

АНАЛІЗ ПРОБЛЕМИ

1.3.1. Вади законодавства та недостатність ефективних ризик-орієнтованих механізмів виявлення конфлікту інтересів обмежують можливості мінімізації корупції за рахунок запобігання та врегулювання конфлікту інтересів

Неупередженість у прийнятті рішень є однією з найбільш затребуваних чеснот, яку очікує суспільство від осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та порівнянних до них осіб.

Суспільний запит на об'єктивність та неупередженість отримав свій вияв у нормативних приписах. Так, наприклад, ознакою принципу професіоналізму у державній службі є «об'єктивне і неупереджене виконання посадових обов'язків», а під час складання присяги судді особа урочисто бере на себе обов'язок перед Українським народом здійснювати правосуддя об'єктивно, безсторонньо, неупереджено.

Одним із законодавчо визначених механізмів, покликаних забезпечити добросовісну поведінку і, як наслідок, мінімізувати потенційні ризики корупції, пов'язані з впливом приватних інтересів на прийняття публічними службовцями рішень, є інститут запобігання та врегулювання конфлікту інтересів.

Водночас досягненню відповідної мети заважають, з одного боку, недосконалість чинних законодавчих приписів щодо конфлікту інтересів, а з іншого – точкові, несистемні і, як наслідок, суперечливі зміни до антикорупційного законодавства, а також законодавства, що регламентує виконання професійних функцій різноманітними суб'єктами, конфлікт інтересів в діяльності яких виступає фактором, що породжує корупцію.

До ключових вад існуючого механізму запобігання та врегулювання конфлікту інтересів на сьогодні варто віднести такі.

1. Визначення термінів, зокрема «потенційний конфлікт інтересів», «реальний конфлікт інтересів» не мають достатньої чіткості і однозначності, що ускладнює їх розуміння та застосування як суб'єктами, на яких поширюються вимоги Закону України «Про запобігання корупції» (далі в цьому підрозділі – Закон), так і спеціальними суб'єктами у сфері запобігання корупції та суддями.

Так, у визначенні обох термінів наявні такі елементи як «приватний інтерес» та «службове/представницьке повноваження». Для констатації потенційного конфлікту інтересів достатньо встановити факт наявності приватного інтересу в сфері виконання зазначених повноважень, а для констатації реального конфлікту інтересів необхідно встановити, що приватний інтерес вступив у суперечність із службовим/представницьким повноваженням.

Вживання у визначенні реального конфлікту інтересів такої ознаки як «суперечність» не сприяє ясності, допускаючи, що впливати на об'єктивність здійснення повноважень може не будь-який приватний інтерес, а лише той, що «суперечить» повноваженням. За рахунок цього основний акцент зміщується з самого факту впливу на об'єктивність здійснення конкретних повноважень на з'ясування наявності суперечності між приватним інтересом та повноваженням. Водночас, основною небезпекою конфлікту інтересів як соціального і правового явища є те, що приватний інтерес перешкоджає неупередженому виконанню повноважень, а не у тому, що можуть існувати приватні інтереси, які суперечать службовим повноваженням.

Більше того, визначення терміну «конфлікт інтересів», які містяться у ст. 13

Рекомендації № R(2000)10 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців (прийнята Комітетом Міністрів на 106 сесії 11 травня 2000 року) , а також в законодавчих актах деяких іноземних держав (зокрема, Словенії, Литви, Латвії, Молдови, Сербії) також не містять слова «суперечність», а ключовим є саме «вплив»/«можливість впливу» приватного інтересу на службові повноваження.

Доводиться констатувати, що описана вище вада антикорупційного законодавства зумовлює суперечливу правозастосовну практику з боку суб'єктів, у яких виникає конфлікт інтересів, спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції, які виявляють відповідні порушення вимог щодо конфлікту інтересів (Національне агентство з питань запобігання корупції (далі в цьому підрозділі – НАЗК), Національна поліція України), та судів, які уповноважені на розгляд справ про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією).

