, вирішуючи справу № 186/522/19. ВС також урахував те, що працівник не надав згоду на переведення на іншу роботу та не заперечував проти звільнення на підставі п. 2 ч. 1 ст. 40 КЗпП, що підтверджується його підписом на заяві (постанова ВС від 05.10.2020 у справі № 186/522/19).

Важливість медичного висновку підкреслено також позицією ВС у справі № 621/704/17. ВС скасував рішення суду апеляційної інстанції, який не врахував відсутність висновку МСЕК про неможливість працівника за станом здоров'я виконувати роботу, яку він виконує (постанова ВС від 25.11.2020 у справі № 621/704/17).

Невиконання обов'язків за посадовою інструкцією також є підставою звільнення відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 40 КЗпП. Так, ВС указав, що саме систематичне неналежне виконання працівником як керівником покладених на нього трудових обов'язків (він за посадовою інструкцією несе особисту відповідальність за невиконання підлеглими особами Правил внутрішнього трудового розпорядку та посадових інструкцій), призвело до накладення на нього дисциплінарних стягнень у вигляді доган (постанова ВС від 22.12.2020 у справі № 521/13223/16-ц).

Верховний Суд також звертає увагу на те, чи дійсно трудові обов'язки вказані у трудовому договорі. Так, у справі № 522/9541/18 суд сформував висновок, що роботодавець не може ставити у вину працівникові та притягувати його до дисциплінарної відповідальності у випадку невиконання обов'язків, які не обумовлені трудовим договором і про які працівник не був проінформований належним чином (постанова ВС від 22.01.2020 у справі № 522/9541/18).

## 1.7. Порядок організації скорочення штату або персоналу

Відповідно до ст. 64 Господарського кодексу України підприємство самостійно визначає свою організаційну структуру, установлює чисельність працівників і штатний розпис.

Відповідно до п. 1 ст. 40 КЗпП трудовий договір, укладений на невизначений строк, а також строковий трудовий договір до закінчення строку його чинності можуть бути розірвані власником або уповноваженим ним органом у випадках змін в організації виробництва і праці, у тому числі ліквідації, реорганізації, банкрутства або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників.

Однак скорочення чисельності та скорочення штату не є тотожними поняттями. Відповідно до листа Міністерства юстиції України «Гарантії працівників у разі ліквідації або реорганізації підприємства, установи, організації» від 25.01.2011 скорочення чисельності передбачає звільнення працівників, натомість скорочення штату — зменшення кількості або ліквідацію певних посад, спеціальностей, професій тощо. При цьому одночасно можуть вводитися інші посади, спеціальності, професії тощо, у результаті чого кількість працівників може й не зменшуватися, а в окремих випадках навіть збільшуватися.

Незважаючи на право роботодавця визначати чисельність і штат працівників, процедура звільнення працівника у випадку скорочення має чітко відповідати вимогам чинного законодавства про працю.

У постанові № 9 визначено, що при розгляді трудових спорів, пов'язаних зі звільненням за п. 1 ст. 40 КЗпП, суди зобов'язані з'ясувати:

- чи дійсно мало місце скорочення чисельності або штату працівників;
- чи додержано роботодавцем норм законодавства, що регулюють вивільнення працівника;
- які є докази щодо змін в організації виробництва і праці, про те, що працівник відмовився від переведення на іншу роботу або що роботодавець не мав можливості перевести працівника за його згодою на іншу роботу на тому ж підприємстві;

- чи не користувався вивільнюваний працівник переважним правом на залишення на роботі;
- чи попереджували його за два місяці про наступне вивільнення.

Законне звільнення працівника на підставі п. 1 ст. 40 КЗпП передбачає дотримання роботодавцем такого *алгоритму дій*:

1. Прийняття рішення та оформлення наказу про скорочення чисельності або штату працівників.
2. Визначення кола працівників, щодо яких установлені обмеження на звільнення.
3. Визначення переважного права працівника на залишення на роботі.
4. Попередження державної служби зайнятості про заплановане масове вивільнення працівників.
5. Своєчасне попередження працівників про майбутнє звільнення.
6. Пропонування працівнику, який звільняється, вакантних посад.
7. Отримання згоди профспілкової організації на звільнення працівника.
8. Належне оформлення звільнення працівника.

Розглянемо детальніше кожен пункт порядку дій роботодавця.

## **1. ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ ТА ОФОРМЛЕННЯ НАКАЗУ ПРО СКОРОЧЕННЯ ЧИСЕЛЬНОСТІ АБО ШТАТУ ПРАЦІВНИКІВ**

Хоча чинне законодавство України надає власнику або уповноваженому ним органу право самостійно визначати чисельність та штат працівників, а також доцільність проведення скорочення, проте при розгляді трудових спорів суди перевіряють реальність проведення скорочення чисельності або штату працівників.

Із метою попередження можливих негативних наслідків рішення про скорочення оформлюється наказом роботодавця про внесення змін до штатного розпису. Такий наказ повинен бути виданий керівником або іншою особою, уповноваженою приймати відповідні рішення, не менше ніж за два місяці до звільнення працівника.

У наказі доцільно викласти обґрунтовані причини, якими викликана необхідність скорочення чисельності або штату працівників, а також зазначити посаду (посади), що підлягає скороченню. Причинами скорочення чисельності або штату працівників можуть бути: зменшення обсягу виробництва продукції, зменшення кількості обладнання, що обслуговується роботодавцем, тощо. Бажано підтвердити такі причини відповідними довідками, розрахунками, доповідними записками.

## **2. ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА ПРАЦІВНИКІВ, ЩОДО ЯКИХ УСТАНОВЛЕНІ ОБМЕЖЕННЯ НА ЗВІЛЬНЕННЯ**

У разі звільнення працівників згідно з п. 1 ст. 40 КЗпП роботодавцю необхідно врахувати такі обмеження на звільнення окремих категорій працівників:

1) заборона звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років; жінок, які мають дітей віком до шести років, у разі, якщо дитина потребує домашнього догляду; одиноких матерів за наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда; батьків, які виховують дітей без матері (у тому числі в разі тривалого перебування матері в лікувальному закладі); опікунів (піклувальників), одного з прийомних батьків, одного з батьків-вихователів (ч. 3 ст. 184, ст. 186-1 КЗпП);

2) обмеження щодо звільнення молоді: працездатній молоді — громадянам України віком від 15 до 28 років надається перше робоче місце на строк не менше двох років (ст. 197 КЗпП);

3) обмеження щодо звільнення мобілізованих працівників: робота, посада та середній заробіток зберігаються, зокрема, за працівниками, призваними на військову службу (ст. 119 КЗпП);

4) обмеження щодо звільнення членів профспілки протягом року після закінчення строку, на які вони обирались (ч. 4 ст. 41 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»).

### **3. УРАХУВАННЯ ПЕРЕВАЖНОГО ПРАВА ПРАЦІВНИКА НА ЗАЛИШЕННЯ НА РОБОТІ**

Відповідно до ст. 49-2 КЗпП при вивільненні працівників у випадках змін в організації виробництва і праці враховується переважне право на залишення на роботі, передбачене законодавством.

Коло працівників, серед яких визначаються особи, що мають переважне право на залишення на роботі, уключає всіх працівників, які обіймають однакову посаду відповідно до штатного розпису.

Відповідно до ст. 42 КЗпП при скороченні чисельності чи штату працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці переважне право на залишення на роботі надається працівникам із більш високою кваліфікацією й продуктивністю праці.

При цьому законодавством не передбачено будь-яких критеріїв, за якими визначається рівень кваліфікації та продуктивності праці.

Так, рівень кваліфікації може підтверджуватись: документами про освіту; присвоєнням кваліфікаційних розрядів (класів, категорій і т. ін.); підвищенням кваліфікації тощо. Продуктивність праці може визначатися: якістю виконуваної роботи; часом, який витрачається кожним із працівників для виконання завдання рівного ступеню складності, виконання працівником більшого обсягу завдань порівняно з іншими працівниками, що працюють на аналогічних посадах чи виконують роботу за тією ж професією й однакового ступеню складності; дотриманням дисципліни праці (відсутність у працівника дисциплінарних стягнень) тощо.

Для того щоб зробити процедуру визначення переважного права на залишення на роботі прозорою та уникнути негативних наслідків щодо претензій з боку звільнених працівників, доцільно створити комісію для вирішення зазначеного питання. Висновки комісії з порівняльним аналізом кваліфікації та продуктивності праці працівників рекомендується оформити письмово.

Якщо в результаті проведеного аналізу виявиться, що працівники, які обіймають однакові посади, мають різний рівень кваліфікації та продуктивності праці, то скороченню підлягає працівник/працівники з найбільш низькою кваліфікацією та продуктивністю праці.

Якщо в результаті порівняльного аналізу виявиться, що працівники, які обіймають однакові посади, мають однаковий, рівно-

цінний рівень кваліфікації та продуктивності праці, то перевагу на залишення на роботі мають працівники, визначені КЗпП та іншим законодавством України, а саме ч. 2 ст. 42 КЗпП та законами України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні», «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту», «Про статус ветеранів військової служби, ветеранів органів внутрішніх справ і деяких інших осіб та їх соціальний захист», «Про соціальний захист дітей війни».

#### **4. ПОПЕРЕДЖЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ ЗАЙНЯТОСТІ ПРО ЗАПЛАНОВАНЕ МАСОВЕ ВИВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ**

Відповідно до ч. 3 ст. 49-2 КЗпП у разі, якщо вивільнення є масовим, власник або уповноважений ним орган доводить до відома державної служби зайнятості про заплановане вивільнення працівників.

Критерії масового звільнення наведені в ч. 1 ст. 48 Закону України «Про зайнятість населення». Роботодавці зобов'язані повідомити державну службу зайнятості про заплановане масове вивільнення працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці за два місяці до вивільнення (п. 4 ч. 3 ст. 50 Закону України «Про зайнятість населення»).

Отже, якщо звільнення є масовим у розумінні Закону України «Про зайнятість населення», роботодавець зобов'язаний повідомити про таке звільнення службу зайнятості.

#### **5. СВОЄЧАСНЕ ПОПЕРЕДЖЕННЯ ПРАЦІВНИКІВ ПРО МАЙБУТНЄ ЗВІЛЬНЕННЯ**

Відповідно до ст. 49-2 КЗпП про наступне вивільнення працівників персонально попереджають не пізніше ніж за два місяці.

Таке попередження необхідно здійснювати в письмовій формі із зазначенням конкретної дати звільнення працівника. Факт

особистого ознайомлення з попередженням працівник засвідчує своїм підписом із зазначенням дати ознайомлення.

Якщо працівник відмовляється від ознайомлення (підписання) з попередженням про майбутнє звільнення, то таку відмову необхідно засвідчити підписами як мінімум трьох свідків (ними можуть бути працівники підприємства) безпосередньо в попередженні про звільнення або шляхом оформлення окремого письмового акта.

Зазначаємо, що при недодержанні строку попередження працівника про звільнення і виникненні з цього приводу спору, якщо працівник не підлягає поновленню на роботі з інших підстав, суд змінює дату його звільнення, зарахувавши строк попередження, протягом якого він працював (п. 19 постанови № 9).

## **6. ПРОПОНУВАННЯ ПРАЦІВНИКУ, ЯКИЙ ЗВІЛЬНЯЄТЬСЯ, ВАКАНТНИХ ПОСАД, УРАХОВУЮЧИ ПРИЙНЯТТЯ НОВИХ ПРАЦІВНИКІВ**

Частиною 3 ст. 49-2 КЗпП передбачено, що одночасно з попередженням про звільнення у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці власник або уповноважений ним орган пропонує працівникові іншу роботу на тому самому підприємстві, в установі, організації. За відсутності роботи за відповідною професією чи спеціальністю, а також у разі відмови працівника від переведення на іншу роботу на тому самому підприємстві, в установі, організації працівник, на власний розсуд, звертається за допомогою до державної служби зайнятості або працевлаштовується самостійно.

Згідно з визначенням, наведеним у п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення», вакансія — це вільна посада (робоче місце), на яку може бути працевлаштована особа.

Тобто від дати попередження працівника про майбутнє звільнення до дати звільнення працівника (протягом двох місяців) у разі появи вакансій (вільних посад) у штатному розписі роботодавець зобов'язаний пропонувати працівнику всі наявні вакантні посади, які працівник може обіймати відповідно до своєї освіти, кваліфікації, досвіду тощо. Це означає, що працівнику повинні пропонуватися всі посади, які відповідають його освіті, кваліфікації, досвіду роботи, а також посади, що не вимагають високої кваліфікації.



Наприклад, при звільненні директора з продажу йому повинні бути запропоновані також посади з більш низькою кваліфікацією (наприклад, посада офіс-менеджера, прибиральника) у разі наявності таких посад.

Роботодавець має пропонувати працівнику не лише вакантні посади, а також будь-яку іншу роботу, у т. ч. і за строковим трудовим договором (зокрема, для заміщення тимчасово відсутнього працівника), якщо працівник може виконувати таку роботу виходячи з рівня освіти, кваліфікації, досвіду, стану здоров'я тощо. Тому роботодавець повинен пропонувати працівнику, посада якого підлягає скороченню, також наявні вільні робочі місця, що зберігаються за працівниками, які перебувають у відпустці для догляду за дитиною.

Вакансії повинні бути запропоновані працівнику одночасно з попередженням про майбутнє звільнення. Якщо протягом двох місяців уключно до дати звільнення працівника у роботодавця з'являються нові вакансії, вони також повинні пропонуватися працівнику.

Пропозицію щодо вакантних посад рекомендуємо оформлювати письмово. У разі відмови працівника від запропонованих вакансій необхідно, щоб факт відмови працівник засвідчив своїм підписом із зазначенням дати. Якщо працівник відмовляється засвідчувати свою відмову, то доцільно підтвердити цей факт підписами як мінімум трьох свідків.

## **7. ОТРИМАННЯ ЗГОДИ ПРОФСПІЛКОВОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ НА ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКА**

Відповідно до вимог ст. 43 КЗпП розірвання трудового договору з підстав, передбачених п. 1 ст. 40 КЗпП (крім випадку ліквідації підприємства, установи, організації), може бути проведене лише за попередньою згодою виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) (далі — профспілка), членом якої є працівник.

Профспілка, членом якої є працівник, розглядає у п'ятнадцятиденний строк обґрунтоване письмове подання роботодавця про розірвання трудового договору з працівником. Профспілка повідомляє роботодавця про прийняте рішення в письмовій формі

в триденний строк після його прийняття. У разі пропуску цього строку вважається, що профспілка дала згоду на розірвання трудового договору.

Рішення профспілки про відмову в наданні згоди на розірвання трудового договору повинно бути обґрунтованим. У разі якщо в рішенні немає відповідного обґрунтування, то роботодавець має право звільнити працівника без згоди профспілки.

Роботодавець має право розірвати трудовий договір не пізніше як через місяць із дня одержання згоди профспілки.

Якщо розірвання трудового договору з працівником проведено роботодавцем без звернення до профспілки і працівник оскаржує його звільнення в судовому порядку, то суд зупиняє провадження у справі, запитує згоду профспілки і після її одержання або відмови в наданні згоди на звільнення працівника розглядає спір по суті.

## **8. НАЛЕЖНЕ ОФОРМЛЕННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКА**

Як було зазначено вище, звільнення не може відбуватись раніше закінчення двомісячного строку від дати персонального попередження працівника про майбутнє звільнення.

При цьому при звільненні працівник може реалізувати своє право на отримання невикористаної відпустки (датою звільнення в цьому разі буде останній день відпустки) або отримати грошову компенсацію за всі невикористані ним дні щорічної відпустки, а також додаткової відпустки працівникам, які мають дітей або повнолітню дитину — інваліда з дитинства підгрупи А І групи (ст. 3, 24 Закону України «Про відпустки»).

Перед тим як готувати наказ про звільнення, роботодавцю варто пересвідчитись, що всі вищезазначені вимоги законодавства виконані належним чином, а також урахувати, що не допускається звільнення працівника з ініціативи роботодавця в період його тимчасової непрацездатності, а також у період перебування працівника у відпустці (ч. 4 ст. 40 КЗпП).

Безпосередньо в день звільнення працівника в порядку п. 1 ст. 40 КЗпП роботодавець зобов'язаний вчинити такі дії:

- 1) видати працівнику копію наказу про звільнення (ст. 47 КЗпП);

2) провести з працівником повний розрахунок (ст. 47, 116 КЗпП), включаючи виплату вихідної допомоги в розмірі не менше середнього місячного заробітку (ст. 44 КЗпП);

3) видати працівнику належним чином оформлену трудову книжку (ст. 47 КЗпП).

Зверніть увагу: якщо затримується видача трудової книжки з вини роботодавця, то працівникові сплачується середній заробіток за весь час вимушеного прогулу (ч. 5 ст. 235 КЗпП).

## 1.8. Порядок дій адвоката в разі звільнення працівника у зв'язку з набранням законної сили вироком суду

Згідно з п. 7 ст. 36 КЗпП набрання законної сили вироком суду, яким працівника засуджено до арешту, позбавлення волі, довічного позбавлення волі або до позбавлення права обіймати певні посади, займатись певною діяльністю, що унеможлиблює продовження цієї роботи, є підставою для припинення трудових відносин. Якщо суд звільняє працівника від відбування покарання, то роботодавець підприємства, установи, організації його звільнити не зможе.

Порушення кримінального провадження стосовно працівника, оголошення та вручення під розписку обвинувального акта слідчим, дізнавачем, прокурором, виголошення обвинувального вироку судом, яким призначено покарання, що перешкоджає продовженню роботи, не є підставою для звільнення. Тільки коли вирок остаточно набере законної сили, у роботодавця з'являється підстава для звільнення працівника. Копію вироку, що набрав законної сили, роботодавцю не направляють.

Оформлюючи припинення трудового договору, роботодавець направляє запит до суду для отримання документально підтвердженої інформації, а потім видає відповідний наказ. Однак коли призначено покарання у вигляді звільнення з посади, заборони обіймати певні посади або займатись певною діяльністю, працівник зобов'язаний повідомити роботодавця та надати вирок. Якщо працівник умисно не бажає цього робити, то роботодавець направляє запит до суду,

але датою звільнення буде дата, яка зазначена у вироку (цей той день, коли вирок набрав законної сили).

Не може бути підставою для припинення трудового договору відповідно до п. 7 ст. 36 КЗпП застосування до працівника, обвинуваченого у скоєнні злочину, запобіжного заходу — у вигляді тримання під вартою. Заробітна плата працівнику, який перебуває під вартою, не сплачується роботодавцем підприємства, організації, установи. Щодо оплати періоду, протягом якого працівник перебував під вартою, то він має право подати позов про відшкодування збитків у вигляді неoderжаного заробітку.

