

**МЕТОДОЛОГІЯ
проведення громадської
антикорупційної експертизи**

Цю Методологією розроблено з метою створення умов для ефективного виявлення й усунення корупціогенних факторів у нормативно-правових актах та проектах нормативно-правових актів.

**Розділ 1.
ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ
щодо антикорупційної експертизи**

1.1. Спеціальне антикорупційне законодавство

У 2005–2006 роках Верховна Рада України (далі – ВР) ратифікувала міжнародні антикорупційні конвенції і протоколи. Це, зокрема:

- Кримінальна конвенція РЄ про боротьбу з корупцією від 27 січня 1999 р. Ратифікована із заявою Законом №252-V від 18 жовтня 2006 р.;
- Додатковий протокол до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією від 15 травня 2003 р. Ратифікований Законом №253-V від 18 жовтня 2006 р.;
- Цивільна конвенція РЄ про боротьбу з корупцією від 4 листопада 1999 р. Ратифікована Законом №2476-IV від 16 березня 2005 р.;
- Конвенція ООН проти корупції від 11 грудня 2003 р. Ратифікована згідно із Законом №251-V від 18 жовтня 2006 р.;
- Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму. Ратифікована із заявами і застереженнями Законом від 17 листопада 2010 року №2698-VI.

Жоден з цих, як й інших, міжнародних документів прямо не встановлює зобов'язання України щодо проведення антикорупційної (у т.ч. громадської) експертизи проектів нормативно-правових актів (далі – НПА) або чинних таких актів.

Проте, вони говорять про:

- якість антикорупційного законодавства (як-от ст. 9 Конвенції ООН – якість законодавства про держзакупівлі й управління державними фінансами);
- участь громадськості у протидії корупції загалом (ст. 13 Конвенції ООН).

Непряма рекомендація визначена у Резолюції (97) 24 Комітету міністрів Ради Європи від 6 листопада 1997 р. «Про двадцять принципів боротьби з корупцією» – «забезпечити врахування у нормах, які регулюють права та обов'язки посадових осіб, вимог щодо боротьби з корупцією».

Вперше про необхідність реального впровадження антикорупційної експертизи законопроектів було вказано в п. 4 Рішення РНБО України «Про стан злочинності у державі та координацію діяльності органів державної влади у протидії злочинним проявам та корупції» від 11 вересня 2009 р., а нормативно

закріплена вимога щодо проведення антикорупційної експертизи була в Законі «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 року (ст. 15) і згодом, в 2013 році, в Регламенті Верховної Ради України від 10 лютого 2010 року (ст. 93).

Крім зазначених міжнародних документів, які мають в Україні юридичну силу, до спеціальних антикорупційних законів треба віднести:

- Засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затверджені Законом від 14 жовтня 2014 р.;
- Закон «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р.

Положення цих двох законів ґрунтуються на положеннях згаданих вище міжнародних актів і є узгодженими між собою. Положення інших антикорупційних законів та підзаконних актів повинні відповідати насамперед Засадам державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, а також положенням Закону «Про запобігання корупції». Крім того, антикорупційної сфери безпосередньо стосується багато положень інших законів України.

Цю Методологію розроблено з урахуванням зарубіжного досвіду (зокрема Азербайджану, Албанії, Вірменії, Казахстану, Киргизстану, Латвії, Литви, Молдови, Південної Кореї, Чеської Республіки, Російської Федерації, Румунії, Таджикистану, Хорватії), а також окремих положень Методології проведення антикорупційної експертизи (затв. наказом МЮ України від 23 червня 2010 р. № 1380/5) і Методології проведення громадської антикорупційної експертизи: загальні засади (розроблена у 2012 р. за підтримки Програми розвитку ООН).

1.2. Антикорупційна експертиза та наукова експертиза: співвідношення.

Антикорупційна експертиза не є буквально видом наукової експертизи, яка проводиться на підставі Закону «Про наукову і науково-технічну експертизу». Хоча **спільних ознак** цих двох видів експертиз досить багато. Зокрема, це:

1) завдання наукової експертизи – прогнозування соціально-економічних наслідків реалізації чи діяльності об'єкта експертизи; підготовка науково обґрунтованих експертних висновків (ст. 2);

2) принципи наукової експертизи – компетентність і об'єктивність осіб, установ та організацій, що проводять експертизу; врахування міжнародних угод; відповідальність за достовірність і повноту аналізу, обґрунтованість рекомендацій експертизи (ст. 3);

3) можливість бути експертом лише фізичним особам, які мають високу кваліфікацію, спеціальні знання і безпосередньо здійснюють експертизу та несуть персональну відповідальність за достовірність і повноту аналізу, обґрунтованість рекомендацій; заборона поєднання в одній особі функцій автора розробки чи іншим чином заінтересованої особи та її експерта (ст. 4);

4) види експертизи – попередня, первинна, повторна (може проводитися: у разі порушення встановлених вимог і правил під час проведення первинної експертизи; на вимогу замовника експертизи чи автора розробки за наявності обґрунтованих претензій до висновку первинної експертизи), додаткова (проводиться стосовно об'єктів, щодо яких відкрилися нові наукові і науково-технічні обставини), контрольна (здійснюється з ініціативи замовника для перевірки висновків первинної експертизи або з ініціативи осіб, заінтересованих у

спростуванні окремих положень, частин або в цілому висновків раніше проведених експертиз) (статті 13–18);

5) права та обов'язки замовників і організаторів експертизи (статті 19–20), а також експерта (ст. 21). Експерт має право, зокрема:

- вільно викладати особисту думку з питань експертного аналізу;
- вимагати надання додаткових матеріалів, розрахунків і обґрунтувань, необхідних для підготовки об'єктивних висновків;
- одержувати стосовно об'єкта експертизи достовірні відомості, довідкові та інформаційні матеріали;
- обнародувати у ЗМІ підготовлені висновки експертизи;

б) висновок *державної* експертизи є обов'язковим для прийняття фізичними і юридичними особами до розгляду та врахування при обґрунтуванні проектів (ст. 24), а висновки *громадської* експертизи мають, як правило, рекомендаційний характер і беруться до уваги державними органами поряд з висновками державної експертизи при прийнятті рішень про реалізацію проектів (ст. 25);

7) спростування окремих положень або в цілому висновків експертизи здійснюється на підставі обґрунтованої письмової заяви замовникові цієї експертизи. Забороняється залучати до проведення контрольної експертизи фахівців, які брали участь у проведенні первинної експертизи (ст. 27).

Перелічені положення Закону «Про наукову і науково-технічну експертизу» за аналогією можна використовувати при проведенні антикорупційної експертизи.

Проте, наукова (науково-технічна) і антикорупційна експертизи **відрізняються** за такими ознаками:

1) різні підстави для проведення експертизи (див. ст. 6 Закону «Про наукову і науково-технічну експертизу»);

2) як правило, необхідність державної акредитації для проведення наукової і науково-технічної експертизи (статті 7, 31);

3) укладання договору на проведення антикорупційної експертизи закон не вимагає;

4) на проведення антикорупційної експертизи не поширюються положення щодо фінансування наукової і науково-технічної експертизи (ст. 31) і щодо максимального розміру коштів, передбачених для матеріального стимулювання експертів (ст. 34);

5) на суб'єктів проведення антикорупційної експертизи, як правило, не поширюються положення щодо відповідальності, передбаченої ст. 35 Закону «Про наукову і науково-технічну експертизу», зокрема, за:

- фальсифікацію висновків експертизи;
- прийняття рішень без проведення експертизи у випадках, коли законодавством встановлено, що проведення такої експертизи є обов'язковим;
- надання платних послуг у галузі експертизи підприємствами, установами, організаціями, тимчасовими експертними колективами, статутами яких така діяльність не передбачається;
- вчинення дій, що перешкоджають організації та проведенню експертизи, або незаконна відмова в наданні експертам необхідної інформації та матеріалів;
- невиконання умов договору або доручення на проведення експертизи;
- умисне примушування або створення для експертів обставин, які зумовлюють незаконне чи необ'єктивне проведення експертизи або підготовку необґрунтованих чи свідомо недостовірних висновків;

- дискредитація або переслідування експертів за підготовлені ними висновки, несприятливі для особи чи організації, які їх дискредитують або переслідують;
- залучення до проведення експертизи посадових осіб та фахівців, які є їх авторами або безпосередньо заінтересованими особами.

1.3. Антикорупційна експертиза загалом. Її види

Поняття антикорупційної експертизи визначене у ст. 1 Закону «Про запобігання корупції».

Антикорупційна експертиза – це діяльність із виявлення в НПА (проектах НПА) положень, які (самоостійно чи у поєднанні з іншими положеннями) здатні сприяти вчиненню корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією (корупціогенних факторів).

У ст. 55 цього ж Закону визначено види такої експертизи. За критерієм її обов'язковості вона може бути:

1. **Обов'язковою.** Вона здійснюється двома суб'єктами:

- а) Міністерством юстиції (далі – МЮ) України;
- б) комітетом ВР, до предмета відання якого належить питання боротьби з корупцією, – щодо проектів НПА, внесених на розгляд ВР народними депутатами України.

Відповідно до ст. 93 Регламенту Верховної Ради України, кожен законопроект, проект іншого акта (не лише внесений народними депутатами України) після його реєстрації не пізніше як у 5-денний строк направляється у комітет, до предмета відання якого належать питання боротьби з корупцією, для підготовки експертного висновку щодо його відповідності вимогам антикорупційного законодавства.

Такий висновок має бути підготовлений і переданий до головного комітету не пізніше як у 21-денний строк з дня отримання законопроєкту, проєкту іншого акта для надання висновку. Після чого головний комітет ухвалює свій висновок щодо доцільності включення законопроєкту до порядку денного сесії ВР. До висновку головного комітету додається висновок комітету, до предмету відання якого належать питання боротьби з корупцією.

Обов'язкова експертиза, що проводиться МЮ України, за своїм предметом може поділятися на такі види:

1.1) антикорупційна експертиза НПА, що вносяться на розгляд Кабінету Міністрів України (далі – КМ);

1.2) антикорупційна експертиза НПА, яка здійснюється МЮ України згідно із затвердженим ним щорічним планом, щодо законів України, актів Президента України та КМ у певних сферах (див. нижче про об'єкт експертизи).

Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) здійснює періодичний перегляд законодавства на наявність у ньому корупціогенних норм та надає МЮ України пропозиції щодо включення їх до згаданого плану проведення антикорупційної експертизи. До проведення зазначеного моніторингу НАЗК може залучати громадські об'єднання, наукові установи, у т.ч. на умовах державного замовлення на підставі відкритого конкурсу;

1.3) антикорупційна експертиза НПА державних органів, що підлягають державній реєстрації, яка здійснюється МЮ України під час такої реєстрації.

Відповідно до Регламенту Кабінету Міністрів України (затв. постановою

КМ у редакції від 9 листопада 2011 р. № 1156) під час розроблення проекту акта КМ розробник передбачає правила і процедури, які, зокрема, унеможливили б вчинення корупційних правопорушень (§34). З метою виявлення у проекті акта КМ норм, що можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень, надання рекомендацій стосовно їх усунення Мін'юст проводить антикорупційну експертизу (§45). До проекту акта КМ обов'язково додаються відомості про наявність або відсутність у проекті акта правил і процедур, які можуть містити ризики вчинення корупційних правопорушень, а також пропозиції за результатами громадської антикорупційної експертизи проекту акта (у разі її проведення) (§50).

Порядок проведення антикорупційної експертизи затверджено наказом МЮ України від 18 березня 2015 р. №383/5. Він визначає порядок проведення антикорупційної експертизи чинних НПА і НПА, які підлягають державній реєстрації і є вельми формальним.

У разі проведення громадської антикорупційної експертизи розробник надає громадянам або об'єднанням громадян за їх зверненням проект акта з необхідними матеріалами, повідомляє про строки завершення його підготовки. Пропозиції, що надійшли в результаті проведення громадської антикорупційної експертизи, головний розробник розглядає під час опрацювання проекту (п. 3 §43 Регламенту).

2. **Не обов'язковою** – здійснюється:

2.1) Національним агентством з питань запобігання корупції за його ініціативою – щодо проектів НПА, що вносяться на розгляд ВР або КМ. Для проведення НАЗК антикорупційної експертизи КМ надсилає йому проекти усіх відповідних НПА.

