

**Мы делаем юридические знания
и осведомленность в правовой сфере
доступными широкому кругу лиц
ради общественного блага**



2020 * ОКТЯБРЬ

Трудовые права: процесс увольнения с работы и обжалование незаконного увольнения

Начало публикации в выпуске «Имею право» за апрель 2020 года

В случаях увольнения по инициативе работодателя, например, увольнения за прогул, необходимо тщательно засвидетельствовать обстоятельства увольнения. На практике это сводится к алгоритму действий, среди которых: докладная записка об отсутствии работника, приказ по предприятию о проведении расследования и создании комиссии, акт соответствующей комиссии о проведенном расследовании, запрос о предоставлении объяснений работником и тому подобное. По результатам указанной процедуры издается приказ об увольнении.

Однако не следует забывать, что даже при увольнении за прогул работодатель обязан осуществить установленные законом выплаты (в частности - за отработанное время и компенсацию за неиспользованный отпуск).

Порядок увольнения по каждому из возможных оснований закреплен в разъяснениях Министерства юстиции Украины от 01.02.2011 г. «Порядок расторжения трудового договора по инициативе собственника или уполномоченного им органа».

Расторжение трудового договора в случае систематического невыполнения работником обязанностей без уважительных причин.

Для увольнения работника за неисполнение трудовых обязанностей, должны быть соблюдены

следующие условия: зафиксировано нарушение трудовых обязанностей без уважительных причин; с момента выявления нарушения до увольнения должно пройти не более месяца; системность нарушений; к работнику уже было применено дисциплинарное взыскание в течение года.

Аналогичная позиция согласуется с судебной практикой. Верховный Суд Украины (ВСУ) в Постановлении от 30.05.2018 г. в деле 524/7159/16-ц высказал такую позицию: согласно п.3 ч.1 ст.40 КЗоТ трудовой договор, заключенный на неопределенный срок, а также срочный трудовой договор до истечения срока его действия могут быть расторгнуты собственником или уполномоченным им органом только в случаях систематического неисполнения работником без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором или правилами внутреннего трудового распорядка, если к работнику ранее применялись меры дисциплинарного или общественного взыскания.

Пленум ВСУ в Постановлении от 06.11.1992 г. №9 «О практике рассмотрения судами трудовых споров» разъяснил: по предусмотренным п.3 ч.1 ст.40 КЗоТ основаниям работник может быть уволен только за проступок, совершенный после применения к нему дисциплинарного или общественного взыскания за невыполнение без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором или правилами внутреннего трудового распорядка.

Материалы приложения «Имею право» публикует Общественная организация «Объединение соотечественников «Мирные инициативы - развитие»

Распространенная ошибка - увольнение работника за нарушение трудовых обязанностей без надлежащей фиксации трудовых обязанностей. Как следствие, невозможно установить, что именно работник нарушает и не выполняет должным образом. Соответствующие обязанности должны быть прописаны в должностной инструкции, правилах внутреннего трудового распорядка и других документах по предприятию (инструкции, положения и др.). Важно, чтобы работник был ознакомлен с обязанностями, в частности под роспись.

Прогул как основание расторжения трудового договора:

Расторжение трудового договора в случае прогула (в том числе отсутствия на работе более 3 часов в течение рабочего дня) без уважительных причин предусмотрено п.4 ч.1 ст.40 КЗоТ.

Что должно быть учтено при увольнении работника за прогул?

1) Фиксация отсутствия работника на работе: факт отсутствия работника на работе должен быть зафиксирован докладной запиской одного из работников, где должно быть указано о том, что работник отсутствует на рабочем месте и на предприятии, или актом об отсутствии работника на работе, или в табеле учета рабочего времени.

2) Выяснение оснований отсутствия работника на работе: должно быть проведено служебное расследование по факту отсутствия работника на работе. Об этом должен быть издан приказ, определяющий ответственных лиц, сроки расследования, возможные мероприятия. Во время расследования должны быть приняты меры для выяснения причин отсутствия работника на работе (телефонные звонки, отправка писем работнику, и др.). По результатам расследования составляется акт, где отражаются результаты принятых мер для выяснения причин отсутствия.

Не следует забывать о том, что работнику должна быть предоставлена возможность дать объяснения. Как правило, работнику направляется письмо-запрос о представлении пояснений с описанием совершенных им действий.

Если основания отсутствия установлены как неуважительные, руководитель издает приказ об увольнении. Запись об увольнении вносится в трудовую книжку, а в день увольнения производится с работником полный расчет (выплата заработной платы за фактически отработанное время, компенсация за неиспользованный отпуск и др.).

Срок реализации указанного алгоритма должен составлять не более одного месяца после выявления отсутствия работника на рабочем месте.

Законодательством Украины установлены категории лиц, которых нельзя увольнять по инициативе работодателя. Это беременные женщины; женщины с детьми в возрасте до 3 лет; женщины с детьми в возрасте до 6 лет, если ребенок требует домашнего ухода; трудоспособная молодежь в течение 2 лет с момента принятия на работу и мобилизованные работники, за которыми сохраняется рабочее место, должность и средний заработок.

Приказ об увольнении должен содержать основания увольнения со ссылкой на пункт и статью КЗоТ. Приказ может быть составлен в произвольной форме или по типовой форме №П-4, утвержденной приказом Госкомстата Украины от 05.12.2008 г. №489. Работодатель обязан ознакомить работника с таким приказом под его подпись и предоставить копию приказа.

Работодатель должен в день увольнения выдать работнику оформленную трудовую книжку и произвести расчет в сроки, указанные в ст.116 КЗоТ. Если работник отсутствует на работе в день увольнения, то указанные суммы должны быть выплачены не позднее следующего дня после предъявления уволенным работником требования о расчете.

При получении трудовой книжки работник расписывается в личной карточке и книге учета трудовых книжек. Если работник отказывается получать трудовую книжку, то факт отказа от получения трудовой книжки необходимо зафиксировать в соответствующем акте. Следует помнить, что трудовую книжку нельзя отправлять по почте. Согласно п.2.4. Инструкции о Порядке ведения трудовых книжек работников, утвержденной приказом Министерства труда Украины, Министерства юстиции Украины, Министерства социальной защиты населения Украины от 29.07.1993 г. №58, запись в трудовой книжке об увольнении вносится собственником или уполномоченным им органом после издания приказа (распоряжения) в день увольнения. Она должна точно соответствовать тексту приказа (распоряжения).

Обжалование незаконного увольнения и ответственность

При несоблюдении законодательства при увольнении работников, работник через суд может быть восстановлен на работе и взыскать средней заработок за время вынужденного прогула, судебных и другие расходы. Лицо, виновное в незаконном увольнении работника, также может быть привлечено к административной ответственности. Кроме того, если увольнение было произведено по личным мотивам, то виновному грозит уголовная ответственность, предусмотренная ч.1 ст.172 УК, - штраф или лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 3 лет, или исправительные работы на срок до 2 лет.

В судебной практике есть немало примеров восстановления судом работника на должности из-за незаконности увольнения, из-за несоблюдения процедуры увольнения, не доведения до работника требований и т.п.

В Решении от 28.03.2018 г. по делу №522/5656/16-ц ВСУ отметил, что увольнение работника по основаниям, не предусмотренных законом, либо с нарушением установленного законом порядка свидетельствует о незаконности такого увольнения и влечет восстановление нарушенных прав работника.

В качестве примера отмены необоснованного дисциплинарного взыскания можно взять

дело №396/1560/16-ц. ВСУ в Постановлении от 18.06.2018 г. устанавливает, что работник не может нести дисциплинарную ответственность за невыполнение требований, которые не были доведены до исполнения.

За защитой своих трудовых прав работник имеет право обратиться непосредственно в суд, подав соответствующее заявление в порядке Гражданского процессуального кодекса Украины.

Законодательством, а именно статьями 232, 233 КЗоТ, определяется, что споры, связанные с увольнением, должны обязательно рассматриваться судом.

Исковое заявление подается в районный, районный в городе, городской или горрайонный суд по местонахождению предприятия (учреждения, организации) или по зарегистрированному месту жительства / пребывания истца в соответствии с порядком, предусмотренным законодательством.

В случае пропуска по уважительным причинам месячного срока, установленного для подачи искового заявления о восстановлении на работе, суд может восстановить этот срок.