Однак якщо працівнику обрали запобіжний захід — цілодобовий домашній арешт із застосуванням технічних засобів контролю, він повинен написати заяву та взяти відпустку без збереження заробітної плати, але робоче місце зберігається до набрання вироком законної сили, у якому доведено вину працівника. Якщо працівнику обрано запобіжні заходи — особисте зобов'язання, особиста порука, вечірній домашній арешт, він залишається працювати на підприємстві, в установі, організації. Виняток становлять відкриті кримінальні провадження щодо корупційних кримінальних правопорушень.

Виправдувальний вирок дає право працівнику працювати надалі на підприємстві, в організації, установі. Щодо оплати періоду, протягом якого працівник перебував під вартою, то він має право подати позов про відшкодування збитків у вигляді неoderжаного заробітку при незаконному утриманні під вартою (цивільно-правовий позов).

Адвокат повинен звернути увагу при розгляді позову при поновленні на роботу особи, звільненої згідно з п. 7 ст. 36 КЗпП, на те, що трудовий договір припиняється при набранні законної сили вироком, яким працівника засуджено до позбавлення волі не за місцем роботи (крім випадків умовного засудження і відстрочки виконання вироку), яке виключає можливість продовження цієї роботи, та що днем звільнення вважається останній день фактичного виконання ним трудових обов'язків. Працівник також не може бути звільнений, якщо він визнаний таким, що відбув покарання у зв'язку з перебуванням під вартою до набрання вироком законної сили.

Також адвокату потрібно врахувати кримінальні проступки або злочини, які скоїв працівник. Крім того, необхідно звертати увагу, чи укладено з працівником договір про матеріальну відпові-

дальність (крадіжка майна підприємства). У такому разі працівник повинен бути звільнений роботодавцем.

Стосовно скоєння працівниками кримінальних проступків, то роботодавець повинен на свій розсуд разом із трудовим колективом та профспілкою вирішити на зборах, повинен надалі працювати працівник чи ні.

## 1.9. Особливості розірвання трудового договору (контракту) при порушенні вимог, установлених Законом України «Про запобігання корупції», крізь призму судової практики Верховного Суду

На сьогодні є актуальним питання визначення особливостей застосування звільнення як заходу врегулювання конфлікту інтересів та як виду дисциплінарної відповідальності за корупційні правопорушення та правопорушення, пов'язані з корупцією, ураховуючи неоднозначну судову практику Верховного Суду.

Для аналізу зазначеної проблематики передусім необхідно проаналізувати вимоги та обмеження, які встановлені Законом України «Про запобігання корупції» для визначеного цим Законом кола осіб. Окрім цього, важливо схарактеризувати звільнення як можливий захід зовнішнього та самостійного врегулювання конфлікту інтересів.

У ст. 22 – 28 та 36 Закону України «Про запобігання корупції» (далі – Закон) містяться вимоги та обмеження для суб'єктів, передбачених ч. 1 ст. 3 Закону. Дотримання особами цих вимог необхідне для запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, який, у свою чергу, є складовою більшої корупційних правопорушень.

Конфлікт інтересів містить два основні елементи: приватний інтерес та службові/представницькі повноваження, які знаходяться в суперечності. Розрізняють потенційний та реальний конфлікт інтересів. Відповідно до ст. 1 Закону під останнім слід розуміти суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність

або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень.

Проаналізувавши надані законодавцем визначення у ст. 1 Закону, можна дійти висновку, що діяння, яке порушує встановлені Законом вимоги, заборони та обмеження і при цьому не містить ознак корупції, є правопорушенням, пов'язаним із корупцією. Таке діяння є корупційним правопорушенням у випадку, коли воно матиме ознаки корупції. При цьому важливою відмінністю цих видів правопорушень є відсутність в останнього настання адміністративної відповідальності за його вчинення.

Вчинення як корупційного правопорушення, так і правопорушення, пов'язаного з корупцією, тягне за собою настання відповідальності, у тому числі дисциплінарної. Звільнення як вид дисциплінарного стягнення згідно зі ст. 29 Закону визначають як захід зовнішнього та самостійного врегулювання конфлікту інтересів. До таких заходів, крім звільнення, належать: усунення особи від виконання завдання, учинення дій, прийняття рішення чи участі в його прийнятті в умовах реального чи потенційного конфлікту інтересів; застосування зовнішнього контролю за виконанням особою відповідного завдання, учиненням нею певних дій чи прийняття рішень; обмеження доступу особи до певної інформації; перегляд обсягу службових повноважень особи; переведення особи на іншу посаду.

Отже, важливим є визначення місця звільнення серед вищезгаданих заходів та порядок його застосування. Відповідно до ст. 34 Закону звільнення може бути застосоване, якщо реальний чи потенційний конфлікт інтересів у діяльності особи має постійний характер і не може бути врегульований в інший спосіб, у тому числі через відсутність її згоди на переведення або на позбавлення приватного інтересу.

У справі від 06.08.2020 № 161/5317/18 ВС не задовольнив вимоги позивача, який просив поновити його на посаді, у зв'язку зі звільненням, що було обґрунтоване наявним потенційним конфліктом інтересів. Установивши обставини справи, а саме те, що потенційний конфлікт мав місце, а роботодавець позивача пропонував йому переведення на іншу наявну вакантну посаду, на що отримав відмову, суд визнав таке звільнення законним. При цьому у своєму рішенні ВС назвав звільнення крайнім заходом для врегулювання конфлікту інтересів.

Визначальною щодо цього питання є також справа від 01.10.2019 № 826/1596/17, розглянута ВС у складі колегії суддів КАС. У ній позивач звернувся до суду з позовом до Державної архівної служби України, у якій він працював, та Національного агентства України з запобігання корупції як другого відповідача. Позивач, серед інших вимог, просив суд визнати протиправним і скасувати рішення (припис) НАЗК про порушення вимог законодавства щодо етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, інших порушень закону та визнати протиправним і скасувати наказ Голови Державної архівної служби України про його звільнення.

Перші дві інстанції в задоволенні позову відмовили, а також установами, що в підпорядкованих Укрдержархіву бюджетних установах працювали родичі та близькі особи позивача, а остання мала повноваження щодо участі в організації та проведенні перевірки стану бухгалтерського обліку і звітності в бухгалтерських службах у зазначених установах, тому висновки НАЗК щодо наявності потенційного конфлікту інтересів у діях позивача є обґрунтованими.

ВС, розглядаючи цю справу, наголосив на тому, що обрання способу врегулювання конфлікту інтересів здійснюється керівником установи, якому адресовано припис НАЗК, з урахуванням вимог законодавства. Також відсутність провадження у справі про адміністративне правопорушення за ст. 172-7 КУпАП не перешкоджає виданню припису НАЗК.

ВС доходить висновку, що Закон України «Про запобігання корупції» для таких спорів є спеціальним законом, а Закон України «Про державну службу» — загальним. Законом України «Про державну службу» не передбачено такої підстави для припинення державної служби, як наявність конфлікту інтересів чи припис НАЗК, натомість саме ст. 29 Закону України «Про запобігання корупції» визначено, що зовнішнє врегулювання конфлікту інтересів здійснюється шляхом, зокрема, звільнення особи.

Суд задовольнив вимоги позивача неповністю, зокрема, припис НАЗК було визнано законним, а от у частині скасування наказу про звільнення справу було направлено на новий розгляд до суду першої інстанції. ВС обґрунтував це тим, що судами першої та апеляційної інстанцій не повністю досліджено фактичні обставини справи щодо процедури прийняття оскаржуваного наказу про звільнення. Ці обставини справи стосувалися якраз тих заходів, які повинні були

бути вжиті відповідачем перед застосуванням звільнення, а саме не достатньої кількості доказів, щодо того, як вони були застосовані, зокрема пропозиція переведення на іншу посаду для уникнення конфлікту інтересів.

Підсумувавши правові висновки ВС у цій справі, можна констатувати, що звільнення є останнім із заходів урегулювання конфлікту інтересів і при вирішенні подібних спорів надзвичайно важливими є докази того, що було вжито інших заходів врегулювання або ж було доведено неможливість їхнього застосування.

У попередній справі розглядалося питання про конфлікт інтересів, що виникає у зв'язку зі спільною роботою близьких осіб. Обмеження спільної роботи близьких осіб також є законодавчою вимогою, що на практиці має багато особливостей прояву. Законом встановлено, що визначені ним особи не можуть мати у прямому підпорядкуванні близьких їм осіб або бути прямо підпорядкованими у зв'язку з виконанням повноважень близьким їм особам.

Відповідно до ст. 27 Закону, якщо в зазначений строк ці обставини добровільно не усунуто, відповідні особи або близькі їм особи в місячний строк із моменту виникнення обставин підлягають переведенню в установленому порядку на іншу посаду, що виключає пряме підпорядкування. У разі неможливості такого переведення особа, яка перебуває в підпорядкуванні, підлягає звільненню із займаної посади.

Із порушенням цієї вимоги пов'язана постанова ВС від 13.05.2020 у справі № 569/858/18, де позивач оскаржував наказ про своє звільнення, яке відбулося у зв'язку із перебуванням позивача в безпосередньому підпорядкуванні свого діда, який є його роботодавцем.

У цій справі суд визначив, що відповідач є посадовою особою юридичної особи публічного права, а його внук (позивач) у зв'язку з виконанням повноважень перебуває у безпосередньому підпорядкуванні свого діда. Установивши названі обставини справи та врахувавши норми матеріального права, що регулюють правовідносини, які виникли, ВС дійшов висновку про наявність законодавчого обмеження спільної роботи близьких осіб із посадовими особами юридичних осіб публічного права, які прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Звільнення з посади позивача на підставі п. 4 ст. 41



КЗпП як захід врегулювання потенційного конфлікту інтересів було визнано законним.

Водночас у постанові ВС від 16.10.2020 у справі № 806/1473/16 суд визнав наказ про звільнення у зв'язку з врегулюванням конфлікту інтересів, а саме обмеження щодо роботи близьких осіб незаконним. У цій справі позивач, працівник податкового органу, просив суд скасувати наказ про його звільнення. Вирішуючи спір, суд наголосив на особливості відносин прямої підпорядкованості між посадовою особою та близькими особами.

Обставина, що близькі родичі податківця займаються підприємницькою діяльністю, не встановлює між ними відносин прямого підпорядкування, оскільки жоден із них не наділений повноваженнями щодо іншого у вирішенні питань прийняття на роботу, звільнення з роботи, застосування заохочень, дисциплінарних стягнень, надання вказівок, доручень тощо, контролю за їхнім виконанням.

Колегія суддів зазначила, що сама собою наявність у будь-якої особи близьких родичів не свідчить про можливість потенційного впливу на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень (вчинення або невчинення дій) державним службовцем. Такий потенційний вплив може мати місце і у випадку дружніх, особистих, інших позаслужбових стосунків. Суд зазначає, що кожна особа в процесі своєї життєдіяльності взаємодіє з різноманітними фізичними та юридичними особами в різних сферах. Рівні такої взаємодії, її зміст, спрямованість є важливою складовою приватного та сімейного життя особи, яке гарантоване ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Утручання органів державної влади в таке право з метою протидії та запобігання корупції є виправданим за умови настання певних обставин, однак не може покладати на особу обов'язку беззастережно розкривати геть усі свої особисті стосунки. Законом не встановлюється заборон чи обмежень на наявність приватного інтересу (приватного життя) як такого. Ідеться про дотримання правил етичної поведінки службовця та відповідну оцінку приватних інтересів через призму можливого їхнього негативного впливу на об'єктивність прийняття рішень чи діянь службовця при реалізації своїх службових повноважень.

Отже, суд наголошує, що органи державної влади не можуть безпідставно втручатися в приватне життя особи для встановлення факту про наявний конфлікт інтересів.

Однією з основних вимог, що передбачені Законом, є також обмеження щодо використання службових повноважень чи свого становища. Законом забороняється використовувати власні повноваження або своє становище та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб, у тому числі використовувати будь-яке державне чи комунальне майно або кошти в приватних інтересах.

Відповідно до постанови ВС від 13.05.2020 у справі № 200/2218/19-а до використання власних повноважень в особистих цілях також належить видання наказів службовою особою про преміювання самої себе, з огляду на спосіб їхнього прийняття, а також розмір премій, установлений цими наказами.

Проаналізувавши чинне законодавство, яке прямо чи опосередковано стосується сфери запобігання корупції, можна дійти висновку, що звільнення застосовується до особи, яка порушила вимоги та обмеження щодо запобігання корупції та конфлікту інтересів, зважаючи на різні підстави.

По-перше, як уже зазначалося, звільнення використовується як крайній захід урегулювання конфлікту інтересів. Відповідно до ст. 41 КЗпП додатковими підставами для розірвання трудового договору є перебування всупереч вимогам Закону у прямому підпорядкуванні близької особи, а також наявність у працівника реального чи потенційного конфлікту інтересів, який має постійний характер і не може бути врегульований в інший спосіб, передбачений Законом. При цьому звільнення особи можливе і без учинення дій при наявному конфлікті інтересів та правопорушення, а у зв'язку із неможливістю врегулювати конфлікт інтересів — шляхом застосування інших заходів врегулювання.

По-друге, обов'язковість звільнення може впливати із застосування до особи таких видів стягнень, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, що пов'язані з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, або такою, яка прирівнюється до цієї діяльності. Наприклад, такі ознаки конфлікту інтересів, як використання влади та службового становища всупереч інтересам служби з метою одержання

неправомірної вигоди, містяться у складі кримінального правопорушення, зазначеного в ч. 1 ст. 364 КК, санкція якого передбачає позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю. Така ж відповідальність може настати і за вчинення правопорушень, передбачених ст. 172-4, 172-5, 172-7 КпАП, у яких ідеться про порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, щодо одержання подарунків та порушення окремих вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, відповідно.

По-третє, звільнення, як прямо, так і опосередковано, може бути передбачене у спеціальних законах, дисциплінарних статутах, підзаконних актах, трудових договорах (контрактах) окремих категорій суб'єктів (державних службовців, прокурорів, поліцейських тощо). Часто таке звільнення обґрунтовується неналежним виконанням своїх повноважень, порушенням професійної етики чи присяги або підривом авторитету органу.

Можемо простежити особливості такого звільнення в постанові ВС від 30.09.2020 № 200/142/20-а. Суть справи полягала в тому, що позивач обіймав посаду слідчого поліції. 17.11.2019 йому було повідомлено про підозру у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК. За цим фактом відповідачем проведено службове розслідування, за результатами якого вирішено притягнути позивача до дисциплінарної відповідальності у вигляді звільнення зі служби в поліції за вчинення дисциплінарного проступку, а саме — вчинення дій, що підривають авторитет поліції. Позивача було притягнуто до дисциплінарної відповідальності та звільнено зі служби.

Судами попередніх інстанцій у задоволенні позовних вимог було відмовлено, проте ВС указав на неповне дослідження та встановлення обставин справи, скасував зазначені рішення та відправив справу на новий розгляд. У цій постанові можна виокремити такі правові висновки. ВС звертає увагу на те, що вчинення працівником органів внутрішніх справ діяння, за яке передбачено одночасно різні види юридичної відповідальності, зокрема дисциплінарну, кримінальну та/або адміністративну, не у всіх випадках ставить їх у залежність одне від одного. Притягнення особи до кримінальної відповідальності або до адміністративної відповідальності за вчинення правопорушення, пов'язаного з корупцією, на підставі судового

рішення, що набрало законної сили, є підставою для звільнення з органів внутрішніх справ.

Отже, ВС акцентує увагу на необхідності поділу підстав звільнення на ті, що стосуються притягнення особи до кримінальної або до адміністративної відповідальності за вчинення корупційного чи пов'язаного з корупцією правопорушення, та на ті, що стосуються безпосередньо повноважень поліцейського, за невиконання чи неналежне виконання яких він може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності.

Водночас ВС у цій справі робить правовий висновок, що вирішення питання про правомірність притягнення працівника органів внутрішніх справ до дисциплінарної відповідальності передбачає необхідність з'ясувати саме склад дисциплінарного проступку в його діях, незалежно від того, яку кримінально-правову кваліфікацію ці ж самі дії особи отримали в рамках кримінального провадження та які наслідки у підсумку настали для такої особи. Лише відтворення у висновку службового розслідування фабули певного правопорушення не є достатнім для того, щоб вважати такий висновок обґрунтованим, як і ухвалене на підставі нього рішення, зокрема про звільнення особи.

Також ВС у названій постанові посилається на практику ЄСПЛ, згідно з якою не є порушенням ст. 6 Конвенції притягнення до дисциплінарної відповідальності на основі відомостей про факти, що встановлені у кримінальному провадженні, якщо такі відомості аналізувалися під кутом зору правил службової етики, навіть якщо особа була у кримінальному провадженні виправданою (див. *mutatis mutandis*, рішення Європейської комісії з прав людини від 06.10.1982 у справі «X. v. Austria» про неприйнятність заяви № 9295/81) чи таке провадження було закрите (див. *mutatis mutandis*, рішення Європейської комісії з прав людини від 07.10.1987 у справі «C. v. the United Kingdom» про неприйнятність заяви № 11882/85). Ба більше, гарантована п. 2 ст. 6 Конвенції презумпція невинуватості застосовується до процедури, яка за своєю суттю є кримінальною і в межах якої суд робить висновок про вину особи саме в кримінально-правовому сенсі (рішення ЄСПЛ від 11.02.2003 у справі «Ringvold v. Norway», заява № 34964/97). Відтак зазначена гарантія не може бути поширена на дисциплінарні й інші провадження, які згідно з п. 1 ст. 6

Конвенції охоплюються поняттям спору щодо прав та обов'язків цивільного характеру.

Отже, відсутність обвинувального вироку в кримінальній справі стосовно позивача не впливає на наявність чи відсутність у його діянні складу дисциплінарного проступку.

Аналогічні правові висновки можна простежити в постанові ВС від 30.07.2020 у справі № 802/1767/17-а та постанові ВС від 25.06.2020 у справі № 2240/2329/18.

Відповідно до ст. 84 Закону України «Про державну службу» підставою для припинення діяльності державного службовця є набрання законної сили обвинувальним вироком суду щодо державного службовця за вчинення умисного кримінального правопорушення та/або встановлення заборони займатися діяльністю, пов'язаною з виконанням функцій держави. При цьому важливо зауважити, що в цьому випадку законодавець не вказує на обов'язковість застосування до держслужбовця вищезгаданого виду стягнення.

Також підставою припинення трудової діяльності є набрання законної сили рішенням суду щодо притягнення державного службовця до адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язане з корупцією, яким на особу накладено стягнення у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, що пов'язані з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

Відповідно до цієї ж статті суб'єкт призначення зобов'язаний звільнити державного службовця у триденний строк із дня настання або встановлення вищезгаданих фактів.