У судовій практиці доволі часто саме недоведеність наявності суперечності між приватним інтересом та службовим повноваженням є визначальним фактором для судів під час вирішення питання про ймовірне порушення вимог Закону щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів . На судову практику застосування норм щодо конфлікту інтересів під час вирішення питання про притягнення особи до адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язане з корупцією, значною мірою впливає позиція Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (ВССУ), яку він висловив у листі до нижчих судів «Щодо притягнення до адміністративної відповідальності за окремі правопорушення пов'язані з корупцією» від 22.05.2017, та яка базується на не зовсім коректному визначенні терміну «реальний конфлікт інтересів», визначаючи суперечність однією із складових реального конфлікту інтересів.

Встановлення «наявності суперечності між приватним інтересом і повноваженнями особи» та вимога встановлення «наявності реального впливу суперечності між приватними і службовими/представницькими інтересом на об'єктивність або неупередженість рішення» створюють додаткові перешкоди для притягнення осіб до адміністративної відповідальності та забезпечення принципу невідворотності відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією, що в свою чергу зумовлює вчинення нових правопорушень, пов'язаних корупцією.

З оглядку на описану вище проблематику, а також визначені Антикорупційною стратегією на 2021 – 2025 роки очікувані стратегічні результати, у *Державній антикорупційній програмі на 2023–2025 роки* закладено необхідність внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції», які дозволять надати законодавчим приписам щодо конфлікту інтересів зрозумілості та однозначності (зокрема, уточнити чи змінити таку ознаку визначення терміну «реальний конфлікт інтересів» як «суперечність», удосконалити термін «потенційний конфлікт інтересів»).

2. Наведене у Законі визначення поняття «приватний інтерес» не дає чіткого розуміння того, у чому він може полягати. Надаючи визначення терміну «приватний інтерес», законодавець зазначає, що ним є будь-який (майновий чи немайновий) інтерес.

Таким чином, у вирішенні питання щодо наявності чи відсутності приватного інтересу кожний мусить покладатися виключно на своє суб'єктивне його сприйняття, що є основною причиною нерозуміння суті конфлікту інтересів, призводить до вчинення правопорушень або ускладнює роботу публічних службовців, які вбачають конфлікт інтересів у ситуаціях, де він фактично відсутній.

Крім того, у «Найвищих принципах запобігання і врегулювання конфлікту інтересів на публічній службі», які затверджені державами G-20 у 2018 році, зазначено, що необхідно встановити конкретні, узгоджені та оперативні стандарти поведінки державних службовців. Ці стандарти повинні дати чіткий і реалістичний опис того, які обставини та відносини можуть призвести до ситуації «конфлікту інтересів» .

Для вирішення цієї проблеми *Державною антикорупційною програмою на 2023 – 2025 роки* передбачено внесення відповідних змін до Закону, зокрема надання чіткості визначенню поняття «приватний інтерес», а також запровадження визначення поняття «публічний інтерес», що давало б змогу розмежовувати ці поняття.

3. Наведені у розділі V Закону правила щодо врегулювання конфлікту інтересів є недостатніми для забезпечення врегулювання конфлікту інтересів, у тому числі у всіх категорій публічних службовців (зокрема, стосовно осіб, які не мають безпосереднього керівника чи займають виборні посади) та за будь-яких обставин, оскільки:

1) відсутній алгоритм дій безпосереднього керівника особи, в якій наявний конфлікт інтересів, у разі відсутності у нього повноважень для застосування того чи іншого способу зовнішнього врегулювання конфлікту інтересів (наприклад, переведення та звільнення);

2) не узгоджено між собою деякі положення ст. 28 Закону, зокрема, щодо особи, яку необхідно інформувати про конфлікт інтересів та особи, яка має врегулювати конфлікт інтересів;