Работники, которые подают иски об их незаконном увольнении, в то же время освобождены от уплаты судебного сбора. Срок для обращения в суд с иском об обжаловании увольнения - 1 месяц со дня вручения работнику копии приказа об увольнении или со дня выдачи трудовой книжки.

Судебное решение о восстановлении на работе вследствие незаконного увольнения подлежит немедленному исполнению, согласно ч.7 ст.235 КЗоТ. В случае, когда восстановить работника в должности невозможно вследствие ликвидации предприятия, на котором работник выполнял трудовые функции, суд обязывает Ликвидационную комиссию или владельца (а в соответствующих случаях - правопреемника) выплатить работнику причитающиеся ему средства (ст.240-1 КЗоТ).

Если должностные лица предприятия будут затягивать исполнение решения суда о восстановлении работника, ст.236 КЗоТ предусматривает выдачу судом дополнительного решения о взыскании среднего заработка в период такой задержки.

Кроме того, ст.237 КЗоТ и ст.382 УК определяют, что неисполнение решения суда может быть основанием для наложения на предприятие значительных штрафов с последующим возможным привлечением должностных лиц предприятия к уголовной ответственности.

В случае невыполнения без уважительных причин в установленный исполнителем срок решения о восстановлении на работе незаконно уволенного работника исполнитель выносит постановление о наложении штрафа на должника - физическое лицо 100, должностное лицо 200, юридическое лицо 300 необлагаемых минимумов доходов граждан и устанавливает новый срок исполнения. В случае повторного невыполнения решения должником без уважительных причин исполнитель в том же порядке налагает на него штраф в двойном размере и направляет в органы предварительного расследо-

вания сообщение о совершении уголовного преступления.

Ст. 237-1 и 238 КЗоТ определяют, что кроме выплаты незаконно уволенному работнику среднего заработка за время вынужденного прогула, предусматриваются также другие возможные виды компенсации, которые могут быть зафиксированы в решении суда: моральный вред, любые другие причитающиеся работнику выплаты, связанные с незаконным увольнением.

Сам же среднемесячный заработок за время вынужденного прогула исчисляется исходя из выплат за последние два календарных месяца работы, предшествующих событию, с которым связана выплата, то есть - дню увольнения работника (Раздел II п.2 «Порядка исчисления средней заработной платы», утвержденного Постановлением КМУ от 08.02.1995 г. №100).

Расчет за неиспользованные дни отпуска должен осуществляться предприятием при увольнении работника. Если такие расчеты не были проведены, то их можно компенсировать в судебном порядке.

Если должность восстановленного судом работника уже занимает другое лицо, то у предприятия есть два варианта возможных действий:

- изложить штатное расписание в новой редакции (добавить количество сотрудников по должности восстановленного работника);
- освободить лицо, занимающего должность восстановленного судом работника на основании ст.43-1 КЗоТ.

Если на посту возобновляемого работника работает лицо, которое не может быть уволено по инициативе работодателя, оно подлежит обязательному трудоустройству. Например, в ст.198 КЗоТ указывается, что увольнение работников моложе 18 лет в связи с восстановлением в должности работника, который раньше выполнял эту работу, производится лишь в исключительных случаях и не допускается без трудоустройства.

В любом случае решение суда о восстановлении работника должно быть исполнено.

Действия работника, которого восстановили на работе, но возвращаться он не хочет:

Нередки случаи, когда незаконно уволенные работники не желают возвращаться на работу, с которой они были уволены. В таком случае необходимо решить вопрос мирным путем. Например, работник, который не хочет работать после восстановления, может подать заявление об увольнении по собственному желанию. Иначе, если работник был надлежащим образом уведомлен о восстановлении на работе, но не приступил к выполнению трудовых обязанностей, будет существовать риск возникновения новых трудовых споров с предприятием, что невыгодно ни одной из сторон.

ВСУ по гражданскому делу №760/9521/15-ц пришел к выводу, что решение суда о восстановлении на работе незаконно уволенного работника подлежит немедленному исполнению сразу после его оглашения (ст.235 КЗоТ). Немедленное выполнение судебного решения состоит в том, что оно приобретает свойства осуществления и подлежит выполнению не с момента вступления в законную силу,

что предусмотрено для большинства судебных решений, а немедленно с момента его объявления в судебном заседании, чем обеспечивается быстрая и реальная защита жизненно важных прав и интересов граждан и государства. Судами по указанному делу установлено, что решением суда апелляционной инстанции работник восстановлен на работе, взыскан с ответчика в его пользу средний заработок за время вынужденного прогула, а также возмещён моральный вред. Допущено немедленное исполнение решения суда в части восстановления на работе и взыскания средней заработной платы за один месяц. Поскольку приказ о восстановлении истца на работе был вынесен с задержкой (более 7 месяцев), он обратился в суд с заявлением, в котором просил взыскать с ответчика средний заработок за время задержки исполнения решения суда в соответствии со ст.236 КЗоТ.

В Постановлении от 24.01.2019 г. ВСУ обратил внимание, что обязательность решений суда отнесена Конституцией Украины к основным принципам судопроизводства. Поэтому, учитывая принцип общеобязательности судебных решений, судебные решения, которые согласно закону подлежат немедленному исполнению, являются обязательными для выполнения, в частности, должностными лицами, от которых зависит реализация прав человека, подтвержденных судебным решением.

Надлежащим исполнением судебного решения о восстановлении на работе необходимо считать издание об этом приказа, что дает возможность работнику приступить к исполнению своих прежних обязанностей.

Исполнение решения считается выполненным со дня выдачи соответствующего приказа или распоряжения собственником предприятия, учреждения, организации или уполномоченным им органом, который принял незаконное решение об увольнении или переводе работника. После издания приказа о восстановлении на работе вносятся изменения в трудовую книжку работника, в частности, признается недействительной запись об увольнении и делается запись о восстановлении на прежней работе. Например, пишется: «Запись за № таким-то является недействительной, восстановлен на предыдущей работе». В графе 4 в таком случае делается ссылка на приказ о восстановлении на работе. При наличии в трудовой книжке записи об увольнении или переводе на другую работу, в дальнейшем признанной недействительной, по просьбе работника выдается дубликат трудовой книжки без внесения в нее записи, признанной недействительной.

Во время рассмотрения споров, связанных с незаконными увольнениями, суды руководствуются рекомендациями, данными Пленумом ВСУ в Постановлении «О практике рассмотрения судами трудовых споров» от 06.11.1992 г. №9. В частности, рассматривая трудовые споры, связанные с увольнением в случае изменений в организации производства и труда, в т.ч. ликвидации, реорганизации, банкротства или перепрофилирования предприятия, учреждения, организации (далее - предприятие), сокращения численности или штата работников (п.1 ст.40 КЗоТ), суды обязаны выяснить:

- действительно ли у ответчика имели место изменения в организации производства и труда, какими доказательствами они подтверждаются;

- соблюдены ли работодателем нормы законодательства, регулирующие высвобождение работников (ст.492 КЗоТ);

- какие есть доказательства того, что работник отказался от перевода на другую работу либо что работодатель не имел возможности перевести работника по его согласию на другую работу на том же предприятии;

- не пользовался ли работник преимущественным правом на оставление на работе (ст.42 КЗоТ);

- предупреждался ли он за 2 месяца о предстоящем увольнении;

- было ли соблюдено право работников в случае реорганизации (при реорганизации или перепрофилирования предприятия увольнения по п.1 ст.40 КЗоТ можно применять, если это сопровождается сокращением численности или штата работников, изменениями в их составе по должностям, специальностям, квалификации, профессиям). Работник, который был незаконно уволен до реорганизации, восстанавливается на работе на том предприятии, где сохранилось его предыдущее место работы.

Кроме этого, решая споры, суды должны учесть, что работодатель имеет право в пределах односторонних професий и должностей провести перестановку (перегруппировку) работников и перевести более квалифицированного работника, должность которого сокращается, с его согласия на другую должность, уволив с нее по этим основаниям менее квалифицированного работника.

