

ВИСНОВОК ГРОМАДСЬКОЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

від «23» січня 2018 р.

Назва законопроекту	Про Вищий антикорупційний суд
Номер і дата реєстрації	7440 від 22.12.2017 року
Автор законопроекту	Президент України
Веб-адреса картки законопроекту на сервері ВРУ	http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63218
Головний комітет ВРУ	Комітет з питань правової політики та правосуддя
Етапи проходження законопроекту	В порядок денний не включено (18.01.2018)
Корупційна небезпечність проекту (за 5-бальною шкалою)	5 (знайдено 8 корупціогенних факторів)
Суспільна важливість проекту (за 5-бальною шкалою)	5 (експертна оцінка)
Висновок та рекомендації	Законопроект не відповідає вимогам антикорупційного законодавства.

Задекларована суть законопроекту

Визначення засад організації та діяльності Вищого антикорупційного суду і спеціальних вимог до суддів цього суду та гарантій їх діяльності.

Ключові наслідки

Стаття	Корупціогенний фактор	Наслідок
Стаття 7	<p>Колізії.</p> <p>Статтю 7 законопроекту пропонуються спеціальні вимоги до суддів ВАС.</p> <p>1. Частиною 2 ст. 8 законопроекту вимагається, що на посаду судді ВАС громадянин України може бути призначений не молодшим тридцяти п'яти років, який має значний досвід здійснення у міжнародних міжурядових організаціях чи міжнародних судових установах за кордоном професійної діяльності у сфері права з питань протидії та боротьби із корупцією, володіє знаннями та практичними навичками застосування сучасних міжнародних антикорупційних стандартів і найкращих світових практик у сфері протидії та боротьби із корупцією, практики Європейського суду з прав людини та відповідає одній із таких вимог: 1) має стаж роботи на посаді судді не менше п'яти років; 2) має науковий ступінь у сфері права та стаж наукової роботи у сфері права щонайменше сім років; 3) має досвід професійної діяльності адвоката, у тому числі щодо здійснення представництва в суді та/або захисту від</p>	<p>1. Запропонована законопроектом «комбінація» вимог до суддів ВАС унеможливорює формування складу цього суду, оскільки кандидатів, як і б відповідали цим надто жорстким критеріям, знайти буде складно. Нечіткість критеріїв до кандидатів на посаду судді ВАС дозволить ВККС визначати на власний розсуд, чи відповідає «значний досвід» у міжнародних міжурядових організаціях чи установах того чи іншого кандидата цим вимогам, а також створюватиме можливості для зловживань при доборі кандидатів у судді ВАС.</p> <p>Підвищення нижньої межі віку для судді ВАС є невиправданим порівняно з вимогами щодо віку кандидата на посаду судді Верховного Суду (див. детальніше п. 3 цього корупціогенного</p>