Не можна й оминати рішення КСУ від 27.10.2020 № 13-р/2020. Конституційний Суд визнав такими, що не відповідають Конституції окремі положення Закону, зокрема ст. 65 про відповідальність за корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, а також положення про повноваження НАЗК у частині здійснення моніторингу та контролю за виконанням актів законодавства з питань етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту. Найбільше від цього рішення постраждала система декларування, а кримінальну відповідальність за декларування недостовірної інформації взагалі було скасовано. Однак треба зазначити, що, незважаючи на суттєве обмеження повноважень НАЗК, адміністративну відповідальність за правопорушення, пов'язані з корупцією, установлену

КУПАП, не скасовано. Ми вважаємо, що законодавцем найближчим часом буде вирішено проблему приведення законодавства про запобігання корупції в належний стан, тому роз'яснення та висновки ВС є і залишаться актуальними.

Отже, звільнення слід розглядати не лише як вид дисциплінарної відповідальності, а як захід запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, що має багато особливостей застосування на практиці. Особа може бути звільнена навіть без учинення відповідного правопорушення в разі, якщо до неї не можна застосувати інших заходів урегулювання. Судова практика з оскарження таких рішень доволі неоднозначна, а основні положення щодо запобігання конфлікту інтересів можуть застосовуватися до окремих категорій суб'єктів по-різному, незважаючи на наявний у ст. 3 Закону перелік відповідальних осіб. Нечіткість та в деяких випадках відсутність положень законодавства щодо необхідності застосування звільнення як додаткового виду відповідальності до осіб, які вчинили правопорушення, пов'язані з корупцією, призводить до того, що роботодавці, звільняючи особу, вимушені посилалися на неоднозначні норми, що стосуються професійної етики, авторитету певного органу чи порушення присяги, складеної особою.

Отже, унесення змін до законодавства про запобігання корупції відповідно до рішення КСУ має здійснюватися з урахуванням вищенаведених проблем та з урахуванням правових висновків ВС.

## 1.10. Розірвання трудових договорів з підстав, передбачених Законом України «Про очищення влади». Правові позиції Верховного Суду та практика ЄСПЛ

Із набуттям чинності Законом України «Про очищення влади» від 16.09.2014 (далі – Закон) ч. 1 ст. 36 КЗпП було доповнено п. 72, що передбачає нову підставу для припинення трудового договору – підстави, передбачені вищезазначеним Законом. У зв'язку з бланкетним характером указаної норми необхідним є дослідження відповідного закону, що врегульовує процедуру люстрації, зо-

крема, у контексті особливостей припинення трудових відносин із працівником.

Закон України «Про очищення влади» є спеціальним законом щодо регулювання правовідносин, пов'язаних із звільненням державних службовців та посадових осіб органів місцевого самоврядування із займаної посади за процедурою люстрації.

Законом визначено, що очищення влади (люстрація) — це встановлена Законом або рішенням суду заборона окремих фізичним особам обіймати певні посади (перебувати на службі) (крім виборних посад) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування.

При цьому очищення влади (люстрація) здійснюється з метою недопущення до участі в управлінні державними справами осіб, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на узурпацію влади Президентом України Віктором Януковичем, підрив основ національної безпеки й оборони України або протиправне порушення прав і свобод людини.

Законом передбачені критерії здійснення люстрації, серед яких, наприклад, зайняття особою певних посад державної служби сукупно не менше одного року в період з 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року.

Залежно від категорії осіб, яких звільнили за процедурою люстрації, Законом передбачено різні строки дії заборони обіймати відповідні посади, зокрема, протягом десяти років із дня набрання чинності Законом або ж п'яти років із дня набрання чинності відповідним рішенням суду. При цьому така заборона може застосовуватись до особи лише один раз.

У разі якщо особа підпадає під установлені Законом обмеження й щодо неї застосовується процедура люстрації, то, відповідно, трудові відносини з нею підлягають припиненню на підставі п. 72 ч. 1 ст. 36 КЗпП.

Законність та обґрунтованість розірвання трудових договорів з підстав, передбачених Законом «Про очищення влади», неодноразово розглядалися ВС та ЄСПЛ.

## ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ

У контексті умов застосування вказаних обмежень потрібно зважати на постанову ВС від 03.06.2020 у справі № 817/3431/14. Зокрема, у ній спір виник у зв'язку із звільненням позивача з публічної служби за процедурою очищення влади (люстрації) із застосуванням заборони протягом 10 років обіймати посади, щодо яких здійснюється люстрація. Суди попередніх інстанцій відмовили в задоволенні позову про скасування наказу про звільнення, мотивуючи це тим, що позивач обіймав керівні посади, стосовно яких установлена заборона, та сукупний строк перебування на цих посадах становив більше ніж один рік, що відповідно до критеріїв, визначених ст. 3 Закону, є підставою для застосування заборон.

Для правильного вирішення публічно-правового спору ВС проаналізував, чи достатньо самого факту перебування позивача на вказаних посадах протягом сукупного строку більше одного року для застосування заборон, визначених ч. 3 ст. 1 Закону України «Про очищення влади». Аналіз положень п. 8 ч. 1 ст. 3 у взаємозв'язку з ч. 3 ст. 1 та п. 2 розд. «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про очищення влади» дає підстави для висновку про те, що встановлення для осіб заборони обіймати певні посади в органах державної влади чи їхніх самостійних структурних підрозділах пов'язується із самим лише фактом зайняття ними сукупно не менше одного року в період із 25 лютого 2010 року по 22 лютого 2014 року посад, незалежно від того, чи сприяла особа своїми рішеннями, діями (бездіяльністю) узурпації влади, підриву основ національної безпеки й оборони України або протиправному порушенню прав і свобод людини, тобто не враховуючи жодної індивідуальної дії чи зв'язку особи з будь-якими антидемократичними подіями.

ВС дійшов висновку, що такий суворий захід, як звільнення з посади із заборonoю обіймати посаду на 10 років, не може застосовуватися до державних службовців лише через те, що вони залишилися на своїх посадах після обрання нового глави держави, без аналізу індивідуальної поведінки таких осіб і встановлення зв'язку з узурпацією влади, підривом основ національної безпеки та оборони України або протиправного порушення прав і свобод людини. Тож заборона перебування на зазначених у Законі України



«Про очищення влади» посадах та, як наслідок, звільнення з цих посад розглядаються як установлення презумпції колективної вини, а не презумпції невинуватості, що вказує на невідповідність меті й принципам цього Закону.

Суд вказав, що оскаржуваний наказ відповідача про звільнення не відповідає критеріям правомірності, наведеним у ч. 2 ст. 2 КАС, зокрема, винесений непропорційно, тобто без дотримання необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення, та становить непропорційне втручання у право позивача на приватне життя, що є порушенням ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Аналогічні правові позиції були висловлені ВС у постановках від 17.06.2020 у справі № 826/1137/16, від 12.08.2020 у справі № 826/17778/14.

Зокрема, у постанові від 12.08.2020 у справі № 826/17778/14 ВС зазначив, що застосування до осіб заборон, передбачених Законом України «Про очищення влади», може здійснюватися винятково крізь призму приписів ч. 2 ст. 1 цього Закону та з урахуванням відповідних принципів, зокрема, верховенства права, презумпції невинуватості, індивідуальної відповідальності. Тобто має бути доведено, що відповідна особа причетна до дій, спрямованих на узурпацію влади Президентом України Віктором Януковичем, чи таких, що підривали демократичну форму правління, верховенство права, національну безпеку, оборону або права людини тощо.

ВС також висловив позицію про те, що скасування висновку про результати перевірки достовірності відомостей щодо працівника, передбачених Законом України «Про очищення влади», за рішенням суду, яке набрало законної сили, свідчить про те, що підстави для його звільнення відпали й на момент винесення судових рішень у справі були відсутні, оскільки скасований висновок не породжує правових наслідків із моменту його прийняття.

До зазначеного висновку ВС дійшов у постанові від 28.03.2018 у справі № 569/12305/15-ц. Суд указав, що апеляційний суд обґрунтовано виходив із того, що підставою винесення наказу про звільнення і припинення трудових відносин між сторонами були обставини, які наведені у висновку про результати перевірки достовірності відомостей щодо позивача, передбачених п. 2 ч. 5

ст. 5 Закону України «Про очищення влади». Рішенням суду, яке набрало законної сили, скасовано висновок про результати перевірки достовірності відомостей щодо позивача, передбачених п. 2 ч. 5 ст. Закону України «Про очищення влади», а тому підстави для звільнення позивача відпали і на момент винесення судових рішень у справі були відсутні. Цей висновок не породжує правових наслідків із моменту його прийняття.

## ПРАКТИКА ЄСПЛ

Про необхідність доведення вини кожної особи, яка піддається люстраційним процедурам, як загальновизнаний міжнародний стандарт, наголошує Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія) у Проміжному (пп. 64, 82, 104) та Остаточному (п. 18) висновках № 788/2014 щодо Закону України «Про очищення влади».

Крім цього, питання люстрації безпосередньо порушено в Резолюції Парламентської асамблеї Ради Європи 1096 (1996) про заходи ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем. Асамблея наголошує на тому, що загалом ці заходи можуть бути сумісними з демократичною державою та засновані на принципі верховенства права, за умов дотримання деяких критеріїв:

— по-перше, провина, а саме особиста, а не колективна, повинна бути доведена в кожному окремому випадку. Це акцентує на потребі в індивідуальному, а не колективному застосуванні законів про люстрацію.

— по-друге, повинні гарантуватися право на захист, презумпція невинуватості до доведення провини і право на судовий перегляд ухваленого рішення. Помста в жодному разі не може бути метою таких заходів, а процес люстрації не повинен допускати політичне або соціальне зловживання результатами люстрації. Метою люстрації є не покарання осіб, які вважаються винними (це входить до завдань прокурорів, які керуються кримінальним законодавством), а захист молодих демократій.

Щодо питання звільнення державних службовців та посадових осіб органів місцевого самоврядування на підставі Закону України «Про очищення влади» висловлював свою позицію ЄСПЛ, зокрема,

в рішенні від 17.10.2019 у справі «Полях та інші проти України» (набуло статусу остаточного 24.02.2020) за результатами розгляду скарг п'яти українських громадян. ЄСПЛ указав, що застосування до заявників установлених Законом України «Про очищення влади» заходів не передбачало жодної індивідуальної оцінки їхньої поведінки. Суду не було наведено жодних фактів щодо того, що заявники вчинили які-небудь конкретні дії, що підірвали демократичну форму правління, верховенство права, національну безпеку, оборону або права людини. Заявники були звільнені на підставі Закону лише тому, що обіймали певні відносно високі посади державної служби, коли В. Янукович був Президентом України (п. 294).

ЄСПЛ визнав, що звільнення заявників становило втручання в їхнє право на повагу до приватного життя. Застосовані заборони мали дуже серйозні наслідки для здатності заявників установлювати й розвивати відносини з іншими та зашкодили їхній соціальній і професійній репутації, а також значною мірою вплинули на них. Заявники були звільнені із заборonoю обіймати посади державної служби, одразу втративши всі свої здобутки. Їм було заборонено обіймати будь-які посади державної служби у сфері, у якій вони багато років працювали як державні службовці (п. 209 рішення).

Крім того, Суд наголосив, що Уряд не назвав будь-які підстави для застосування таких широкомасштабних та обмежувальних заходів, натомість у ст. 1 Закону України «Про очищення влади» серед принципів, які мають керувати процесом очищення, наведено презумпцію невинуватості та індивідуальну відповідальність. На думку Суду, це свідчить про певну неузгодженість між проголошеними цілями Закону та фактично оприлюдненими ним правилами (пункти 72, 297).

ЄСПЛ вважає, що обмежувальні заходи такої суворості не можуть застосовуватися до державних службовців лише через те, що вони залишилися на своїх посадах державної служби після обрання нового глави держави.

Отже, розірвання трудових договорів з підстав, передбачених Законом України «Про очищення влади», повинно здійснюватися з дотриманням вимог відповідного закону, а також з урахуванням основоположних принципів презумпції невинуватості та індивідуальної відповідальності. У кожному конкретному випадку підлягає встановленню факт того, чи сприяла особа своїми рішеннями,

діями (бездіяльністю) узурпації влади, підриву основ національної безпеки й оборони України або протиправному порушенню прав і свобод людини. Тому при розгляді справ щодо розірвання трудових договорів з підстав, передбачених Законом України «Про очищення влади», повинна враховуватись індивідуальна дія чи зв'язок особи з будь-якими антидемократичними подіями, що і є підставою здійснення процедури люстрації.

### 1.11. Особливості звільнення працівників у зв'язку з набранням законної сили рішенням суду про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави стосовно особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у передбачених статтею 290 Цивільного процесуального кодексу України випадках

Унаслідок прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів» ч. 1 ст. 36 КЗпП було доповнено п. 7-3.

Значений пункт передбачає звільнення працівника на підставі набрання законної сили рішенням суду про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави стосовно особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у передбачених ст. 290 ЦПК випадках.

За змістом положень цієї статті таке звільнення здійснюється у триденний строк із дня отримання органом державної влади, органом місцевого самоврядування, підприємством, установою, організацією копії відповідного судового рішення, яке набрало законної сили.

Оскільки таке звільнення не є звільненням з ініціативи роботодавця, до нього не застосовується ч. 3 ст. 40 КЗпП, тобто працівник може бути звільнений за такою підставою і в період відпустки або тимчасової непрацездатності.

Зазначена підстава звільнення може бути застосована виключно до спеціальних суб'єктів (особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування), перелік яких визначений у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», а саме:

а) Президент України, Голова Верховної Ради України, його Перший заступник та заступник, Прем'єр-міністр України, Перший віцепрем'єр-міністр України, віцепрем'єр-міністри України, міністри, інші керівники центральних органів виконавчої влади, які не входять до складу Кабінету Міністрів України, та їхні заступники, Голова Служби безпеки України, Генеральний прокурор, Голова Національного банку України, його перший заступник та заступник, Голова та інші члени Рахункової палати, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Уповноважений із захисту державної мови, Голова Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Голова Ради міністрів Автономної Республіки Крим;

б) народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови;

в) державні службовці, посадові особи місцевого самоврядування;

г) військові посадові особи Збройних Сил України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України та інших утворених відповідно до законів військових формувань, крім військовослужбовців строкової військової служби, курсантів вищих військових навчальних закладів, курсантів вищих навчальних закладів, які мають у своєму складі військові інститути, курсантів факультетів, кафедр та відділень військової підготовки;

г) судді, судді Конституційного Суду України, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої ради правосуддя, посадові особи секретаріату Вищої ради правосуддя, Голова, заступник Голови, члени, інспектори Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, посадові особи секретаріату цієї Комісії, посадові особи Державної судової адміністрації України, присяжні (під час виконання ними обов'язків у суді);

д) особи рядового й начальницького складу державної кримінально-виконавчої служби, податкової міліції, особи начальницького складу органів та підрозділів цивільного захисту, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України;

е) посадові та службові особи органів прокуратури, Служби безпеки України, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України, дипломатичної служби, державної лісової охорони, державної охорони природно-заповідного фонду, центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, і центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику;

є) Голова, заступник Голови Національного агентства з питань запобігання корупції;

ж) члени Центральної виборчої комісії;

з) поліцейські;

и) посадові та службові особи інших державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим;

і) члени державних колегіальних органів;

ї) Керівник Офісу Президента України, його Перший заступник та заступники, уповноважені, пресекретар Президента України;

й) Секретар Ради національної безпеки і оборони України, його помічники, радники, помічники, радники Президента України (крім осіб, посади яких належать до патронатної служби та які обіймають їх на громадських засадах).

Оскільки порядок розгляду справ щодо визнання необґрунтованими активів та їхнього стягнення в дохід держави підлягають розгляду за правилами ЦПК, то необхідно також урахувати й положення процесуального законодавства щодо моменту, із якого така особа (працівник) може бути звільнена з посади.

Відповідно до ст. 273 ЦПК передбачено, що рішення суду набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги всіма учасниками справи, якщо апеляційну скаргу не було подано.

У разі подання апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після повернення апеляційної скарги, відмови у відкритті чи закриття апеляційного провадження або прийняття постанови суду апеляційної інстанції за наслідками апеляційного перегляду.

Крім того, слід також урахувувати положення ст. 436 ЦПК щодо зупинення виконання судового рішення при визначенні моменту, з якого відповідна особа може бути звільнена на підставі п. 7-3 ст. 36 КЗпП.

Тому при звільненні особи на підставі п. 7-3 ст. 36 КЗпП потрібно враховувати аспекти щодо моменту набрання законної сили судового рішення про визнання необґрунтованими активів та їхнього стягнення в дохід держави:

1) особа може бути звільнена на підставі п. 7-3 ст. 36 КЗпП — після закінчення строку подання апеляційної скарги всіма учасниками справи, з урахуванням відомостей, які містяться у ЄДРСР про набрання судового рішення законної сили;

2) у разі подання апеляційної скарги, особа може бути звільнена на підставі п. 7-3 ст. 36 КЗпП України — після повернення апеляційної скарги, відмови у відкритті чи закритті апеляційного провадження або прийнятті постанови суду апеляційної інстанції за наслідками апеляційного перегляду;

3) у разі подання касаційної скарги на судові рішення та винесення ухвали про зупинення виконання чи дії судового рішення, особа може бути звільнена на підставі п. 7-3 ст. 36 КЗпП — після скасування ухвали суду або відсутності такої ухвали.

## 1.12. Алгоритм дій адвоката в разі розірвання трудових договорів у зв'язку з грубим порушенням законодавства про працю

Розірвання трудового договору, пов'язане з порушенням трудового законодавства, може мати місце в разі обвинувального вироку суду за ст. 172, 173, 175 КК ((п. 7) ст. 36 КЗпП), за ініціативною працівника (ч. 3 ст. 38 КЗпП або ст. 39 КЗпП), за ініціативою профспілки (ст. 45 КЗпП). В останніх двох випадках судова практика не вимагає для такого звільнення наявності обвинувального вироку за ст. 172 КК, якою передбачена кримінальна відповідальність за грубе порушення законодавства про працю або акта

перевірки Держпраці, яким зафіксовано факт порушення трудових прав звільненої особи, але наявність таких документів може спростити вирішення спору.

### **ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ У ЗВ'ЯЗКУ З ПРИТЯГНЕННЯМ ОСОБИ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРАЦЮ**

Стаття 36. Підстави припинення трудового договору.

«Підставами припинення трудового договору є:

7) набрання законної сили вироком суду, яким працівника засуджено (крім випадків звільнення від відбування покарання з випробуванням) до позбавлення волі або до іншого покарання, яке виключає можливість продовження цієї роботи...»

Грубе порушення законодавства або угоди про працю може бути підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності за ст. 172 КК (грубе порушення законодавства про працю), за ст. 173 КК (грубе порушення угоди про працю), якими як одну з альтернативних санкцій передбачено позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, обмеження волі на визначений строк.