3) фактично відсутній механізм врегулювання конфлікту інтересів для осіб, у яких виникає конфлікт інтересів і які не мають безпосереднього керівника, оскільки надання Національним агентством з питань запобігання корупції роз'яснення, як того вимагає Закон України «Про запобігання корупції», щодо порядку дій особи у відповідній ситуації, не є способом зовнішнього врегулювання конфлікту інтересів, а вжиття особою заходів самостійного врегулювання конфлікту інтересів шляхом позбавлення приватного інтересу, у переважній більшості випадків неможливе;

4) існує неузгодженість норм Закону щодо строків повідомлення про конфлікт інтересів та строків самостійного його врегулювання, оскільки з одного боку законодавчі приписи зобов'язують особу повідомити про конфлікт інтересів свого керівника, а з іншого – одночасно надають право на самостійне врегулювання конфлікту інтересів шляхом позбавлення відповідного приватного інтересу з наданням підтверджуючих це документів безпосередньому керівнику або керівнику органу, до повноважень якого належить звільнення/ініціювання звільнення з посади.

Однак на практиці дані норми доволі складно реалізувати, адже після повідомлення про конфлікт інтересів керівник має протягом двох робочих днів вжити заходи зовнішнього врегулювання конфлікту інтересів у підлеглого працівника, що, як правило, позбавляє особу можливості реалізувати своє право на самостійне врегулювання конфлікту інтересів, та тим самим не застосовувати механізми зовнішнього врегулювання конфлікту інтересів .

5) законодавство не містить положень, які б встановлювали адміністративну відповідальність керівників за нежиття заходів щодо врегулювання конфлікту інтересів, що призводить до невиконання чи неналежного виконання обов'язку щодо врегулювання конфлікту інтересів у підлеглих осіб. В свою чергу, несвоєчасно врегульований/неврегульований потенційний конфлікт інтересів призводить надалі до прийняття підлеглими рішень в умовах реального конфлікту інтересів та притягнення їх до адміністративної відповідальності;

6) визначений Законом строк для прийняття рішення про врегулювання конфлікту інтересів вочевидь є занадто коротким і не враховує особливості функціонування тих чи інших органів, підприємств, установ, організацій, у посадових осіб яких може виникати конфлікт інтересів;

7) Закон не містить вимог щодо форми та порядку повідомлення про конфлікт інтересів, що зумовлює альтернативність (невизначеність) дій для особи у разі виникнення у неї конфлікту інтересів та може мати наслідком притягнення особи до відповідальності.

Недостатність чіткості алгоритму дій щодо самостійного та зовнішнього врегулювання конфлікту інтересів сприяє несвоєчасному та неправильному врегулюванню конфлікту інтересів та/або його неврегулюванню взагалі.

З метою виправлення зазначених недоліків антикорупційного законодавства

Державною антикорупційною програмою на 2023 – 2025 роки визначено необхідність розробки проектів законів про внесення змін до Закону України «Про запобігання корупції» та Кодексу України про адміністративні правопорушення, які б удосконалили процедури врегулювання конфлікту інтересів та забезпечили заходи відповідальності для керівника за невжиття заходів врегулювання конфлікту інтересів у підлеглої особи.

4. Окрім того, що конфлікт інтересів у разі його виникнення повинен бути врегульований, має бути також дієвою і система заходів із запобігання прийняттю рішень в умовах реального конфлікту інтересів.

На практиці неодноразово виникала необхідність реалізації публічним службовцем повноваження стосовно, наприклад, члена сім'ї чи близької особи, відносини з якими зумовлюють існування приватного інтересу. Тому виникнення певних ситуацій апriori зумовлюють існування реального конфлікту інтересів.

Наприклад, в умовах конфлікту інтересів вчиняються/приймаються дії/рішення, які впливають на матеріальний стан публічного службовця (рішення щодо додаткових виплат до заробітної плати, надання майна у власність, користування тощо), чи його близьких осіб (членів сім'ї, інших осіб, перелік яких наведено у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»), в інтересах юридичних осіб, засновниками, бенефіціарами чи керівниками яких є сам публічний службовець чи його близькі особи.