Во всех случаях увольнение по п.1 ст.40 КЗоТ осуществляется с предоставлением гарантий, льгот и компенсаций, предусмотренных главой III-A КЗоТ. Законодательство не предусматривает исключение из срока предупреждения работника о последующем высвобождении (не менее чем за 2 месяца) времени нахождения его в отпуске или временной нетрудоспособности. Если не соблюден срок предупреждения работника о высвобождении и он не подлежит восстановлению на работе по другим основаниям, суд изменяет дату его увольнения, засчитав срок предупреждения, в течение которого он работал.

Суд может признать правильным прекращение трудового договора в связи с выявленным несоответствием работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации или состояния здоровья, которые препятствуют продолжению работы, а также в случае отмены допуска к государственной тайне, если исполнение возложенных на него обязанностей требует такого доступа (п.2 ст.40 КЗоТ).

Суд может признать правильным прекращение трудового договора на основании фактических данных, которые подтверждают, что вследствие недостаточной квалификации или состояния здоровья (устойчивого снижения трудоспособности) работник не может надлежащим образом выполнять возложенные на него трудовые обязанности или их выполнение противопоказано ему по состоянию здоровья или опасно для членов трудового

коллектива или граждан, которых он обслуживает, и работника невозможно перевести с его согласия на другую работу.

На основаниях, предусмотренных п.3 ст.40 КЗоТ, систематическое невыполнение работником без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором или правилами внутреннего трудового распорядка, если к работнику ранее применялись меры дисциплинарного или общественного взыскания), работник может быть уволен только за проступок на работе, совершенный после применения к нему дисциплинарного или общественного взыскания за невыполнение без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором или правилами внутреннего трудового распорядка.

Рассматривая иски о восстановлении на работе лиц, уволенных за прогул без уважительных причин (п.4 ст.40 КЗоТ), суды должны исходить из того, что прогулом признается отсутствие работника на работе как в течение всего рабочего дня, так и более 3 часов непрерывно или суммарно в течение рабочего дня без уважительных причин. Невыход работника на работу в связи с незаконным переводом нельзя считать прогулом без уважительных причин. Работник, который отказался от перевода на более легкую работу, которой он нуждался по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением, не может быть уволен по п. 3 или п.4 ст.40 КЗоТ. Работодатель имеет право расторгнуть трудовой

договор с таким работником по п.2 ст.40 КЗоТ, если имеются предусмотренные условия.

Решая иски о восстановлении на работе лиц, трудовой договор с которыми расторгнут за появление на работе в нетрезвом состоянии, в состоянии наркотического или токсического опьянения (п.7 ст.40 КЗоТ), судам рекомендовано иметь в виду, что на этих основаниях могут быть уволены работники за появление в таком состоянии в любое время рабочего дня, независимо от того, были ли они отстранены от работы или продолжали выполнять трудовые обязанности.

В соответствии с п.8 ст.40 КЗоТ работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор в случае совершения работником по месту работы хищения (в т.ч. мелкого) имущества владельца, установленного приговором суда, что приобрел законную силу, независимо от того, применялись ли к работнику ранее меры дисциплинарного или общественного взыскания, в рабочее или нерабочее время совершено хищение. Согласно ст.148 КЗоТ трудовой договор может быть расторгнут на этом основании не позднее чем через месяц со дня вступления в законную силу приговору суда, не учитывая времени освобождения работника от работы в связи с временной нетрудоспособностью или пребывания его в отпуске.

За однократное грубое нарушение трудовых обязанностей (п.1 ст.41 КЗоТ) трудовой договор может быть расторгнут только с руководителем предприятия (филиала, представительства, отде-

Центр правовых консультаций



Центр правовых консультаций создан **Общественной организацией «Объединение соотечественников «Мирные инициативы - развитие»** с целью оказания гражданам всесторонней правовой поддержки в соответствии с законодательством Украины и нормами международного права в области прав человека в случаях нарушения их прав, свобод и законных интересов.

Основные направления деятельности Центра:

- предоставление бесплатных юридических консультаций;
- помощь в подготовке претензий, жалоб и исковых заявлений в государственные, административные и судебные органы;
- помощь беженцам и внутренним переселенцам, миграционные вопросы;
- оказание иной юридической помощи гражданам.

Контакты: Skype: pravcentr.kiev ▪

Тел: +38-099-31-43-777

E-mail: pravcentr.kiev@gmail.com ▪

ления, другого обособленного подразделения), его заместителями, главным бухгалтером предприятия, его заместителями, а также служебными лицами таможенных органов, государственных налоговых инспекций, которым присвоены персональные звания, и служебными лицами государственной контрольно-ревизионной службы и органов контроля за ценами. Решая вопрос о том, является ли нарушение трудовых обязанностей грубым, судам рекомендовано исходить из характера проступка, обстоятельств, при которых оно совершено, ущерба, который им нанесен (мог быть нанесен).

Увольнение в связи с утратой доверия (п.2 ст.41 КЗоТ) суд может признать обоснованным, если работник, который непосредственно обслуживает денежные или товарные ценности (принимает, хранит, транспортирует, распределяет их и т.п.), совершил умышленно или неосторожно такие действия, которые дают работодателю основания для утраты доверия к нему (например, если работник нарушил правила проведения операций с материальными ценностями). В случае установления в предусмотренном законом порядке факта совершения работником хищения, взяточничества и иных корыстных правонарушений он может быть уволен по п.2 ст.40 КЗоТ, даже если эти действия не связаны с его работой.

За совершение аморального проступка, несовместимого с продолжением работы (п.3 ст.41 КЗоТ) могут быть уволены только те работники, которые занимаются воспитательной деятельностью. Например, воспитатели, учителя, преподаватели, практические психологи, социальные педагоги, мастера производственного обучения, методисты, педагогические работники внешкольных заведений. Такое увольнение допускается как за совершение аморального проступка при исполнении трудовых

обязанностей, так и не связанного с ними (в общественных местах или в быту). Увольнение не может быть признано правильным, если оно проведено только на основании общей оценки поведения работника, не подтвержденной конкретными фактами.

Рассматривая дела о восстановлении на работе лиц, уволенных по п.2 и п.3 ст.41 КЗоТ, суды учитывают, что расторжение трудового договора по этим основаниям не является мерой дисциплинарного взыскания и поэтому требования ст. 148, 149 КЗоТ на эти случаи не распространяются. Вместе с тем, решая дела об увольнении на этих основаниях, суды должны принимать во внимание время, истекшее с момента совершения виновных действий или аморального проступка, последующее поведение работника и другие конкретные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения спора.

Содержание судебных решений о восстановлении

В случае решения спора в пользу незаконно уволенного работника суд принимает следующие решения: отменить приказ об увольнении; восстановить на работе; взыскать средний заработок за время вынужденного прогула; взыскать моральный вред; взыскать с ответчика судебный сбор и затраты на информационно-техническое обеспечение; о сроке исполнения решения.

Если работодатель (должностное лицо) без уважительных причин не выполняет решения о восстановлении незаконно уволенного работника, государственный исполнитель применяет штрафные санкции, предусмотренные ст.87 ЗУ «Об исполнительном производстве».

Согласно ст.116 КЗоТ, при увольнении работника выплата всех сумм, причитающихся ему от предприятия, учреждения, организации, производится в день увольнения. Если работник в день увольнения не работал, то указанные суммы должны быть выплачены не позднее следующего дня после предъявления уволенным работником требования о расчете. О начисленные суммы, подлежащие работнику при увольнении, собственник или уполномоченный им орган должен письменно уведомить работника перед выплатой указанных сумм. В случае спора о размер сумм, подлежащих работнику при увольнении, собственник или уполномоченный им орган во всяком случае должен в указанный в этой статье срок выплатить не оспариваемую им сумму.

В случае увольнения работника, согласно ст.83 КЗоТ, ему выплачивается денежная компенсация за все не использованные им дни ежегодного отпуска, а также дополнительного отпуска работникам, которые имеют детей или совершеннолетнего ребенка с инвалидностью с детства подгруппы А I-й группы. В частности, согласно ст.382 УК умышленное неисполнение решения суда наказывается штрафом



от 500 до 1000 необлагаемых минимумов доходов граждан или лишением свободы на срок до 3 лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 3 лет.

Восстановление на работе происходит не с даты вынесения судом соответствующего решения, а с даты увольнения работника, которая в соответствии с этим решением признается недействительной.

Принимая решение о восстановлении незаконно уволенного работника, суд, согласно ст.235 КЗоТ одновременно принимает решение о выплате ему среднего заработка за время вынужденного прогула, но не более чем за 1 год.