	<p>кримінального обвинувачення щонайменше сім років; 4) має сукупний стаж (досвід) зазначеної у пунктах 1 – 3 цієї частини роботи (професійної діяльності) щонайменше сім років.</p> <p>Ч. 1 ст. 7 законопроекту вступає у колізію з ч. 1 ст. 69 Закону «Про судоустрій та статус суддів» у частині визначення віку для судді ВАС «не молодшим 35 років», при цьому для кандидата на посаду судді ВС — це межа від 30 — 65 років.</p> <p>2. Частиною 4 ст. 127 Конституції закріплено, що для суддів спеціалізованих судів відповідно до закону можуть бути встановлені інші вимоги щодо освіти та стажу професійної діяльності. Відповідно до роз'яснення Вищої кваліфікаційної комісії суддів ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» у частині визначення «стажу професійної діяльності у сфері права»¹ така діяльність включає у себе: діяльність протягом встановленого законом строку за спеціальністю: 1) у судах та органах судової влади; 2) в органах прокуратури; 3) в адвокатурі; 4) у нотаріаті; 5) органах державної влади та місцевого самоврядування; 6) в Президії Національної академії наук України та галузевих академіях наук, а також у наукових та науково-педагогічних установах, організаціях та їх підрозділах, які діють в галузі права; 7) підприємствах, установах, організаціях, зокрема на керівних та адміністративних посадах, у разі якщо така діяльність або повноваження особи чи види діяльності органу, підприємства, установи, організації передбачали, зокрема, нормотворчість, правозастосування, правову допомогу, юридичне забезпечення діяльності, претензійну роботу, виконання судових рішень, юридичне представництво інтересів осіб, захист від кримінального обвинувачення.</p> <p>Наведене тлумачення поняття «стажу професійної діяльності у сфері права» вступає у колізію з п. 1 ч. 4 ст. 7 законопроекту, в якій сформульовано заборону бути призначеними суддями Вищого антикорупційного суду особам, які упродовж десяти років, що передували призначенню: працювали (проходили службу) в органах прокуратури, деяких органах виконавчої влади тощо.</p> <p>3. Зокрема, п. 7 ч. 4 ст. 8 законопроекту передбачає, що не можуть бути призначені</p>	<p>фактору).</p> <p>2. Обмеження, передбачені пунктами 1-2 ч. 4 ст. 7 законопроекту, носять дискримінаційний характер, не виправдано обмежують коло осіб, які можуть претендувати на посаду суддів ВАС та не виконують превентивної функції.</p> <p>3. Вживання у п. 7 ч. 4 ст. 8 законопроекту слів «незалежно</p>
--	--	--

¹Див. детальніше тут: <https://vkksu.gov.ua/ua/news/pro-obrachuwannia-stazu-profiesijnoi-diialnosti-u-sferi-prawa-widpowidno-do-wimog-statti-69-zakonu-ukraini-pro-sudoustrij-i-status-suddiw/>

	<p>суддями ВАС особи, які відповідно до вироку суду, що набрав законної сили, були позбавлені права обіймати посади або займатися діяльністю, що пов'язані з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування (крім осіб, які були реабілітовані), незалежно від зняття чи погашення такої судимості, або які мали судимість за вчинення будь-якого умисного злочину, незалежно від зняття чи погашення такої судимості.</p> <p>Частиною 1 ст. 38 Закону «Про судоустрій і статус суддів» закріплено, що суддею Верховного Суду може бути особа, яка відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Верховному Суді, а також відповідає одній із вимог, передбачених пунктами 1-4 цієї статті.</p> <p>Згідно з ч. 1 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший шістдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, добросовісним та володіє державною мовою.</p> <p>А відповідно до ч. 2 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» не може бути призначений суддею громадянин, який має незняту чи непогашену судимість (п. 3)².</p> <p>! Зазначені вимоги поширюються на суддів Верховного Суду України, зокрема, на суддів Касаційного кримінального суду, які будуть переглядати рішення ВАС та Апеляційної палати ВАС у касаційному порядку.</p>	<p>Від зняття чи погашення такої судимості» призводить до таких наслідків:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Нівелювання суті кримінально-правового інституту «судимості»: погашення судимості означає, що судимість особи втратила своє правове значення і така особа в подальшому не може зазнавати правообмежень кримінально-правового і загальноправового характеру. 2. Складається ситуація, коли законопроектом встановлюються вищі вимоги до суддів першої та апеляційної інстанцій (Вищого антикорупційного суду та Апеляційної палати ВАС), ніж до суддів Верховного Суду України, які вже обрані за вимогами, передбаченими Законом «Про судоустрій і статус суддів».
Ч. 4 ст. 8	<p>Колізії. Корупціогенні вади законодавчої техніки.</p> <p>Законопроект пропонується, що Громадська рада добросовісності, що утворена і здійснює діяльність відповідно до Закону України "Про судоустрій і статус суддів", на час діяльності Громадської ради міжнародних експертів не залучається до встановлення відповідності кандидатів на посади суддів Вищого антикорупційного суду передбаченим законом критеріям для цілей кваліфікаційного оцінювання.</p>	<p>Виведення ГРД з процесу відбору суддів до ВАС є необґрунтованим (зазначене положення законопроекту піддано критиці Міжнародним валютним фондом (далі — МВФ) — див. п. 1 рекомендацій до висновку).</p>
Ч. 4, 5	Корупціогенні вади законодавчої техніки.	1. Визначення дорадчої ролі за

²Наприклад, за аналогією, згідно з ч. 3 ст. 76 Конституції не може бути обраним до Верховної Ради України громадянин, який має судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку. Виходячи з цих положень, можна зробити висновок: якщо судимість погашена і знята у встановленому законом порядку, то особа може бути обраною до ВР.