Громадська рада при НАЗК залучається до проведення ним антикорупційної експертизи;

2.2) громадська антикорупційна експертиза – самостійно або на замовлення чи за ініціативою фізичних осіб, юридичних осіб, громадських об'єднань або їх членів чи уповноважених представників – щодо будь-яких чинних НПА та проектів НПА.

Проведення громадської антикорупційної експертизи чинних НПА, проектів НПА, а також *оприлюднення* її результатів здійснюються за рахунок відповідних фізичних осіб, громадських об'єднань, юридичних осіб або інших джерел, не заборонених законодавством.

1.4. Результати антикорупційної експертизи та їх врахування

Що стосується результатів проведення антикорупційної експертизи, то відповідно до статей 21, 22 і 55 Закону «Про запобігання корупції»:

а) НАЗК інформує відповідний комітет ВР або КМ про проведення антикорупційної експертизи відповідного *проекту* НПА, що є підставою для зупинення процедури його розгляду або прийняття, але на строк не більше 10 днів;

б) щодо *чинних* НПА, то у разі виявлення факторів, що сприяють або можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень, результати антикорупційної експертизи підлягають обов'язковому *оприлюдненню* на офіційному веб-сайті органу, який проводив відповідну експертизу, тобто веб-сайті:

- МЮ України;

- комітету ВР, до предмета відання якого належить питання боротьби з

корупцією;

в) результати антикорупційної експертизи, у т.ч. громадської, підлягають *обов'язковому розгляду* суб'єктом видання (прийняття) відповідного акту, його правонаступником або суб'єктом, до якого перейшли відповідні нормотворчі повноваження у даній сфері;

г) у національній доповіді щодо реалізації засад антикорупційної політики повинні відображатися *узагальнені результати* антикорупційної експертизи НПА та проектів НПА;

д) за результатами проведення громадської антикорупційної експертизи фізичні особи, громадські об'єднання, юридичні особи *мають право* надавати пропозиції до відповідних органів, отримувати від відповідних органів інформацію про врахування поданих пропозицій.

Добитися врахування рекомендацій за результатами антикорупційної експертизи громадські об'єднання мають можливість з урахуванням таких положень законодавства:

1) для здійснення своєї мети (цілей) громадське об'єднання має право:

- звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб з пропозиціями (зауваженнями), заявами (клопотаннями), скаргами;

- одержувати публічну інформацію, що знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень (ст. 21 Закону «Про громадські об'єднання»);

2) діяльність КМ ґрунтується на принципах відкритості та прозорості. КМ:

- залучає громадян до процесу прийняття рішень, що мають важливе суспільне значення;

- забезпечує реалізацію передбачених законом прав громадських об'єднань;

- розглядає пропозиції громадських об'єднань з питань, що належать до його компетенції (статті 3, 40 Закону «Про Кабінет Міністрів України»);

3) розпорядниками інформації визнаються суб'єкти владних повноважень (ст. 13 Закону «Про доступ до публічної інформації»). Розпорядники інформації зобов'язані оприлюднювати:

- проекти рішень, що підлягають обговоренню;

- інформацію про види інформації, яку зберігає розпорядник;

- інформацію про механізми чи процедури, за допомогою яких громадськість може впливати на реалізацію повноважень розпорядника інформації;

- плани проведення та порядок денний своїх відкритих засідань;

- звіти (статті 13, 15 Закону «Про доступ до публічної інформації»);

4) громадським організаціям гарантується можливість:

- проводити громадську експертизу проектів законів, рішень, програм і

- представляти свої висновки і пропозиції відповідним державним органам для врахування в ході реформування складових частин Воєнної організації та правоохоронних органів держави (ст. 19 Закону «Про демократичний цивільний контроль над воєнною організацією і правоохоронними органами держави»);

5) головний розробник проекту:

- у разі проведення громадської антикорупційної експертизи – надає громадянам або об'єднанням громадян за їх зверненням проект акта з необхідними матеріалами, повідомляє про строки завершення його підготовки;

- розглядає під час опрацювання проекту пропозиції, що надійшли в

результаті проведення громадської антикорупційної експертизи (§42 Регламенту Кабінету Міністрів України).

Розділ 2.

Методологія проведення антикорупційної експертизи: загальні вимоги

2.1. Суб'єкти, які визначають методологію антикорупційної експертизи

Експертизи без відповідної методології її проведення не буває.

Відповідно до ст. 55 Закону «Про запобігання корупції» *порядок і методологію* проведення антикорупційної експертизи, а також порядок оприлюднення її результатів визначають:

- МЮ України – щодо експертиз, які проводяться ним;
- НАЗК – щодо експертиз, які проводяться ним;
- фізичні особи, громадські об'єднання, юридичні особи, які проводять громадську антикорупційну експертизу – щодо експертиз, які проводяться ними.

На сьогодні нам відомі такі методології:

1) Методологія проведення антикорупційної експертизи, затв. наказом МЮ України від 23 червня 2010 № 1380/5;

2) Методологія проведення громадської антикорупційної експертизи: загальні засади (розроблена в 2012 р. за підтримки Програми розвитку ООН громадськими експертами, у т.ч. ЦППР);

3) ця Методологія.

2.2. Об'єкт антикорупційної експертизи

Об'єктами антикорупційної експертизи загалом можуть бути:

1) акти законодавства України та їх проекти. Це закони України, чинні міжнародні договори України, постанови ВР, укази Президента України, постанови та розпорядження КМ.

Актами законодавства України є також ті відповідні акти, які прийняті (видані) уповноваженим на це суб'єктом у визначених законом формі та порядку, але: ще не підписані відповідною вищою службовою особою; ще не набрали чинності; не вступили в дію, хоча й набрали чинності; втратили чинність у цілому, хоча є ретроактивними щодо певних відносин;

2) роз'яснення щодо застосування актів законодавства України. Йдеться про відповідні роз'яснення, що надаються:

- комітетами ВР відповідно до Закону «Про комітети Верховної Ради України»;

- судами відповідно до Закону «Про судоустрій і статус суддів» і процесуального законодавства;

- Міністерством юстиції України та іншими органами державної влади;

3) НПА органів державної влади та їх проекти. Йдеться про НПА: міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, органів господарського управління та контролю; інших органів державної влади; міністерств і республіканських комітетів Автономної Республіки Крим; обласних, Київської та Севастопольської міських, районних державних адміністрацій, їх управлінь, відділів, інших підрозділів, а також місцевих органів господарського управління та контролю.

НПА органів державної влади є й ті, які прийняті (видані) уповноваженим на це суб'єктом у визначених законом формі та порядку, але: ще не підписані відповідною службовою особою; ще не зареєстровані, хоча підлягають реєстрації; ще не набрали чинності; не вступили в дію, хоча й набрали чинності; втратили чинність у цілому, хоча є ретроактивними щодо певних відносин;

4) міжнародні договори, що не набрали чинності для України.

Проектом акта законодавства, проектом НПА є документ до моменту його прийняття (видання) уповноваженим на це суб'єктом у визначених законом формі та порядку як відповідний акт законодавства України.

Відповідно до ст. 55 Закону «Про запобігання корупції» антикорупційна експертиза НПА здійснюється МЮ України згідно із затвердженим ним щорічним планом щодо законів України, актів Президента України та КМ у таких *сферах*:

- прав та свобод людини і громадянина;
- повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування;
- надання адміністративних послуг;
- розподілу та витрачання коштів державного бюджету та місцевих бюджетів;
- конкурсних (тендерних) процедур.

Важливо! Оскільки обов'язковою ознакою корупції і корупційного правопорушення (і правопорушення, пов'язаного з корупцією) є певний суб'єкт, то немає сенсу проводити антикорупційну експертизу проектів законів або чинних законів, що регламентують суспільні відносини, якщо жодною зі сторін таких відносин не є суб'єкт відповідальності – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхні посадові і службові особи або інші особи, на яких поширюється дія Закону «Про запобігання корупції» (ст. 3). Ними є:

1) особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування:

2) особи, порівняні до них:

- інші посадові особи юридичних осіб *публічного* права;
- інші особи, які надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, експерти тощо);

3) особи, які обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у юридичних особах *приватного* права незалежно від організаційно-правової форми;

4) інші особи, які не є службовими особами та які виконують роботу або надають послуги відповідно до договору з підприємством, установою, організацією.

Спрощено: корупція ховається насамперед у взаємовідносинах між людиною і державою.

При цьому доцільність проведення такої експертизи тим менше, чим меншою відповідно до законопроекту чи чинного закону є роль суб'єкта в державному механізмі.

Наприклад, немає особливого сенсу вишукувати корупціогенні фактори, що стосуються діяльності робітників сфери ЖКГ або медичного персоналу сфери охорони здоров'я лише з тих міркувань, що ці особи згадані у п. 3 ч. 1 ст. 3 Закону «Про

запобігання корупції».

Важливо! Оскільки обов'язковою ознакою корупції і корупційного правопорушення є неправомірна вигода, то немає сенсу проводити антикорупційну експертизу проектів законів або чинних законів, що регламентують суспільні відносини, якщо предметом цих відносин не є один із таких ресурсів обміну:

- гроші та інше майно;
- товари, роботи, послуги;
- переваги, пільги;
- нематеріальні активи;
- влада (політичні посади, інші посади на державній чи муніципальній службі);
- інформація (насамперед інсайдерська);
- лояльність (політична, службова).

Напрямок же обміну неправомірною вигодою – вертикальний (між підпорядкованими суб'єктами) чи горизонтальний – не має значення.

2.3. Специфіка відбору об'єктів громадської антикорупційної експертизи

Що стосується громадської антикорупційної експертизи, то її доцільно проводити стосовно *об'єктів експертизи*, які мають відбиратися за такими критеріями:

1) *статус (юридична сила) документа.*

Йдеться насамперед про проекти законів, а не інших НПА, а також про чинні закони, які викликають значний суспільний резонанс. Силами громадських експертів неможливо охопити усі проекти НПА і чинних НПА, яких щороку видають (приймають) тисячі. Водночас, як правило, немає сенсу піддавати експертизі міжнародні договори, які подаються на ратифікацію, оскільки якість їх розробки є не порівняльною із якістю розробки проектів національного законодавства;

2) *суб'єкт законодавчої ініціативи.* Щоби зусилля експертів не витрачались дарма, треба концентрувати їх на чинних законах певної тематики, а також на тих законопроектах, які мають найбільше шансів бути прийнятими як закони.

Йдеться про проекти, які внесено до парламенту насамперед Президентом України, КМ, а також групами народних депутатів України, що представляють різні фракції, особливо якщо такі проекти включено до Розкладу засідань ВР на найближчий тиждень (утім, не виключена і експертиза законопроектів, внесених окремими народними депутатами України – це може бути голова певного комітету, керівник коаліції, представник президента у парламенті або народний депутат з провладної фракції, який постійно лобіює інтереси певних політичних чи інших груп);

3) *предмет правового регулювання.*

Йдеться про закони і законопроекти з питань, що стосуються:

♣ засад запобігання і протидії корупції (у т.ч. окремо – щодо конфлікту інтересів, інших питань доброчесності публічних службовців і підзвітності у публічному секторі); проходження державної служби і служби в органах місцевого самоврядування;

♣ прозорості виборчих кампаній, партійних фінансів і політичної

діяльності, обмеження впливу приватного капіталу на політику;

♣ судоустрою; статусу та діяльності правоохоронних і контролюючих органів;

♣ протидії злочинам й адміністративним проступкам, зокрема корупційним правопорушенням і правопорушенням, пов'язаним з корупцією;

♣ забезпечення прав та свобод людини і громадянина;

♣ визначення функцій, повноважень, обов'язків і відповідальності посадових та службових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування;

♣ надання публічних послуг, зокрема в частині ліцензування та регулювання окремих сфер господарської діяльності, забезпечення конкуренції, у сфері охорони здоров'я, освіти, соціального забезпечення населення; здійснення адміністративних процедур;

♣ доступу до різних видів суспільно важливої інформації (у т.ч. до державних реєстрів, інформації про використання державних коштів); лобіювання;

♣ надання пільг і переваг; функціонування державних підприємств і житлово-комунального господарства; управління державним і комунальним майном, земельними ресурсами, виділення коштів державного бюджету та місцевих бюджетів; закупівель за державні кошти, аукціонів, концесій тощо;

♣ економічної сфери (економічна конкуренція; банкрутство; податкове і митне законодавство тощо);

4) *стан реалізації законодавчої пропозиції та інші обставини.*

Йдеться про вже чинні закони, а також проекти законів:

- які готуються до розгляду ВР у першому читанні, відразу після їх реєстрації;

- які готуються до розгляду ВР у другому і третьому читаннях;

- про проведення експертизи яких звертаються автори цих проектів;

- розроблених МЮ України, перед їх ухваленням КМ.