Если заявление о восстановлении на работе рассматривается больше 1 года не по вине работника, орган, который рассматривает трудовой спор, выносит решение о выплате среднего заработка за все время вынужденного прогула.

При частичной вине работника размер оплаты вынужденного прогула за период более чем 1 год может быть соответственно уменьшен. Вывод суда о наличии вины работника (не являлся по вызову суда, совершал другие действия с целью затягивание рассмотрения дела) и о пределах уменьшения размера оплаты вынужденного прогула должен быть мотивированным (абз.4 п.32 Постановления №9 Пленума ВСУ «О практике рассмотрения судами трудовых споров» от 06.11.1992 г.)

Как указано в Порядке исчисления средней заработной платы, утвержденном Постановлением КМУ от 08.02.1995 г. №100, среднемесячная заработная плата исчисляется исходя из выплат за последние 2 календарных месяца работы, предшествующих событию, с которым связана соответствующая выплата. Работникам, которые проработали меньше 2 календарных месяцев, средняя заработная плата исчисляется исходя из выплат за фактически отработанное время.

Выплаты начисляются путем умножения среднедневного (часового) заработка на количество рабочих дней/часов. А в случаях, предусмотренных законодательством, календарных дней, которые должны быть оплачены по среднему заработку. Среднедневная (часовая) заработная плата определяется делением заработной платы за фактически отработанные в течение 2 месяцев рабочие (календарные) дни на количество отработанных рабочих дней (часов), а в случаях, предусмотренных законодательством, - на число календарных дней за этот период.

Если в течение периода вынужденного прогула на предприятии были повышены должностные оклады и тарифные ставки (в т.ч. по должности работника, который был незаконно уволен), то, в соответствии с п.10 Порядка исчисления средней заработной платы, проводится корректировка заработной платы, включая премии и другие выплаты, которые учитываются во время исчисления средней заработной платы, за промежуток времени до повышения на коэффициент повышения должностных окладов и тарифных ставок.

Права потребителей: особенности покупки товаров в сети Интернет

Продолжение. Начало читайте в выпусках за май и июнь 2020 года

В последнее время всё чаще мы прибегаем к покупке товаров и услуг в сети Интернет. Предлагаем рассмотреть каким образом защитить свои права покупателя в Интернете и уберечься от мошенничества.

Интернет-магазин - это сайт, торгующий товарами посредством сети Интернет. Позволяет пользователям онлайн, в своём браузере или через мобильное приложение сформировать заказ на покупку, выбрать способ оплаты и доставки заказа, оплатить заказ.

Что должно быть обязательно указано на сайте Интернет- магазина?

Законодательством предусмотрен перечень обязательной информации, которая указывается на сайте Интернет-магазина, в частности:

- полное наименование юридического лица или фамилия, имя, отчество физического лица - предпринимателя (далее - ФЛП);
- местонахождение юридического лица или места регистрации и место фактического проживания ФЛП;
- адрес электронной почты и/или адрес Интернет-магазина;
- идентификационный код для юридического лица или регистрационный номер учетной карточки налогоплательщика для ФЛП, или серия и номер паспорта для ФЛП, которое из религиозных убеждений отказалось от принятия регистрационного номера учетной карточки налогоплательщика и официально сообщило об этом в соответствующий орган государственной налоговой службы и имеет отметку в паспорте;
- если деятельность предусматривает получение лицензии - необходимо указать сведения о та-



кой лицензии, в том числе серию, номер, срок действия и дату выдачи;

- порядок формирования конечной стоимости товара относительно включения (невключения) определенных налогов в стоимость товара;
- информация о стоимости доставки.

Информация о наименовании, адресе, контактных данных является крайне необходимой, чтобы потребителю было полностью понятно кто является контрагентом, к кому можно обратиться с требованиями.

Как заключается договор в Интернет-магазине?

Договор, который заключен в Интернет-магазине, считается электронной сделкой. Для заключения такой сделки обязательно на сайте должны быть указаны наименование товара и его стоимость.

После заключения договора в Интернете, покупатель должен получить от продавца оперативное подтверждение получения заказа. Таким подтверждением может рассматриваться, например, электронное письмо с подтверждением и указанием приобретаемого товара, его характеристик, цены, условий оплаты и доставки, а также ссылки на условия договора, которые могут быть размещены на сайте Интернет-магазина. Кроме подтверждения получения заказа, по факту выполнения договорных обязательств (например) продавец должен обязательно предоставить подтверждение совершения сделки, которым может быть электронный документ, квитанция, товарный или кассовый чек, билет, талон. Причем такой документ обязательно должен содержать порядок обмена или возврата товара, наименование продавца, его адрес и контактные данные, а также гарантийные обязательства.

Как можно заменить товар?

Закон Украины (ЗУ) «О защите прав потребителей» позволяет продавцу использовать стандартное условие в договоре о возможности замены товара при его отсутствии другим. Об этом покупателю должны сообщить перед заключением договора. Продавец может заменить товар только тогда, когда одновременно выполняются три условия:

- другой товар отвечает цели использования заказанного;
- имеет такое же или лучшее качество;
- его цена не превышает цены заказанного товара.

Как можно вернуть товар?

Договор купли-продажи, заключенный через Интернет, покупатель может расторгнуть в течение 14 дней с момента подтверждения информации о заключении договора от продавца или с момента получения товара. Если упомянутое подтверждение не соответствует приведенным выше требованиям, покупатель вправе расторгнуть договор в течение 90 дней от даты получения информации. Продавец может исправиться и прислать новое, правильное подтверждение. При таких условиях покупателю разрешено отказаться от договора в течение 14 дней с момента получения уточненного уведомления.

Если продавец отказывается принять или обменять товар?

В таком случае, убедитесь, что владеете информацией о субъекте хозяйствования, который осуществил продажу и обратитесь с заявлением о нарушении своих прав в территориальные органы Госпродпотребслужбы Украины или в суд по месту своего жительства.

Обратите внимание, судебный сбор по искам о нарушении прав потребителей не взимается!

Когда товар нельзя вернуть?

Вернуть продукцию в магазин и получить назад свои деньги можно далеко не за все товары. Например, не подлежат возврату продовольственные товары, лекарственные препараты и средства, предметы санитарии.

Кроме того, вернуть нельзя: • парфюмерно-косметические изделия; • перо-пуховые изделия; • детские игрушки мягкие и резиновые надувные; • зубные щетки; • расчески, гребешки и щетки массажные; • перчатки; • ткани, тюлегардинные и кружевные полотна; • белье нательное; • белье постельное; • чулочно-носочные изделия; • печатные издания; • изделия из натурального и искусственного волоса (парики); • товары для новорожденных (пеленки, соски, бутылочки для кормления и тому подобное); • инструменты для маникюра, педикюра; • ювелирные изделия из драгоценных металлов, драгоценных камней, драгоценных камней органического образования и полудрагоценных камней.

Более подробный перечень приведен в постановлении КМУ от 19 марта 1994 г. №172 «О реализации отдельных положений Закона Украины «О защите прав потребителей».

На что необходимо всегда обращать внимание при покупке товаров через интернет:

1. Репутация и добросовестность продавца.

Основной целью продавца является стремление реализовать свой товар. Чтобы привлечь внимание потребителей и заинтересовать своим товаром в Интернете, продавец создает сайт или страницу в соцсети. При этом покупатель не знает, кто является действительным собственником (продавцом) товара. Эту информацию он может получить лишь при наличии реальных контактных данных (адрес, телефон, вид хозяйственной деятельности). Если вся информация о продавце доступна, это дает возможность проверить его наличие на сайте usr.minjust.gov.ua в Едином государственном реестре юридических лиц, физических лиц-предпринимателей и общественных формирований.

Также при необходимости это дает возможность связаться с ним, запросить дополнительные документы, а в случае получения некачественного товара или невозврата средств направить в его адрес претензию, а при необходимости обратиться в суд. Ведь если на сайте есть только номер телефона и название сайта, то вы не сможете ни вернуть товар, ни денежные средства, поскольку неизвестно, с кого требовать устранения нарушений ваших прав.

Поэтому, приобретая опыт покупок в Интернет-магазинах у добросовестных продавцов, следует придерживаться этого опыта, а столкнувшись с недобросовестным - никогда больше не обращаться к нему, независимо от результатов устранения нарушения.