Окремим порушенням у сфері праці є невплата заробітної плати, кримінальна відповідальність за що передбачена ст. 175 КК (невплата заробітної плати, стипендії, пенсії чи інших установлених законом виплат), санкцією якої передбачено додаткове покарання — позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на визначений строк

У контексті порушень законодавства про оплату праці як виду грубих порушень слід зважати на відмінність підстав звільнення за п. 7 ст. 36 КЗпП та п. 1-1 ч. 1 ст. 41 КЗпП, якою передбачена додаткова підстава для звільнення — винні дії керівника підприємства, установи, організації, унаслідок чого заробітна плата виплачувалася несвоєчасно або в розмірах, нижчих від встановленого законом розміру мінімальної заробітної плати. Для звільнення за п. 7 ст. 36 КЗпП обов'язковим є наявність обвинувального вироку суду, тоді як у другому випадку такий вирок не вимагається,



достатньо постанови у справі про адміністративне правопорушення за ст. 41 КпАП, якою буде встановлено вину керівника.

Відповідно до ч. 2 ст. 36 КЗпП у випадках, передбачених п. 7, 7-1 і 7-3 частини першої цієї статті, особа підлягає звільненню з посади в триденний строк із дня отримання органом державної влади, органом місцевого самоврядування, підприємством, установою, організацією копії відповідного судового рішення, яке набрало законної сили.

Отже, після надходження до роботодавця обвинувального вироку суду, у тому числі за ст. 172, 173, 175 КК України, він зобов'язаний на виконання ст. 33 Кримінально-виконавчого кодексу вчинити такі дії:

- не пізніше трьох днів після одержання копії судового рішення звільнити засудженого з посади, яку він обіймає, або від того виду професійної діяльності, права на який його позбавлено, внести до трудової книжки засудженого запис про те, на якій підставі, на який строк і які посади він позбавлений права обіймати або яким видом професійної діяльності він позбавлений права займатися, а також повідомити уповноважений орган з питань пробації про виконання судового рішення;

- за вимогою уповноваженого органу з питань пробації надавати йому документи, пов'язані з виконанням покарання.

Отже, порушення трудового законодавства, у тому числі трудових угод, невиконання заробітної плати, у разі підтвердження таких подій обвинувальним вироком суду, яким передбачено покарання, що виключає можливість продовження роботи за відповідною посадою, є безумовною підставою для звільнення працівника за п. 7 ст. 36 КЗпП, оскільки таке звільнення є виконанням вироку та процедурно врегульовано, крім КЗпП, Кримінально-виконавчим кодексом.

### 1.13. Звільнення у зв'язку з порушенням законодавства про працю за ініціативи працівника

**Стаття 38.** Розірвання трудового договору, укладеного на невизначений строк, з ініціативи працівника.

«Працівник має право у визначений ним строк розірвати трудовий договір за власним бажанням, якщо власник або уповноважений ним орган не виконує законодавство про працю, умови колективного чи трудового договору».

**Стаття 39.** Розірвання строкового трудового договору з ініціативи працівника.

«Строковий трудовий договір (пп. 2 і 3 ст. 23) підлягає розірванню достроково на вимогу працівника в разі його хвороби або інвалідності, які перешкоджають виконанню роботи за договором, порушення власником або уповноваженим ним органом законодавства про працю, колективного або трудового договору та у випадках, передбачених частиною першою статті 38 цього Кодексу».

Спори про дострокове розірвання трудового договору вирішуються в загальному порядку, установленому для розгляду трудових спорів.

Звільнення за ч. 3 ст. 38 КЗпП є звільнення за власним бажанням із поважних причин. У цьому випадку працівник не зобов'язаний повідомляти адміністрацію про звільнення за 2 тижні. Він має право звільнитися навіть у день подання відповідної заяви за ч. 3 ст. 38. КЗпП зобов'язує власника звільнити працівника, що має поважні для цього причини, у строк, про який той просить.

Чинне законодавство України, зокрема ч. 3 ст. 38 КЗпП, не встановлює для працівника обов'язок надання роботодавцю доказів або документів-підтвердження для визначення поважності причин звільнення.

#### **У чому суть конфлікту між працівником та роботодавцем в разі розірвання трудового договору за ч. 3 ст. 38 КЗпП?**

Звільнення за цією підставою не тільки зобов'язує роботодавця звільнити працівника в бажану для нього дату, а й виплатити вихідну допомогу в розмірі, передбаченому колективним договором,

але не менше тримісячного середнього заробітку (ст. 44 КЗпП). Надалі таке звільнення може вплинути на визначення ступеня ризиковості роботодавця та періодичність перевірок Держпраці. Отже, роботодавці не зацікавлені в розірванні трудових договорів, строкових чи безстрокових, за ініціативою працівника, мотивованою порушенням щодо нього трудового законодавства, і приводом для судових спорів стає самовільна зміна роботодавцем причин звільнення з ч. 3 ст. 38 КЗпП на ч. 1 ст. 38 КЗпП.

**Якою може бути порада адвоката роботодавцю,  
який не бажає звільняти працівника через порушення  
трудового законодавства?**

Відповідь знаходиться у постанові ВСУ від 22.05.2013 № 6-34цс13 ([reyestr.court.gov.ua/Review/31701321](http://reyestr.court.gov.ua/Review/31701321)), постановою ВС від 13.03.2019 у справі № 754/1936/16-ц, провадження № 61-28466св18 (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/80487265](http://reyestr.court.gov.ua/Review/80487265)), від 22.04.2020 у справі № 199/8766/18, провадження № 61-797св20 (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/88951904](http://reyestr.court.gov.ua/Review/88951904)):

«<...> За змістом с. 38 КЗпП розірвання трудового договору з ініціативи працівника і його правові підстави залежать від причин, які спонукають працівника до розірвання цього договору і які працівник визначає самостійно. У разі, якщо вказані працівником причини звільнення – порушення роботодавцем трудового законодавства (ч. 3 ст. 38 КЗпП – не підтверджуються або роботодавцем не визнаються), останній не має права самостійно змінювати правову підставу розірвання трудового договору.

При незгоді роботодавця звільнити працівника на основі підстав, передбачених частиною третьою ст. 38 КЗпП, останній може відмовити в розірванні трудового договору, але не вправі розірвати цей договір з інших підстав, які працівником не зазначалися...»

Отже, роботодавець не має права звільняти працівника за підставою, іншою, ніж зазначена ним у заяві, а в разі незгоди з нею – має письмово відмовити працівнику в його звільненні за ч. 3 ст. 38 КЗпП або в розірванні дострокового трудового договору в порядку ст. 39 КЗпП у зв'язку з порушенням трудового законодавства, умов колективного або трудового договору, мотивувавши тим, що трудові права працівника не були порушені.

### **Які порушення роботодавця можуть стати підставою для звільнення?**

Із аналізу судової практики випливає, що звільнення за ч. 3 ст. 38 КЗпП може бути наслідком порушень у сфері оплати праці (несвоєчасна виплата заробітної плати, неправомірні відрахування/утримання із заробітної плати, відсутність індексації тощо), у питаннях робочого часу та часу відпочинку (ненадання відпусток, недотримання графіку відпусток, несанкціонована понаднормова робота, робота у святкові дні, нічні години тощо), випадки незаконного переведення, зміни істотних умов праці не в порядку, установленому законодавством, примушування працівника до звільнення «за власним бажанням» на фоні звільнень за п. 1 ст. 40 КЗпП у зв'язку зі скороченням чисельності або штату працівників тощо.

Водночас не є порушеннями роботодавця, наприклад: відмова підлеглих або інших працівників виконувати розпорядження звільненого працівника; порушення, допущені роботодавцем щодо інших працівників, які не зачіпають права особи, що бажає звільнитися; не виплата премії або невжиття інших заохочувальних заходів роботодавцем, застосування яких визначається на його розсуд; ініціювання роботодавцем щодо працівника перевірок НАЗК; застосування дисциплінарної відповідальності до працівника за вчиненні ним порушення трудової дисципліни тощо.

Так, зокрема, у постанові ВС від 15.01.2020 у справі № 761/23311/17, провадження №61-45935св19 (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/86958958](http://reyestr.court.gov.ua/Review/86958958)), зазначено, що «<...> порушення трудових прав інших працівників не можуть бути підставою для розірвання між сторонами трудового договору на підставі ч. 3 ст. 38 КЗпП».

Вирішуючи спори, суди виходять з того, що якщо факт порушення мав місце, то для звільнення працівника за ч. 3 ст. 38 КЗпП не відіграють жодної ролі суттєвість порушення, поважність причин, із яких воно було допущено, а також загальна кількість таких фактів.

Із цього приводу в постанові ВСУ від 22.05.2013 № 6-34ц13 (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/31701321](http://reyestr.court.gov.ua/Review/31701321)) зазначено:

«<...> Приймаючи рішення про відмову в задоволенні позовних вимог, суд першої інстанції, з висновками якого погодилися

й суди апеляційної та касаційної інстанцій, виходив із відсутності правових підстав для звільнення позивача згідно з ч. 3 ст. 38 КЗпП України, оскільки порушення умов виплати заробітної плати носило разовий характер, було викликано поважними причинами й не тягло істотного порушення трудових прав позивача, а порушення ПАТ «КБ «Надра» інших норм законодавства про працю та вимог колективного договору ОСОБА\_1 не доведено.

При цьому суди не врахували, що істотність характеру порушень роботодавцем умов трудового законодавства та їхня поважність не можуть бути підставою для відмови працівника в звільненні за ч. 3 ст. 38 КЗпП, оскільки такі критерії цією нормою не передбачені. Судами також не враховано й того, що роботодавець не має права самостійно змінювати визначену працівником у заяві причину звільнення з роботи <...>».

Докази у справі багато в чому залежать від її обставин, сутності порушення, у зв'язку з яким працівник бажав звільнитися за ч. 3 ст. 38 КЗпП, до спільних документів можна зарахувати: заяву працівника про звільнення за ч. 3 ст. 38 КЗпП, наказ про звільнення, відомості про остаточні розрахунки з працівником.

Звертаю увагу на те, що тягар доведення відсутності підстав для звільнення працівника за ч. 3 ст. 38 КЗпП, а саме — відсутність порушень трудового законодавства, колективного та/або трудового договору, лежить на стороні роботодавця.

Результати перевірки Держпраці (акт або довідка) може бути використаний як доказ обома сторонами, із тією різницею, що на користь працівника буде свідчити саме акт перевірки, яким буде встановлено допущене роботодавцем порушення трудового законодавства, а на користь роботодавця — довідка за результатами перевірки, яка складається органом державного нагляду (контролю) в разі, якщо порушень із питань, які були предметом перевірки, не встановлено.

Правильно сформульовані позовні вимоги є передумовою для ефективного захисту прав клієнта. У контексті спорів про звільнення за ч. 3 ст. 38 КЗпП варто просити суд про таке:

— зміну формулювання підстави звільнення з «...» на «звільнений з роботи за власним бажанням у зв'язку невиконанням власником законодавства про працю згідно з ч. 3 ст. 38 КЗпП»;

— стягнення з роботодавця на користь працівника вихідної допомоги у розмірі тримісячного середнього заробітку відповідно до ст. 44 КЗпП у сумі ... грн;

— стягнення з роботодавця на користь працівника середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні за період по день ухвалення рішення.

## 1.14. Звільнення керівника на вимогу профспілкової організації

**Стаття 45.** Розірвання трудового договору з керівником на вимогу виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника).

«На вимогу виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) власник або уповноважений ним орган повинен розірвати трудовий договір із керівником підприємства, установи, організації, якщо він порушує законодавство про працю, про колективні договори і угоди, Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності».

Якщо власник або уповноважений ним орган чи керівник, стосовно якого пред'явлено вимогу про розірвання трудового договору, не згоден із цією вимогою, він може оскаржити рішення виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) до суду у двотижневий строк із дня отримання рішення. У цьому разі виконання вимоги про розірвання трудового договору зупиняється до винесення судом рішення.

У разі коли рішення виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) не виконано й не оскаржено в зазначений строк, то виборний орган первинної профспілкової організації (профспілковий представник) у цей же строк може оскаржити до суду діяльність або бездіяльність посадових осіб, органів, до компетенції яких належить розірвання трудового договору з керівником підприємства, установи, організації.

Згідно зі ст. 33 Закону України «Про професійні спілки і гарантії їх діяльності» профспілкові органи мають право вимагати розірвання трудового договору (контракту) з керівником підприємства,

установи або організації, якщо він порушує цей Закон, законодавство про працю, про колективні договори та угоди.

Із судової практики вбачається, що підставами для прийняття рішення профспілкою про ініціювання звільнення керівника можуть бути: визнання результатів роботи керівника щодо виконання колективного договору на 2018 – 2019 роки «незадовільними»; проведення незаконної й дискримінаційної політики, що призводить до масових скорочень робітників підприємства; незаконні рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності працівників, які надалі скасовані судом тощо.

Оскільки процедура звільнення в порядку ст. 45 КЗпП, Закону України «Про професійні спілки» передбачає складення таких документів, як рішення профспілки, подання профспілки про звільнення керівника та наказ про звільнення, критично важливим для адвоката є правильне визначення предмета оскарження, а отже, й формулювання позовних вимог.

Так, Шевченківський районний суд м. Чернівці в рішенні від 10.06.2019 у справі №727/10011/18 (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/82581040#](http://reyestr.court.gov.ua/Review/82581040#)) зазначив таке:

«<...> Вимога профспілкових органів про розірвання трудового договору (контракту) є обов'язковою для розгляду і виконання. У разі незгоди з нею керівник, стосовно якого прийнято рішення, або орган чи особа, від яких залежить звільнення керівника, можуть у двотижневий строк оскаржити рішення профспілкового органу до місцевого суду. У цьому разі виконання вимоги про розірвання трудового договору зупиняється до винесення судом рішення.

Із указаних норм чинного законодавства вбачається, що подання може бути внесене тільки на виконання рішення відповідного профспілкового органу про внесення подання про звільнення керівника. Тобто позивачем обраний не той спосіб захисту порушеного права, оскільки законом не передбачено оскарження вимоги (подання) профспілкового органу про звільнення керівника, без посилання на рішення профспілкового органу. Отже, позивач мав право звернутись до суду з позовом щодо оскарження саме рішення відповідного профспілкового органу про внесення подання про звільнення керівника».

Тому в разі ініціювання профспілкою звільнення керівника за ст. 45 КЗпП належною позовною вимогою має бути скасування

рішення профспілки про внесення вимоги (подання) про звільнення. І такий позов має бути подано у двотижневий строк. Якщо працівником не оскаржувалась вимога профспілкового органу про його звільнення, успішність оскарження наказу про звільнення на підставі ст. 45 КЗпП під великим сумнівом. Так, ВС у постанові від 04.11.2020 у справі №158/131/19, мотивуючи рішення судів попередніх інстанцій, ухвалених не на користь працівника, зазначив:

«<...> З урахуванням указанного, установивши, що ОСОБА\_1 в установленій статтею 45 КЗпП України строк не оскаржила рішення профспілкової організації, у якому порушено вимогу про розірвання трудового договору (контракту), порушення позивачем трудового законодавства, яке стало підставою для звернення профспілки до Ківерцівської районної ради Волинської області щодо звільнення позивача, суд першої інстанції, із висновком якого погодився й суд апеляційної інстанції, дійшов правильного висновку про відмову у задоволенні позову. При цьому судом встановлено, що вимога профспілкової організації обґрунтована порушенням позивачем законодавства про працю <...>».

Для побудови стратегії захисту в цій категорії спорів доцільно знайти відповіді на такі запитання:

- чи є працівник особою, до якої застосовна ст. 45 КЗпП?
- чи має профспілка, яка вимагає звільнення, право на прийняття такого рішення?
- чи мають місце порушення працівником законодавства про працю, про колективні договори й угоди, Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»?

Із судової практики вбачається, що профспілки інколи вимагають звільнення тих працівників, які не є керівниками підприємств — виконуючих обов'язки керівника, керівників структурних підрозділів.

Так, наприклад, Апеляційний суд Дніпропетровської області у постанові від 20.04.2018 у справі №210/5505/15-ц (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/73640469#](http://reyestr.court.gov.ua/Review/73640469#)), задовольняючи позов працівника, зазначив:

«<...> Відповідно до п. 14 постанови Пленуму ВСУ № 18 від 26.10.1995 «Про практику розгляду судами трудових спорів» за змістом ст. 43-1 КЗпП керівником належить вважати особу, яка очолює підприємство, установу, організацію або відокремлений підрозділ (філію, представництво, відділення тощо). При цьому



йдеться не про будь-який структурний підрозділ (цех, управління, службу, ферму тощо), а саме про відокремлений підрозділ, який утворюється у спеціально передбаченому порядку, наприклад, зазначеному в ст. 7 Закону України «Про підприємства в Україні».

<...> Колегія суддів погоджується з доводами апеляційної скарги позивача та вважає, що висновки суду першої інстанції стосовно того, що позивач не довів невідповідність питання 3 п. 5 протоколу № 5 від 07.11.2015 конференції Незалежної первинної профспілкової організації Публічного акціонерного товариства «АрселорМіттал ОСОБА\_1 Ріг» вимогам чинного законодавства та/або визначеній законом компетенції органу, який його виніс, є помилковими, оскільки, як встановлено судом та вбачається із матеріалів справи, ОСОБА\_2, стосовно якого було вирішено «Розірвати трудовий контракт з директором Департаменту з персоналу ПАТ «АрселорМіттал ОСОБА\_1 Ріг» ОСОБА\_3 ОСОБА\_2 за проведення незаконної й дискримінаційної політики, що призводить до масових скорочень робітників підприємства» не є керівником ПАТ «АрселорМіттал ОСОБА\_1 Ріг» у розумінні ст. 43, 45 КЗпП України, тому й звернення із зазначеним питанням до ПАТ «АрселорМіттал ОСОБА\_1 Ріг» не входить до компетенції НППО ПАТ «АрселорМіттал ОСОБА\_1 Ріг».

У зв'язку з чим посилання представників позивача в суді апеляційної інстанції на те, що ОСОБА\_2 є керівником Департаменту з персоналу ПАТ «АрселорМіттал ОСОБА\_1 Ріг», тому є тією особою, що вирішує питання про звільнення та скорочення робітників підприємства, колегія суддів не бере до уваги, оскільки ОСОБА\_2 не є особою, у розумінні ст. 45 КЗпП, відповідно якої виборний орган первинної профспілкової організації (профспілкового представника) може висувати вимоги про розірвання трудового контракту <...>».

Дніпровський апеляційний суд, залишаючи в силі постановою від 07.10.2020 рішення суду першої інстанції у справі № 211/507/20 (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/92090621#](http://reyestr.court.gov.ua/Review/92090621#)) та надаючи оцінку застосовності звільнення за ст. 45 КЗпП до виконуючого обов'язки директора структурного підрозділу, зазначив:

«<...> Крім того, як вірно зазначено судом першої інстанції, на дату прийняття оспорюваного рішення виборного органу

Первинної профспілкової організації Вільної профспілки залізничників України Криворізького локомотивного депо, ОСОБА\_1 не був керівником підприємства, а лише виконуючим обов'язки начальника структурного підрозділу «Криворізьке локомотивне депо» регіональної філії «Придніпровська залізниця» Акціонерного товариства «Українська залізниця»...