Таким чином, мають бути охоплені антикорупційною експертизою найбільш значимі в державному масштабі правові документи та їх проекти.

2.4. Корупція, корупціогенний фактор і корупційне правопорушення

Оскільки **метою** антикорупційної експертизи є виявлення корупціогенних факторів з наступною розробкою рекомендацій стосовно їх усунення, то насамперед треба з'ясувати, що таке корупціогенний фактор і що таке власне корупція.

Відповідні нормативні визначення містяться в ст. 1 Закону «Про засади запобігання корупції».

Корупціогенний фактор – це здатність положення закону (положення іншого НПА) чи сукупності таких положень сприяти вчиненню чи збільшенню корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією.

Іншими словами, це положення, які надають можливість:

- не виконувати антикорупційні правила і порушувати заборони;

- уникати контролю, інших примусових антикорупційних заходів;

- діяти у непрозорий спосіб;
- уникати відповідальності і покарання.

Про наявність в НПА, проекті НПА корупціогенних факторів свідчать його певні ознаки, які мають назву *індикатори корупціогенності*.

Що стосується інших визначень, повторювати їх буквально у цій Методології немає сенсу – утім треба з'ясувати їхні ознаки і форми, а також співвідношення (див. Табл. 1).

Отже, поняття «*корупція*» відображає конкретний зміст суспільного явища, форми його прояву, а поняття «*корупційне правопорушення*» – його юридичні ознаки. Від цих двох понять слід відрізнити поняття «*правопорушення, пов'язане з корупцією*» – його ознаки інші.

Таблиця 1. Ознаки корупційного правопорушення і правопорушення, пов'язаного з корупцією

<i>Діяння (дія чи бездіяльність)</i>	<i>Мета</i>	<i>Форма вини</i>	<i>Суб'єкт</i>	<i>Відповідальність</i>
Корупційне правопорушення				
Використання службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей (перша форма корупції)	О д е р ж а т и неправомірну вигоду	Умисел	О с о б а , зазначена у ч. 1 ст. 3 Закону « П р о запобігання корупції»	З а д і я н н я в с т а н о в л е н а к р и м і н а л ь н а , дисциплінарна та/або цивільно-правова відповідальність
Прийняття неправомірної вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб (друга форма корупції)	–			
Обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам (третя форма корупції)	Схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей		Будь-яка деліктоздатна особа	
Правопорушення, пов'язане з корупцією				
Діяння ознак корупції не містить, але порушує встановлені Законом «Про запобігання корупції» вимоги, заборони та обмеження	–	Умисел а б о неохережність	О с о б а , зазначена у ч. 1 ст. 3 Закону « П р о запобігання корупції»	З а д і я н н я в с т а н о в л е н а к р и м і н а л ь н а , адміністративна, дисциплінарна та/або цивільно-правова відповідальність

Таким чином, діяння не може бути визнане корупційним правопорушенням, якщо відсутня хоча б одна з наступних ознак. Воно:

- а) не відповідає визначеному в законі опису дії чи бездіяльності;
- б) є необережним чи вчинене без вказаної в законі мети;
- в) вчинене особою, не зазначеною у ст. 3 Закону «Про запобігання корупції»;
- г) за нього законом прямо не встановлена кримінальна, дисциплінарна та/або цивільно-правова відповідальність.

Перелік корупційних правопорушень (злочинів) визначено у примітці до ст. 45 Кримінального кодексу України. Корупційними злочинами відповідно до цього Кодексу є:

- заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем – частини 2, 3, 4 і 5 ст. 191, частини 2 і 3 ст. 262, частини 2 і 3 ст. 308, частини 2 і 3 ст. 312, частини 2 і 3 ст. 313, частини 1 і 2 ст. 357, частини 2 і 3 ст. 410;
- зловживання службовим становищем, тобто використання службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержати неправомірну вигоду – статті 364, 364-1, 365-2, а також ст. 210.

Типові способи службового зловживання – це:

- а) протекціонізм – підтримка, заступництво, прихильність та надання переваг певним особам чи організаціям на шкоду іншим, які об'єктивно мають переваги: під час проведення тендерів, одержання кредитів, субсидій, субвенцій, дотацій, надання пільг та звільнення від платежів (їх зменшення), надання майна в оренду чи укладання інших господарських договорів на вигідних для протегованого умовах тощо;
 - б) сприяння кар'єрі інших осіб;
 - в) втручання в діяльність службових та посадових осіб, інших працівників (шляхом незаконних вказівок, розпоряджень, наказів, у т.ч. про припинення перевірок, звільнення від відповідальності за виявлені порушення тощо);
 - г) підготовка та видання нормативно-правових актів, які передбачають сприяння окремим юридичним чи фізичним особам у їх діяльності;
 - д) використання державних коштів не за призначенням;
 - е) потурання правопорушенням підлеглих чи підконтрольних осіб;
- прийняття неправомірної вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або ж обіцянки/пропозиції чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у ч. 1 ст. 3 Закону «Про запобігання корупції», або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам – статті 354, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2;
- незаконне збагачення – ст. 368-2 КК України (це діяння не зовсім відповідає ознакам корупції, оскільки передбачає не прийняття неправомірної вигоди, а її набуття. Але усе ж таки воно ближче до корупційного злочину, ніж, наприклад, до такого правопорушення, пов'язаного з корупцією, як порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків).

Виходячи з поняття корупційного правопорушення (ст. 1 Закону «Про запобігання корупції»), корупційними, крім зазначених, треба визначити і діяння, передбачені:

- а) статтями 189 і 206-2, якщо їх вчинено службовою особою з використанням службового становища. Ці дві статті передбачають корисливі злочини, що вчинюються службовою особою з використанням свого службового становища;
- б) статтями КК, де службова особа є спеціальним суб'єктом простого чи кваліфікованого складу (статті 132, 137, 145, 148 та десятки інших), – за умови, що їх вчинено з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи третіх осіб. Йдеться

про такі діяння, як: втручання в здійснення виборчою комісією її повноважень, контрабанда, незаконне розголошення, передача або надання доступу до інсайдерської інформації, незаконне полювання в заповідниках, сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності, передача іноземним підприємствам, установам службової інформації, незаконне переправлення осіб через державний кордон України, порушення порядку в'їзду на тимчасово окуповану територію України, вплив на працівника правоохоронного органу, укладання і видача неправдивих офіційних документів, постановлення неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови, втручання в діяльність судді, внесення неправдивих відомостей до автоматизованої системи документообігу суду тощо.

Перелік правопорушень, пов'язаних з корупцією, визначено у главі 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення, яка має назву «Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією». Це:

- ст. 172-4 – порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності;
- ст. 172-5 – порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків;
- ст. 172-6 – порушення вимог фінансового контролю;
- ст. 172-7 – порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів;
- ст. 172-8 – незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових повноважень;
- ст. 172-9 – невжиття заходів щодо протидії корупції;
- ст. 172-9-1 – порушення заборони розміщення ставок на спорт, пов'язаних з маніпулюванням офіційним спортивним змаганням.

* * *

Суттю антикорупційної експертизи є наукове прогнозування можливості використання положень НПА з метою вчинення перелічених правопорушень.

Для попередження вчинення правопорушень, пов'язаних з корупцією, достатньо спрямувати зусилля на виявлення колізійних положень інших законів та підзаконних актів та їх проектів, які суперечать вимогам, заборонам та обмеженням, визначеним Законом «Про запобігання корупції».

Для попередження корупційних правопорушень засобами антикорупційної експертизи виявлення самих лише колізій недостатньо – їхня корупціогенність може бути обумовлена багатьма іншими факторами.

2.5. Відповідальність експерта

Відповідальність експерта (як особи, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг), може настати:

1) за ст. 365-2 КК України – за зловживання своїми повноваженнями, за сукупності двох умов:

- з метою отримання неправомірної вигоди для себе чи інших осіб;
- якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб;

2) за ч. 3 ст. 368-4 КК України – за прийняття пропозиції, обіцянки або

одержання експертом неправомірної вигоди для себе чи третьої особи за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих йому повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи.

Крім того, за ч. 1 ст. 368-4 КК України може настати відповідальність за пропозицію чи обіцянку експерту, надання йому або третій особі неправомірної вигоди, а так само надання такої вигоди або прохання її надати за дії чи бездіяльність експерта, вчинені з використанням наданих йому повноважень в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи.

Розділ 3. Корупціогенні фактори

Загалом можна виділити кілька **основних корупціогенних факторів**:

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»):

1.1) визначення компетенції за формулою «має право»;

1.2) широта дискреційних повноважень;

1.3) надмірна свобода підзаконної нормотворчості;

1.4) відсутність відповідальності за правопорушення;

1.5) паралельні (дублюючі) повноваження

2) колізії і вади законодавчої техніки;

2.1) колізії;

2.2) незрозумілий зміст положення (мовна неоднозначність);

2.3) інші корупціогенні вади законодавчої техніки;

3) прогалини в регулюванні:

3.1) прогалини в нормах матеріального права;

3.2) відсутність або недостатність контролю і прозорості;

3.3) відсутність або недостатність адміністративних і судових процедур;

3.4) відсутність або недостатність конкурсних (аукціонних) процедур;

4) дискримінація: протекціонізм щодо певних осіб, просування групових чи особистих інтересів і вигід або, навпаки, неправильне визначення умов реалізації права, належного особі – одержувачу публічних послуг (необґрунтовані, надмірні обтяження при його реалізації), чи умов виконання нею обов'язку;

5) неправдиві цілі прийняття законопроекту.

Деякі з перелічених факторів можуть проявлятися «внахлест», одночасно, в ідеальній сукупності.

3.1. Неправильне визначення функцій, повноважень (обов'язків) і відповідальності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших осіб, на яких поширюється дія Закону «Про запобігання корупції» (далі – суб'єкти відповідальності)

3.1.1. Визначення компетенції за формулою «має право»

Багато нормативних правових актів визначають компетенцію суб'єкта відповідальності просто за допомогою ризикованого формулювання «має право» та йому подібних. Це стосується будь-яких видів повноважень – реєстраційних, дозвільних, контрольних, юрисдикційних (може контролювати, може притягти до відповідальності, може видати ліцензію) і навіть нормотворчих.

Але обов'язки і права, надані для належного виконання цих обов'язків, зв'язані нерозривно і утворюють **повноваження**. Порядок же і умови виконання повноважень деталізуються в нормативних актах. Компетенція і розуміється як **єдність** прав й обов'язків суб'єкта відповідальності.

Однак поділ прав і обов'язків у нормативних формулах іноді створює невинуватену ілюзію нібито можливості:

- а) використання повноваження як права (тобто не здійснювати його);
- б) трактування права тільки як «можу, якщо схочу», а не «зобов'язаний», і ставити його здійснення в залежність від «неправомірної вигоди»;
- в) дії суб'єкта відповідальності на власний розсуд не як винятку, а як правила (насправді ж вони повинні перебувати у залежності від певних, законодавчо встановлених умов, як-от право затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину).

Приклади.

Відповідно до ч. 6 ст. 3 проекту Закону «Про забезпечення прозорої діяльності благодійних організацій, що діють на території закладів охорони здоров'я» (реєстр. № 4019-а від 05.06.2014 р.), керівники закладів охорони здоров'я наділяються правом одноосібно визначати потреби у допомозі, оскільки саме вони «повно відають істинними формально та фактично визначеними проблемами». Таке положення: 1) виключає участь благодійних організацій у розподілі допомоги; 2) не містить критеріїв визначення адресності такої допомоги і залишає вирішення усіх питань на розсуд керівництва закладу.