2. Сведения о товаре и производителе. Перед тем, как заказать товар, обязательно узнайте всю информацию о продукции. Если данных недостаточно на сайте, спросите у продавца. Вы имеете

право потребовать у продавца следующую информацию о товаре:

- основные характеристики продукции: название товара, номинальное количество (массу, объем, размер), условия использования; сведения о содержании вредных для здоровья веществ, генетически модифицированных организмов, наименование и местонахождение изготовителя;
- данные о цене (тариф), включая плату за доставку, и условия оплаты;
- дату изготовления;
- сведения об условиях хранения;
- гарантийные обязательства производителя (исполнителя);
- срок годности;
- срок доставки товара или предоставления услуги;
- сертификат, если продукция подлежит обязательной сертификации.

Также не забывайте требовать гарантийный талон на товар. Ведь в течение гарантийного срока производитель или продавец берет на себя обязательства по бесплатному ремонту или замене соответствующей продукции.

Актуально для техники: проверьте документы на товар, они должны быть с переводом на украинскую мову (иначе перед вами - контрабанда, и никаких гарантий на нее нет).

3. Оплата товара и его доставка. Если не уверены в добросовестности продавца, ни в коем случае не перечисляйте всю сумму наперед. Производите оплату по факту получения товара, после его осмотра и проверки. Если вы заказали доставку товара курьером, проследите, чтобы он предоставил вам товарный чек с печатью продавца, и при необходимости товарный талон и сертификаты на товар. Осмотрите (протестируйте) доставленный товар. Убедитесь, что к нему прилагаются все чеки. Только после этого оплачивайте покупку.

Если продавец требует уплаты части или всей суммы средств, воспользуйтесь отдельной кредитной карточкой с ограниченной суммой средств. В назначении платежа обязательно укажите: за что и кому платите. Пришлите на электронную почту продавца скан-копию платежного документа и требуйте от него письменного, по электронной почте подтверждение получения такой оплаты. Обязательно сохраняйте все документы, подтверждающие связь с продавцом и факт оплаты товара. Это может быть электронная переписка, скриншот страницы сайта с выбранным вами товаром, доказательство оплаты (электронная квитанция).

Нужно тщательно ознакомиться с информацией, которая размещена на сайте интернет-магазина, на котором найден желаемый товар. Обратит внимание на контакты, которые указаны в соответствующем разделе. Добросовестный продавец не будет бояться размещать свои данные.

Необходимо обратить внимание на способы оплаты, которые предлагаются покупателю. Всегдастораживает наличие только 100% предоплаты, ведь есть риск вообще не получить оплаченный товар, получить не тот товар, что заказывался, или получить товар сомнительного качества.

Если покупателю предлагают оплатить денежные средства за товар на личную карту не того лица, которое указано на сайте интернет-магазина, в таком случае невозможно будет доказать, что денежные средства уплачены именно за приобретенный товар, а не предоставлены, например, в долг. Также, остерегайтесь предложения уплатить средства на электронные кошельки или перевести средства как пополнение мобильного телефона.

Обязательно нужно обратить внимание на цену товара, которая не может быть намного ниже, чем за аналогичный товар, предлагаемый другими продавцами.

Обратите внимание на наличие информации о порядке возврата или обмена приобретенного товара. Продавец, который действительно беспокоится о репутации своего интернет-магазина, в случае возникновения тех или иных обстоятельств не будет отказываться от возврата или обмена товара. Кроме этого, на сайте интернет-магазина будут подробно указаны условия и порядок возврата и обмена приобретенной продукции.

Ознакомьтесь с отзывами о выбранном интернет-магазине.

Соблюдение этих рекомендаций позволит покупателю минимизировать риски при осуществлении покупок через Интернет.

Дополнительные возможности обеспечения безопасности покупки в Интернете:

- **Приобретение товара с оплатой наложенным платежом.** Наложенный платеж - способ расчета, когда деньги за товар уплачиваются при получении товара и за дополнительную плату направляются продавцу. При постоплате можно осмотреть товар и отказаться от покупки, если он не подошел.

- **Возврат оплаты через банк.** Если вы оплатили покупку в Интернете, а продавец не отправил купленный товар - обратитесь в свой банк с заявлением о возврате уплаченных средств. Банк объяснит, возможно ли возвращение средств, скоординирует дальнейшие действия и проведет расследование. Если через банк вернуть деньги не удалось - обращайтесь с иском о возмещении средств в суд.

Какими должны быть ваши действия в случае «неудачной» покупки через Интернет?

Не редкими бывают случаи мошенничества в Интернете, такие как:

1. Вы оплатили товар - товар не получили - деньги возвращать не собираются.
2. Товар обратно не принимают в течение 14-ти дней.
3. Товар не ремонтируют по гарантии.

Вы имеете право обратиться с заявлением о мошенничестве в полицию. Также можете обратиться в Государственную службу Украины по вопросам безопасности пищевых продуктов и защиты потребителей (<http://www.consumer.gov.ua>).

Но, как показывает практика, эти действия не всегда дают желаемый результат. Поэтому, если у вас есть информация о продавце и подтверждение оплаты товара, то самый лучший способ защитить свои права - это обратиться с письменной претензией к продавцу, где указать начисления штрафа. А в случае получения отказа на претензию - решить спор через суд.

Если вы стали жертвой мошенничества в Интернете - обращайтесь в правоохранительные органы. В Управлении по борьбе с киберпреступностью МВД Украины (cyberpolice.gov.ua) можно оформить электронное заявление о случае правонарушения.

Если деньги были переведены мошеннику через платежную онлайн систему, то стоит обратиться в службу поддержки этой платежной системы. Есть вероятность, что после этого счет мошенника заблокируют.

В случае же с интернет-магазинами нужно написать жалобу на адрес продавца. Если претензия будет проигнорирована, то нужно будет подать заявление в правоохранительные органы или обратиться в прокуратуру. Владельцы интернет-магазина не являются недосыгаемыми. Сайт находится на хостинге, а это предполагает наличие паспортных данных владельца. Если на ресурсе указан юридический адрес, то вы можете сразу подать в суд и отстоять свои права потребителя.

Интернет-магазин должен выдать покупателю расчетный документ, удостоверяющий покупку, с обозначением даты продажи (ч.11 ст.8 ЗУ «О защите прав потребителей»). Также все субъекты предпринимательской деятельности (и интернет-магазин тоже), которые осуществляют расчетные операции при продаже товаров в сфере торговли, в частности, обязаны:

1) проводить расчетные операции на полную сумму покупки через регистраторы расчетных операций (далее - РРО) с распечаткой соответствующих расчетных документов;

2) выдавать лицу, которое получает или возвращает товар, расчетный документ установленной формы (им может быть фискальный кассовый чек, товарный чек, расчетная квитанция и т.п.) на полную сумму проведенной операции.

РРО и расчетные книжки не применяются, среди прочего, при:

- выполнении банковских операций (то есть когда покупатель перечисляет деньги за товар через банк);

- продаже товаров в системах электронной коммерции (когда заказ и оплату осуществляют на сайте продавца (введя данные банковской платежной карточки) или с помощью электронного банкинга);

- продаже товаров ФЛП, которые приобрели фиксированный патент или уплачивающими единый налог, ведут Книгу учета доходов и расходов.

В любом случае интернет-магазин должен выписать покупателю товарный чек (если продавец ФЛП) или накладную (если продавец - юридическое лицо).

Кроме того, к товару должны добавить документ (паспорт, талон и тому подобное), в котором производитель указывает гарантийный срок на свою продукцию (ч.2 ст.7 ЗУ «О защите прав потребителей»).

Слежка и прослушивание: когда это законно, а когда нет



Украина с 1997 г. - участник Европейской конвенции по правам человека, которая стала частью национального законодательства и ст.8 устанавливает защиту приватности.

Право на приватность гарантирует Конституция Украины (КУ), статьи которой, в частности:

- ст.30 защищает территориальную приватность (неприкосновенность жилища);

- ст.31 - коммуникационную приватность (тайна переписки, телефонных разговоров, телеграфной и другой корреспонденции);

- ст.32 - информационную приватность («никто не может подвергаться вмешательству в его личную и семейную жизнь, кроме случаев, предусмотренных КУ», «не допускается сбор, хранение, использование и распространение конфиденциальной информации о лице без его согласия»);

- ст.28 - некоторые аспекты физической приватности («ни один человек без его добровольного согласия не может быть подвергнут медицинским, научным или иным опытам»).