Згідно з Положенням про структурний підрозділ «Криворізьке локомотивне депо» регіональної філії «Придніпровська залізниця» Акціонерного товариства «Українська залізниця», затвердженого наказом від 15.10.2016 № 572/Н, Криворізьке локомотивне депо є структурним підрозділом регіональної філії «Придніпровська залізниця» Акціонерного товариства «Українська залізниця» і не має статусу юридичної особи, отже, виконуючий обов'язки начальника структурного підрозділу «Криворізьке локомотивне депо» регіональної філії «Придніпровська залізниця» Акціонерного товариства «Українська залізниця» ОСОБА\_1 не є керівником юридичної особи (підприємства, установи, організації), а лише тимчасово очолює її структурний підрозділ, й здійснює свою діяльність на підставі довіреності та в межах його повноважень, визначених у пункті 7.5. Положення про структурний підрозділ «Криворізьке локомотивне депо» регіональної філії «Придніпровська залізниця» Акціонерного товариства «Українська залізниця» та на нього не поширюється дія ст. 45 КЗпП <...>.

Отже, звільнення за ст. 45 КЗпП є можливим тільки стосовно керівника підприємства, установи, організації, якщо ж особа обіймає іншу посаду, питання про її звільнення перебувають за межами компетенції профспілкового органу.

Проте не кожна профспілка має право на процедуру, передбачену п. 9 ст. 38 Закону України «Про професійні спілки і гарантії їх діяльності». Зокрема, на цьому наголошує ВС у постанові від 11.12.2019 у справі № 266/4331/17, провадження № 61-45630св18 (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/86505063](http://reyestr.court.gov.ua/Review/86505063)):

«<...> Установивши, що між адміністрацією ДП «Маріупольський морський торговельний порт» та уповноваженим представником працівників – Профспілковою організацією ДП «Маріупольський морський торговий порт» укладений колективний договір на 2015 – 2018 роки, у підписанні якого відповідач, не будучи членом спільного представницького органу профспілок, участі

не брав та за відсутності належних і допустимих доказів на підтвердження порушень позивачем законодавства про працю та Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», суд першої інстанції, із висновками якого погодився апеляційний суд, дійшов правильного висновку про обґрунтованість позовних вимог ОСОБА\_1.

Доводи касаційної скарги про те, що підставою для вимоги про розірвання трудового договору з позивачем слугувало не лише порушення директором підприємства умов колективного договору, а і законодавства про працю та Закону України «Про професійні спілки, їхні права та гарантії діяльності», не спростовують висновків судів попередніх інстанцій, ураховуючи, що відповідач не реалізував своє право при наявності на підприємстві іншої профспілки – Профспілкової організації ДП «Маріупольський морський торговий порт» на формування спільного представницького органу, незважаючи на те, що відповідно до частини другої статті 4 Закону України «Про колективні договори і угоди» за наявності на підприємстві кількох профспілок чи їхніх об'єднань або інших уповноважених трудовими колективами на представництво органів вони повинні сформувати спільний представницький орган для ведення переговорів й укладення колективного договору.

<...> Первинна профспілкова організація, що відмовилася від участі в представницькому органі, позбавляється права представляти інтереси найманих працівників при підписанні колективного договору (ч. 2 ст. 37 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»).

ВС також вважає необхідним зазначити, що за наявності на підприємстві, установі, організації декількох профспілкових організацій, які здійснюють представництво і захист прав та інтересів членів профспілок, їхні виборні органи на відповідному рівні договірного регулювання повинні узгоджувати своїх дії для досягнення своїх статутних цілей і завдань у питанні захисту інтересів членів своїх профспілок для уникнення можливого прийняття рішення, яке б суперечило правам та інтересам членів іншої профспілкової організації, оскільки, згідно із законом, профспілки є рівними у своїх правах.

Крім того, на дату прийняття оспорюваного рішення виборного органу Первинної профспілкової організації ДП «Маріупольський

морський торговельний порт» профспілки працівників вугільної промисловості України, ОСОБА\_1 не був керівником підприємства, а лише виконуючим обов'язки директора ДП «Маріупольський морський торговельний порт» на період до прийняття відповідного рішення уповноваженим органом управління».

Отже, обов'язкова для виконання роботодавцем вимога про звільнення керівника підприємства у зв'язку з порушенням ним законодавства про працю, про колективні договори й угоди, Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» може бути прийнята тільки уповноваженою профспілкою та за наявності для цього підстав.

## 1.15. Особливості розірвання трудових договорів у зв'язку із втратою довіри

Серед підстав розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу КЗпП виокремлює вчинення винних дій працівника, який безпосередньо обслуговує грошові, товарні або культурні цінності, якщо ці дії дають підстави для втрати довіри до нього з боку власника або уповноваженого ним органу (п. 2 ст. 41).

Звільнення працівника на цій підставі має багато аспектів та потребує визначення окремих спеціальних ознак щодо ідентифікації об'єкта та суб'єкта, до якого може бути застосована вказана норма. Серед таких ознак можна виокремити:

- 1) учинення працівником винних дій (вина);
- 2) наявність спеціальних обов'язків щодо обслуговування грошей, товарних чи культурних цінностей;
- 3) утрата довіри.

На підставі п.2 ст. 41 КЗпП можуть бути звільнені не всі працівники, а тільки ті, які безпосередньо обслуговують грошові або товарні цінності. Тому для початку необхідно визначити, що слід розуміти під грошима та товарними цінностями.

Під грошима (грошовими коштами) розуміють найліквідніші активи підприємства, що включає готівку в касі, кошти на рахунках в банках, електронні гроші.

Під товарними цінностями слід розуміти сукупність предметів праці, призначених для обробки, переробки або використання в промисловому виробництві, будівництві, сільському господарстві, а також засоби праці, які за чинним законодавством уключають до складу оборотних засобів як малоцінні та швидкозношувальні предмети (МШП) або як товари для продажу.

Водночас під товарними чи культурними цінностями у п. 2 ст. 41 КЗпП слід розуміти не будь-які матеріальні цінності без винятку. При застосуванні вказаного положення слід звернути увагу на тлумачення цього терміна, яке наводиться в постанові Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами трудових спорів» (п. 28), де вказується, що безпосереднім обслуговуванням грошових і товарних цінностей є їх прийняття, збереження, транспортування, розподіл тощо. Ключовими словами, що відображають розуміння безпосереднього обслуговування грошових і товарних цінностей, є «прийняття» та «збереження».

Звідси слід зробити висновок про те, що основне коло працівників, які безпосередньо обслуговують грошові та товарні цінності, — це особи, які одержують їх під звіт, а під цінностями розуміється конкретно отримане майно.

### **ЩОДО КОЛА ПРАЦІВНИКІВ, ЯКІ МОЖУТЬ БУТИ ЗВІЛЬНЕННІ ЗА П. 2 СТ. 41 КЗПП**

Зауважимо, що звільнити за п. 2 ст. 41 КЗпП можна у випадках, коли з працівником договір про повну матеріальну відповідальність не укладався, але роботодавець відповідно до закону мав право на його укладення.

Для того щоб вирішити, чи належить працівник до категорії осіб, які безпосередньо обслуговують грошові або товарні цінності, треба з'ясувати коло його обов'язків, що визначаються відповідними посадовими інструкціями та положеннями. У кожному конкретному випадку слід з'ясувати, чи виконання операцій, пов'язаних з обслуговуванням цінностей, становить основний зміст його трудових обов'язків або одне з основних обов'язків і чи має виконання ним указаних дій відповідальний, підзвітний характер із наявністю обліку, контролю за рухом і збереженням цінностей. Обов'язок зі

зберігання та обслуговування цінностей може передбачатися кваліфікаційними довідниками, посадовими інструкціями та іншими нормативними актами.

У зв'язку з утратою довіри можна звільнити й тих працівників, здійснення грошових операцій для яких не є їхньою основною функцією, але з неї випливає, наприклад екскурсоводів, зобов'язаних розповсюджувати квитки, водіїв громадського транспорту, які працюють без кондуктора, тощо.

Вирішуючи питання, чи належить позивач до кола працівників, які безпосередньо обслуговують грошові та товарні цінності, суд у кожному конкретному випадку з'ясовує: чи становить виконання операцій, що пов'язані з таким обслуговуванням цінностей, основний зміст трудових обов'язків позивача та чи носить виконання ним указаних дій відповідальний, підзвітний характер із наявністю обліку, контролю за рухом і зберіганням цінностей.

Особи, які здійснюють функції обліку, охорони або управлінські функції щодо розпорядження майном та коштами підприємства, не належать до кола працівників, які безпосередньо обслуговують грошові чи товарні цінності, і такі особи не можуть бути суб'єктами звільнення за п. 2 ч.1 ст. 41 КЗпП.

Щодо облікових працівників (рахівників, бухгалтерів, калькуляторів, контролерів тощо), то в їхніх трудових функціях відсутня ознака безпосереднього обслуговування грошових і товарних цінностей. І тому вони не можуть бути звільнені за п. 2 ст. 41 КЗпП. Це стосується й тих облікових працівників, які періодично призначаються членами інвентаризаційних комісій і беруть участь у визначенні кількості товарно-матеріальних цінностей, що знаходяться на складах, у торговельних залах та інших сховищах, виробничих та торговельних приміщеннях тощо. Визначення кількості матеріальних цінностей, що подаються інвентаризаційній комісії матеріально відповідальною особою, не підпадає під поняття безпосереднього обслуговування матеріальних цінностей.

Відповідні висновки щодо застосування ст. 41 КЗпП висловлені ВСУ у постанові від 24.09.2014 у справі № 6-104цс14, у постанові ВС від 03.04.2019 у справі № 752/7994/17, провадження №61-40654св18, у постанові ВС від 27.11.2019 у справі № 543/690/16-ц, провадження № 61-23037св18.

## ЩОДО ДОКАЗУВАННЯ ПІДСТАВ ДЛЯ ВТРАТИ ДОВІРИ

Утрата довіри є оціночним поняттям і в кожному конкретному випадку підлягає доведенню роботодавцем у разі оскарження працівником звільнення на цій підставі. Причини втрати довіри можуть бути різними і підлягають установленню та дослідженню в кожному конкретному випадку.

Слід пам'ятати, що звільнення у зв'язку з втратою довіри не є дисциплінарним стягненням, а тому в разі звільнення на цій підставі не повинні додержуватися вимоги, установлені ст. 147 — 149 КЗпП щодо порядку застосування дисциплінарних стягнень. Зокрема, для звільнення у зв'язку з втратою довіри не встановлений будь-який строк після вчинення працівником порушення, що є підставою для звільнення.

Однак у постанові Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами трудових спорів» вказується про те, що при розгляді такого роду спорів варто враховувати час, який минув після вчинення працівником винних дій, що дають підстави для втрати довіри, подальшу поведінку працівника та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення спору. Учинення корисливих правопорушень, не пов'язаних із виконанням трудових обов'язків, також надає власникові право звільнити працівника за п. 2 ст. 41 КЗпП. Зокрема, підставою для звільнення може бути вчинення корисливого злочину або іншого правопорушення не за місцем роботи й у вільний від роботи час (п. 28 постанови Пленуму ВСУ «Про практику розгляду судами трудових спорів»).

Слід зауважити, що особливе місце у вказаній категорії справ відводиться саме доказуванню певного факту, що став наслідком утрати довіри до працівника. Про це свідчить судова практика, зокрема у постанові ВС від 07.11.2018 у справі № 320/7065/17 (провадження № 61-40471св18), де суд зазначає: «Звільнення у зв'язку із втратою довіри до працівника на підставі п. 2 ч. 1 ст. 41 КЗпП може мати місце за умови вчинення ним винних дій. При цьому не має значення, були протиправні дії вчинені навмисно або внаслідок необережного ставлення до виконання своїх обов'язків, чи передбачав працівник або повинен був передбачити негативні наслідки своїх дій. Провина працівника має бути доведена власником або уповноваженим ним органом за допомогою фактів

та об'єктивних обставин, що свідчать про винні дії працівника; це може бути, наприклад: систематична нестача довірених йому цінностей; безвідповідальне, халатне ставлення до своїх трудових обов'язків; порушення правил торгівлі; крадіжки; обмірювання, обважування покупців; завищення цін; привласнення матеріальних цінностей тощо.

Утрата довіри може бути наслідком учинення проступку, який дає підстави для висновку, що подальше залишення працівника на роботі, пов'язаний із обслуговуванням грошових і матеріальних цінностей, може призвести до їхньої втрати. Водночас підозра власника або уповноваженого ним органу не може бути підставою для виявлення недовіри до працівника».

У постанові ВС від 13.11.2019 у справі № 477/428/17, провадження № 61-16278 св 18, судом було зазначено, що може бути використано як доказ у вказаній категорії справ: «Порушення посадових обов'язків, неналежне використання майна та коштів директором комунального підприємства, що підтверджується аудиторськими висновками, є підставою для застосування п. 2 ч. 1 ст. 41 КЗпП».

## 1.16. Особливості звільнення за вчинення аморального проступку

Звільнення за вчинення аморального проступку є додатковою підставою розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу з окремими категоріями працівників за певних умов. Фактично така підвищена відповідальність певної категорії працівників обумовлена тим, що вони перебувають в особливому правовому стані та виконують специфічні функції, не властиві іншим категоріям працівників; їхні дії чи бездіяльність можуть призвести до порушення конституційних прав та свобод громадян, завдати значної шкоди суспільним відносинам та авторитету і самої держави, і суб'єктів господарювання.

До суб'єктів, які можуть бути звільнені на підставі п. 3 ст. 41 КЗпП, належать учасники навчально-виховного процесу. При цьому для обрання цієї статті для звільнення потрібно обов'язково



аналізувати: чи точно належить працівник до суб'єктів, які здійснюють навчально-виховний процес? Прикладом «неправильності» застосування п. 3 ст. 41 КЗпП України можна навести справу № 136/1207/17, провадження № 61-36662 св18, у якій 15.01.2020 ВС надав правовий висновок, що посада (методист бібліотеки) не належить до учасників навчально-виховного процесу та до її повноважень не входить виконання педагогічної чи виховної функції, а тому наявні правові підстави для визнання незаконним і скасування наказу про звільнення та поновлення на посаді, оскільки позивач не є суб'єктом звільнення з роботи з підстав, передбачених п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП. Оскільки, відповідно до ст. 4 Конвенції Міжнародної організації праці «Про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця» № 158 від 22.06.1982, трудові відносини з працівниками не припиняються, якщо тільки немає законних підстав для такого припинення, пов'язаного із здібностями чи поведінкою працівника або викликаного виробничою потребою підприємства, установи чи служби.

Окрім того, *звільнення працівника, який виконує виховні функції та який вчинив аморальний проступок, допускається за наявності двох умов:*

1. Аморальний проступок повинен бути підтверджений фактами. Для прикладу, у постанові ВС від 19.09.2018 у справі № 654/998/16-ц (провадження № 61-18295св18) для прийняття рішення щодо законності звільнення учителя інформатики та фізики Залізнопортівської школи I – III ступенів було досліджено свідчення учня, матері учня, викладачів, батьків інших учнів.

2. Учинення проступку несумісне з продовженням роботи, що має виховну функцію. У справі від 27.03.2019 у справі № 560/893/17 (провадження № 61-48706св18) ВС зазначив, що інцидент, учинений директором Вербівського навчально-виховного комплексу «Загальноосвітня школа I – II ступенів – дошкільний навчальний заклад» Дубровицької районної ради полягав у приниженні гідності неповнолітнього, застосуванні до нього фізичної сили, що дає підстави для висновку про неможливість подальшої роботи. Установлені судом обставини підтвержені показаннями свідків, заявами батьків, а також відомостями з Єдиного реєстру досудових розслідування, відповідно до яких за фактом цього інциденту розпочато досудове розслідування, яке ще не закінчено.

Окрім того, звільнення допускається за вчинення аморального проступку та при виконанні трудових обов'язків, і не пов'язаного з ними (учинення такого проступку в громадських місцях або в побуті). Зокрема, аморальним проступком є винне діяння, що суперечить загальноприйнятим нормам і правилам, порушує моральні устої суспільства, моральні цінності, які склалися в суспільстві, і суперечить змісту трудової функції, тим самим дискредитуючи службово-виховні, посадові повноваження відповідного кола осіб. Так, аморальним проступком слід уважати появу в громадських місцях у нетверезому стані, нецензурну лайку, бійку, поведінку, що принижує людську гідність, тощо.

Водночас не кожен проступок можна вважати аморальним. Окрім того, сам термін «аморальний проступок» є оціночним поняттям, оскільки не конкретизований законодавцем. У кожному випадку варто визначати: чи настали негативні наслідки або можуть настати пізніше ці наслідки і вони зумовлені вчиненням аморального проступку. Наприклад, у постанові від 27.12.2019 у справі № 345/3007/17 (провадження № 61-25200св18) ВС зазначив, що порушення Правил внутрішнього розпорядку для працівників ВПУ № 7 та критичний виступ працівниці під час звіту директора 20 червня 2017 року, які були підставою для звільнення з її роботи, не свідчать про порушення нею моральних норм, утрату авторитету та її дискредитації як вихователя, а отже, не є аморальним учинком у розумінні п. 3 ст. 41 КЗпП.

Відтак працівники, які виконують виховну функцію, учитель, педагог, вихователь зобов'язані бути людиною високих моральних переконань та бездоганної поведінки. Особистий приклад викладача та його авторитет і високоморальна поведінка мають виключно важливе значення для формування свідомості молоді. Унаслідок цього, якщо педагог недостойною поведінкою скомпрометував себе перед учнями, іншими особами, порушив моральні норми, утратив тим самим авторитет, дискредитував себе як вихователь, то він може бути звільнений із роботи за п. 3 ч. 1 ст. 41 КЗпП.

## 1.17. Звільнення під час лікарняного

Працевдатність розуміють як здатність до праці, котра залежить від стану здоров'я працівника. Відповідно до ст. 4 Конвенції Міжнародної організації праці «Про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця 1982 року» № 158, ратифікованої постановою Верховною Радою України від 04.02.1994 № 3933-ХІІ, трудові відносини з працівниками не припиняються, якщо тільки немає законних підстав для такого припинення, пов'язаного із здібностями чи поведінкою працівника або викликаного виробничою потребою підприємства, установи чи служби. Статтею 40 КЗпП передбачено підстави розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу. Указані підстави забороняють звільняти працівника в період його тимчасової непрацевдатності, а також у період перебування працівника у відпустці.