У ч. 3 ст. 20 проекту Закону № 1135-1 від 10 грудня 2014 року «Про цивільну зброю і боєприпаси» зазначається, що «дозвіл на зброю може бути відновлений (замість – відновлюється або «... зобов'язані відновити») за умови: ...».

У ст. 7 Закону України «Про трубопровідний транспорт» вказано: ЦОВВ, що забезпечує формування та реалізацію державної політики в нафтогазовому комплексі, має право на розірвання в односторонньому порядку діючих на дату набуття чинності Законом «Про ринок природного газу» договорів про надання на праві господарського відання державного майна (газорозподільних систем).

Способи виявлення корупціогенного фактору. Неналежним визначенням функцій і повноважень (обов'язків) в законі, законопроекті можуть бути: нерегульованість процедури вирішення конфлікту інтересів, у разі можливості його виникнення; відсутність чітких критеріїв оцінки діяльності суб'єкта відповідальності та механізмів контролю за її діяльністю.

Про наявність цього корупціогенного фактору можуть свідчити також недостатнє визначення обов'язків, ризик вступу службової особи в конфлікт інтересів, передумови для порушення нею етичних правил.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) за ключовими словами: «**має (мають) право**», «**може (можуть)**», «**вправі**», «**уповноважений (уповноважені)**», «**компетенція**», «**зобов'язаний (зобов'язані)**» тощо.

Способи усунення корупціогенного фактору:

- включення норм, що дозволяють ідентифікувати відповідальних за виконання певної функції суб'єктів – щоб було точно ясно, який саме суб'єкт компетентний вирішувати те чи інше питання;
- у разі надмірної концентрації повноважень в одного суб'єкта відповідальності – вжити заходів до їх перерозподілу;
- встановлення для суб'єктів додаткових заборон, обмежень чи обов'язків;
- введення додаткових критеріїв оцінки якості ефективності і результативності службової діяльності;
- уточнення обсягу службової компетенції конкретних суб'єктів;
- встановлення додаткових механізмів взаємодії суб'єктів як всередині органу державної влади чи місцевого самоврядування, так і з такими суб'єктами в різних таких органах.

3.1.2. Широта дискреційних повноважень

Дискреція (від лат. discretio; англ. discretion) означає вирішення службовою (посадовою) особою питання, що належить до її компетенції, на власний розсуд.

Загалом дискреція може виникнути, коли повноваження не визначено, або визначено надто широко, або визначено неконкретно (неясно), або визначено суперечливо, або не чітко розподілено між членами колегіального органу тощо.

Необґрунтовано широкі дискреційні повноваження характеризуються відсутністю або абстрактністю підстав, способів, строків, умов прийняття рішення, нечітким формулюванням функцій, завдань, повноважень та обов'язків.

Дискреційні повноваження дозволяють **на власний розсуд:**

1) оцінювати юридичний факт (фактичний склад), внаслідок чого можуть виникати, змінюватись або припинятись правовідносини.

Так, проектом Закону № 2225 від 24 лютого 2015 р. «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо захисту та збереження авторитету держави)» у запропонованій редакції ст. 339-1 КК пропонується встановити відповідальність за «суспільно небезпечні протиправні діяння, що посягають на авторитет України як суверенної держави»;

2) обирати одну із декількох форм реагування на даний юридичний факт;

3) обирати міру публічно-правового впливу щодо фізичних та юридичних осіб, його вид, розмір, спосіб реалізації (у т.ч. йдеться про відсутність чи необґрунтовану широту меж розсуду суду при постановленні вироку).

Проектом Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо уточнення деяких положень, що регулюють порядок здійснення державних закупівель)» (реєстр. № 4187а від 27.06.2014 р.) передбачалося встановити, що порушення законодавства про здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від *п'яти тисяч до десяти тисяч*, а за обтяжуючих обставин – від *десяти тисяч до п'ятнадцяти тисяч* неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

За діяння практично однакових ступеню і характеру тяжкості суду надається можливість застосовувати стягнення у виді значного штрафу у надто широких межах – від 85 тис. до 170 тис. грн. та від 170 тис. до 255 тис. грн.

Такі розміри штрафів є нереальними для стягнення як адміністративних штрафів, що накладаються на фізичних (посадових), а не юридичних осіб, особливо з урахуванням положень статей 307 і 308 КУпАП про стягнення штрафу у подвійному розмірі у разі, якщо його не сплачено у 15-денний строк (це, відповідно, 170–340 і 340–510 тис. грн.).

Отже, це може спонукати суб'єктів відповідальності до пропонування, обіцянки і надання суддям, а суддів – до вимагання і одержання неправомірної вигоди за призначення мінімального розміру штрафу або за звільнення від відповідальності взагалі;

4) обирати форму реалізації своїх повноважень – видання нормативного або індивідуально-правового акта, вчинення (утримання від вчинення) адміністративної дії;

5) повністю або частково визначати порядок здійснення юридично значущих дій, у тому числі строк та послідовність їх здійснення.

Проект Закону №2654 від 17 квітня 2015 року «Про внесення зміни до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення застосування застави за вчинення корупційних злочинів» пропонує встановити, що застава призначатиметься у 10-кратному розмірі неправомірної вигоди або вартості одержаного злочинним шляхом майна;

б) визначати вид, обсяг і зміст управлінського рішення або обирати одне з кількох варіантів управлінських рішень, визначати спосіб виконання управлінського рішення, у т.ч. передавати виконання прийнятого рішення підлеглим особам, іншим суб'єктам.

Відповідно до ч. 3 ст. 10 проекту Закону «Про державний контроль, що здійснюється з метою перевірки відповідності законодавству про безпечність та якість харчових продуктів і кормів, здоров'я та благополуччя тварин» (реєстр. № 4986-1 від 17.06.2014 р.), кандидат на посаду державного ветеринарного інспектора або ветеринарного інспектора може бути звільнений від здачі додаткових іспитів, якщо компетентний орган пересвідчиться в тому, що кандидат набув всі необхідні знання в рамках освіти та/або післядипломної подальшої освіти.

Але неясно, як має відбуватись і оформлюватись процедура такого «пересвідчення» та чим має бути обґрунтоване і мотивоване відповідне рішення компетентного органу;

7) застосовувати винятки із загальних правил щодо підстав і порядку надання адміністративних, судових чи інших послуг фізичним (юридичним) особам;

8) тлумачити зміст прав і обов'язків фізичних (юридичних) осіб, вирішувати питання про їх притягнення до юридичної відповідальності тощо.

У сферах, де суб'єкт розпоряджається великими ресурсами, особливо небезпечним є його шантажування та інші способи примушування до корупційних дій.

Виконавчо-розпорядча діяльність, як і будь-яка інша публічно-владна діяльність, неможлива без певного вільного розсуду суб'єктів відповідальності (адміністративний розсуд, дискреція). Саме тому суб'єкти відповідальності мають деякі дискреційні повноваження, що дозволяють їм діяти залежно від обставин.

Оцінка умов, підстав, а також форми закріплення дискреційних повноважень мають змінюватися залежно від сфери правового регулювання. Так:

а) *в більш широких обсягах* адміністративний розсуд може бути використано в сфері внутрішньоапаратних відносин, що виникають:

- між Президентом України, КМ, ВР та іншими органами державної влади;

- між органами державної влади та органами місцевого самоврядування;

- між керівником органу державної влади, органу місцевого самоврядування і особою суб'єктом відповідальності;

- між органом державної влади і підвідомчими йому державними установами і підприємствами, відносини в сфері управління державним майном;

б) *мінімально обмеженими* дискреційні повноваження мають бути у відносинах між органами державної влади, з однієї сторони, та фізичними та юридичними особами, з іншої сторони, пов'язаними з:

- виявленням і припиненням правопорушень, застосуванням заходів державної і суспільної безпеки, ліквідації загрози життю і здоров'ю громадян;
- призначенням публічно-правових санкцій;
- контрольно-наглядовою діяльністю;
- наданням адміністративних послуг;
- видачею адміністративних дозволів, ліцензій, атестацією, акредитацією;
- державною реєстрацією, постановкою на державний облік;
- наданням соціальних виплат;
- розподілом квот, проведенням конкурсних (тендерних) процедур, пов'язаних з закупівлею майна, наданням державного майна в користування.

Наприклад, в ліцензійно-дозвільних відносинах дискреційні повноваження, як правило, можуть бути використані тільки з метою отримання більш повної інформації про ліцензіата, якщо надані ним документи не в повній мірі відповідають вимогам, встановленим законодавством.

У відносинах, які відносяться до чотирьох останніх груп, особі, яка проводить експертизу, необхідно виходити з презумпції, що використання дискреційних повноважень є винятком із правила "пов'язаної компетенції" і повинно мати законодавчу основу.

Існують сегменти управлінської діяльності, в яких необхідно звужити до мінімуму можливість вільного розсуду суб'єктів відповідальності. Йдеться про:

а) *строки ухвалення рішення*. Оскільки майже неможливо точно визначити строк, у який суб'єкт відповідальності зобов'язаний прийняти рішення стосовно фізичної чи юридичної особи, або строк здійснення тієї чи іншої адміністративної дії, остільки зазвичай застосовується формула «протягом» або «не пізніше». Корупціогенність підвищується зі збільшенням тривалості таких строків або встановленням широкого тимчасового діапазону, а також за відсутності строку.

Наприклад, у вирокі Залізничного районного суду м. Львова від 4 липня 2011 року по обвинуваченню ОСОБА_12 у вчиненні злочинів, передбачених ч. 3 ст. 364, ч.2 ст. 368 КК України (Справа № 1-82/11), було встановлено, що 26.05.2010 року ОСОБА_12, будучи службовою особою, яка займає відповідальне становище, діючи умисно, з корисливих мотивів, з метою одержання хабара від ОСОБА_11, який подав документи щодо визначення та погодження митної вартості ввезених автомобілів, попередньо довів до його відома, що він, згідно зі своїми службовими повноваженнями, може тривалий час здійснювати оформлення документів, вимагати подання додаткових документів, внаслідок чого той понесе додаткові матеріальні витрати (по оплаті за зберігання ввезеного транспортного засобу, який знаходиться під митним контролем та ін.), однак, у разі передачі йому грошових коштів в розмірі 100 доларів США він проведе швидке оформлення;

б) *умови (підстави) ухвалення рішення*. У суб'єкта відповідальності завжди є право вибору, як мінімум, із двох варіантів рішення (позитивного або негативного). При цьому найбільш корупціогенною є ситуація, коли НПА надає кілька можливих варіантів без точного визначення умов прийняття того або іншого рішення. В ідеалі ж умови вибору того або іншого варіанта рішення повинен фіксувати закон, а не підзаконний акт.

Так, дискреційним є припис, що надає суб'єктові відповідальності право витребувати у фізичних та юридичних осіб матеріали чи інформацію на свій розсуд, без

конкретизації мети, строків і підстав для прийняття такого рішення.

Оцінка надмірності розсуду суб'єкта відповідальності в кожному конкретному випадку пов'язана з оцінкою ефективності управлінського процесу – експерт оцінює, чи дійсно необхідні всі передбачені в НПА погодження (візи), чи не концентрується безконтрольне ухвалення рішення в одних руках тощо. Небезпечним в контексті дискреційності є також поєднання нормотворчості і контролю.

Прикладом є положення статей 8–12 нового Закону «Про прокуратуру», в яких замість того, аби закріпити повноваження прокурорів місцевого, регіонального рівня і Генеральної прокуратури України безпосередньо в законі, визначення цих повноважень передано на вирішення Генерального прокурора України.

Способи виявлення корупціогенного фактору. В законі, законопроекті необхідно шукати:

- перерахування видів рішень, що приймаються суб'єктом, без вказівки підстав для прийняття того чи іншого рішення або шляхом часткового визначення таких підстав;

- положення про надання права суб'єктові при виявленні певних обставин (настанні конкретних юридичних фактів) приймати чи не приймати управлінське рішення залежно від власної оцінки цих фактів.

Під дискреційністю слід розуміти не безконтрольну, безвідповідальну роботу посадових осіб, а реалізацію повноважень у межах, визначених законом. Така формула – це найкращий вияв правової держави. Підтвердженням цьому є використання зазначеного інституту в багатьох країнах: *freies Ermessen* (вільна оцінка) у Німеччині, *administrative discretion* в Англії, *flit skon* (вільне судження) у Данії, *attivita discrezionale* в Італії, *discretionnaire bevoegdheid* (дискреційна компетенція) у Нідерландах.