ст. 8, ст. 9	<p>1. У ч. 5 ст. 8 законопроекту зазначено, що ВККС може ухвалити рішення про «підтвердження здатності» (якщо за це рішення проголосувало не менше 11 членів), яким нівелюється висновок Громадської ради міжнародних експертів (далі — ГРМЕ) щодо невідповідності кандидата на посаду судді вимогам, передбаченим ч. 4 ст. 8 законопроекту.</p> <p>Ч. 4 ст. 8 закріплено, що ГРМЕ створюється з «метою сприяння ВККС», а ч. 1 ст. 9 визначено, що «Громадська рада міжнародних експертів утворюється строком на шість років Вищою кваліфікаційною комісією суддів України для сприяння їй у підготовці рішень з питань призначення на посади суддів Вищого антикорупційного суду та є її допоміжним органом».</p> <p>2. Ч. 2 ст. 9 визначає, що «виключно на підставі пропозицій міжнародних організацій, з якими Україна співпрацює у сфері запобігання та протидії корупції відповідно до міжнародних договорів України» ВККС призначаються члени до ГРМЕ.</p> <p>3. Ч. 2 ст. 9 не передбачає нижньої межі щодо кількості членів ГРМЕ, а лише закріплює верхню межу у кількості 7 осіб.</p> <p>Водночас, ч. 12 ст. 9 закріплено, що рішення ГРМЕ приймається двома третинами щодо надання висновку про невідповідність кандидата на посаду судді ВАС критеріям, зазначеним у ч. 4 ст. 8 законопроекту, а з інших питань — більшістю голосів від складу ГРМЕ.</p>	<p>ГРМЕ та можливість подолати 11-ма голосами ВККС висновок ГРМЕ щодо неприйнятності кандидата на посаду судді ВАС нівелює ідею та мету створення ГРМЕ, а також не відповідає рекомендаціям Венеціанської комісії (далі — ВК) та МВФ (див. пункти 1-2 рекомендацій до цього Висновку).</p> <p>2. Закріплення законопроектом виключного права за міжнародними організаціями, з якими Україна співпрацює у сфері протидії і боротьби з корупцією, пропонувати експертів до ГРМЕ суперечить вимогам рекомендаціям ВК та МВФ (див. пункти 1-2 рекомендацій до цього Висновку). Таке право повинно надаватись також міжнародним донорам, які надають Україні допомогу для антикорупційних програм.</p> <p>3. Відсутність вимоги у законопроекті щодо нижньої межі кількості членів ГРМЕ дозволяє ВККС затягувати процес формування ГРМЕ або ж призначити 1 чи 2-х її членів, що не сприятиме її повноцінному функціонуванню.</p>
Ч. 4 ст. 9	<p>Корупціогенні вади законодавчої техніки.</p> <p>Ч. 4 ст. 9 законопроекту передбачається, що членами Громадської ради міжнародних експертів не можуть бути призначені особи, які є суб'єктами, на яких поширюється дія Закону України "Про запобігання корупції" або які не відповідають вимогам, зазначеним у частині четвертій статті 7 цього Закону.</p> <p>Відповідно суб'єкти, на яких поширюється дія Закону «Про запобігання корупції», визначені ст. 3 цього Закону.</p>	<p>Видається, що зазначене положення ч. 4 ст. 9 законопроекту, спрямоване на недопущення до участі в ГРМЕ саме фізичних осіб, передбачених п. 5 ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», як таких, що безпосередньо займаються питаннями «впровадження за кордоном чи в міжнародних організаціях сучасних міжнародних антикорупційних стандартів і найкращих світових практик у сфері протидії та боротьби з корупцією» (як це зазначено у ч. 3 ст. 9 законопроекту) та проявляють активну позицію у питаннях протидії та боротьби з корупцією в Україні.</p>
Ч. 4, 5 ст. 11	<p>Колізії. Прогалини.</p> <p>1. Законопроектом пропонується закріпити, що результати психофізіологічного дослідження із застосуванням поліграфа судді ВАС не можуть</p>	<p>1. Закон не визначає, що слід розуміти під «інформацією ймовірного характеру» та яка її юридична сила при проведенні</p>