Конституционные нормы, определяющие исчерпывающий перечень оснований для вмешательства в право на приватность и условия для такого вмешательства, не получили достаточного развития в законах и подзаконных актах. Довольно нечеткая формулировка или вообще отсутствие регламентирования разрешенных случаев вмешательства в право на приватность, объема и способов вмешательства - наиболее нерешенная проблема в законодательном регулировании права на приватность, что порождает многочисленные нарушения этого права на практике.

Ответственность за нарушение права на приватность предусмотрена как в уголовном, так и гражданском и административном законодательстве. Очевидно, что существует два типа негласных следственно-розыскных действий (далее - НСРД): законные и незаконные.

За незаконное использование прослушки, нарушение тайны телефонных разговоров или переписки, снятие информации с компьютеров или проникновение в жилище в Уголовном Кодексе Украины (УК) предусмотрена конкретная ответственность.

Ст.182 УК гласит, что незаконный сбор, хранение, использование, уничтожение, распространение конфиденциальной информации о лице или незаконное изменение такой информации, кроме случаев, предусмотренных другими статьями УК, наказываются штрафом от 500 до 1000 необлагаемых минимумов доходов граждан (далее - НМДГ), или исправительными работами на срок до 2 лет, или арестом на срок до 6 месяцев, или ограничением свободы на срок до 3 лет.

Те же действия, совершенные повторно, или если они причинили существенный вред охраняемым законом правам, свободам и интересам лица, наказываются арестом на срок от 3 до 6 месяцев или ограничением свободы на срок от 3 до 5 лет, или лишением свободы на тот же срок. Существенным вредом в этой статье, если он заключен в причинении материального ущерба, считается такой, который в 100 и более раз превышает необлагаемый минимум доходов граждан.

Ст.361 УК гласит, что несанкционированное вмешательство в работу компьютеров, автоматизированных систем, компьютерных сетей или сетей электросвязи, что привело к утечке, потере, подделке, блокированию информации, искажению процесса обработки информации или к нарушению установленного порядка ее маршрутизации, наказываются штрафом от 600 до 1000 НМДГ или ограничением свободы на срок от 2 до 5 лет, или лишением свободы на срок до 3 лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 2 лет или без такового. Те же действия, совершенные повторно или по предварительному сговору группой лиц, или если они причинили существенный вред, наказываются лишением свободы на срок от 3 до 6 лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 3 лет.

Самостоятельно, законным способом, фигурант о наличии за собой такой слежки или установленных жучков не узнает. Данные о проводимых НСРД, их объеме и фигурантах являются гостайной и строго засекречены.

Основания для проведения негласных следственных (розыскных) действий

Ст.246 Уголовного процессуального кодекса Украины (далее УПК) устанавливает основания проведения негласных следственных (розыскных) действий (далее - негласные следственные действия).

Негласные следственные действия - это разновидность следственных действий, сведения о факте и методах проведения которых не подлежат разглашению, за исключением случаев, предусмотренных УПК.

Негласные следственные действия проводят в случаях, если сведения об уголовном правонарушении и лице, его совершившем, невозможно получить другим способом. Негласные следственные действия на основании постановления следственного судьи проводят исключительно в уголовном производстве по тяжким или особо тяжким преступлениям.

Решение о проведении негласных следственных действий принимает следователь, прокурор, а в случаях, предусмотренных УПК, - следственный судья по ходатайству прокурора или по ходатайству следователя, согласованному с прокурором. Следователь обязан уведомить прокурора о принятии решения о проведении негласных следственных действий и полученных результатах. Прокурор вправе запретить проведение или прекратить дальнейшее проведение негласных следственных действий.

В решении о проведении негласного следственного действия указывается срок его проведения.

Проводить негласные следственные действия вправе следователь, который осуществляет досудебное расследование уголовного преступления. По решению следователя или прокурора к проведению негласных следственных действий могут привлекаться также другие лица.

Срок действия постановления следственного судьи о разрешении на проведение негласных следственных действий не может превышать два месяца. Если следователь, прокурор считает, что проведение негласных следственных действий следует продолжить, то следователь по согласованию с прокурором или прокурор вправе обратиться к следственному судье с ходатайством о вынесении постановления о продлении срока проведения таких действий.

В исключительных неотложных случаях, связанных со спасением жизни людей и предупреждением совершения тяжкого или особо тяжкого преступления, негласное следственное действие может быть начато до вынесения постановления следственного судьи. В таком случае прокурор обязан безотлагательно после начала такого негласного действия обратиться с соответствующим ходатайством к следственному судье.

Вмешательство в частное общение

Согласно ст.258 УПК никто не может подвергаться вмешательству в частное общение без определения следственного судьи.

Прокурор, следователь по согласованию с прокурором обязан обратиться к следственному судье с ходатайством о разрешении на вмешательство в частное общение, если любое следственное действие будет включать такое вмешательство.

Частным общением является передача информации в любой форме от одного лица к другому непосредственно или с помощью средств связи любого типа. Общение является частным, если информация передается и сохраняется при таких физических или юридических условиях, при которых участники общения могут рассчитывать на защиту информации от вмешательства других лиц.

Вмешательство в частное общения защитника, священнослужителя с подозреваемым, обвиняемым, осужденным, оправданным запрещено.

Виды негласных следственных действий

Совместным приказом Генеральной прокуратуры Украины (ГПУ) от 16.11.2012 г. №114/ 1042/ 516/ 1199/ 936/ 1687/ 50Б утверждена «Инструкция об организации проведения негласных следственных (розыскных) действий и использования их результатов в уголовном производстве». Согласно её такие действия делятся на:

1. Негласные следственные (розыскные) действия, которые проводятся исключительно в уголовном производстве по тяжким или особо тяжким преступлениям:

Аудио-, видеоконтроль лица (ст.260 УПК): негласная (без ведома лица) фиксация и обработка с использованием технических средств разговора этого лица или других звуков, движений, действий, связанных с его деятельностью и месту пребывания и т.п.

Наложение ареста на корреспонденцию (ст.261 УПК): запрет учреждениям связи и финансовым учреждениям вручения корреспонденции адресату без соответствующего указания следователя, прокурора. Корреспонденцией, предусмотренной статьей, будут признаны письма всех видов, бандероли, посылки, почтовые контейнеры, переводы, телеграммы, другие материальные носители передачи информации между лицами.

Осмотр и выемка корреспонденции (ст.262 УПК): негласное открытие и осмотр корреспонденции, на которую наложен арест, её выемка или снятие копий или получение образцов, нанесение на выявленные вещи и документы специальных отметок, оборудование их техническими средствами контроля, замена вещей и веществ, представляющих угрозу для окружающих или запрещенных в свободном обращении, на их безопасные аналоги. О каждом случае проведения осмотра, выемки или задержания корреспонденции составляется прото-

кол согласно требованиям УПК. В протоколе обязательно указывается, какие именно отправления были осмотрены, что из них изъято и что должно быть доставлено адресату или временно задержано; с каких отправлений сняты копии или получены образцы, а также о проведении других действий, предусмотренных ч.2 указанной статьи.

Снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей: негласное проведение с применением соответствующих технических средств наблюдения, отбора и фиксации содержания информации, которая передается лицом, а также получение, преобразование и фиксация различных видов сигналов, передаваемых по каналам связи (знаки, сигналы, письменный текст, изображения, звуки, сообщения определенного вида).

В постановлении следственного судьи о разрешении на вмешательство в частное общение, в этом случае, дополнительно должны быть указаны идентификационные признаки, которые позволят уникально идентифицировать абонента наблюдения, транспортную телекоммуникационную сеть, конечное оборудование, на котором может осуществляться вмешательство в частное общение. Снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей возлагается на уполномоченные подразделения Национальной полиции (полиция), Национального антикоррупционного бюро Украины (НАБУ), Государственного бюро расследований (ГБР) и Службы безопасности Украины (СБУ). Руководители и работники операторов телекоммуникационной связи обязаны способствовать выполнению действий по снятию информации с транспортных телекоммуникационных сетей, принимать необходимые меры по неразглашению факта проведения таких действий и полученной информации, хранить ее в неизменном виде.