Однак ч. 3 ст. 40 КЗпП містить важливе для кожного роботодавця уточнення. Заборона звільнення не поширюється на випадок нез'явлення на роботу протягом більш як чотирьох місяців підряд унаслідок тимчасової непрацевдатності, не рахуючи відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами, якщо законодавством не встановлений триваліший строк збереження місця роботи (посади) при певному захворюванні. Якщо ж працівник утратив працевдатність у зв'язку з трудовим каліцтвом або професійним захворюванням, то за ним зберігається місце роботи (посада) до відновлення працевдатності або встановлення інвалідності. При цьому важливо розуміти, що звільнення на підставі ч. 3 ст. 40 КЗпП є можливим, якщо особа протягом більше ніж чотири місяці перебуває на лікарняному та її працевдатність ще не відновлено. У разі якщо особа відновила свою працевдатність і вийшла на роботу, то зникає підстава звільнення її на підставі ч. 3 ст. 40 КЗпП.

*Отже, звільнення за ініціативою роботодавця є можливим при сукупності обставин:*

- 1) працівник не виходить на роботу понад чотири місяці підряд у зв'язку із тимчасовою непрацевдатністю;
- 2) працевдатність працівника на момент звільнення не відновлено;
- 3) працевдатність утрачено не у зв'язку з трудовим каліцтвом або професійним захворюванням;

4) відсутні законодавчі особливості регулювання лікування та видачі листів непрацездатності окремих видів захворювань. Так, для прикладу, відповідно до ст. 25 Закону України «Про захист населення від інфекційних захворювань», особам працездатного віку, у яких уперше виявлено захворювання на туберкульоз або стався його рецидив, листок непрацездатності для проведення безперервного курсу лікування та оздоровлення може видаватися на строк до 10 місяців. За такими особами протягом цього строку зберігається місце роботи.

Указане підтверджується й позицією ВС, зокрема, у постанові від 12.09.2018 у справі № 205/6983/16-ц (провадження № 61-854св18). Верховний Суд наголосив, що звільнення на підставі ч. 3 ст. 40 КЗпП має відбуватися із дотриманням загального алгоритму звільнення: видача трудової книжки з копією наказу про звільнення й остаточним розрахунком. Звільнення не можна вважати обґрунтованим, якщо особа вийшла з лікарняного і є працездатною, а процедура звільнення не завершена. Водночас якщо працівник подає заяву на звільнення за власним бажанням на підставі ст. 38 КЗпП, то законодавством не встановлено заборони звільнення працівника в період тимчасової непрацездатності за власним бажанням, про що наголошується й у листі Міністерства соціальної політики України № 70/06/186-12 від 27.04.2012. Окрім того, не буде порушенням законодавства і звільнення працівника в період його тимчасової непрацездатності за згодою сторін (п. 1 ч. 1 ст. 36 КЗпП).

## 1.18. Розірвання трудових контрактів

КЗпП передбачено можливість укладення трудового контракту, який є особливою формою трудового договору. Відповідно до ч. 3 ст. 21 КЗпП строк дії контракту, права, обов'язки і відповідальність сторін (у тому числі матеріальна), умови матеріального забезпечення й організації праці працівника, а також умови розірвання договору, у тому числі дострокового, можуть установлюватися угодою сторін.

Передусім зауважимо, що контрактна форма трудового договору застосовується до працівників лише у випадках, прямо передбачених законодавством. Так, відповідно до ч. 4 ст. 65 Господарського

кодексу України дозволено укладення трудового контракту з керівником товариства. Можливість укладення трудового контракту з певними категоріями працівників передбачена також законами України «Про вищу освіту», «Про наукову і науково-технічну діяльність», «Про державну службу».

На сьогодні питання щодо порядку укладення контрактів при прийнятті (найманні) на роботу працівників регулюється постановою Кабінету Міністрів України «Про впорядкування застосування контрактної форми трудового договору» від 19.03.1994 № 170 та наказом Міністерства праці України «Про затвердження Типової форми контракту з працівником» від 15.04.1994 № 23.

Трудовий контракт укладається в письмовій формі. Зміст трудового контракту, зокрема й умови щодо його розірвання, формуються за домовленістю (волевиявленням) його сторін. Надана КЗпП автономія сторін у цьому питанні значно розширює сферу індивідуально-договірного регулювання, оскільки умови контракту щодо його розірвання можуть виходити за межі чинного законодавства.

Важливим у контексті визначення сторонами умов трудового контракту є рішення КСУ від 98.07.1998 № 12-рп/98, у якому вказано, що, незважаючи на застереження, які містяться в Кодексі Законів про працю та інших актах трудового законодавства і спрямовані на захист прав громадян під час укладення ними трудових договорів у формі контрактів, сторонами в контракті можуть передбачатися невідгідні для працівника умови: це зазвичай тимчасовий характер трудових відносин, підвищена відповідальність працівника та, зокрема додаткові підстави розірвання договору.

Дискусійним упродовж тривалого часу залишалось також питання, чи поширюється положення ст. 9 КЗпП про те, що умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством України про працю, є недійсними, на трудові контракти. ВС у постанові від 01.06.2020 у справі № 487/79/18-ц вказав, що правило, яке міститься в ст. 9 КЗпП України, має виняток, яким і є, зокрема, трудовий контракт. Суд зазначив, що контракт — особлива форма договору, спрямована на створення умов для виявлення ініціативності та самостійності працівників з урахуванням їхніх індивідуальних здібностей і професійних навичок, яка, зокрема, передбачає покладення на працівника підвищеної

відповідальності. Отже, контракт може містити положення, які погіршують становище працівника, зокрема додаткові підстави для звільнення чи відповідальності. На контрактну форму трудового договору не поширюється положення ст. 9 КЗпП про те, що умови договорів про працю, які погіршують становище працівників порівняно із законодавством України про працю, є недійсними.

*Важливою характеристикою трудового контракту є також його строковий характер.* Відповідно часто предметом судових розглядів стають позови працівників, з якими укладено контракт, про визнання незаконним звільнення на підставі п. 2 ст. 36 КЗпП (закінчення строку його дії). Такі ситуації мають місце, коли контракт кілька разів переукладається на новий строк. Позивачі аргументують свою позицію тим, що згідно з ч. 2 ст. 39-1 КЗпП строкові трудові договори, які були переукладені один або кілька разів, вважають такими, що укладені на невизначений строк.

Указане питання ВС вирішив у постанові від 22.01.2020 у справі № 607/18964/18. Згідно з фактичними обставинами справи між працівником та роботодавцем багаторазово переукладався контракт. У певний момент роботодавець не забажав продовжувати його дію і звільнив працівника у зв'язку із закінченням строку дії контракту на підставі п. 2 ст. 36 КЗпП. Працівник, у свою чергу, вважав, що факт його роботи протягом 16 років та багаторазове переукладення (продлонгація) контракту свідчать про безстроковість трудових відносин.

ВС дійшов висновку, що переукладення строкового трудового договору (контракту) чи продовження строку його чинності у випадках, що підпадають під ч. 2 ст. 23 КЗпП, не передбачає набуття трудовим договором характеру безстрокового, укладеного на невизначений строк. ВС також зазначив, що доводи позивача про те, що у зв'язку із неодноразовим продовженням трудових відносин шляхом укладення контрактів трудовий договір набув ознак безстроковості згідно з вимогами ч. 2 ст. 39-1 КЗпП, є необґрунтованими, оскільки укладення контракту на певний строк, з урахуванням ч. 3 ст. 21 КЗпП, регулюється ч. 2 ст. 23 КЗпП, що виключає при переукладенні контракту чи продовженні строку його дії застосування ч. 2 ст. 39-1 КЗпП. Тому якщо умови, передбачені ч. 2 ст. 23 КЗпП, продовжують існувати, то переукладення договору не надає трудовим відносинам безстрокового характеру.

Розірвання трудових контрактів можливе на основі підстав, зазначених у контракті, а також і загальних підставах, передбачених трудовим законодавством.

У разі розірвання контракту з ініціативи роботодавця на основі підстав, установлених у контракті, але не передбачених чинним законодавством, звільнення проводиться за п. 8 ст. 36 КЗпП, з урахуванням гарантій, установлених чинним законодавством і контрактом.

Звільняючи працівника на підставі п. 8 ч. 1 ст. 36 КЗпП, роботодавцю необхідно документально обґрунтувати наявність обставин, передбачених контрактом. В іншому випадку суд дійде висновку щодо незаконності такого звільнення. Наприклад, постановою від 23.01.2018 у справі № 203/6039/15-ц ВС залишив у силі рішення суду про поновлення позивача на роботі, оскільки роботодавець не довів факт незабезпечення виконання керівником фінансового плану товариства.

Крім того, з огляду на особливості контрактної форми трудового договору, наявність чи відсутність вини не є визначальним для припинення дії контракту. До такого висновку дійшов ВС у постанові від 30.08.2018 у справі № 463/3091/15. Згідно з фактичними обставинами справи директора державного підприємства було звільнено з посади відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 36 КЗпП. Підставою стала така, передбачена контрактом, причина для звільнення, як наявність у підприємства заборгованості перед бюджетом зі сплати ЄСВ. Позивач просив суд визнати незаконним і скасувати наказ про його звільнення й поновити його на посаді директора на підставі того, що зазначена заборгованість підприємства виникла через незалежні від нього причини, а саме у зв'язку з тривалим і безпідставним блокуванням рахунків підприємства. Крім того, позивач звернув увагу, що на момент його звільнення погодженої суми заборгованості не було, підприємство заперечувало її наявність. ВС дійшов висновку, що визначальним у цьому випадку є сам факт порушення, а встановлена вина керівника лише додатково підтверджує законність оскаржуваного наказу.

Аналогічний висновок ВС зробив у постановою від 05.12.2018 у справі № 719/348/16ц; від 10.04.2019 у справі № 522/10592/17; від 14.03.2018 у справі № 753/18013/14.

Трапляються випадки, коли додаткові підстави для звільнення, які передбачені контрактом, майже повністю дублюють норми КЗпП,

наприклад, звільнення за одноразове грубе порушення трудових обов'язків (п. 1 ч. 1 ст. 41 КЗпП). Колізію контракту та закону вирішив ВС у своїй постанові від 16.05.2018 у справі № 206/2351/16-ц. Особливість цієї справи полягала в тому, що позивача (керівника підприємства) було звільнено на підставі п. 8 ч. 1 ст. 36 КЗпП за систематичне невиконання своїх обов'язків, після чого поновлено на посаді. Суди посилалися на положення п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, яким передбачено аналогічну підставу для розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця.

Указаною нормою закону передбачено можливість розірвання трудового договору в разі систематичного невиконання працівником без поважних причин своїх трудових обов'язків, якщо раніше до нього вже застосовували заходи дисциплінарного стягнення. З огляду на це, підставою для задоволення вимог позивача стала відсутність у розпорядженні про звільнення інформації про те, у чому саме полягало систематичне невиконання керівником підприємства своїх обов'язків і які заходи дисциплінарного стягнення до нього застосовували.

ВС у цій справі вказав, що, незважаючи на те, що позивача було звільнено на підставах, передбачених контрактом, звільнення має відбуватися з дотриманням вимог законодавства про працю, а саме п. 3 ч. 1 ст. 40 КЗпП, оскільки позивача було звільнено саме за систематичне невиконання покладених на нього обов'язків. З огляду на те, що немає доказу фактів попереднього притягнення позивача до дисциплінарної відповідальності за невиконання обов'язків, суди не визнали за можливе вважати звільнення таким, що проведено з дотриманням вимог законодавства.

Оскільки на працівників, з якими укладено контракт, поширюється законодавство про працю, то, відповідно, трудовий контракт може бути припинено й на основі підстав, передбачених КЗпП (ст. 36, 39, 40, 41), а працівника, який працює за контрактом, звільнено, наприклад, за прогул, невідповідність займаній посаді або появу на роботі у стані сп'яніння.

Якщо працівник, який працює за контрактом, звільняється, наприклад, у зв'язку із скороченням чисельності або штату працівників, суд перевірятиме реальність проведення скорочення, урахування переважного права на залишення на роботі, пропонування вакантних посад. Звільнення на підставі скорочення чи невідпо-



відності займаній посаді допускається, якщо неможливо перевести працівника, за його згодою, на іншу роботу. А ось звільнення за одноразове грубе порушення трудових обов'язків чи прогул має проводитись із дотриманням вимог щодо порядку застосування дисциплінарних стягнень.

Звертаємо увагу, що звільнення керівників підприємств повинно відбуватися за дотриманням не лише вимог законодавства, а й умов статуту підприємства, у якому можуть бути передбачені особливості звільнення, наприклад, директора, а також зазначений орган, уповноважений приймати рішення щодо такого звільнення.

Крім цього, законодавством передбачені численні обмеження на звільнення окремих категорій працівників, наприклад, вагітних жінок; жінок, які мають дітей віком до 3 років; одиноких матерів за наявності дитини віком до 14 років або дитини-інваліда; батьків, які виховують дітей без матері (у тому числі в разі тривалого перебування матері в лікувальному закладі) (ст. 184, 186-1 КЗпП).

Також доволі тривалий час дискусійним залишалось питання щодо того, чи поширюються на працівників, які працюють за трудовим контрактом, положення ч. 3 ст. 40 КЗпП про заборону звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу в період його тимчасової непрацездатності, а також у період перебування працівника у відпустці. Крапку в цьому питанні поставило рішення КСУ від 40.09.2019 № 6-р(П)/2019 у справі за конституційною скаргою Жабо Тетяни Максимівни щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої ст. 40 Кодексу законів про працю України. Суб'єкт права на конституційну скаргу свою позицію обґрунтувала тим, що висновок, викладений Верховним Судом в остаточному судовому рішенні у її справі, згідно з яким оспорювані положення Кодексу не поширюються на трудові правовідносини, які виникли на підставі трудового контракту, призводить до порушення його конституційних прав та погіршує умови праці працівників певних категорій.

КСУ дійшов висновку, що контракт укладається на строк, який установлюється за погодженням сторін та містить чітке зазначення, коли розпочинається строк дії контракту та коли він закінчується. Проте наведене не може бути підставою для незастосування до працівників, які працюють відповідно до укладеного контракту, положень ч. 3 ст. 40 Кодексу, і такі працівники не можуть бути

звільнені в день тимчасової непрацездатності або в період перебування у відпустці, оскільки це зумовить нерівність та дискримінацію цієї категорії працівників, ускладнить їх становище та знизить реальність гарантій трудових прав громадян, установлених Конституцією й законами України.

Крім цього, КСУ зазначає, що не може бути дискримінації в реалізації працівниками трудових прав. Порушення їхньої рівності в трудових правах та гарантіях є недопустимим, а будь-яке обмеження повинне мати об'єктивне та розумне обґрунтування і здійснюватись з урахуванням та дотриманням приписів Конституції України та міжнародних правових актів. Отже, положення ч. 3 ст. 40 Кодексу є такими, що поширюються на всі трудові правовідносини та не суперечать Конституції України.

Отже, трудовий контракт як особлива форма трудового договору характеризується можливістю встановлення в ньому додаткових підстав для його розірвання. Звільнення за такими підставами (не передбаченими КЗпП) проводиться за п. 8 ст. 36 КЗпП. При цьому, урахуовуючи поширення на працівників, які працюють за трудовим контрактом, законодавства про працю, трудові відносини з таким працівниками можуть бути припинені й із підстав, визначених, зокрема, у ст. 36, 39, 40, 41 КЗпП.

## РОЗДІЛ 2

### ОФОРМЛЕННЯ ВИМОГ ПРАЦІВНИКІВ ПІД ЧАС ЗВІЛЬНЕННЯ: СТРАТЕГІЯ ДІЙ АДВОКАТА

#### 2.1. Порядок дій адвоката в разі затримки виплати вихідної допомоги та всіх належних виплат

##### **Стаття 44.** Вихідна допомога.

«При припиненні трудового договору з підстав, зазначених у пункті 6 статті 36 та пунктах 1, 2 і 6 статті 40 цього Кодексу, працівникові виплачується вихідна допомога у розмірі не менше середнього місячного заробітку; у разі призову або вступу на військову службу, направлення на альтернативну (невійськову) службу (пункт 3 статті 36) — у розмірі двох мінімальних заробітних плат; унаслідок порушення власником або уповноваженим ним органом законодавства про працю, колективного чи трудового договору (статті 38 і 39) — у розмірі, передбаченому колективним договором, але не менше тримісячного середнього заробітку; у разі припинення трудового договору з підстав, зазначених у пункті 5 частини першої статті 41, — у розмірі не менше ніж шестимісячний середній заробіток».

**Стаття 47.** Обов'язок власника або уповноваженого ним органу провести розрахунок з працівником і видати йому трудову книжку.

«Власник або уповноважений ним орган зобов'язаний у день звільнення видати працівникові належно оформлену трудову книжку й провести з ним розрахунок у терміни, зазначені у статті 116 цього Кодексу.

У разі звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу він зобов'язаний також у день звільнення видати йому копію наказу про звільнення з роботи. В інших випадках звільнення копія наказу видається на вимогу працівника.

У разі мобілізації власника — фізичної особи свої обов'язки, визначені цією статтею, він повинен виконати протягом місяця після своєї демобілізації без застосування санкцій та штрафів».

ГУ Держпраці в Полтавській області в роз'ясненні від 26.10.2020 (URL: [pl.dspr.gov.ua/archives/15157](http://pl.dspr.gov.ua/archives/15157)) зазначило, що ст. 44 КЗпП визначає мінімальний, але обов'язковий рівень для надання вихідної допомоги. Для того, щоб бути конкурентним на ринку, роботодавець може передбачити, окрім обов'язкових підстав для виплати вихідної допомоги, інші підстави вихідної допомоги, які входять до соціального пакету підприємства чи організації, або збільшити її розмір. Зокрема, у трудовому договорі можна додатково передбачити інші підстави чи розмір виплати вихідної допомоги. Проте в ньому не можна заперечувати передбачені законом підстави чи встановлювати менший розмір, оскільки, згідно із ст. 9 КЗпП, такий трудовий договір погіршуватиме становище працівника і, як наслідок, уважатиметься недійсним.

Згідно із ст. 116 КЗпП виплата вихідної допомоги проводиться разом з усіма іншими сумами, що належать працівнику від підприємства, установи, організації, в день звільнення або не пізніше наступного дня після пред'явлення звільненим працівником вимоги про розрахунок, якщо працівник у день звільнення не працював.

Одним із перших кроків адвоката під час надання правової допомоги працівнику в питаннях отримання від роботодавця вихідної допомоги є з'ясування підстав звільнення, що обумовлює необхідність такої виплати. При цьому слід зважати на те, що це питання може бути врегульовано не тільки ст. 44 КЗпП, а й галузевими угодами, колективним та/або трудовим договором, і в разі наявності таких, проаналізувати їх зміст.