	<p>бути підставою для ініціювання кримінального провадження або провадження у справі про адміністративне правопорушення, а використовуються як інформація ймовірного характеру при проведенні кваліфікаційного оцінювання судді, а також у разі порушення щодо судді дисциплінарного провадження.</p> <p>2. Ч. 5 ст. 11 законопроекту пропонується розглядати відмову судді ВАС пройти психофізіологічне дослідження із застосуванням поліграфа за відсутності медичних протипоказань для проведення дослідження як підставу для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності в установленому законом порядку та грубим нехтуванням обов'язками судді, що є несумісним зі статусом судді або виявляє його невідповідність займаній посаді.</p> <p>Це положення вступає у колізію зі ст. 106 Закону «Про судоустрій і статус суддів», яка визначає підстави дисциплінарної відповідальності судді. З положень ст. 106 Закону «Про судоустрій і статус суддів» незрозуміло, до якої з підстав слід віднести непроходження суддею ВАС поліграфа.</p> <p>За загальними правилами проходження поліграфа відбувається на засадах добровільності, що впливає зі статей 28, 32 Конституції України.</p> <p>Законопроект не визначає, які саме медичні протипоказання дозволяють судді ВАС уникнути проходження поліграфа.</p>	<p>кваліфікаційного оцінювання судді. Подібні формулювання носять оціночний характер та можуть бути використані корупційно зацікавленими особами з метою недопущення окремих кандидатів на посади суддів ВАС чи з метою отримання непропорційної вигоди за прийняття «правильного» рішення щодо того, чи іншого кандидата.</p> <p>2. Відсутність чіткого переліку медичних протипоказань, що дозволяють судді ВАС уникнути проходження поліграфа, створює можливість для зловживань корупційно зацікавленими особами. Вимога для суддів ВАС проходити поліграф, на думку МВФ, є надмірною (див. п. 1 рекомендацій до Висновку).</p>
<p>ст. 33-1 КПК (проект)</p>	<p>Корупціогенні вади законодавчої техніки.</p> <p>Законопроектом передбачено, що ВАС підсудні не всі справи НАБУ, однак підсудні кримінальні провадження, які не пов'язані з високопосадовою корупцією (торгівля наркотиками та зброєю, якщо вони вчинені шляхом зловживання службовим становищем).</p> <p>Запропонована предметна підсудність ВАС у ст. 33-1 КПК не відповідає:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. меті створення ВАС та його завданням; 2. рекомендаціям ВК, МВФ; 3. звичайній логіці. 	<p>Пропонована предметна підсудність не сприятиме боротьбі з топ-корупціонерами, а виводить з підсудності ВАС злочини, пов'язані з відмиванням грошей, поданням недостовірної інформації в електронних деклараціях та прийняттям нормативно-правових актів, що незаконно зменшують доходи бюджету. Визначена законопроектом предметна підсудність ВАС не відповідає рекомендаціям ВК та МВФ (див. п. 1 рекомендацій до Висновку).</p>
<p>П. 4, 6 Прикінцевих і Перехідних положень</p>	<p>Прогалини в нормах матеріального права.</p> <p>Положення законопроекту не визначають кількість суддів.</p> <p>Водночас Вищий антикорупційний суд розпочинає роботу за умови призначення за результатами конкурсу, проведеного відповідно до Закону України "Про судоустрій і статус суддів" та цього Закону, щонайменше двох третин від загальної, визначеної в установленому цим Законом порядку</p>	<p>Відсутність визначеності щодо кількості суддів ставить ВАС у залежність від Державної судової адміністрації, яка визначатиме цю кількість на свій розсуд за погодженням із Вищою радою правосуддя.</p> <p>Ці положення можуть дозволити відтягувати створення ВАС до того</p>