З урахуванням зазначеного, з метою запобігання прийняттю певної категорії рішень під впливом очевидного приватного інтересу у *Державній антикорупційній програмі на 2023 – 2025 роки* передбачено визначення у Законі України «Про запобігання корупції» переліку заборон на прийняття рішень, вчинення дій чи укладення угод у певних типових ситуаціях.

5. На сьогодні Законом України «Про запобігання корупції» передбачено такий спосіб запобігання конфлікту інтересів як передача в управління належних публічному службовцю підприємств та корпоративних прав.

Попри те, що положення Закону, що регламентують процедуру запобігання конфлікту інтересів у зв'язку з наявністю у особи корпоративних прав (ст. 36), упродовж останніх декількох років зазнавали певних змін, спрямованих переважно на покращення відповідних механізмів, на сьогодні лишилися положення, які не дають змоги ефективно запобігати конфлікту інтересів, та які, відповідно, потребують удосконалення:

- відсутність обов'язку передавати в управління підприємства та корпоративні права, які набуваються після призначення (обрання) на посаду;

- можливість передавати в управління належні суб'єкту підприємства та корпоративні права близьким особам;

- передбачена за порушення обов'язку з передачі в управління підприємств та корпоративних прав дисциплінарна відповідальність є малоефективною (до деяких суб'єктів взагалі не може бути застосована, наприклад до народних депутатів України);

- відсутність заборони на прийняття рішень чи вчинення дій стосовно юридичних осіб, які належать особі, або у яких в особи наявні корпоративні права (оскільки передача в управління підприємств та корпоративних прав не позбавляє особу приватного інтересу).

Без досконалого порядку передачі в управління підприємств та корпоративних прав і дієвого механізму притягнення до відповідальності за порушення відповідного порядку, дотримання вимог щодо передачі в управління підприємств та корпоративних прав зводиться до формалізму, а отже не сприяє запобігання корупції.

Одним із можливих способів вирішення описаної проблеми може бути, зокрема, передбачення в Законі приписів, які б усували вищезазначені недоліки, та встановлення заборони на прийняття рішень чи вчинення дій стосовно юридичних осіб, у яких в особи наявні корпоративні права чи керівниками яких є сам публічний службовець чи його близькі особи, щодо чого визначені відповідні заходи у *Державній антикорупційній*

програмі на 2023 – 2025 роки.

6. З метою забезпечення ефективного застосування на практиці норм законодавства щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів Закон, серед іншого, наділив НАЗК повноваженням здійснювати моніторинг та контроль за виконанням актів законодавства з питань етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів.

Визнаючи підвищення ефективності здійснюваного НАЗК моніторингу, варто виділити окремі проблеми, які на сьогодні все ще існують:

- вживання в описі відповідного повноваження НАЗК одночасно слів «моніторинг» і «контроль» за дотриманням актів законодавства щодо етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, які є різними за своїм змістом та алгоритмом здійснення;

- недостатньо чітке визначення меж моніторингу. З аналізу норм Закону України «Про запобігання корупції» вбачається, що між його положеннями, які регламентують обмеження щодо запобігання корупції й порушення яких сприяють виникненню конфлікту інтересів, та вимогами щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів не завжди достатньо чіткий взаємозв'язок.

- неточності у формулюваннях прав НАЗК у ст. 12 Закону, зокрема щодо права НАЗК на отримання документів, вжиття заходів реагування у зв'язку із виявленням порушень вимог Закону.

