

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ТА НАЦІОНАЛЬНИЙ ПІДХОДИ ДО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ВИКРИВАЧІВ КОРУПЦІЇ

ПАНЧЕНКО М. В. - доктор юридичних наук, адвокат, лектор Вищої школи адвокатури НААУ, член комітету захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності НААУ, член комітету з трудового права НААУ

ORCID: 0000-0002-2583-2327

УДК: 349.227

DOI: <https://doi.org/10.32782/LAW.UA.2023.4-2.12>

Стаття присвячена дослідженню спільних та відмінних рис європейського та національного підходів до захисту трудових прав викривачів корупції за допомогою аналізу висновків Європейського суду з прав людини, норм українського законодавства та відповідних правових актів Європейського Союзу.

Ключові слова: викривач, захист трудових прав, Європейський суд з прав людини, свобода вираження поглядів.

Постановка проблеми

Основна проблема полягає у визначенні відповідності українського законодавства та практики національних судів висновкам Європейського суду з прав людини у питанні захисту прав викривачів, а також відмінностей у регулюванні цього питання національним законодавством і Директивою Європейського Парламенту і Ради ЄС 2019/1937 від 23.10.2019 р. «Про захист осіб, які повідомляють про порушення права Європейського Союзу», враховуючи майбутній вступ України до Європейського Союзу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Дослідженню цього питання були присвячені праці Нестеренко О. В., Шостко О. Ю., Косиці О.О. та інших.

Мета цієї статті – дослідити спільні та відмінні риси у правовому захисті викривачів за національним законодавством, практикою Європейського суду з прав людини

та Директивою Європейського Парламенту і Ради ЄС 2019/1937 від 23.10.2019 р. «Про захист осіб, які повідомляють про порушення права Європейського Союзу».

Виклад основного матеріалу

Для того, щоб розкрити поставлену тему, слід визначити різницю між, так би мовити, “європейським” розумінням викривання, що відображається, насамперед, у рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), і національним, тобто встановленим українським законодавством.

Коли ми говоримо про викривача в контексті українського законодавства та практики національних судів, ми маємо на увазі фізичну особу, яка за допомогою внутрішніх, зовнішніх або регулярних каналів повідомила про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень закону України “Про запобігання корупції” (далі по тексту – Закон), вчинених іншою особою, і при цьому:

- мала чітке переконання, що така інформація є достовірною;
- отримала цю інформацію 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;
- повідомлена нею інформація містить фактичні дані про обставини правопору-

шення: місце вчинення правопорушення, час його вчинення, особу, яка вчинила корупцію тощо, і може бути перевірена.

Викривач отримує свій статус з моменту повідомлення. Закон детально регламентує способи та канали, якими можна повідомити про порушення Закону, визначає гарантії та права викривача.

В українському законодавстві є легальне визначення поняттю викривача, передбачені умови набуття такого статусу, гарантії захисту від негативних заходів впливу.

Отже, викривач – це певний статус особи, що надає їй спеціальний імунітет, про який, зокрема, зазначає Верховний Суд у своїй постанові від 15 серпня 2019 року у справі №815/2074/18, розглядаючи справу, що стосується захисту трудових прав викривача.

При цьому хотів би звернути увагу на важливості уникати отождоження понять викривач і заявник. Адже всі викривачі по своїй суті є заявниками, але далеко не кожен заявник є викривачем та має можливість користуватися додатково встановленими Законом гарантіями, навіть у разі повідомлення про корупційне або пов'язане з корупцією правопорушення.

У свою чергу, Європейський суд з прав людини у своїй практиці детермінує викриття (“whistle-blowing”) як один із проявів свободи вираження поглядів та наголошує на важливості гарантування належного захисту викривачам від свавільного втручання у реалізацію цієї свободи та помсти за наслідками її реалізації.

Свобода вираження поглядів, як одна з базових засад демократичного суспільства, захищається статтею 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Ця стаття передбачає, що кожен має право на свободу вираження поглядів, що включає в себе свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів.

Пункт 2 цієї статті передбачає, що свобода вираження поглядів підлягає формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в

демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду.

Така свобода за умови додержання пункту 2 статті 10 Конвенції стосується не лише інформації чи ідей, що сприймаються схвально або вважаються необразливими чи незначущими, а й тих, що викликають образ, обурення. Адже, як зазначає ЄСПЛ, такими є вимоги плюралізму, терпимості й широти поглядів, без яких демократичне суспільство неможливе.

Отже, викривач у розумінні ЄСПЛ є особою, що скористалася передбаченим ст. 10 Конвенції правом на свободу вираження поглядів та повідомила інформацію, що стала їй відома щодо того чи іншого правопорушення.