Тому, здійснюючи судочинство, Європейський суд з прав людини неодноразово аналізував наявність, межі, спосіб та законність застосування дискреційних повноважень національними органами, їх посадовими особами і в більшості випадків вирішував справи із застосуванням аналізу меж таких повноважень, їх відповідності принципу верховенства права:

- закон, який надає дискреційне право, має визначати межі його здійснення. Надання законом виконавчій владі чи судді нічим не обмеженого дискреційного права суперечило б принципіві верховенства права. Отже, закон має досить чітко визначати межі будь-яких повноважень, наданих компетентним органам, а також спосіб їх застосування, щоб забезпечувати належний захист особистості від свавільного втручання;

- в національному праві має бути засіб юридичного захисту від свавільних втручань органів державної влади в права, гарантовані Конвенцією. Визначення дискреційних повноважень, якими наділені органи державної влади в сфері основоположних прав, у спосіб, що фактично робить ці повноваження необмеженими, суперечило б принципу верховенства права. Відповідно, закон має чітко визначати межі повноважень компетентних органів та спосіб їх здійснення, беручи до уваги легітимну мету засобу, який розглядається, щоб гарантувати особі адекватний захист від свавільного втручання;

- будь-яка законна підстава для здійснення дискреційних повноважень може створити таку юридичну невизначеність, яка є несумісною з принципом

верховенства права, чи зіпсувати саму сутність права;

- конкретна норма закону повинна містити достатньо чіткі положення про рамки і характер здійснення відповідних дискреційних повноважень, наданих органам державної влади.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) за ключовими словами: «*протягом*», «*не пізніше*», «*за умов*», «*за обставин*», «*якщо... то*», «*спільним рішенням*», «*погодження*», «*візування*», «*як виняток*», «*у виключних (виняткових) випадках*», «*за наявності поважних причин*», «*рішення може бути прийнято, якщо це не суперечить суспільним інтересам*», тощо.

3.1.3. Надмірна свобода підзаконної нормотворчості

Наявність цього корупціогенного фактору відкриває можливість регламентації деяких важливих питань підзаконними нормативними актами – особливістю останніх є закритість процедур підготовки і прийняття НПА. Іноді в корупційній схемі має місце делегування повноважень регулюючого органу іншому органу.

У деяких випадках підзаконна нормотворчість є виправданою, але потрібно, щоб істотні умови регламентування визначалися при цьому законом.

Часто йдеться не тільки про деталізацію норм закону, роз'яснення порядку їх застосування, а й про прийняття суб'єктом відповідальності власних правових актів (про порядок роботи зі зверненнями громадян, про проведення конкурсу тощо). Деколи вони суперечать законам.

Закон, залишаючи регулювання відносин органу виконавчої влади чи іншому суб'єкту відповідальності, провокує його на створення умов, зручних для нього самого, а не для громадян. Серед таких умов часто присутні корупціогенні норми.

Особливо небезпечними є ситуації поєднання нормотворчих та контролюючих функцій в одному органі влади.

Наприклад, у ст. 8 проекту Закону «Про забезпечення захисту від морального переслідування на робочому місці» (реєстр. № 4997 від 03.06.2014 р.) передбачено, що повноваженнями центрального органу виконавчої влади з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю у сфері забезпечення захисту від морального переслідування на робочому місці визначено, зокрема: здійснювати державний нагляд та контроль за додержанням вимог законодавства про захист від морального переслідування на робочому місці; організувати розгляд звернень громадян з питань морального переслідування на робочому місці. Проте, порядок звернення до цього органу з питань морального переслідування, порядок розгляду звернень, правові наслідки такого розгляду не визначені. Отже, на виконання Закону цей орган має прийняти підзаконний акт, порядок, у якому врегулювати названі питання.

Інший приклад. Зі змісту статей 5, 16–23 проекту Закону № 1807 від 21 січня 2015 р. «Про державне регулювання азартних ігор в Україні» випливає, що НКОПАІ буде уповноважена: розробляти НПА з питань провадження господарської діяльності з організації та проведення азартних ігор, а також визначати порядок контролю за їх додержанням; організувати розроблення стандартів у сфері азартних ігор; визначати вимоги щодо якості послуг у сфері азартних ігор; розробляти та затверджувати ліцензійні умови; видавати та переоформляти ліцензії; здійснювати контроль за додержанням ліцензійних умов; здійснювати державний нагляд за додержанням організаторами азартних

ігор законодавства у сфері азартних ігор.

Поєднання нормотворчих та контролюючих функцій в одному органі влади може призвести як до використання його працівниками службового становища з корупційною метою та вимаганням неправомірної вигоди від осіб, які звертаються до них.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) за ключовими словами: *«порядок (правила) визначає (визначаються)»*, *«порядок (правила) встановлює (встановлюються)»*, *«Кабінету (Кабінетом) Міністрів України»*, *«центрального органом виконавчої влади...»* тощо.

Єдиним способом усунення цього корупціогенного фактору є законодавча діяльність зі зменшення бланкетних норм.

3.1.4. Відсутність відповідальності за правопорушення

Кримінальна, дисциплінарна та адміністративна відповідальність можуть встановлюватися тільки законом. Але в законах часто бувають відсутні норми про відповідальність певних суб'єктів або законодавець обмежується загальною формулою «несе відповідальність у встановленому законом порядку».

Способи виявлення корупціогенного фактору. Під час експертизи щоразу треба перевіряти, чи дійсно законом передбачена відповідальність за службові порушення, порушення спеціальних обмежень і заборон. Заходи відповідальності повинні відповідати виконуваним повноваженням і покладеним на суб'єкта заборонам і обмеженням.

Експерт має співвіднести ці положення з положеннями про відповідальність у законодавстві про державну службу, спеціальними положеннями про службову поведінку і відповідальність, у тому числі дисциплінарну, у статусних законах (наприклад, дисциплінарну відповідальність працівників міліції).

Так, проектом Закону № 3841 від 29 січня 2015 р. «Щодо надання державою спеціального соціального статусу потерпілим від особливо тяжких злочинів та відшкодування за рахунок держави матеріальної та моральної шкоди вказаним особам, із обов'язковим відшкодуванням державі засудженими понесених витрат», встановлюється декларативна норма про настання відповідальності посадових осіб і громадян за порушення вимог цього Закону, – без визначення видів і розміру такої відповідальності і видів відповідних правопорушень.

Від того, наскільки конкретно є формула відповідальності, залежить її реальність і невідворотність.

Підстави відповідальності повинні бути чітко сформульовані, бажано з диференціацією, якому виду порушення який вид відповідальності (дисциплінарної, адміністративної, кримінальної, цивільно-правової) відповідає. Фразі «тягне передбачену законодавством відповідальність» повинні кореспондувати відповідні статті КК України і Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) зокрема за ключовими словами: *«відповідальність»*, *«тягне (тягнуть)»*, *«притягується (притягуються)»*, *«несе (несуть)»*.

3.1.5. Паралельні (дублюючі) повноваження

Часто у прийнятті того або іншого рішення одночасно беруть участь кілька суб'єктів відповідальності (спільні рішення, погодження рішень).

Наділення дублюючими (такими, якими вже наділені інші органи чи особи) повноваженнями створює невизначеність у питанні про суб'єкта, на якого покладаються відповідні функції, завдання, повноваження та обов'язки.

Понизити корупціогенність і «торгівлю візами» здатне закріплення принципу «єдиного вікна» – коли одержувати необхідні узгодження для винесення остаточного рішення повинен суб'єкт відповідальності, а не заявник.

Підвищують корупціогенність норми, що встановлює дублюючі повноваження різних суб'єктів відповідальності у рамках одного державного органа або різних державних органів (наприклад, центрального і регіонального рівня), а також відповідальність кількох суб'єктів відповідальності за те саме рішення.

Способи виявлення корупціогенного фактору. Під час проведення експертизи потрібно порівнювати між собою повноваження різних органів, які містяться в одному чи різних НПА, стосовно одного і того самого питання.

3.2. Колізії і корупціогенні вади законодавчої техніки

3.2.1. Колізії

На відміну від прогалини *юридична колізія* – це «надлишок» правового регулювання, що створює суперечність (розбіжність) між різними положеннями законодавства, в яких регулюються одні й ті самі відносини, що може спричинити зіткнення (лат. *collisio* – зіткнення) двох інтересів.

Юридичні колізії можуть бути наслідком злого умислу осіб, причетних до законодавчого процесу. Але найчастіше вони виникають внаслідок:

- низького рівня професійної культури юристів-проектантів;
- недостатнього рівня систематизованості законодавства.

Зрозуміло, що таку ситуацію схильний до корупційних правопорушень суб'єкт відповідальності намагається використати в своїх інтересах і на власний розсуд застосувати саме те положення законодавства, яке для нього на цей момент вигідне. У ряді випадків наявність колізійного регулювання того або іншого питання дозволяє винній особі ухилитися від юридичної відповідальності, яка суворо формалізована. Цьому сприяє той факт, що до цих пір Закон України «Про нормативно-правові акти», в якому мали бути визначені правила подолання колізій, не прийнято.

Приклади колізій.

У ч. 1 ст. 17 проекту Закону № 2466 від 24 березня 2015 року «Про органи самоорганізації населення» пропонується встановити, що фінансову основу діяльності органу самоорганізації населення, легалізованого в порядку реєстрації, є місцеві збори на засадах добровільного самооподаткування, запроваджені загальними зборами (конференцією). Проте, в ПК не передбачено такого місцевого збору. Водночас встановлено, що встановлення місцевих податків та зборів, не передбачених цим Кодексом, забороняється (п. 4 ст. 10 ПК), а також відзначено, що загальнодержавні, місцеві податки та збори, справляння яких не передбачено цим Кодексом, сплаті не підлягають (п. 2 ст. 4 ПК).

Проектом Закону № 2045а від 8 червня 2015 року «Про внесення змін до деяких

законодавчих актів України щодо удосконалення системи гарантування вкладів фізичних осіб та виведення неплатоспроможних банків з ринку» пропонується доповнити КК статтю 220-1 «Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації». Санкція статті передбачає можливість покарати винного «виправними роботами на строк до *чотирьох років* з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років». Але КК України не передбачає можливості застосування такого покарання.

Способи виявлення колізій схожі на способи виявлення прогалин. Експерт повинен добре ерудованим і широко знати законодавство, вміти користуватися базами даних і мати аналітичні та лінгвістичні здібності. Перше допоможе йому виявити правовідносини як такі, що суперечливо врегульовані в різних актах законодавства або в одному і тому ж акті законодавства. При використанні баз даних експерт повинен за ключовими словами, що використовуються в різних відмінках, та будучи оснащеним знанням необхідних юридичних синонімів, відшукувати методом виключення усі можливі колізії правового регулювання.

Для того, щоб відшукати суперечності між нормами одного і того ж НПА, експерту варто уважно і не відволікаючись на іншу діяльність, прочитати його з початку до кінця, весь час тримаючи в пам'яті вже прочитаний текст. За такого підходу пам'ять людини зазвичай подасть сигнал, якщо одне прочитане положення буде суперечити іншому, прочитаному і збереженому в пам'яті раніше. Подібним способом можна виявити колізії в двох різних актах, якщо їхній обсяг не є надто великим і може бути утриманий у «свіжій» пам'яті експерта або якщо в його пам'яті тримається зміст інших актів законодавства.

Виявити колізії в законодавстві експерт також може шляхом вивчення відповідної наукової літератури з питань, що регулюються цією галуззю законодавства, і ознайомлення з практикою застосування законодавства, зокрема судовою практикою, а також із заявами громадян (в ЗМІ, Інтернеті тощо) про труднощі в реалізації ними своїх певних прав через такі колізії.

Такі колізії можна виявити і шляхом експертного чи іншого опитування, анкетування тощо.