Так, зокрема, законодавчо визначено, що суб'єкти, яким адресовано письмовий запит НАЗК, зобов'язані (ч. 8 ст. 12 Закону України «Про запобігання корупції») у встановлений строк, надавати запитувані НАЗК інформацію та документи, проте відповідне право НАЗК на отримання документів не визначено. Крім того, законодавче право НАЗК отримувати інформацію (п. 11 ч. 1 ст. 12 Закону України «Про запобігання корупції») застосовується лише до державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, суб'єктів господарювання незалежно від форми власності та їх посадових осіб, громадян та їх об'єднань. Зазначене значно ускладнює отримання інформації та документів, необхідних для виконання покладених на нього завдань, від інших осіб. Крім того, такий захід реагування як внесення припису керівнику органу, підприємства, установи, організації неможливо застосувати у випадках, коли це стосується колегіального органу;

- неузгодженість положень Закону з нормами інших законів, що унеможливує отримання певних видів інформації з обмеженим доступом (наприклад відомості, що містять таємницю досудового розслідування, інформація, що стосується митної справи чи дані, що становлять банківську таємницю (мається на увазі інформація, якою володіє Національний банк України), чи здійснення ефективного співробітництва з окремими державними органами (наприклад, з Державною службою фінансового моніторингу);

- відсутність системи ранжування та аналізу інформації, що міститься в інформаційно-технічній системі Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка б давала можливість визначати ризики порушення вимог законодавства щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів суб'єктами декларування;

- наявність поряд із НАЗК повноважень у Ради суддів України здійснювати контроль за додержанням вимог законодавства щодо врегулювання конфлікту інтересів у діяльності, зокрема, суддів.

Згідно зі ст. 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Згідно з п. 6-1 ч. 1 ст. 11 Закону Національне агентство з питань запобігання корупції здійснює моніторинг та контроль за виконанням актів законодавства з питань етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб,

уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняних до них осіб.

Разом з тим, згідно із п. 6 ч. 8 ст. 133 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Рада суддів України здійснює контроль за додержанням вимог законодавства щодо врегулювання конфлікту інтересів у діяльності суддів, Голови чи членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Голови Державної судової адміністрації України чи його заступників; приймає рішення про врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів у діяльності зазначених осіб (у разі, якщо такий конфлікт не може бути врегульований у порядку, визначеному процесуальним законом).

Фактично чинне законодавство наділяє контрольними повноваженнями двох різних суб'єктів, які, крім того, за поділом державної влади належать до виконавчої та судової гілок влади.

Виходячи із зазначеного позиція Рада суддів України зводиться до того, що п. 6-1 ч. 1 ст. 11 Закону нібито не поширюється на суддів, а тому Рада суддів України є єдиним органом, який уповноважений здійснювати відповідний контроль.

Більше того в межах повноваження, визначеного п. 6 ч. 8 ст. 133 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Рада суддів України надає роз'яснення суддям щодо конфлікту інтересів, відповідно до Порядку здійснення контролю за дотриманням законодавства щодо конфлікту інтересів у діяльності суддів та представників судової системи та його врегулювання, затвердженим рішенням Ради суддів України від 04.02.2016 № 2 (далі – Порядок).

Відповідно до пп. 1, 2 ч. 1 ст. 7 Порядку, Рада суддів України надає рекомендації, роз'яснення, консультативні висновки загального характеру стосовно застосування та тлумачення нормативно-правових актів щодо конфлікту інтересів; надає роз'яснення, рекомендації та консультативні висновки індивідуального характеру за заявами та повідомленнями суб'єктів конфлікту інтересів щодо наявності у їх діяльності реального або потенційного конфлікту інтересів, а також щодо заходів їх запобігання або врегулювання.

При цьому, згідно із п. 7 ст. 9, п. 1 ч. 1 ст. 20 Порядку, у випадку коли особа отримала підтвердження про відсутність конфлікту інтересів (надане Радою суддів України), вона звільняється від відповідальності, якщо у діях, щодо яких вона зверталася за роз'ясненням пізніше буде виявлено конфлікт інтересів.