Снятие информации с электронных информационных систем без ведома их владельцев или держателя (ст.264 УПК): получение информации, в том числе с применением технического оборудования, которая содержится в электронно-вычислительных машинах (компьютерах), автоматических системах, компьютерной сети.

Обследование публично недоступных мест, жилища или иного владения лица (ст.267 УПК): тайное проникновение следователя или уполномоченного лица без ведома владельца или владельцев, скрыто, под псевдонимом или с применением технических средств в помещение и иное владение для установления технических средств аудио- или видеоконтроля лица или непосредственно с целью выявления и фиксации следов преступления, проведения осмотра, выявления документов, вещей, имеющих значение для досудебного расследования, изготовление копий или их образцов, выявления лиц, разыскиваемых или с другой целью для достижения целей уголовного производства.

Наблюдение за лицом в публично доступных местах (ст.269 УПК): визуальное наблюдение за лицом следователем или уполномоченным лицом для фиксации его передвижения, контактов, поведения, пребывания в определенном публично доступном месте и т.п. или применение с этой це-

лью специальных технических средств для наблюдения.

Аудио- или видеоконтроль места (ст.270 УПК): применение технического оборудования в публично доступном месте с целью фиксации сведений (разговоров, поведения лиц, других событий), которые имеют значение для уголовного производства, без ведома присутствующих в нем лиц.

Мониторинг банковских счетов (ст.296-1 УПК): при наличии обоснованного подозрения, что лицо осуществляет преступные действия с использованием банковского счета, либо с целью розыска или идентификации имущества, подлежащего конфискации или специальной конфискации, в уголовных процессах, отнесенных к подследственности НАБУ, прокурор может обратиться к следственному судье в порядке, предусмотренном ст. 246, 248, 249 УПК, для вынесения решения о мониторинге банковских счетов.

Негласное получение образцов, необходимых для сравнительного исследования (ст.274 УПК): действия следователя или уполномоченного лица, которые позволяют без ведома владельца или владельцев получить образцы материалов, сырья, изделий и т.д., в том числе в публично недоступных местах.

Наблюдение за вещью или местом в публично доступных местах (ст. 269 УПК): визуальное наблюдение за определенной вещью или определенным местом следователем или уполномоченным лицом для фиксации их перемещения, контактов определенных лиц, событий в определенном месте для проверки сведений при досудебном расследовании тяжкого или особо тяжкого преступления, либо применение с этой целью специальных технических средств для наблюдения.

Контроль за совершением преступления (ст.271 УПК).

2. Негласные следственные (розыскные) действия, которые проводятся независимо от тяжести преступления:

Снятие информации с электронных информационных систем или их части, доступ к которым не ограничивается собственником, владельцем или держателем, не связан с преодолением системы логической защиты (ч.2 ст.264 УПК), заключается в получении информации с электронных информационных систем, содержащих соответствующую информацию, в том числе с применением технического оборудования.

Установление местонахождения радиоэлектронного средства (ст.268 УПК) заключается в применении технического оборудования для локализации местонахождения радиоэлектронного средства, в том числе мобильного терминала, систем связи и других радиоизлучающих устройств, активированных в сетях операторов подвижной (мобильной) связи, без раскрытия содержания сообщений, если в результате его проведения можно установить обстоятельства, имеющие значение для уголовного производства.

Негласные следственные действия, только предусмотренные ст.268 (установления местонахождения радиоэлектронного средства), ст.269

(наблюдение за лицом, вещью или местом) в исключительных неотложных случаях, определенных ст.250 УПК, разрешено проводить до вынесения постановления следственного судьи.

Использование результатов негласных следственных (розыскных) действий в доказывании

Протоколы о проведении негласных следственных действий, аудио- или видеозаписи, фотографии, другие результаты, полученные с помощью применения технических средств, изъятые во время их проведения вещи и документы или их копии могут использоваться в доказывании на тех же основаниях, что и результаты проведения других следственных действий во время досудебного расследования.

Лица, проводившие негласные следственные действия или были вовлечены в их проведение, могут быть допрошены в качестве свидетелей. Допрос этих лиц может происходить с сохранением в тайне сведений об этих лицах и с применением по отношению к ним соответствующих мер безопасности, предусмотренных законом.

В случае использования для доказывания результатов негласных следственных действий могут быть допрошены лица, по поводу действий или контактов которых проводились такие действия. Такие лица уведомляются о проведении негласных следственных действий только по ним в срок, предусмотренный ст.253 УПК, и в том объеме, который затрагивает их права, свободы или интересы.

Если в результате проведения негласных следственных действий выявлены признаки уголовного преступления, которое не расследуется в данном уголовном производстве, то полученная информация может быть использована в другом уголовном производстве только на основании постановления следственного судьи, которое выносится по ходатайству прокурора.

Средства, используемые при проведении негласных следственных (розыскных) действий

По решению руководителя органа досудебного расследования, прокурора при проведении негласных следственных действий могут быть использованы заранее идентифицированные (помеченные) или ненастоящие (имитационные) средства. С этой целью допускается изготовление и использование специально изготовленных вещей и документов, создание и использование специально созданных предприятий, учреждений, организаций. Использование заранее идентифицированных или ложных (имитационных) средств для других целей запрещается.

Изготовление ложных (имитационных) средств для проведения конкретных негласных следственных действий оформляется соответствующим протоколом. Такие средства, применяемые при проведении негласных следственных действий, используемые в процессе доказывания в виде первичных средств или орудий совершения преступления, кроме случаев, если суд установит нарушение требований УПК при проведении соответствующих негласных следственных действий.

Признаки прослушивания мобильных устройств

Признаки слежки через мобильный телефон - косвенные. Тем не менее, стоит задуматься, если:

- неизвестное приложение запрашивает доступ к микрофону и камере;
- батарея теряет заряд заметно быстрее обычного;
- в отключенном состоянии смартфон/батарея нагревается;
- увеличилось потребление памяти, запускаются незнакомые процессы (легче отследить на смартфонах с Android);
- в списке доступных приложений появились новые: не системные и не загруженные пользователем (возможно, приложение-шпион не отобразит иконку, но будет доступно в общем списке);
- в редких случаях, если применяются устаревшие программы-шпионы, экран мобильного устройства не отключается, когда гаджетом не пользуются.

Перечень средств и каналов для слежения у правоохранителей обширный. Для «прослушки» специалисты предоставляют операторам мобильной связи специальные технические комплексы. Если за вами следят профессионалы, вы вряд ли об этом узнаете. Ни шумов, ни эха, ни потрескиваний в мобильном телефоне, смартфоне, планшете слышно не будет. Такие помехи были возможны, когда связь была аналоговой. Сейчас она - цифровая. Мобильный телефон связывается с ближайшей базовой станцией беспроводным сигналом. Если вы установили, что ваш телефон прослушивают, проконсультируйтесь с адвокатом и в случае несанкционированных действий обратитесь в правоохранительные органы.

Законно ли видеонаблюдение за сотрудниками?

Работодатели считают, что право на личную жизнь у работника заканчивается с момента его входа в офис (на работу), но это не совсем так, - Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в решении по делу «Ганновер против Германии», указал, что каждый человек имеет право на личную зону и в момент выполнения трудовых обязанностей.

Видеонаблюдение за сотрудниками может быть законным. Так как закон о видеонаблюдении на рабочем месте отсутствует в системе законода-

тельства Украины, необходимо руководствоваться общими нормами. Согласно ст.307 Гражданского кодекса Украины (ГК), физическое лицо, то есть человек, может быть снято на фото-, видеопленку лишь с его согласия. Значит, камера наблюдения на рабочем месте законная, только с согласия работника, в любом другом случае - незаконна. На этом же акцентирует свое внимание ЕСПЧ в выше указанном решении, объясняя это так - «чрезвычайно важное значение для защиты частной жизни с точки зрения развития личности каждого человека, является то, что каждый, в том числе и люди, известные общественности, должны иметь «легитимное ожидание», что частная жизнь будет защищена». Так вот это «легитимное ожидание защищенности частной жизни» может быть исключено только с согласия сотрудника. С целью опережения возникновения споров, важно такое согласие получить или в отдельном заявлении сотрудника, оформленном в письменной форме, или же в трудовом или коллективном договоре, где указаны все условия.