Види колізій:

1) *за юридичною силою* нормативних актів, що вміщують колізійні положення (вертикальні, ієрархічні, субординаційні колізії), відрізняють колізії:

- між положеннями Конституції і законів. Така колізія є приводом для звернення до Конституційного Суду України;

- між положеннями міжнародних договорів та національними законами;

- між положеннями НПА одного рівня;

- між положеннями законів і підзаконних актів. В результаті цього суспільні відносини, які повинні регулюється законом, на практиці регулюються підзаконними нормами. Стає можливою «торгівля» за реалізацію прав та законних інтересів громадянина або юридичної особи, які не визнаються в підзаконному акті;

- між нормами підзаконних актів різного рівня.

Загальний колізійний принцип, який має використовуватися для подолання ієрархічних колізій: у разі суперечності застосовується норма, що має більшу (вищу) юридичну силу. Такий спосіб подолання колізій фактично застосовується на практиці і вирішує колізії завжди, крім особливо складних випадків;

2) *за часом появи* положення (темпоральна колізія) – це колізія, що виникає

внаслідок видання в різний час принаймні двох нормативних положень з одного і того самого питання.

Загальний принцип, що повинен використовуватися для подолання таких колізій: наступний акт з того ж питання скасовує дію попередніх актів. Цей спосіб подолання колізій є відомим юристам, але на практиці застосовується, як правило, лише у випадках, коли в перехідних і прикінцевих положеннях закону прямо визначено, які закони втрачають силу з прийняттям цього закону;

3) *за змістом* – між різними нормами рівних за юридичною силою НПА (горизонтальні колізії). Стосовно законів такі норми можуть міститися:

- в різних законах;
- в різних статтях одного закону;
- в одній статті закону.

Змістовні колізії являють собою приклад суперечностей, які практично не можуть бути подолані іншим шляхом ніж скасуванням застарілих актів, іншою зміною законодавства або ж його офіційним тлумаченням. Лише в окремих випадках в перехідних і прикінцевих положеннях закону прямо зазначається, що усі інші закони до часу внесення до них відповідних змін не повинні застосовуватися так, щоб це суперечило цьому закону.

Окремий вид колізій – положення, котрі суперечать заборонам чи обмеженням, що покладаються на осіб, на яких поширюється дія Закону України «Про запобігання корупції», фактично повністю чи частково заперечують спеціальні антикорупційні правила на кшталт:

- заборонено використовувати свої службові повноваження або своє становище та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди – ні, це дозволено;
- заборонено одержувати подарунки – дозволено;
- заборонено сумісництво державної служби з підприємницькою діяльністю таке сумісництво дозволено;
- не можна бути підлеглим близької особи – можна;
- не можна брати участь в тендері – можна;
- не можна приховувати кінцевого бенефіціара – можна.

Крім зазначених вище **способів усунення колізій**, експерт в контексті запобігання корупції може рекомендувати законодавцю та іншим відповідним органам влади:

- ♣ удосконалити процедуру попередньої юридичної експертизи, яка здійснюється на стадії проходження законопроекту;
- ♣ поліпшити стан систематизації законодавства, зокрема шляхом кодифікації законів;
- ♣ звертати увагу на більш чітке визначення повноважень суб'єктів відповідальності і у випадках «перехресчування» їхніх повноважень негайно вживати заходів до корегування колізійних положень шляхом зміни до законодавства чи його офіційного тлумачення;
- ♣ нормативно визначити порядок подолання колізій різних видів;
- ♣ підвищити якість законодавства з точки зору його системності, логічності тощо, а для цього – підвищувати рівень професійної підготовки

юристів.

3.2.2. Незрозумілий зміст положення (мовна неоднозначність)

Йдеться про вживання термінології, яка не відповідає принципу юридичної визначеності, тобто зміст слів та словосполучень є неясним, що дозволяє тлумачити їх будь-як.

Принцип юридичної визначеності вимагає: приписи закону мають бути чіткими й ясними і не підлягають розширювальному тлумаченню у випадках, коли випадкові конструктивні вади закону можуть негативно вплинути на права і свободи людини та їх гарантії.

Не повинні використовуватися двозначні терміни, поняття і формулювання, категорії оцінного характеру, слова з неясним змістом, що допускають різне трактування

Позначення тих самих явищ різними термінами або різних явищ однаковими термінами також може спотворювати зміст положень законів.

Особливо неприпустимі юридично невизначені норми, що передбачають юридичну відповідальність (на кшталт «стратити не можна помилувати»).

Наприклад, у проекті Закону «Про освіту осіб з обмеженими можливостями здоров'я (спеціальну освіту)» № 3416 від 05.11.2015 року вжито слова «масовому навчальному закладі». Слово «масовому» не закріплене в Законі «Про освіту» і його зміст не розкривається у законопроекті.

Проектом Закону № 1807 від 21 січня 2015 р. «Про державне регулювання азартних ігор в Україні» (ч. 4 ст. 4) визначено: «Три члени Національної комісії з питань організації та проведення азартних ігор призначаються Президентом України з числа представників громадськості, які мають *бездоганну ділову репутацію, високі професійні та моральні якості, суспільний авторитет*». Але використання таких надзвичайно оціночних категорій не дає конкретної інформації про законодавчі вимоги до претендентів на посаду.

Рішенням Маріупольської міської ради Донецької області від 03.03.2016 р. № 7/5-106 «Про виділення в 2016 році щомісячної стипендії десяти перспективним спортсменам з обмеженими фізичними можливостями м. Маріуполя» затверджене Положення про стипендії міської ради десяти перспективним спортсменам з обмеженими фізичними можливостями м. Маріуполя. Згідно з його пунктом 2.1, на присвоєння стипендій можуть бути висунуті кандидатури спортсменів перспективних спортсменів з обмеженими фізичними можливостями. Проте, немає конкретних критеріїв для визначення «перспективних спортсменів» та осіб, що мають «обмежені можливості».

Єдиним **способом усунення цих вад** є законодавча діяльність парламенту з удосконалення законодавчої техніки закону.

Ось як Європейський Суд в своїй судовій практиці характеризує необхідну якість закону:

- положення національного законодавства потрібно формулювати так, щоб вони були достатньо доступними, чіткими і передбачуваними у практичному застосуванні;

- якість закону вимагає, щоб він був доступний для особи і вона могла передбачити наслідки його застосування до неї та щоб закон не суперечив принципіві верховенства права. Це означає, що в національному праві має існувати засіб правового захисту від свавільного втручання з боку державних органів у права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Небезпека свавілля є особливо очевидною, коли

виконавча влада здійснює свої функції закрито. Закон має містити досить зрозумілі й чіткі формулювання, які давали б громадянам належне уявлення стосовно обставин та умов, за якими державні органи уповноважені вдаватися до втручання в право;

- якість закону пов'язана з достатньою чіткістю встановлення ним тих чи інших обставин, на підставі яких діють державні органи;

- жодна норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з точністю, достатньою для того, щоб надати змогу громадянину регулювати свою поведінку: він має бути спроможним – якщо потрібно, після відповідної консультації – передбачити такою мірою, наскільки це є розумним за даних обставин, наслідки, які можуть впливати з його дій. Ці наслідки не повинні бути передбачуваними з абсолютною певністю. У той час, як певність у праві є вельми бажаною, вона може спричиняти надмірну жорсткість, а право має йти в ногу з обставинами, що змінюються. Відповідно до цього більшість законів з необхідністю укладаються в термінах, які більшою чи меншою мірою є нечіткими, а їхнє тлумачення і застосування є питаннями практики;

- ступінь чіткості закону, що має забезпечуватися у формулюваннях національних законів – яка в жодному випадку не може передбачити всі непередбачувані обставини, – значною мірою залежить від змісту даного документа, сфери, на яку поширюється цей закон, а також кількості та статусу тих, кому закон адресований. Ступінь чіткості, який треба забезпечувати при формулюванні конституційних положень, з огляду на загальний характер, може бути нижчим, ніж в інших законах;

- положення закону повинні бути передбачуваними та надавати достатньо гарантій проти свавільного застосування.

3.2.3. Інші корупціогенні вади законодавчої техніки

Підвищує корупціогенність прямі помилки законодавця, значна кількість відсильних і бланкетних норм тощо.

Приклади.

Законом від 6 жовтня 2011 р. в абзаці другому частини 1 ст. 306 Кримінального кодексу України слова «від п'яти до дванадцяти» було помилково замінено словами «від семи до двадцяти». Між тим, максимальний строк позбавлення волі, який може бути передбачений санкцією статті Кримінального кодексу України, це п'ятнадцять років. Вже 4 листопада 2011 р. №4016-VI довелось приймати спеціальний Закон «Про внесення зміни до статті 306 Кримінального кодексу України», щоб у ст. 306 КК України слова «від семи до двадцяти»замінити словами «від семи до дванадцяти».

Проектом Закону № 2489 від 30 березня 2015 р. «Про службу в органах місцевого самоврядування» (п. 2 ч. 1 ст. 12) передбачено: «Службовець місцевого самоврядування повинен повідомляти безпосереднього керівника не пізніше наступного робочого дня з моменту, коли він дізнався *чи повинен був дізнатися* про наявність у нього реального чи потенційного конфлікту інтересів...». Очевидно, якщо службовець *не дізнався* про наявність у нього реального чи потенційного конфлікту інтересів (навіть, якщо і повинен був), то він об'єктивно не може повідомити про це у визначені законопроектом строки.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) зокрема за ключовими словами: «*тощо*», «*абощо*», «*інше (інші)*», «*тому подібне (подібні)*», «*т. д.*».

Єдиним способом усунення цих вад є законодавча діяльність парламенту з

удосконалення законодавчої техніки закону.

3.3. Прогалини в регулюванні

3.3.1. Прогалини в нормах матеріального права

Цей корупціогенний фактор виражається у відсутності (пропуску) законодавчого регулювання того або іншого питання.

Її небезпечність з точки зору запобігання корупції полягає у тому, що прогалина ніби підштовхує суб'єктів відповідальності до законотворчості. Замість того, щоб здійснювати правореалізаційні (застосування законодавства) або правоінтерпретаційні (тлумачення законодавства) дії, суб'єкт відповідальності від свого імені починає заповнювати прогалину законодавства так, як йому на цей момент вигідно.

Прогалинами в законодавстві є випадки, коли норма закону:

- відсилає до положень інших законів чи інших НПА, але ці закони (інші акти) ще не набрали законної сили або взагалі не прийняті;
- відсилає до положень інших законів чи інших НПА, але ці закони (інші акти) втратили силу, а їм на заміну інших немає;
- відсилає до підзаконних актів, але згідно з Конституцією України (ст. 92 та ін.) відповідні державні органи не повноважні визначати такі суспільні відносини своїми актами;
- що відноситься до матеріального права, не може бути реалізована, оскільки для цього не розроблено відповідної процедури.

Наприклад, у п. 5 ч. 1 ст. 18 проекту Закону № 1135-1 від 10 грудня 2014 р. «Про цивільну зброю і боєприпаси» пропонується встановити, що підставами для відмови у видачі дозволів є «наявність відомостей про неодноразове притягнення до відповідальності за порушення громадського порядку». Проте, не визначено: а) про який саме вид відповідальності йдеться; б) як пропонується визначати ті чи інші правопорушення як такі, що є порушеннями саме громадського порядку (а не безпеки чи моральності); в) про які самі відомості йдеться.

За ознакою часу їх появи прогалини можуть бути: 1) первісні і 2) наступні.

Первісні прогалини зумовлені тим, що законодавець з самого початку не врахував всю багатоманітність життєвих ситуацій, що вимагають правового регулювання і не врегулював певну сферу суспільних відносин повністю або частково. Це може трапитися через прорахунки, допущені у використанні прийомів юридичної техніки при розробці закону або його прийнятті (наприклад, коли в залі парламенту з голосу приймають ту чи іншу поправку).

Так, майбутній новий Житловий кодекс України повинен визначити, зокрема: підстави переведення придатних для проживання жилих квартир у нежилі, правовий режим товариств співвласників багатоквартирного жилого будинку, особливості відповідальності користувачів квартир тощо. Сьогодні ж для врегулювання цих правовідносин у житловій сфері застосовуються норми цивільного права, права соціального забезпечення, адміністративного права, а іноді не існує жодних необхідних норм.

Створення таких прогалин призводить до негативних наслідків, коли суб'єкт відповідальності обирає вигідний для себе спосіб дій (наприклад, посилаючись на відсутність законодавства «підвищує собі ціну» і вимагає неправомірну вигоду за те, що буде діяти в інтересах того, хто її дає, «на свій страх і ризик»).