Натомість, ні Закон України «Про запобігання корупції», ні Закон України «Про судоустрій і статус суддів», не наділяє Раду суддів України повноваженнями стосовно надання роз'яснень щодо конфлікту інтересів.

Відповідно до ч. 5 ст. 28 Закону питання стосовно надання роз'яснень особам (усім без винятку, в тому числі суддям), які мають сумніви щодо наявності в них конфлікту інтересів належить до компетенції Національного агентства, як єдиного органу, що забезпечує формування та реалізацію державної антикорупційної політики.

Тому особи, які отримали підтвердження саме Національного агентства про відсутність конфлікту інтересів, звільняються від відповідальності, якщо у діях, щодо яких вони зверталися за роз'ясненням, пізніше було виявлено конфлікт інтересів (ч. 6 ст. 28 Закону).

У п. 53 висновку Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанська комісія) від 11.12.2020 № 1012/2020 стосовно аналізу законодавчої ситуації навколо антикорупційних механізмів щодо рішення Конституційного Суду України № 13-р/2020 зазначено, що Венеціанська комісія завжди остерігалася правил, які звільняють суддів від загального правового режиму і неодноразово попереджала про ризик судового корпоративізму, кумівства і кругової поруки серед суддів, наголошуючи, що судді повинні користуватися лише функціональним імунітетом, тобто безпосередньо пов'язаним з виконанням судових функцій. На думку Венеціанської комісії, немає переконливого обґрунтування встановлення спеціального правового режиму перевірки фінансових декларацій суддів.

З метою досягнення правової визначеності у регулюванні зазначених правовідносин, усунення можливості двозначного тлумачення відповідних положень, проектом Закону пропонується виключити норму, яка наділяє Раду суддів України повноваженнями щодо здійснення контролю за додержанням законодавства про врегулювання конфлікту інтересів у діяльності суддів, залишивши при цьому за Радою суддів України повноваження щодо прийняття рішення про врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів у діяльності суддів (у разі, якщо такий конфлікт не може бути врегульований у порядку, визначеному процесуальним законом).

Розподіл функцій щодо надання роз'яснень суддям стосовно конфлікту інтересів та врегулювання конфлікту інтересів у суддів (між Національним агентством з питань запобігання корупції та Радою суддів України (якщо конфлікт інтересів виникає поза межами здійснення правосуддя) або суддями шляхом відводів, самовідводів (якщо конфлікт інтересів виникає під час здійснення правосуддя відповідно)) забезпечить найвищий рівень незалежності судової гілки влади.

При цьому, запропоновані зміни не матимуть вплив на незалежність судової гілки влади, з огляду на те, що здійснення моніторингу та контролю за дотриманням вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності суддів передбачає лише виявлення Національним агентством з питань запобігання корупції фактів порушень, а остаточне рішення щодо підтвердження таких фактів приймається судом (або Вищою радою правосуддя) у межах відповідного провадження.

Державною антикорупційною програмою на 2023 - 2025 роки передбачено ряд заходів, спрямованих на усунення описаних недоліків системи моніторингу за виконанням актів законодавства щодо конфлікту інтересів, зокрема, удосконалення положень Закону та інших законодавчих актів України, які б надавали змогу отримувати всю необхідну для здійснення моніторингу інформацію. Крім того, передбачається розвиток ІТ-продукту «Приховані інтереси».

З метою досягнення правової визначеності у регулюванні зазначених правовідносин, усунення можливості двозначного тлумачення відповідних положень у **Державній антикорупційній програмі на 2023 - 2025 роки** пропонується розробка Закону щодо виключення норми, яка наділяє Раду суддів України повноваженнями щодо здійснення контролю за додержанням законодавства про врегулювання конфлікту інтересів у діяльності суддів, залишивши при цьому за Радою суддів України повноваження щодо прийняття рішення про врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів у діяльності суддів (у разі, якщо такий конфлікт не може бути врегульований у порядку, визначеному процесуальним законом).