Личные разговоры в рабочее время нежелательны для работодателя. Поэтому в целях контроля, руководство пытается прослушивать сотрудников. Согласно ст. 31 Конституции Украины, каждому гарантируется тайна корреспонденции, в том числе и телефонных разговоров, писем и т.д. Прослушивание человека без его ведома возможно только в ходе следственных действий. И так как оно является ограничением прав человека, то только с разрешения суда. Других случаев вмешательства в личное пространство человека без его ведома законодательством не предусмотрено. Из этого можем сделать вывод о том, что работодатель не имеет права ставить прослушку даже на рабочие телефоны. Точно так же и с доступом к электронной почте сотрудника, даже если это рабочий аккаунт. Несанкционированный доступ запрещен и возможен только в ходе следственных действий оперативными сотрудниками полиции, СБУ, в других же случаях, например, тем же работодателем, проверка электронной почты таким способом запрещена.

Возможно ли законно прослушивать и отслеживать почту с целью защиты интересов компании, предприятия? Ответ - да. Но только необходимо учесть требования законодательства Украины.

Согласно нормам Гражданского кодекса Украины (ГК), Закона Украины (ЗУ) «О защите персональных данных», сбор, накопление и хранение личной информации о человеке возможны только с его разрешения. Таким образом, работодателю для мониторинга электронной почты и прослушивания разговоров на рабочем месте, необходимо согласие сотрудников. Как уже мы выяснили, нормативного урегулирования формы соглашения не существует. Но желательно, чтобы она была в письменной форме. Но можно допустить, например, что это было обусловлено надписью в офисе, или на рабочих телефонах «прослушиваются рабочие телефоны». Тогда можно рассчитывать на то, что работодатель получил молчаливое согласие от сотрудника на такие действия. Кроме того, легаль-

ность наблюдения за работником при исполнении им трудовых функций и предварительное предупреждение о таком наблюдении, включая прочтение рабочей корреспонденции, было подтверждено практикой ЕСПЧ, так как бизнес также хочет защитить свою конфиденциальную информацию (например, о технологии производства).

Обжалование негласных следственных действий и их нейтрализация

1. Незаконные следственные действия

Чтобы избавиться от несанкционированной слежки через телефон, смартфон, планшет, компьютер нужно:

- Обратиться в государственные или частные компании, которые занимаются информационной безопасностью. Они смогут провести доскональную экспертизу и дать рекомендации.

- Проверить телефон (другое оборудование) самостоятельно с помощью бесплатных или платных приложений (можно воспользоваться EAGLE Security FREE или Android IMSI-Catcher Detector). Однако стоит помнить, что бесплатные приложения не гарантируют точных результатов проверки и «грешат» ложными срабатываниями.

- Сменить номер телефона или девайс (выбор зависит от способа слежения).

- Обратиться к мобильному оператору за информацией об использовании интернет-трафика. Если цифры значительно выросли без объективных причин - это должно настораживать.

Можно также изменить IMEI телефона - это 15-значный номер, который отмечают работники органов в ходатайствах, подаваемых в суд о снятии информации. Изменить такой номер можно «перепрошив» аппарат.

Один из способов борьбы с прослушиванием - наказание виновных и прекращение противоправных действий. Для этого нужно подать жалобы в ГПУ, СБУ, НАБУ, НПУ с требованием провести проверку относительно незаконного снятия информации с ваших каналов связи. При этом обязательно требуя проведения проверки снятия информации именно по IMEI принадлежащего вам телефона (другого устройства), и требуя предъявить вам официальный ответ, что к вашему мобильному оператору решение суда по IMEI вашего телефона не поступало. В случае если поступало такое решение, требовать проведения служебных проверок и привлечения виновных к ответственности.

2. «Законные» следственные действия

Даже если слежка была законна по мнению следствия, это не означает, что нельзя найти ошибки в их оформлении, которые приведут к тому, что результаты таких действий не будут иметь значения в суде.

Согласно ч.3 ст.309 УПК жалобы на определение следственных судей о проведении негласных следственных действий обжалованию не подлежат и возражения против них могут быть поданы

во время подготовительного производства в суде. Именно в подготовительном заседании необходимо подать все аргументы в пользу того, что процедура вынесения судебного решения была нарушена, и сбор результатов негласных следственных действий был не законен.

Постановление следственного судьи о разрешении на проведение негласных следственных действий должно соответствовать общим требованиям досудебных решений, предусмотренных УПК, а также содержать сведения о:

1) прокуроре, следователе, который обратился с ходатайством;

2) уголовном правонарушении, в связи с досудебным расследованием которого выносится постановление;

3) лице (лицах), месте или вещи, относительно которых необходимо провести негласные следственные действия;

4) вид негласных следственных действий и сведениях в зависимости от вида негласных следственных действий о идентификационных признаках, которые позволят уникально идентифицировать абонента наблюдения, телекоммуникационную сеть, конечное оборудование и т.д.;

5) срок действия постановления.

Даже если человек уже стал фигурантом уголовного процесса и следователь начинает намекать, что «у нас все ходы записаны» - это не повод впадать в панику и сразу во всем признаваться или брать на себя чужую вину.

Суд не имеет права ссылаться в приговоре на недопустимые доказательства и обосновывать ими свое решение. Примеры таких нарушений ежедневно встречаются в практике адвокатов. Правоохранители «забывают» провести процедуру допуска к гостайне (а сведения даже о самом факте НСРД - это гостайна) своих информаторов, «забывают» вынести отдельное постановление по аудио-видео контролю, используют результаты НСРД в других производствах без отдельного решения суда, нарушают процедуры оформления протоколов. Такая «халатность» приводит к эффекту «плодов отравленного дерева»: все дальнейшие доказательства, добытые на основании проведенного с нарушениями НСРД, признаются недопустимыми.

К такому выводу пришёл Верховный Суд Украины (ВСУ) в решении от 16.01.2019 г. по делу №751/7557/15-к. ВСУ указал, что для доказательства допустимости результатов НСРД должны быть открыты не только результаты этих действий, но и документы, которые стали основанием их проведения (ходатайство следователя, прокурора, их постановления, поручения, постановление следственного судьи), поскольку на основании содержания этих документов стороны могут проверить соблюдение требований уголовного процессуального закона о негласных следственных действиях.

Согласно ч.1 ст.86 УПК доказательство признается допустимым, если оно получено в порядке, установленном УПК. Обязательным элементом по-

рядка получения доказательств в результате НСРД является предварительное разрешение уполномоченных субъектов (следственного судьи, прокурора, следователя) на их проведение. Сторона защиты вправе иметь информацию обо всех элементах процессуального порядка получения стороной обвинения доказательств, которые последняя намерена использовать против нее в суде. Иначе от самого начала судебного разбирательства сторона защиты будет находиться со стороной обвинения в неравных условиях.

Документы, которые стали основанием проведения НСРД (в частности, не рассекречены на момент обращения в суд с обвинительным актом), не могут считаться дополнительными материалами к результатам проведенных негласных следственных действий, полученными до или во время судебного разбирательства, поскольку является их частью.

Также считаем важным отметить необходимость проверки экспертным путём результатов записей, полученных в результате прослушки, поскольку следствие в отдельных производствах может их монтировать, не правильно перевести или специально вырвать фразы из контекста разговора.

Для отождествления лиц по устной речи, зафиксированной в фонограмме, эксперту предоставляются фонограммы со сравнительными образцами в форме беседы: диалога, монолога. Образцы с устной речью должны быть зафиксированы с достаточным уровнем записи, выполненные на качественной аппаратуре и носителях, которые соответствуют установленным стандартам, и с небольшим сроком использования, иметь языковую сопоставимость с исследуемыми фонограммами и достаточный объем (10 минут разговора без пауз для каждого лица, язык отождествляется). В случае необходимости для отбора образцов записи привлекается специалист. Эксперту также обязательно предоставляется протокол прослушивания фонограмм с распечатанным текстом разговоров.

Установка текстового содержания разговоров, зафиксированных в фонограмме, не является отдельной экспертной задачей, поскольку не требует применения специальных знаний и может проводиться специалистом при решении вопросов персонификации речевого материала или применении специальных методов улучшения разборчивости устной речи.