Наступні прогалини з'являються об'єктивно внаслідок постійного розвитку суспільних відносин, виникнення нових життєвих ситуацій, які не могли бути

заздалегідь передбачені законодавцем.

Так, згідно із прийнятим в 2004 р. Законом України «Про заборону репродуктивного клонування людини» забороненими діями стали репродуктивне клонування людини, а також ввезення на територію України та вивезення з території України клонованих ембріонів людини. Але прогалиною правового регулювання є те, що ці заборони є декларативними – до сьогодні юридична відповідальність за такі діяння не встановлена. Отже, це може спричинити випадки застосування суб'єктами відповідальності протиправної аналогії, зокрема, положень Кодексу України про адміністративні правопорушення або Митного кодексу України – з метою одержання неправомірної вигоди.

Пошук такого корупціогенного фактору, як прогалина, за ключовими словами в тексті законопроекту (закону) здійснити практично неможливо.

Способи виявлення прогалин. Для того, щоб самостійно виявити прогалини в законодавстві, експерт повинен добре знати законодавство, вміти користуватися базами даних і мати аналітичні та лінгвістичні здібності.

Виявленню прогалин в законодавстві допоможе ознайомлення з практикою його застосування, зокрема судовою практикою, а також із заявами громадян (в ЗМІ, Інтернеті тощо) про труднощі в реалізації ними своїх певних прав через такі прогалини.

Прогалини можна виявити і шляхом експертного чи іншого опитування, анкетування тощо.

Єдиним **способом усунення прогалин** є законодавча діяльність парламенту та інших державних органів. Але, оскільки цей процес зазвичай тривалий, то антикорупційна експертиза повинна:

а) не лише орієнтувати законодавця на усунення прогалин через зміну законодавства, а й

б) рекомендувати відповідним суб'єктам відповідальності у межах належних їм повноважень правореалізаційного або правоінтерпретаційного характеру використати законні оперативні засоби подолання прогалин з метою вирішення конкретної юридичної справи.

До таких засобів належать: аналогія права, відповідна праву аналогія закону, субсидіарне застосування правових норм.

Аналогія права – це застосування до конкретних відносин в разі відсутності норм, що регулюють подібні відносини, загальних засад і принципів права. Іншими словами, суддя, прокурор, працівник дозвільної, реєструючої тощо служби повинен, коли немає прямої вказівки закону, і якщо це не спричинить шкоди правам і законним інтересам інших фізичних та юридичних осіб, вирішити справу на основі принципів верховенства права, законності, справедливості, юридичної рівності, гуманізму, особистої і винної відповідальності та інших, які закріплені у відповідних статтях Конституції України, міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких дала ВР, рішеннях Європейського суду з прав людини і висновках Верховного Суду України, які згідно із законом є обов'язковими для всіх учасників відповідних суспільних відносин. Застосування аналогії права до конкретної справи не має обов'язкової сили при вирішенні інших, подібних справ.

Наприклад, якщо під час проведення аукціону певне (будь-яке) процедурне питання

не вирішено законом, його має бути вирішено так, щоб не був порушений принцип рівності прав усіх учасників аукціону.

Аналогія закону – це поширення в процесі правозастосування на конкретні нерегульовані правом життєві відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в межах даної галузі права за найсуттєвішими ознаками. «Подібність» відносин означає однотипність правового режиму їх регулювання. Оскільки наявність прогалини не є підставою для відмови у вирішенні справи, правозастосовувач повинен знайти норму, що регулює такі «подібні», аналогічні відносини і застосувати її до конкретної ситуації.

Так, чинне цивільне законодавство містить норми, які регулюють порядок відшкодування збитків, завданих особі при рятуванні майна.

Водночас у ньому відсутня норма, яка визначила б порядок відшкодування шкоди, що виникла внаслідок рятування людського життя.

Враховуючи подібність зазначених відносин, згаданий порядок може бути використано на практиці як правова підстава при прийнятті судового рішення щодо відшкодування шкоди, яка виникла при рятуванні людського життя.

На необхідність застосування аналогії закону подекуди вказується прямо – ст. 242 ЦК України говорить про те, що до договору міни застосовуються правила договору купівлі-продажу.

Субсидіарне застосування (міжгалузева аналогія) є застосуванням до конкретних відносин нормативного припису, який регулює подібні відносини в суміжних, споріднених галузях. Це різновид аналогії закону.

При цьому запозичення можливе тільки в галузях, що мають схожість у засобі правового регулювання (як-от застосування приписів про строки в цивільному праві до регулювання трудових правовідносин). Можливість застосування норм за аналогією прямо передбачена в окремих законодавчих актах.

Так, у ч. 8 ст. 8 ЦПК України зазначено: якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права).

Так само і КАС України (ч. 7 ст. 9) вказано: у разі відсутності закону, що регулює відповідні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини (аналогія закону), а за відсутності такого закону суд виходить із конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права).

Аналогія закону цілком виправдана в цивільному, трудовому, адміністративному, кримінальному процесуальному та інших галузях законодавства. Водночас вона прямо заборонена в кримінальному законодавстві і згідно з принципами законності та юридичної визначеності не допускається в законодавстві про адміністративні правопорушення.

3.3.2. Відсутність або недостатність контролю і прозорості

Цей фактор поки ще є недоліком загальнополітичним, адже присутній чи не в кожному законі – і в цьому сенсі наше законодавство в цілому можна вважати корупціогенним. Тому експертові варто для початку хоча б відзначати у своєму висновку наявність або відсутність цього фактору. Якщо в законопроекті є норми, що підвищують підконтрольність і прозорість діяльності суб'єкта відповідальності, це суттєво знижує корупціогенність акту. Адже корупція розквітає в обстановці таємності.

Приклади.

Проектом Закону № 1807 від 21 січня 2015 р. «Про державне регулювання азартних ігор в Україні» передбачається створення уповноваженого органу з питань організації та проведення азартних ігор – Національної комісії з організації та проведення азартних ігор (НКОПАІ). При цьому у ст. 4 передбачено «цікавий» механізм обрання членів НКОПАІ (до нього пропонується залучити КМ, ВР, Президента, а також Міністерство економічного розвитку та торгівлі, Національне антикорупційне бюро та Державну фіскальну службу), а у ст. 5 – вписано необмежені повноваження цього органу у сфері організації та проведення азартних ігор. Проте, взагалі не визначено: який статус цього органу (ЦОВВ, окремих підрозділ якогось ЦОВВ, ЦОВВ зі спеціальним статусом тощо), кому він підконтрольний, кому підзвітний, ким координується та спрямовується його діяльність тощо.

Рішенням виконавчого комітету Черкаської міської ради від 22.12.2015 № 1409 затверджено Порядок здійснення компенсаційних виплат власникам автостоянок вартості послуг із зберігання транспортних засобів інвалідів, членів їх сімей, законних представників та організацій, що перевозять інвалідів. Згідно з цим Порядком, підставою для надання на автостоянці місця для зберігання за рахунок коштів міського бюджету транспортного засобу є направлення, видане департаментом соціальної політики Черкаської міської ради. При цьому власник автостоянки після видачі направлення укладає договір між інвалідом та департаментом соціальної політики, а потім подає до вказаного департаменту акти виконаних робіт. Головним розпорядником коштів, передбачених у міському бюджеті для здійснення компенсаційних виплат власникам автостоянок, є департамент соціальної політики. Він же щорічно при формуванні бюджетного запиту на відповідний фінансовий період передбачає обсяг видатків і здійснює компенсаційні виплати на підставі наданих актів виконаних робіт (наданих послуг) (пункти 1.4, 1.5, 2.2–2.5). Порядок розроблено і підписано директором департаменту соціальної політики, і на нього ж виконавчий комітет поклав контроль за виконанням свого рішення.

Способи виявлення корупціогенного фактору. Експертові слід звернути увагу, чи наявні і наскільки конкретними в законі (законопроекті) є положення щодо:

- інформаційної відкритості органів влади взагалі;
- використання інформаційних технологій для забезпечення гласності в діяльності суб'єкта відповідальності (наявність веб-сайту, його регулярне оновлення, інтерактивні форми звернень фізичних і юридичних осіб і заповнення форм документів);
- реальної можливості здійснення контролю з боку громадськості, умов і процедури перевірок, заходів реагування за результатами перевірок;
- звітності суб'єкта відповідальності перед громадськістю та іншими суб'єктами (наприклад, публікація щорічних звітів);
- парламентського, внутрішнього контролю, контролю з боку певних державних органів тощо.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) зокрема за ключовими словами у відповідних відмінках: «*контроль*», «*нагляд*», «*звіт*», «*інформує (інформують)*», «*повідомляє (повідомляють)*».

Способи виявлення корупціогенного фактору. По можливості слід

вжити заходів до того, аби інформація, яка утаємничується, стала більш доступною; можливо також запропонувати доповнити законопроект вказівкою на конкретні види і форми контролю.

3.3.3. Відсутність або недостатність адміністративних і судових процедур

Під *процедурами* розуміються юридичні процедури, в рамках яких суб'єкти відповідальності приймають НПА, інші рішення, здійснюють юридично значущі дії, спрямовані на забезпечення реалізації суб'єктивних прав і виконання юридичних обов'язків фізичними та юридичними особами.

Корупціогенність знижується, якщо існує чіткий порядок ухвалення рішення. Упорядкувати здійснення повноважень суб'єктів відповідальності можна при нормативному встановленні порядку і строків здійснення відповідних дій. Існують процедури прийняття рішень, одержання і використання інформації, розгляду звернень, контролю тощо.

В ідеалі процедури повинні бути передбачені саме в законі, а не в підзаконному акті. Поряд з матеріальним правом порядок і строки становлять частину регулювання (процесуальне право), яка є не менш принциповою, чому норми матеріального права. Тому невиправданою є й їхня часта зміна.

Способи виявлення корупціогенного фактору. Про нечіткість встановленої НПА, проектом НПА процедури, що створює умови для виникнення корупційних відносин, можуть свідчити такі ознаки:

- не визначено або недостатньо чітко визначено обов'язки суб'єкта відповідальності після порушення конкретних проваджень, що ініціюються фізичними або юридичними особами;

- відсутні процесуальні гарантії, що забезпечують вплив фізичної або юридичної особи на хід адміністративної процедури, у т.ч. не закріплено її право бути вислуханою, надавати матеріали, інформацію, докази;

- не встановлено строки прийняття остаточних процедурних рішень або суб'єкт відповідальності має право самостійно їх визначати, продовжувати чи скорочувати;

- процедура не закріплює вичерпних підстав і порядку прийняття управлінських рішень;

- окремі положення процедури дозволяють суб'єкту відповідальності невмотивовано змінювати її хід, закінчувати або поновлювати процедурні відносини або вибирати сприятливі або несприятливі для фізичних чи юридичних осіб управлінські рішення (корелює з фактором перевищення обсягу дискреційних повноважень);

- обмежені можливості для апеляції;

- процедура занадто деталізує обов'язки фізичних або юридичних осіб, що значно ускладнює їх точне виконання (корелює з фактором надмірних обтяжень).

Проектом Закону «Про оцінку впливу на довкілля» (реєстр. № 4972 від 30.05.2014 р.) (ч. 1 ст. 11) передбачено, що «державні органи зобов'язані розглянути та належним чином врахувати результати оцінки впливу на довкілля при прийнятті остаточного рішення щодо екологічно небезпечної господарської діяльності». Але складність визначення та відсутність визначеної процедури доведення того факту, що результати оцінки були враховані саме *належним* чином при прийнятті рішення щодо екологічно

небезпечної господарської діяльності можуть призвести до прийняття посадовими особами необґрунтованих рішень, мотивованих отриманням неправомірної вигоди.

Інший приклад. Стаття 14 проекту Закону № 1135-1 від 10 грудня 2014 р. «Про цивільну зброю і боєприпаси» має назву «Порядок ведення Єдиного державного реєстру зброї України». Насправді ж у цій статті немає жодного слова про процедуру (порядок) ведення Єдиного державного реєстру зброї України.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) зокрема за ключовими словами: «*порядок*», «*строк*».