ВС у постанові від 19.08.2019 у справі №212/908/17-ц (провадження № 6134717св18) (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/83775168](http://reyestr.court.gov.ua/Review/83775168)) під час визначення, чи мала працівниця право на вихідну допомогу при звільненні, зазначив:

пунктом 6.1 розд. 6 «Соціальний захист та задоволення духовних потреб» зазначеної Галузевої Угоди передбачено, що сторона власника за рахунок коштів підприємства в порядку та на умовах, передбачених колективним договором, зобов'язується: виплачувати працівнику при виході на пенсію одноразову допомогу в розмірі, залежному від стажу його роботи на підприємстві, але не менше: при стажі від 20 і більше років тримісячної середньої заробітної плати.

Тобто Галузевою Угодою передбачено виплату при виході на пенсію працівнику одноразової допомоги залежно від стажу. При цьому Колективний договір погіршує становище працівників підприємства порівняно з умовами Галузевої Угоди, оскільки встановлює досягнення відповідного віку (жінки — 55 років, чоловіки — 60 років) як обов'язкову умову для виплати такої допомоги.

Положеннями ст. 5 Закону України «Про колективні договори і угоди» передбачено, що умови колективних договорів й угод, укладених відповідно до чинного законодавства, є обов'язковими для підприємств, на які вони поширюються, та сторін, які їх уклали. Умови колективних договорів або угод, що погіршують порівняно з чинним законодавством становище працівників, є недійсними, а тому забороняється включати їх до договорів і угод.

Відповідно до ст. 9 цього Закону положення Генеральної, галузевої (міжгалузевої), територіальної угод діють безпосередньо і є обов'язковими для всіх суб'єктів, що перебувають у сфері дії сторін, які підписали угоду. Вимоги Галузевої Угоди розповсюджуються на всі підприємства відповідної галузі.

Статтею 16 КЗпП встановлено, що умови колективного договору, що погіршують порівняно із чинним законодавством й угодами становище працівників, є недійсними.

Суди першої та апеляційної інстанцій, урахувавши наведені норми матеріального права та обставини справи, дійшли обґрунтованого висновку про необхідність застосування до спірних правовідносин умов Галузевої Угоди, виконання якої є обов'язком відповідача, а не Колективного договору, положення якого погіршують становище працівника.

З урахуванням викладеного, суди дійшли обґрунтованого висновку, що ОСОБА\_4 на момент виходу на пенсію за власним бажанням станом на 17.02.2010 мала більше ніж 20 років стажу роботи на підприємстві, тому на неї розповсюджується дія п. 6.1 Галузевої Угоди та при її звільненні роботодавцем повинна бути сплачена вихідна допомога в розмірі тримісячної середньої заробітної плати працівника.

Наступним кроком є встановлення розміру вихідної допомоги, належної до виплати (розраховується відповідно до Порядку обчислення середньої заробітної плати, затвердженого постановою КМУ від 08.02.1995 № 100), та відповідності йому тієї суми, яка отримана працівником фактично.

Згідно зі ст. 30 Закону України «Про оплату праці», при кожній виплаті заробітної плати роботодавець повинен повідомити працівника про такі дані, що належать до періоду, за який провадиться оплата праці:

а) загальна сума заробітної плати з розшифровкою за видами виплат;

б) розміри й підстави відрахувань із заробітної плати;

в) сума заробітної плати, що належить до виплати. Роботодавець зобов'язаний забезпечити достовірний облік виконуваної працівником роботи й бухгалтерський облік витрат на оплату праці у встановленому порядку.

Статтею 49 КЗпП зобов'язано власника або уповноважений ним орган видати працівникові на його вимогу довідку про роботу на вказаному підприємстві із зазначенням спеціальності, кваліфікації, посади, часу роботи й розміру заробітної плати.

Отже, працівник особисто або адвокат через адвокатський запит можуть отримати відповідну інформацію з розшифровкою виплат, які нараховано та здійснено під час звільнення працівника.

Крім правильності розрахунку вихідної допомоги, слід перевіряти утримання, на які її може бути зменшено до виплати працівнику. Так, у справі № 825/1834/17 ВС 23.10.2020 прийняв постанову (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/92385119](http://reyestr.court.gov.ua/Review/92385119)), у якій зауважив, що відповідно до ст. 129 КЗпП не допускаються відрахування з вихідної допомоги компенсаційних та інших виплат, на які згідно із законодавством не звертається стягнення. Перелік таких виплат установлено ст. 73 Закону України «Про виконавче провадження».

Заборона на відрахування з видів виплат, зазначених у ст. 129 КЗпП, означає, що навіть за наявності у власника вимоги до працівника щодо зайво виплачених сум, яка не задовольняється відрахуванням із заробітної плати у встановлених межах, власник зобов'язаний провести такі виплати на користь працівника. Якщо зустрічна вимога до працівника полягає у відшкодуванні шкоди, заподіяної працівником при виконанні трудових обов'язків, вона незалежно від її суми реалізується шляхом пред'явлення власником до працівника позову в межах річного терміну з дня виявлення шкоди згідно зі ст. 136 КЗпП.

ВС погоджується з висновком суду апеляційної інстанції, що позивачем порушено норми ст. 129 КЗпП, відповідно

до якої не допускається відрахування з вихідної допомоги компенсаційних та інших виплат, на які згідно із законодавством не звертається стягнення. Поряд із цим, зазначене відрахування з компенсаційних виплат ОСОБА\_1 потягло за собою порушення позивачем вимог ч. 1 ст. 116 КЗпП, а саме — непроведення повного розрахунку всіх сум у день звільнення, що належать працівнику від підприємства.

Така правова позиція узгоджується з висновком, викладеним у постановках ВС від 25.07.2018 у справі № 819/959/16 та від 03.07.2019 у справі № 341/1588/17.

Отже, якщо в результаті дослідження документів адвокат доходить висновку про порушення роботодавцем вимог ст. 44, 116 КЗпП, крім позовної вимоги про стягнення суми вихідної допомоги, може бути заявлено вимогу про застосування до роботодавця наслідків у формі стягнення середнього заробітку за весь час затримки розрахунку, як це передбачено ст. 117 КЗпП.

Заслуговує на увагу рішення Великої Палати ВС у справі № 711/4010/13 від 18.03.2020 (провадження № 14-429цс19) ([URL: reyeestr.court.gov.ua/Review/89251582](http://URL: reyeestr.court.gov.ua/Review/89251582)), у якому зроблено висновок про те, що вихідна допомога та середній заробіток за час розрахунку при звільненні (зокрема і за час затримки виплати такої допомоги) не належать до структури заробітної плати, тобто не є основною чи додатковою заробітною платою, а також не є іншою заохочувальною чи компенсаційною виплатою, що входить до такої структури, а отже за час затримки її виплати не може бути стягнуто з роботодавця компенсацію працівнику втрати частини заробітної плати у зв'язку з порушенням термінів її виплати, але може бути застосовано ст. 117 КЗпП — стягнуто середній заробіток за час затримки розрахунку при звільненні.

«<...> Велика Палата Верховного Суду вже звертала увагу на те, що встановлений ст. 117 КЗпП механізм компенсації роботодавцем працівнику середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні не передбачає чітких критеріїв установлення справедливого та розумного балансу між інтересами звільненого працівника та його колишнього роботодавця (див. п. 71 постанови від 26.06.2019 у справі № 761/9584/15-ц).

Суд може зменшити розмір відшкодування, передбаченого ст. 117 КЗпП, і таке зменшення має залежати від розміру недоплаченої

суми (див. висновок ВСУ, викладений у постанові від 27.04.2016 у справі № 6-113цс16).

**Чи підлягатиме поверненню працівником вихідна допомога, якщо його звільнення буде визнано судом незаконним і, як наслідок, поновлено на роботі? Чи може після поновлення роботодавець утримати із заробітної плати працівника раніше виплачену йому вихідну допомогу?**

Відповідь міститься у постанові Великої Палати ВС від 16.09.2019 у справі № 753/15556/15-ц (провадження № 14-445цс18) (URL: [reyestr.court.gov.ua/Review/79388252](http://reyestr.court.gov.ua/Review/79388252)):

«У ст. 1215 ЦК передбачені загальні випадки, за яких набуто особою без достатньої правової підстави майно за рахунок іншої особи не підлягає поверненню. Її тлумачення свідчить, що законодавцем передбачені два винятки із цього правила: по-перше, якщо виплата відповідних грошових сум є результатом рахункової помилки особи, яка проводила таку виплату; по-друге, у разі недобросовісності набувача такої виплати. При цьому правильність здійснених розрахунків, за якими була проведена виплата, а також добросовісність набувача презюмуються, і, відповідно, тягар доказування наявності рахункової помилки та недобросовісності набувача покладається на платника відповідних грошових сум.

Доказів про набуття відповідачем 10 142,33 грн у результаті рахункової помилки позивача матеріали справи не містять, на такі обставини сторони не посилаються. Сам факт оскарження відповідачем у судовому порядку наказу про звільнення з посади згідно з п. 1 ст. 40 КЗпП (зміни в організації виробництва і праці, у тому числі ліквідація, реорганізація, банкрутство або перепрофілювання підприємства, установи, організації, скорочення чисельності або штату працівників) не може свідчити про недобросовісність дій особи, оскільки є реалізацією нею конституційного права, передбаченого ст. 55 Конституції України, на захист судом прав і свобод людини і громадянина.

Відмовляючи в позові у справі, що розглядається, суди попередніх інстанцій зробили висновок, що:

1) виплата вихідної допомоги була проведена позивачем добровільно, на законних підставах, за відсутності рахункової помилки з його боку;



2) недобросовісність з боку відповідача не встановлена.

Суди вважали, що передбачені цивільним законодавством підстави для повернення грошових коштів на підставі вимог ст. 1212 ЦК відсутні.

Велика Палата ВС погоджується з таким висновком судів першої та апеляційної інстанцій, оскільки, незважаючи на те, що після поновлення ОСОБА\_3 на роботі підстава для виплати вихідної допомоги відпала (наказ, на підставі якого було здійснено виплату вихідної допомоги, скасований рішенням Дарницького районного суду міста Києва від 03.03.2015), у силу вимог ст. 1215 ЦК ці кошти поверненню не підлягають».

Отже, обов'язок роботодавця з виплати вихідної допомоги може встановлюватися законодавством та може бути передбачений угодами, у тому числі трудовим договором, і його невиконання або виконання неналежним чином може мати наслідком стягнення середнього заробітку в порядку ст. 117 КЗпП. Водночас, за відсутності рахункової помилки, виплачена вихідна допомога в разі поновлення працівника не підлягає стягненню або утриманню на користь роботодавця.

## 2.2. Стягнення моральної шкоди у трудових спорах

У КЗпП наявна єдина стаття, яка регулює питання відшкодування моральної шкоди, де зазначено, що відшкодування власником або уповноваженим ним органом моральної шкоди працівнику провадиться в разі, якщо порушення його законних прав призвели до моральних страждань, втрати нормальних життєвих зв'язків чи вимагають від нього додаткових зусиль для організації свого життя (ст. 237-1). Частина 2 цієї статті містить гучний заголовок, що порядок відшкодування моральної шкоди визначається законодавством.

Норми цієї статті мають загальний характер і не вирішують проблеми, що пов'язані з відшкодуванням моральної шкоди під час незаконного звільнення. Більше того, на сьогодні не існує методів розрахунку розмірів відшкодування моральної шкоди, не визначено

на законодавчому рівні формули розрахунку та не вказано жодної моделі розрахунку моральної шкоди.

Фактично усі загальні підходи до відшкодування моральної шкоди визначено у судовій практиці. У постанові від 10.04.2019 у справі № 464/3789/17 ВС дійшов висновку, що адекватне відшкодування шкоди, зокрема й моральної, за порушення прав людини є одним із ефективних засобів юридичного захисту.

Моральна шкода полягає у стражданні або приниженні, яких людина зазнала внаслідок протиправних дій. Страждання і приниження — емоції людини, змістом яких є біль, мука, тривога, страх, занепокоєння, стрес, розчарування, відчуття несправедливості, тривала невизначеність, інші негативні переживання. Порушення прав людини чи погане поводження із нею з боку суб'єктів владних повноважень завжди викликають негативні емоції. Проте не всі негативні емоції досягають рівня страждання або приниження, які заподіюють моральну шкоду. Оцінка цього рівня залежить від усіх обставин справи, які свідчать про мотиви протиправних дій, їхню інтенсивність, тривалість, повторюваність, фізичні або психологічні наслідки та, у деяких випадках, стать, вік та стан здоров'я потерпілого.

В іншій постанові від 19.12.2018 у справі № 640/14909/16-ц ВС зазначив, що компенсація за завдану моральну шкоду не поглинається самим фактом поновлення на роботі, а має самостійне юридичне значення.

Окрім того, як свідчить судова практика, аргументація моральної шкоди та формування доказової бази лягає на працівника, який повинен у суді довести усіма наявними та належними доказами заподіяння йому моральної шкоди. Доказами можуть слугувати будь-які дані, які зможуть показати взаємозв'язок між звільненням та підтвердженням факту страждань і зміни звичного способу життя. Однак на практиці відсутність єдиного підходу у визначенні моральної шкоди ускладнює життя як працівникам, які самостійно подають позови до суду, так і адвокатам, які надають правову допомогу звільненим працівникам, та суддям, які вирішують питання щодо стягнення моральної шкоди.

## РОЗДІЛ 3

# ОСОБЛИВОСТІ ЗВІЛЬНЕННЯ ПОСАДОВИХ ОСІБ

### 3.1. Стягнення збитків із керівника підприємства та інших посадових осіб

Стягнення збитків із керівника підприємства та інших посадових осіб є новим механізмом для інвесторів щодо захисту своїх інвестицій. Цей правовий інститут — новий для України та почав діяти лише з 1 травня 2016 року. Завдяки Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» акціонери/учасники українських компаній отримали можливість звертатися до суду з похідними позовами.

Похідний позов як інструмент захисту прав акціонерів (засновників/учасників) компанії є притаманним для країн англосаксонської системи права та вперше був використаний саме в Англії, а потім активно реалізовувався у США.

Похідний позов — це вимога про відшкодування збитків, завданих підприємству діями/бездіяльністю його посадової особи, який подається власниками, акціонерами/учасниками в інтересах підприємства і від його імені. Позивачем у таких справах є господарське товариство, в інтересах якого акціонером/учасником подано позов.

Подання похідного позову має низку особливостей, які потрібно враховувати під час здійснення такого виду захисту прав учасників/засновників компаній. Зокрема, це стосується правильного визначення відповідача у справі та хто може належати до так званих посадових осіб.

Чинне законодавство містить декілька підходів до визначення поняття «посадова особа». Так, ст. 23 Закону України «Про господарські товариства» визначено, що посадовими особами органів управління товариства є фізичні особи — голова та члени виконавчого органу, ревізійної комісії, ревізор товариства, а також голова

та члени іншого органу товариства, наділені повноваженнями з управління товариством, якщо утворення такого органу передбачено установчими документами товариства.

Пункт 15 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» надає таке визначення: посадові особи органів акціонерного товариства — фізичні особи — голова та члени наглядової ради, виконавчого органу, ревізійної комісії, ревізор акціонерного товариства, а також голова та члени іншого органу товариства, якщо утворення такого органу передбачено статутом товариства.

У Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» визначено, що органами товариства є загальні збори учасників, наглядова рада (у разі утворення) та виконавчий орган (ст. 28).

Аналізуючи вказані визначення, слід також зауважити, що до посадових осіб можуть бути також зараховані й інші особи, які працюють у товаристві, зокрема в органах, які не передбачені законом, але визначені установчими документами юридичної особи; особи, які займають посаду директора, але не мають права діяти від імені юридичної особи (виконавчий директор, фінансовий директор тощо); арбітражний керуючий або уповноважена особа фонду.

Ураховуючи наведені законодавчі положення, можна дійти висновку, що до посадових осіб належать фізичні особи, які входять до складу органів управління товариства або до інших органів товариства, наділені повноваженнями з управління товариством, якщо утворення таких органів передбачено установчими документами товариства.

За загальним правилом орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно й розумно та не перевищувати своїх повноважень (ст. 99 ЦК України). Крім того, окремі положення щодо обов'язків посадової особи можуть бути описані в установчих та внутрішніх документах юридичної особи.

Одним із видів правопорушень, які можуть стати підставою для подання похідного позову, є недобросовісні, нерозумні, недбалі дії, які шкодять товариству, унаслідок чого в учасника чи засновника виникає необхідність у стягненні збитків із такої посадової особи.

Чинне законодавство України, яким визначено відповідальність посадової особи за вчинення протиправних дій, що спричинили шкоду юридичній особі, є одноставним та передбачає, що посадові особи, винні в заподіянні шкоди, несуть солідарну відповідальність за збитки, завдані ними юридичній особі.

Отже, установивши факт умисних неправомірних дій посадової особи, що призвели до нанесення підприємству збитків, учасник підприємства має право звернутися до господарського суду за місцезнаходженням юридичної особи, вимагаючи відшкодування такою посадовою особою на користь підприємства завданих нею збитків.

При цьому слід ураховувати два аспекти. Перший полягає в тому, що можливість порушити питання про притягнення посадової особи підприємства до відповідальності надається не кожному учасникові господарського товариства. Для того, щоб представляти інтереси юридичної особи у справі про відшкодування шкоди, завданої посадовою особою, учаснику сумарно має належати 10 і більше відсотків статутного капіталу підприємства (ч. 1 ст. 54 ГПК).

Другий аспект полягає в тому, що особа, яка звертається до суду, має надати докази та встановити наявність підстав для притягнення винної особи до юридичної відповідальності, а саме:

- 1) протиправну поведінку (дія чи бездіяльність);
- 2) наявність шкоди (утрати, упущена вигода, прями збитки);
- 3) причинно-наслідковий зв'язок між шкодою та поведінкою;
- 4) вина особи, яка заподіяла шкоду.

Указаних підходів дотримується й судова практика, зокрема, це відображено в постановках ВС від 13.03.2018 у справі № 910/20261/16, від 04.04.2018 у справі № 910/2018/17, від 20.06.2018 у справі № 922/2187/16.

Крім того, зустрічаються й інші підходи до розгляду похідних позовів, зокрема в рішенні Господарського суду м. Києва від 28.11.2017 у справі № 910/17440/17 суд наголосив на тому, що для похідних позовів досить довести наявність правопорушення та збитків.

Однак для успішного вирішення справи та похідного позову слід ураховувати позицію Великої Палати ВС у постанові від 26.11.2019 у справі № 910/20261/16, яка створила судовий прецедент у вирішенні справ за похідним позовом на користь підприємств.

Відтак, обираючи похідний позов як інструмент захисту прав учасників/засновників юридичної особи від збитків, завданих посадовою особою, слід ретельно підходити до аргументації своєї позиції та доводити наявність усіх елементів цивільно-правової відповідальності.