При цьому, викривач відповідно до практики ЄСПЛ, так само як і за українським законодавством, повідомляє інформацію, набуту у контексті робочих стосунків у публічному або приватному секторі, яку він у момент повідомлення щиро вважає правдивою. Натомість, згідно з позицією ЄСПЛ викривач, як правило, повинен вважати інформацію, що він повідомляє, такою, що містить відомості про дії (події, бездіяльність), що становить шкоду або загрозу шкоди конкретному суспільному інтересу.

Варто більш прискіпливо розглянути питання можливого предмету повідомлення викривача, оскільки тут ми стикаємося з трьома різними позиціями, закріпленими національним законодавством, практикою ЄСПЛ та ухваленою Директивою Європейського Парламенту і Ради ЄС 2019/1937 від 23.10.2019 «Про захист осіб, які повідомляють про порушення права Європейського Союзу» (ОJ L 305, 26.11.2019, р. 17-56) (далі – Директива).

Європейський суд з прав людини у своїй практиці виходить з необмеженості предмету інформації, що може бути розкрита (повідомлена) викривачем, якщо розкриття такої

інформації становить легітимний суспільний інтерес: інформація про протиправні діяння, або інформація про діяння, що, будучи правомірними, суперечать моральним нормам, і тому є сумнівними чи дискусійними, або інформація про питання, які стосуються функціонування публічної влади у демократичному суспільстві і викликають спір у суспільстві.

У свою чергу, відповідно до сталої практики Верховного Суду і національного законодавства викривач повинен повідомити про порушення саме Закону України «Про запобігання корупції», а не іншого закону і саме тих вимог, які ним визначені, у тому числі встановлені ним заборони і обмеження (Постанови Верховного Суду від 11 червня 2020 року у справі № 816/1874/17, від 19 квітня 2023 року у справі № 761/8294/21, від 21 червня 2023 року у справі № 761/33183/20).

Директива ж обмежує статус викривача переліком конкретних актів ЄС у певних секторах регулювання від публічних закупівель до кібербезпеки, і загальними категоріями фінансових, податкових інтересів ЄС та інтересів у сфері спільного ринку, про порушення яких має повідомляти викривач. При цьому, Директива спеціально зазначає, що наданий нею викривачам захист не поширюється на випадки застосування норм права, що охороняють державну таємницю, таємниці правничих професій (зокрема, таємницю нарадчої кімнати), лікарську таємницю, обмеження поширення інформації, встановлені нормами кримінального процесу; так само, не впливає на таку сферу відповідальності держав-членів, як забезпечення національної безпеки і захист основних національних безпекових інтересів, зокрема, не охоплює на повідомлення про порушення правил постачання, що стосуються сфер оборони і безпеки, якщо ті спеціально не врегульовані правом ЄС тощо (ст.ст. 2, 3).

Іншою відмінністю у захисті прав викривача за національним законодавством та практикою ЄСПЛ є *мотив викривача*, точніше необхідність його встановлення.

Згідно з усталеною практикою ЄСПЛ, мотив особи, яка повідомляє про порушення, відіграє вагомий роль у забезпеченні захисту за статтею 10 Конвенції, що відрізняє

її від підходу до питання визначення мотиву, закріпленому в українському законодавстві. Адже за Законом України, мотив викривача не має значення для набуття ним відповідного статусу та отримання відповідного імунітету.

Відповідно до практики ЄСПЛ, якщо розголошення інформації було вмотивовано очікуванням особистої вигоди, у тому числі і грошової винагороди, певних благ, поступок, або ж особистою неприязню чи ворожечєю, то рівень захисту буде зовсім іншим.

ЄСПЛ використовує комплексний підхід, розглядає мотиви та фактичні обставини, використовуючи власні методи для визначення добросовісності викривача. Проте ЄСПЛ схильний до підтримки законності втручання у реалізацію права на свободу вираження та відхилить твердження про порушення статті 10 Конвенції, якщо розголошення інформації обумовлене професійними конфліктами.

Важливо відзначити, що ЄСПЛ більш вірогідно вважатиме, що викривач діяв добросовісно, якщо останній спочатку використав внутрішні канали повідомлення, тобто повідомив своєму безпосередньому керівнику або уповноваженому органу юридичної особи, у якій він працює, навіть якщо ці зусилля виявилися неефективними. Таку ж позицію займатиме ЄСПЛ навіть, якщо згодом буде встановлено, що повідомлення викривача було необґрунтованим, за умови, що він мав вагомі підстави вважати, що розголошена інформація була правдивою.

У свою чергу, в українському законодавстві передбачені три канали здійснення повідомлення: внутрішні, зовнішні та регулярні, і обрання того, який із каналів використати, здійснюється викривачем на його розсуд.