	кількості суддів ВАС, у т.ч. щонайменше половини від визначеної в установленому цим Законом порядку кількості суддів Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду.	часу, поки не буде обрано «зручних» кандидатів на посади суддів.
--	---	--

Рекомендовано — законопроект доопрацювати з урахуванням рекомендацій Венеціанської комісії та МВФ:

1. Рекомендації Венеціанської комісії³:

- необхідність запровадження додаткових захисних механізмів для забезпечення незалежної процедури призначення суддів від виконавчої та законодавчої влади;
- тимчасово має бути надано вирішальну роль міжнародним організаціям та донорам, які надають Україні допомогу для антикорупційних програм, в органі, який здійснюватиме добір антикорупційних суддів. До складу такого органу входитимуть представники, визначені ВККС, а іншу частину визначатимуть міжнародні донори, або шляхом тимчасового включення експертів, рекомендованих міжнародниками, як ad hoc членів до ВККС; міжнародні експерти повинні мати блокуючий пакет голосів; участь міжнародних експертів у відборі суддів можлива лише "з урахуванням принципу суверенітету України";
- юрисдикція ВАС та апеляційної інстанції повинна відповідати юрисдикції НАБУ та САП; ВАС повинен займатися випадками топ-корупції;
- "спеціальні правила щодо призначення та статусу антикорупційних судів та їх суддів, які відрізняються від загальних положень Закону "Про судоустрій і статус суддів", повинні бути обмежені до необхідного рівня для забезпечення ефективної роботи";
- призначення антикорупційних суддів повинно відбуватись з відхиленням від загальної процедури не більше, ніж необхідно з урахуванням специфіки суду ("відхилення від загальних правил повинні бути обмежені").

Міжнародний валютний фонд⁴ представив 3 блоки питань:

I — питання відбору суддів, їх чесності та безпеки:

- роль Громадської ради міжнародних експертів повинна стати вирішальною, а їх негативні рішення — зобов'язуючими;
 - можливість делегувати експертів до ГРМЕ не лише міжнародним організаціям, а й міжнародним донорам;
 - передбачити участь Громадської ради доброчесності у доборі суддів до ВАС відповідно до механізмів, передбачених Законом "Про судоустрій і статус суддів";
 - вимоги до кандидатів у судді ВАС не повинні бути нереалістичними (кандидати на посаду суддів ВАС повинні мати бездоганну репутацію, високі професійні якості та спеціальні навички, необхідні для розгляду кримінальних справ, пов'язаних з корупцією);
- Вимога законопроекту щодо того, що кандидати повинні також мати значний досвід боротьби з корупцією в органах іноземної юрисдикції або міжнародних судових інституціях - надлишкова, вона суттєво обмежує коло кандидатів. Заборона участі у конкурсі для посадових осіб, які служили в правоохоронних органах або прокуратурі протягом останніх десяти років, а також норма про використання поліграфів є надмірними, їх слід вилучити.*
- необхідність забезпечення ВАС власним незалежним підрозділом з питань безпеки, штаб-квартира якого повинна бути розташована в Києві, в окремому та належному приміщенні;

II — затримка у створенні ВАС:

- для запуску роботи ВАС необхідно ухвалити ще один закон;
- необхідно визначити мінімальну кількість суддів для запуску роботи ВАС;

III — межі діяльності ВАС:

- юрисдикція ВАС повинна відповідати юрисдикції НАБУ і САП, також має бути встановлено чіткі правила у разі виникнення конфлікту юрисдикцій;
- усі справи, пов'язані з корупцією за участі вищих посадових осіб, повинні розглядатися ВАС, винятки з юрисдикції ВАС мають бути скасовані.