### 3.2. Порядок дій адвоката під час звільнення посадових осіб

Незважаючи на те, що похідний позов є одним із дієвих та ефективних механізмів захисту прав учасника/засновника юридичної особи під час стягнення збитків із посадових осіб, його успішність буде залежати від дій та доказування адвоката у справі.

На сьогодні судова практика із цього питання не містить великої кількості судових рішень та напрацьованих позицій, однак можна виокремити деякі аспекти, які слід урахувувати під час розгляду таких справ.

У першу чергу слід правильно ідентифікувати особу, яка буде звертатися із позовом. Пунктом 12 ч. 1 ст. 20 ГПК передбачено, що господарські суди розглядають справи у спорах між юридичною особою та її посадовою особою (у тому числі посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи, за позовом власника (учасника, акціонера) такої юридичної особи, поданим в її інтересах.

Буквальний аналіз зазначеної норми свідчить, що позивачем у таких справах може бути або юридична особа, або власник (учасник, акціонер) юридичної особи. Однак з аналізу судової практики випливає, що належним позивачем у вказаних справах є саме власник (учасник, акціонер) юридичної особи, який володіє часткою 10 і більше відсотків статутного капіталу підприємства (див. постанову ВП ВС від 14.04.2019 у справі № 910/12217/19).

По-друге, як вже було зазначено вище, такі спори підлягають розгляду в порядку господарського судочинства. Тому в позовних заявах слід окремо описувати розділ щодо підвідомчості спору, із метою

уникнення випадків помилкового закриття провадження у справі (див. постанову ВП ВС від 11.12.2019 у справі № 638/15118/16-ц, постанову ВП ВС від 22.10.2019 у справі № Б15/101-08).

По-третє, визначаючи певну особу відповідачем у справі, слід здійснити перевірку повноважень такої посадової особи, згідно з чинним законодавством, установчими та внутрішніми документами юридичної особи. Крім того, слід перевірити, чи може бути така особа зарахована до категорії посадових осіб, оскільки наявність певних обов'язків щодо вчинення чи не вчинення певних дій дозволить чітко ідентифікувати наявність основних складових цивільно-правової відповідальності.

По-четверте, подаючи похідний позов, слід детально описати наявність усіх складових цивільно-правової відповідальності посадової особи, зокрема, як це зроблено в постанові ВП ВС від 26.11.2019 у справі № 910/20261/16. Тому при підготовці похідного позову необхідно акцентувати увагу на наявності всіх складових цивільно-правової відповідальності та надавати всі можливі докази на підтвердження вказаних обставин.

По-п'яте, це процес доказування. За загальним правилом обов'язок доказування в таких справах лежить на позивачі. Крім того, слід також ураховувати положення ст. 79 ГПК (вірогідність доказів), відповідно до якої наявність обставини, на яку сторона посиляється як на підставу своїх вимог або заперечень, вважається доведеною, якщо докази, надані на підтвердження такої обставини, є більш вірогідними, ніж докази, надані на її спростування.

Так, засобами доказування в таких справах можуть бути: установчі та/або внутрішні документи юридичної особи (статут, інструкції, протоколи, рішення, накази тощо), висновки експертів, аудиторів, судові експертизи щодо визначення розміру шкоди або збитків.

Ураховуючи вищенаведене, можна запропонувати **алгоритм дій адвоката під час підготовки похідного позову:**

- 1) ідентифікація позивача у справі (власник, який володіє 10 і більше відсотками у статутному капіталі юридичної особи);
- 2) аргументація підвідомчості спору судам господарської юрисдикції. Позовна заява подається до господарського суду за місцезнаходженням юридичної особи;

3) визначення відповідача у справі (посадова особа юридичної особи) із перевіркою відповідних повноважень за установчими та внутрішніми документами юридичної особи;

4) установлення в діях посадової особи наявності усіх елементів цивільно-правової відповідальності (протиправна поведінка (дія чи бездіяльність); наявність шкоди (утрати, упущена вигода, прямі збитки); причинно-наслідковий зв'язок між шкодою та поведінкою; вина особи, яка заподіяла шкоду);

5) опис усіх елементів цивільно-правової відповідальності посадової особи у тексті позовної заяви (див. постанову ВП ВС від 26.11.2019 у справі № 910/20261/16);

6) формування доказової бази щодо кожного складу цивільно-правової відповідальності (зокрема, установчі та/або внутрішні документи юридичної особи (статут, інструкції, протоколи, рішення, накази тощо), висновки експертів, аудиторів, судові експертизи щодо визначення розміру шкоди або збитків).

Дотримання вказаних рекомендацій із урахуванням судової практики дозволить подати до суду належний та обґрунтований похідний позов із подальшою перспективою отримання позитивного результату.



## РОЗДІЛ 4

### ОСОБЛИВОСТІ ЗВІЛЬНЕННЯ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ПРАЦІВНИКІВ: СТРАТЕГІЯ ТА ТАКТИКА АДВОКАТА

#### 4.1. Звільнення вагітних жінок, жінок і чоловіків, які перебувають у відпустці для догляду за дитиною

Однією з підстав припинення трудового договору є закінчення строку трудового договору, крім випадків, коли трудові відносини фактично тривають і жодна зі сторін не поставила вимогу щодо їх припинення (п. 2 ч. 1 ст. 36 КЗпП).

Відповідно до ч. 3 ст. 184 КЗпП, звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до 3 років, до 6 років (ч. 6 ст. 179 КЗпП), одиноких матерів за наявності дитини віком до 14 років або дитини-інваліда з ініціативи власника або уповноваженого ним органу не допускається, крім випадків повної ліквідації підприємства, установи, організації, коли допускається звільнення з обов'язковим працевлаштуванням. Обов'язкове працевлаштування жінок здійснюється також у випадках їхнього звільнення після закінчення строкового трудового договору. На період працевлаштування за ними зберігається середня заробітна плата, але не більше 3 місяців із дня закінчення строкового договору.

При вирішенні питання про припинення з вагітною жінкою строкового трудового договору на підставі п. 2 ч. 1 ст. 36 КЗпП, необхідно дотриматись порядку припинення строкового трудового договору. Роботодавець має своєчасно попередити вас як вагітну жінку про припинення трудового договору, і зробити це варто в письмовій формі. Звільнення провадиться з обов'язковим працевлаштуванням. Роботодавець зобов'язаний надати працівниці іншу роботу на тому ж самому підприємстві, організації, установі

або на іншому підприємстві, в іншій установі або організації. Розрив у часі між звільненням і працевлаштуванням у цьому випадку не допускається.

**Відносини з вагітною працівницею з дня закінчення строку трудового договору мають свою специфіку:**

1. На період працевлаштування зберігається середня заробітна плата до 3 місяців із дня закінчення трудового договору. Суттєвим є те, що 3-місячний термін обчислюється не з дня звільнення, а з дня закінчення строкового трудового договору.

2. Закінчення строку трудового договору не дає підстав для автоматичного звільнення. Роботодавець має попередити вагітну жінку, що після закінчення строку трудового договору вона до роботи допущена не буде.

Згідно зі ст. 235 КЗпП, підставою для поновлення працівника на роботі є звільнення без законних підстав. Поновити на роботі можна тільки працівника, який звільнений незаконно, із порушенням процедури або за межами підстав, передбачених законом або договором, або за відсутності підстав для звільнення. За заявою цієї особи може вирішуватись спір не про поновлення на роботі, а про виконання підприємством (установою, організацією) зобов'язання з її працевлаштування. Це підтверджується правовими висновками, що висловлені в постанові ВСУ від 15.10.2013 у справі № 21-303а13 та у постанові ВП ВС від 16.05.2018 у справі № 759/19440/15 (провадження № 14-105цс18).

## 4.2. Звільнення осіб передпенсійного віку та пенсіонерів

Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін до ст. 42 КЗпП України щодо захисту трудових прав працівників передпенсійного віку». Законом доповнено нову норму, відповідно для якої переважне право на залишення на роботі при звільненні працівників у зв'язку із змінами в організації виробництва і праці при рівних умовах продуктивності праці і кваліфікації пропонується надавати працівникам, яким залишилось менше 3 років до настання

пенсійного віку, при досягненні якого особа має право на отримання пенсійних виплат. Працівники передпенсійного віку, яким залишилось менше 10 років до виходу на пенсію, мають додаткові гарантії у сприянні працевлаштуванню. Також до цих осіб за 2 роки до настання права на пенсію тривалість виплати допомоги з безробіття збільшено майже вдвічі, але така допомога не може виплачуватися більше 720 календарних днів.

Відповідно до ст. 10 Закону «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні», громадянами похилого віку визначаються особи, які не досягли пенсійного віку, встановленого ст. 26 Закону України «Про загальне обов'язкове державне пенсійне страхування», а також особи, яким до досягнення зазначеного пенсійного віку залишилося не більше 1,5 року.

Згідно зі ст. 11 цього Закону, громадяни похилого віку мають право на працю нарівні з іншими громадянами, яке додатково гарантується державними цільовими програмами, територіальними та місцевими програмами зайнятості населення.

### **Заборона відмови у прийнятті на роботу і звільнення працівника за ініціативою власника або уповноваженого ним органу з мотивів досягнення пенсійного віку.**

Переведення працівника похилого віку і працівника передпенсійного віку з одного робочого місця на інше не допускається без його згоди, якщо при цьому змінюються істотні умови праці. Умови договорів про працю (контрактів, угод) з громадянами похилого віку, включаючи також і їхню працю в період проживання в установах соціального забезпечення, не можуть погіршувати становище або обмежувати їхні права, передбачені законодавством про працю. Такі умови є недійсними. У разі скорочення працівника пенсійного віку його слід попередити не менш ніж за 2 місяці, він користується переважним правом на залишення на роботі нарівні з іншими працівниками, має право на виплату вихідної допомоги.

Якщо працівник, який досяг пенсійного віку, не бажає більше працювати, то він може бути ініціатором припинення трудового договору. Припинення трудового договору здійснюється на підставі ст. 38 КЗпП — за власним бажанням пенсіонера або особи

передпенсійного віку. Звільнення при виході на пенсію працівника відбувається в той самий термін, про який просить працівник, без попередження за два тижні.

Роботодавець може звільнити вищенаведені категорії осіб лише за ст. 40, 41 КЗпП. У цих статтях міститься перелік підстав для звільнення працівника. З інших підстав звільнення працівника не дозволяється. Зазначені особи мають право працювати та мають право на пенсію, яка оформлюється Пенсійним фондом України. Роботодавець зобов'язаний у день звільнення видати працівнику трудову книжку і провести з ним повний розрахунок. Виплата всіх сум провадиться в день звільнення. Якщо працівник у день звільнення не працював, то зазначені суми мають бути виплачені не пізніше наступного дня після заявлення працівником вимоги щодо розрахунку.

Забороняється дискримінація пенсіонерів та осіб передпенсійного віку в галузі праці. Посадових осіб підприємств, організацій, установ усіх форм власності притягують до відповідальності відповідно до чинного трудового законодавства України.

### 4.3. Особливості звільнення студентів

Окрім підстав для звільнення, передбачених ст. 36, 40, 41 КЗпП, існує додаткова підстава для звільнення неповнолітньої особи. Відповідно до ст. 199 КЗпП, трудовий договір може бути розірваний на вимогу батьків, усиновлювачів та опікунів, державних органів і посадових осіб, на яких покладено нагляд і контроль за дотриманням законодавства про працю. Проте такі вимоги є законними, тільки якщо продовження роботи загрожує здоров'ю неповнолітнього або порушує його законні інтереси. Батьки повинні надати докази того, що продовження дії трудового договору може завдати шкоди неповнолітньому (наприклад навчанню).

Звільнення працівника молодше 18 років за ініціативою роботодавця має свої особливості. Роботодавець повинен отримати згоду районної (міської) служби у справах дітей. Звільнення за п. 1, 2, 6 ст. 40 КЗпП — лише у виняткових випадках з подальшим працевлаштуванням неповнолітнього. Скоротити неповнолітнього

працівника роботодавець може з відома служби у справах дітей і лише за умови працевлаштування неповнолітньої особи. Роботодавці також зобов'язані вести спеціальний облік неповнолітніх на підприємстві, в установі й організації.

Стаття 24 Конституції України гарантує всім громадянам право на працю. Особи, які навчаються у навчальних закладах різних рівнів, мають право на трудову діяльність у позанавчальний час. Для студентів, які поєднують роботу з навчанням, законодавством встановлено пільги. Ці пільги визначені в ст. 14 КЗпП. Види пільг та їхній обсяг залежать від форми навчання, виду навчального закладу та курсу навчання.

## ПЕРЕЛІК РЕКОМЕНДОВАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Вікторія Поліщук. Звільнення та невиплата заробітної плати: чи може роботодавець використати форс-мажор на свою користь? URL: [hsa.org.ua/blog/zvlnennya-ta-nevyplata-zarobitnoyi-platy-chy-mozhe-robotodavets-vykorystaty-fors-mazhor-na-svoyu-koryst/](https://hsa.org.ua/blog/zvlnennya-ta-nevyplata-zarobitnoyi-platy-chy-mozhe-robotodavets-vykorystaty-fors-mazhor-na-svoyu-koryst/). 14.05.2020.

2. Вікторія Поліщук. Звільнення працівників патронатної служби. URL: [hsa.org.ua/blog/zvlnennya-pratsivnykiv-patronatnoyi-sluzhby/](https://hsa.org.ua/blog/zvlnennya-pratsivnykiv-patronatnoyi-sluzhby/). 18.05.2020.

3. Вікторія Поліщук. Оскарження можливого звільнення. URL: [hsa.org.ua/blog/oskarzhennya-mozhlyvogo-zvlnennya/](https://hsa.org.ua/blog/oskarzhennya-mozhlyvogo-zvlnennya/). 19.05.2020.

4. Вікторія Поліщук. Правовий висновок Верховного Суду щодо звільнення працівника за прогул. URL: [hsa.org.ua/blog/pravovuj-vysnovok-verhovnogo-sudu-shhodo-zvlnennya-pratsivnyka-za-progul/](https://hsa.org.ua/blog/pravovuj-vysnovok-verhovnogo-sudu-shhodo-zvlnennya-pratsivnyka-za-progul/). 07.09.2020.

5. Вікторія Поліщук. Проблемні аспекти звільнення вагітних жінок у зв'язку із закінченням строку трудового договору. URL: [advokatpost.com/problemni-aspekty-zvlnennia-vahitnykh-zhinok-u-zv-iazku-iz-zakinchenniam-stroku-trudovoho-dohovoru-advokat-polishchuk/](https://advokatpost.com/problemni-aspekty-zvlnennia-vahitnykh-zhinok-u-zv-iazku-iz-zakinchenniam-stroku-trudovoho-dohovoru-advokat-polishchuk/). 04.11.2020.

6. Вікторія Поліщук. Оскарження звільнення за угодою сторін: побудова правової позиції у справі із врахуванням практики Верховного Суду. URL: [advokatpost.com/oskarzhennia-zvlnennia-za-uhodoiu-storin-pobudova-pravovoi-pozytsii-u-spravi-iz-vrakhuvanniam-praktyky-verkhovnoho-sudu/](https://advokatpost.com/oskarzhennia-zvlnennia-za-uhodoiu-storin-pobudova-pravovoi-pozytsii-u-spravi-iz-vrakhuvanniam-praktyky-verkhovnoho-sudu/). 22.10.2020.

7. Максим Панченко. Аналіз особливостей звільнення працівника за власним бажанням та за угодою сторін через призму судової практики Верховного Суду. URL: [hsa.org.ua/blog/analiz-osoblyvostej-zvlnennya-pratsivnyka-za-vlasnym-bazhanniam-ta-za-ugodoyu-storin-cherez-pryzmu-sudovoyi-praktyky-verhovnogo-sudu/](https://hsa.org.ua/blog/analiz-osoblyvostej-zvlnennya-pratsivnyka-za-vlasnym-bazhanniam-ta-za-ugodoyu-storin-cherez-pryzmu-sudovoyi-praktyky-verhovnogo-sudu/). 07.05.2020.

8. Максим Панченко. Особливості вивільнення державних службовців з метою їх подальшого звільнення під час змін в організації виробництва і праці. URL: [hsa.org.ua/blog/osoblyvosti-vyvlnennya-derzhavnyh-sluzhbovtsiv-z-metoyu-yih-podalshogo-zvlnennya-pid-chas-zmin-v-organizatsiyi-vyrobnystva-i-pratsi/](https://hsa.org.ua/blog/osoblyvosti-vyvlnennya-derzhavnyh-sluzhbovtsiv-z-metoyu-yih-podalshogo-zvlnennya-pid-chas-zmin-v-organizatsiyi-vyrobnystva-i-pratsi/). 18.08.2020.

9. Максим Панченко. Суперечливі правові висновки Верховного Суду щодо обчислення середнього заробітку за час вимушеного прогулу. URL: [hsa.org.ua/blog/superechlyvi-pravovi-vysnovky-verhovnogo-sudu-shhodo-obchyslennya-serednogo-zarobitku-za-chas-vymushenogo-progulu/](https://hsa.org.ua/blog/superechlyvi-pravovi-vysnovky-verhovnogo-sudu-shhodo-obchyslennya-serednogo-zarobitku-za-chas-vymushenogo-progulu/). 11.09.2020.

10. Максим Панченко. Судова перспектива поновлення на посаді державних службовців після їх звільнення під час змін в організації виробництва і праці. URL: [hsa.org.ua/blog/sudova-perspektyva-ponovlennya-na-posadi-derzhavnyh-sluzhbovtiv-pislya-yih-zviltennya-pid-chas-zmin-v-organizatsiyi-vyrobnystva-i-pratsi/](https://hsa.org.ua/blog/sudova-perspektyva-ponovlennya-na-posadi-derzhavnyh-sluzhbovtiv-pislya-yih-zviltennya-pid-chas-zmin-v-organizatsiyi-vyrobnystva-i-pratsi/). 16.10.2020.

Методичні рекомендації

Вікторія Поліщук  
Катерина Цветкова  
Ганна Лисенко  
Людмила Зверева  
Дмитро Навроцький  
Максим Панченко  
Тетяна Матова

## **РОЗІРВАННЯ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ (КОНТРАКТІВ): СТРАТЕГІЯ ЗАХИСТУ**

МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ

Редактор *М. Ковтун*  
Коректор *О. Замазій*  
Набір *М. Сова*  
Комп'ютерна верстка *Є. Буданцев*

Підписано до друку 30.11.2021. Формат 60x84<sup>1/16</sup>.

Ум. друк. арк. 6,51.

Друк офсетний. Тираж 1000 прим. Зам. №

ТОВ «Фактор-Медіа»,  
вул. Сумська, 106а, м. Харків, 61002.  
Тел. (057) 76-500-76.

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції від 15.04.2011 р., серія ДК № 4047.

Віддруковано згідно з наданим оригінал-макетом у друкарні «Фактор-Друк»:  
вул. Саратовська, 51, м. Харків, 61030.  
Тел. (057) 717-53-55.