Як зазначає Верховний Суд у постанові від 19 квітня 2023 року по справі № 761/8294/21, права викривача виникають з моменту повідомлення інформації про порушення вимог Закону іншою особою. Тобто з цього часу викривач здобуває певний імунітет від застосування до нього негативних заходів впливу. При цьому в законі «Про запобігання корупції» відсутні норми, які б визначали момент виникнення прав викри-

вачів залежно від інших юридичних фактів, зокрема, повідомлення на адресу НАЗК від уповноваженого органу досудового розслідування про початок досудового розслідування за заявою викривача корупції тощо.

Отже, для ЄСПЛ у подібних спорах важливою обставиною є добросовісність позивача, що, зокрема, визначається завдяки дослідженню мотивів здійснення повідомлення. Натомість для практики українських судів такий підхід, як правило, не є характерним, не зважаючи на те, що статтею 17 закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права.

У свою чергу, Директива передбачає, що мотиви осіб, які повідомляють про порушення, для здійснення ними повідомлення не повинні мати значення під час вирішення питання про те, чи повинні вони отримати захист. Це матиме наслідком те, що з часу її впровадження у національне законодавство держав-членів ЄС такий критерій, як мотив викриття, втрачить своє значення, адже він не наведений серед факторів, за допомогою яких можна з'ясувати добросовісність дій викривача. Тож цілком вірогідно, що ЄСПЛ згодом також змінить власні підходи до цього критерію оцінювання, враховуючи також доповідь Венеційської комісії, у якій констатується, що захист викривача повинен ґрунтуватися на його внеску в суспільне благо, а не залежати від відповіді на запитання, чи ця особа була особисто зацікавленою або діяла з корисливих мотивів.

І українське законодавство, і Директива містять положення щодо гарантій захисту прав викривачів, насамперед, трудових прав. Правові норми щодо захисту трудових прав викривачів в Україні містять КЗпП України та Закон України «Про запобігання корупції».

Так, відповідно до ст. 53-4 Закону України «Про запобігання корупції» викривачу, його близьким особам не може бути відмовлено у прийнятті на роботу, їх не може бути звільнено чи примушено до звільнення, притягнуто до дисциплінарної відпові-

дальності чи піддано з боку керівника або роботодавця іншим негативним заходам впливу (переведення, атестація, зміна умов праці, відмова у призначенні на вищу посаду, зменшення заробітної плати тощо) або загрозі таких заходів впливу у зв'язку з повідомленням про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, інших порушень цього Закону.

Закон гарантує захист трудових прав викривача, прямо вказуючи на найбільш поширені форми негативних заходів впливу, які керівнику або роботодавцю заборонено застосовувати до викривача у зв'язку з повідомленням, одночасно залишаючи перелік таких заходів відкритим, тобто невичерпним.

Захист від зазначених вище негативних заходів впливу є частиною імунітету викривача. Однак, як зазначено у постановках Верховного Суду від 15.08.2019 у справі №815/2074/18 та від 11.06.2020 у справі №816/1874/17 імунітет викривача не є абсолютним та має певні межі. У першу чергу, повинен бути наявним зв'язок між негативними заходами впливу або загрозою їх застосування та повідомленням викривача про порушення вимог Закону України «Про запобігання корупції» іншою особою.

Водночас, відповідно до статті 19 Директиви держави-члени вживають необхідних заходів для заборони будь-якої форми переслідування осіб, які повідомили про порушення, зокрема: відсторонення, скорочення, звільнення чи рівнозначних заходів; пониження на посаді чи ненадання підвищення за посадою; передачі повноважень, зміни місця роботи, зменшення розміру заробітної платні, зміни графіка роботи; незабезпечення навчання; негативної оцінки роботи чи рекомендації для працевлаштування; дискримінації, несприятливого чи несправедливого ставлення, тощо.

ЄСПЛ констатував виникнення особливого обов'язку «лояльності (відданості), стриманості та розсудливості» (loyalty, reserve and discretion) у працівників стосовно їхніх роботодавців, що може бути покладено в основу законного обмеження реалізації права на свободу вираження поглядів. Для державних службовців, приміром, цей

обов'язок набуває особливого значення, так як опосередкований функцією, яку вони виконують у демократичному суспільстві: сприяння державі у виконанні її завдань.

Позиція ЄСПЛ полягає у необхідності балансування, з одного боку, суспільного інтересу у розкритті інформації, викривання як прояву свободи вираження поглядів, необхідності захисту викривача і, з іншого боку, обов'язків і відповідальності працівника щодо лояльності, стриманості і поваги до інтересів роботодавця (Рішення у справі «Лангнер проти Німеччини», п. 43), інтересу захисту ділової репутації, комерційних інтересів роботодавця, права роботодавця здійснювати управління кадрами (Рішення у справі «Хайніш проти Німеччини», пп. 88, 90).