³Висновок Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія) від 9 жовтня 2017 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)020-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)020-e)

⁴Див. Лист МВФ [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.euointegration.com.ua/files/9/1/91f3737-letter-imf-anticorruption.pdf>

2. Таким чином, при доопрацюванні законопроекту № 7440 слід врахувати таке.

У Вищій кваліфікаційній комісії суддів України необхідно створити окрему палату для відбору суддів ВАС, яка складатиметься з:

- 1) міжнародних експертів як членів ad hoc;
- 2) представників ВККС.

При цьому роль міжнародних експертів повинна:

- бути вирішальною за рахунок голосування простою більшістю, або
- надавати можливість блокування рішень кваліфікованою більшістю.

При відборі суддів ВАС Громадська рада доброчесності має наділятися повноваженнями, передбаченими Законом «Про судоустрій і статус суддів».

Необхідно створити окрему відносно автономну антикорупційну палату (в межах Касаційного кримінального суду Верховного Суду) та провести новий набір суддів до цієї палати за процедурою, визначеною Законом «Про Вищий антикорупційний суд».

Питання предметної підсудності вимагає доопрацювання. У своєму висновку Венеціанська комісія визнала доцільним віднести до підсудності ВАС лише ті справи, що розслідуються НАБУ та САП. Проте не всі злочини, передбачені ст. 45 КК як корупційні, і не всі злочини, які розслідує НАБУ, є корупційними (згідно із визначенням у Законі «Про запобігання корупції»). КПК до підслідності НАБУ відніс лише окремі з корупційних злочинів, які вчиняють або можуть вчинити вищі посадові особи, прокурори і судді. Наразі тисячі таких злочинів розслідують слідчі прокуратури (у майбутньому будуть розслідувати слідчі Державного бюро розслідувань), а також Національної поліції тощо. Нелогічно, що частину проваджень щодо корупційних злочинів високопосадовців направлятимуть до ВАС, а іншу частину — щодо вчинених такими ж суб'єктами аналогічних злочинів – до звичайного окружного суду.

3. Див. також Висновок Головного науково-експертного управління від 16.01.2018 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63218

Виявлені корупціогенні фактори

	<i>Корупціогенний фактор</i>	<i>Кількість норм</i>
1)	неправильне визначення функцій, повноважень (обов'язків) і відповідальності певних суб'єктів (органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших осіб, на яких поширюється дія Закону «Про запобігання корупції»):	-
	- визначення компетенції за формулою «має право»;	-
	- широта дискреційних повноважень;	-
	- надмірна свобода підзаконної нормотворчості;	-
	- відсутність відповідальності за правопорушення;	-
2)	колізії і вади законодавчої техніки;	6
	- колізії;	3
	- корупціогенні вади законодавчої техніки;	3
3)	прогалини в регулюванні:	2
	- прогалини в нормах матеріального права;	2
	- відсутність або недостатність контролю і прозорості;	-
	- відсутність або недостатність адміністративних і судових процедур;	-
	- відсутність або недостатність конкурсних (аукціонних) процедур;	-
4)	неправильне визначення умов реалізації належного особі – одержувачу публічних послуг права (необґрунтовані обтяження при його реалізації) або умов виконання обов'язку;	-
5)	неправдиві цілі прийняття законопроекту.	-
	Всього	8

Виконавець: Олена Сорока, експерт Центру політико-правових реформ, кандидат юридичних наук.

Перевірив: Микола Хавронюк, директор з наукового розвитку Центру політико-правових реформ, доктор юридичних наук, професор.

Методологія проведення експертизи: <http://pravo.org.ua/protydiia-koruptsii/metodolohiia-antykoruptsiinoi-ekspertyzy.html>

З іншими висновками громадської антикорупційної експертизи можна ознайомитись тут: <http://pravo.org.ua/protydiia-koruptsii/ekspertyza-zakonoproektiv-viii-sklykannia.html>