Працівники, які зайняті у приватноправовій сфері, також зобов'язані бути лояльними, стриманими та розсудливими щодо своїх роботодавців, що може законно обмежити здійснення їхніх прав на свободу вираження поглядів. Щоправда, цей обов'язок є менш обтяжливим, аніж той, що його встановлено для державних службовців. Тож викривачі, які працюють у приватному секторі, також можуть за певних обставин користуватися захистом відповідно до статті 10 Конвенції.

І в Директиві, і в українському законодавстві міститься однаковий принцип щодо покладення обов'язку доказування у судовому провадженні на сторону, що вжила негативних заходів впливу до викривача.

Так, частиною 3 ст. 81 ЦПК України передбачено, коли у справах щодо застосування керівником або роботодавцем чи створення ними загрози застосування негативних заходів впливу до викривача у зв'язку з повідомленням обов'язок доказування, що прийняті рішення, вчинені дії є правомірними і не були мотивовані діями викривача щодо здійснення цього повідомлення, покладається на відповідача. Так само, відповідно до ч. 5 ст. 21 Директиви, у судових провадженнях чи провадженнях будь-якого іншого органу, які стосуються шкоди, що завдана особі, яка повідомляє про порушення, і за умови встановлення, що ця особа здійснила повідомлення чи публічне розкриття та зазнала шкоди, то презюмується, що

шкоди було завдано в рамках переслідування за повідомлення чи публічне розкриття. У таких випадках обов'язок доведення, що застосовані до особи, яка повідомила про порушення, заходи базувалися на належно обґрунтованих (виправданих) підставах, покладається на особу, яка вжила таких заходів.

Висновки та пропозиції

ЄСПЛ детермінує викриття ("whistle-blowing") як один із проявів свободи вираження поглядів. Існують відмінності між українським законодавством, практикою національних судів та практикою ЄСПЛ у справах щодо захисту прав викривачів. Основна відмінність полягає у ролі мотиву викривача, оскільки ЄСПЛ, на відміну від українських судів та національного законодавства, у якому взагалі не зазначено про необхідність встановлення мотиву викривача, вважає мотив важливим елементом для захисту за статтею 10 Конвенції. Однак, такий підхід ЄСПЛ щодо мотивів викривача може змінитися під впливом Директиви Європейського Парламенту і Ради ЄС 2019/1937 від 23.10.2019 р. У контексті вступу України до Європейського Союзу є важливою єдність законодавства України та Європейського Союзу, практики ЄСПЛ та українських судів щодо захисту трудових прав викривачів.

Література

1. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII // Офіційний сайт Верховної Ради України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#n348>
2. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII // Офіційний сайт Верховної Ради України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08/ed30000101#Text>
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року, ратифікована Законом України 17 липня 1997 року № 475/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
4. Директива Європейського Парламенту і Ради ЄС 2019/1937 від 23.10.2019

про захист осіб, які повідомляють про порушення законодавства Європейського Союзу

5. Роз'яснення Національного агентства з питань запобігання корупції “Щодо правового статусу викривача” від 12.06.2023 року // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wiki.nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2023/06/Rozyasnennya-vid-12.06.23-2-SHHodo-pravovogo-statusu-vykryvacha.pdf>. 33 С.

6. Застосування практики Європейського суду з прав людини щодо захисту прав викривачів в адміністративному судочинстві / Косиця О.О. – Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2019. № 37. С. 55-58. URL: <https://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc37/16.pdf>

7. Правовий захист викривачів / За заг. редакцією Нестеренко О. В., Шостко О. Ю. — Харків: ТОВ «Видавництво „Права людини“», 2016. — 94 с.

8. Свобода вираження поглядів: практика Європейського суду щодо України / Інститут Медіа Права; за редакцією Т. Шевченка, А. Балацької. Київ: Фенікс, 2012. 192 с

9. Науково-практичний коментар законодавства України про захист викривачів

SUMMARY

The article is devoted to the study of the common and distinctive features of the European and Ukrainian approaches to the protection of the labor rights of whistleblowers by means of an analysis of the conclusions of the European Court of Human Rights, norms of Ukrainian legislation and relevant legal acts of the European Union.

Key words: whistleblower, protection of labor rights, European Court of Human Rights, freedom of expression.

корупції / за заг. ред. О. Нестеренко. – Київ : ТОВ РЕД ЗЕТ, 2021. – 140 с.

10. Постанова Верховного Суду від 15 серпня 2019 року у справі №815/2074/18.

11. Постанова Верховного Суду від 19 квітня 2023 у справі №761/8294/21.

12. Постанова Верховного Суду від 21 червня 2023 у справі № 761/33183/20.

13. Постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2020 року у справі №826/3388/18.

14. Рішення Європейського суду з прав людини «Гуджа проти Молдавіи» [Guja v. Moldova] (No 14277/04). 2008.

15. Рішення Європейського Суду з прав людини «Гуджа проти Молдавіи» 2 [Guja v. Moldova/ no 2] (No. 1085/10).