Способи усунення корупціогенного фактору:

1) точно визначити строк здійснення юридично значущих дій або порядок його визначення;

2) встановити вичерпний перелік підстав для прийняття актів, нормативно закріпити обов'язок суб'єктів відповідальності мотивувати рішення, що ними приймається;

3) надати фізичним та юридичним особам додаткові процесуальні гарантії впливу на хід розвитку процедури (подавати клопотання, бути заслуханими, надавати матеріали та інформацію тощо);

4) іншим чином мінімізувати вплив суб'єктів відповідальності на фізичних або юридичних осіб з метою примусу їх до вступу в корупційні відносини.

3.3.4. Відсутність або недостатність конкурсних (аукціонних) процедур

Здійснення деяких видів повноважень (зокрема, дозвільних) припускає присутність кількох фізичних чи юридичних осіб, що претендують на надання конкретного права (придбання або оренди об'єкта державної власності, права укладання договору на поставку товару для державних потреб тощо). Але вибір цього правоотримувача не може бути довільним або упередженим. Використання спеціальних процедур, іменованих у цивільному праві «торги» (аукціони і конкурси), здатне знизити ймовірність суб'єктивного підходу суб'єкта відповідальності.

Предметом експертизи є норми, що регулюють застосування конкурсних (тендерних) процедур зокрема у разі: надання у власність або володіння майна та майнових прав, земельних ділянок; розподіл квот на використання природних ресурсів, об'єктів тваринного світу, на здійснення окремих господарських операцій; розміщення замовлень на постачання товарів, виконання робіт, надання послуг для державних потреб.

Так, проектом Закону № 1742-1 від 17 січня 2015 р. «Про внесення змін до деяких законів України у сфері поводження з побутовими відходами» із ст. 26 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні», якою встановлено, що до виключної компетенції сільських, селищних, міських рад належить «визначення *на конкурсних засадах* суб'єкта господарювання виконавцем послуг з поводження з побутовими відходами», вилучаються слова «на конкурсних засадах».

У ст. 126 проекту Закону №2535 від 3 квітня 2015 р. «Про всеукраїнський та місцеві референдуми за народною ініціативою» пропонується встановити, що закупівля товарів, оплата робіт, послуг для організації та проведення всеукраїнського референдуму здійснюються комісіями з референдуму за рахунок коштів Державного бюджету України *без застосування тендерних (конкурсних) процедур* та у порядку, встановленому ЦВК.

Способи виявлення корупціогенного фактору. До корупційних недоліків правового регулювання конкурсних (тендерних) процедур належать:

- відсутність юридичних, організаційних та інформаційних гарантій, що забезпечують правильне визначення вартості майна або майнового права, що виставляється на конкурс (тендер);

- відсутність механізмів забезпечення участі в процедурі належної кількості учасників, що призводить до скорочення числа пропозицій і відповідно неможливості зробити повноцінний вибір (низький рівень інформованості потенційних учасників про проведення конкурсу (тендеру) в силу використання недостатньо ефективних засобів розповсюдження інформації або неповноти розповсюдження інформації; часові обмеження між повідомленням і закінченням строку подачі заявок на участь в конкурсі (тендері), для здійснення відповідних дій; необґрунтованість застосування закритого порядку проведення конкурсу (тендеру); завищені вимоги до потенційних учасників конкурсу (тендеру));

- відсутність зовнішнього контролю за проведенням конкурсу (тендеру) (встановлення необґрунтованих обмежень на участь у конкурсі (тендері) незалежних спостерігачів, у т.ч. ЗМІ; не розкриття інформації про учасників конкурсу (тендеру) і склад конкурсної (тендерної) комісії);

- відсутність у НПА, проекті НПА формальних, тобто тих, що піддаються зовнішній незалежній перевірці критеріїв обрання найкращої пропозиції учасників конкурсу (тендеру);

- необґрунтованим делегуванням повноважень з проведення конкурсу (тендеру) суб'єктам приватного права.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) зокрема за ключовими словами: **«порядок»**, **«процедура»**, **«конкурс»**, **«аукціон»**, **«торг»**.

Способи усунення корупціогенного фактору:

- застосування об'єктивного (незалежного) визначення вартості переданого за результатами конкурсу (тендеру) майна або майнових прав;

- забезпечення належного інформування про проведення конкурсу (тендеру);

- забезпечення рівного процесуального статусу учасників конкурсної (тендерної) процедури;

- зміни форми проведення конкурсу (тендеру);

- виключення завищених вимог;

- встановлення належних умов оприлюднення інформації про всіх учасників конкурсу (тендеру) і про його результати;

- виключення конфлікту інтересів членів конкурсних (тендерних) комісій;

- введення формалізованих критеріїв визначення переможця конкурсу (тендеру).

3.4. Дискримінація: протекціонізм щодо певних осіб, просування групових чи особистих інтересів і вигід або, навпаки, неправильне визначення умов реалізації права, належного особі – одержувачу публічних послуг (необґрунтовані, надмірні обтяження при його реалізації), чи умов виконання нею обов'язку

Корупціогенним фактором є закріплення НПА, проектом НПА юридичних обов'язків, заборон, обмежень, що застосовуються до фізичних та юридичних осіб і які за своїм характером або обсягом значно полегшують або, навпаки, ускладнюють доступ до майнових або інших благ і цінностей, явно сприяють або ж перешкоджають реалізації прав і законних інтересів.

Коли умови (вимоги), необхідні для реалізації особою свого права, обтяжливі настільки, що перевищують рівень розумного, корупційні відношення стають майже неминучими. Особа вимушена витратити надто багато ресурсів (часу, терпіння тощо), що викликає в неї бажання відкупитися грошима абощо.

Дискримінація, як правило, має місце при правовому регулюванні:

а) реєстраційних, дозвільних, інформаційно-правових процедур, спрямованих на забезпечення реалізації прав і виконання обов'язків фізичних та юридичних осіб;

б) конкурсних (тендерних) процедур;

в) санкцій за невиконання тих чи інших обов'язків, заборон, обмежень (наприклад, непомірно високих штрафів);

г) визнання (надання, іншої легалізації) за фізичними та юридичними особами певного правового статусу, отримання якого тягне за собою набуття ними будь-яких фінансових, соціально-економічних благ, переваг, привілеїв;

д) застосування до фізичних та юридичних осіб заходів публічно-правового впливу, у т.ч. пов'язаних з обмеженням, позбавленням, зупиненням дії суб'єктивних прав і свобод.

Надмірні обтяження передбачають покладення на фізичних та юридичних осіб, у т.ч. в порівнянні з іншими:

- юридичних обов'язків в обсязі, що значно перевищує рівень, необхідний для забезпечення належної реалізації суб'єктивних прав і свобод або контролю за їх здійсненням;

- необхідності одержання значної кількості дозволів (погоджень) для реалізації права, при цьому такі вимоги є непропорційними цінностям, які особа має на меті отримати;

- обов'язків надати значний за обсягом перелік документів, інформації, для отримання яких необхідно витратити значну кількість часу, якщо при цьому частина документів може бути самостійно отримана суб'єктом шляхом направлення запитів;

- необхідності витратити значну кількість часу, фінансових та інших ресурсів для набуття того чи іншого суб'єктивного права;

- значної кількості заборон і обмежень при здійсненні окремих видів діяльності, формальне отримання дозволів для здійснення яких є не виправдано ускладненим і не узгоджується з метою правового регулювання даної групи суспільних відносин;

- необхідності здійснювати надмірну кількість контактів з органами влади, необхідних для виконання процедури (або наявність надмірної кількості органів влади, з якими має контакт особа згідно з процедурою).

Так, ст. 4 проекту Закону № 1467 від 15 грудня 2014 р. «Про садівництво громадян» визначає процедуру ведення обліку заяв громадян на отримання земельної ділянки для ведення садівництва сільськими, селищними, міськими радами. Проте, ст. 7 для отримання земельної ділянки у власність (користування) громадянин вимагає подати ще й клопотання до органу, уповноваженого здійснювати розпорядження земельною

ділянкою. Отже, громадяни для отримання земельної ділянки мають подавати дві заяви (клопотання) до двох різних органів.

Львівська міська рада у своєму рішенні № 620 від 21.10.2015 р. «Про реалізацію Програми впровадження ідентифікаційної картки львів'янина – учасника антитерористичної операції» містить надто великий Перелік документів, необхідних для отримання ідентифікаційної картки львів'янина – учасника антитерористичної операції, яким, крім паспорта і посвідчення учасника бойових дій, вимагається також надання: ідентифікаційного номера; документа про право власності на житло; документа, який підтверджує інший статус дітей (сирота, дитина, позбавлена батьківського піклування тощо); свідоцтва про народження дітей; свідоцтва про шлюб тощо.

Способи виявлення корупціогенного фактору.

Встановивши наявність в НПА, проекті НПА надмірних обтяжень, експерт повинен звертати увагу на такі нормативні приписи, що визначають, зокрема:

- перелік суб'єктів (фізичних, юридичних осіб), які наділяються відповідним суб'єктивним правом або на яких покладаються юридичні обов'язки;
- умови і підстави для реалізації суб'єктивного права, отримання соціального блага, виконання юридичних обов'язків;
- процедуру реалізації суб'єктивного права, у т.ч. строки здійснення окремих дій, порядок звернення за отриманням права;
- санкції за порушення передбаченого НПА, проектом НПА порядку реалізації суб'єктивного права, виконання юридичних обов'язків;
- види суб'єктів, до яких зобов'язана звертатися особа з метою реалізації суб'єктивного права, виконання юридичних обов'язків;
- відповідність правам особи обов'язків чиновників чи інших осіб, які забезпечують ці права;
- встановлення необґрунтованих винятків із загальних правил.

Часто виявити дефекти у формулюванні вимог до особи можна при аналізі підстав для відмови у здійсненні дії (реєстрації), прийманні документів. Корупціогенність підвищується, якщо перелік підстав для відмови:

- відкритий, тобто не вичерпний;
- містить відсилання до підстав для відмови, встановлених в інших НПА;
- містить «розмиті», суб'єктивно-оцінні підстави відмови (наприклад, представлені заявником відомості не відповідають дійсності або представлені не в повному обсязі).

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати в тексті законопроекту (закону) зокрема за ключовими словами: «*відмова*», «*не відповідає (не відповідають)*», «*не у повному обсязі*», «*може бути оскаржена*» тощо.

Способи усунення корупціогенного фактору:

- скорочення кількості суб'єктів, які беруть участь у прийнятті управлінського рішення, що забезпечує реалізацію суб'єктивних прав та виконання юридичних обов'язків;
- зменшення переліку документів (матеріалів, інформації), які особи зобов'язані надати для реалізації права;
- скорочення строків прийняття управлінських рішень;

- скорочення переліку критеріїв, яким повинні відповідати особи, які претендують на отримання права або блага;
- зміни умов і підстав реалізації суб'єктивних прав і виконання юридичних обов'язків, що призведе до збільшення категорій осіб, які можуть претендувати на одержання тих чи інших соціальних благ, прав, переваг;
- перенесення виконання юридичних обов'язків з фізичних та юридичних осіб на суб'єктів відповідальності;
- запровадження конкурсних (тендерних) процедур надання суб'єктивних прав;
- запровадження або розширення процедурних форм взаємодії осіб та суб'єктів відповідальності;
- встановлення додаткових форм звітності суб'єктів відповідальності про результати прийнятих рішень;
- розширення можливостей громадського контролю за прийняттям управлінських рішень;
- введення додаткових обов'язків і заборон для суб'єктів відповідальності, які мають стати "противагою" надмірним обтяженням, що встановлюються до фізичних та юридичних осіб.

3.5. Неправдиві цілі прийняття законопроекту

З теоретичної точки зору легальний НПА повинен ґрунтуватися на комбінації законності і доцільності, тобто прийняття акту має під собою законні підстави і відповідає реальним потребам регулювання. Однак насправді прийняття НПА може бути недоцільним, регулювання може виявитися надлишковим, зайвим, ставити додаткові адміністративні бар'єри, пред'являти завідомо нездійсненні вимоги тощо. Інакше кажучи, без такого НПА цілком можна обійтися.

У ряді випадків прийняття «надуманого» НПА може прямо закріплювати корупційні схеми (особливо коли йдеться про *конфлікт інтересів* ініціаторів законопроекту, що може призвести до отримання неправомірної вигоди), і тоді він прямо суперечить Антикорупційній стратегії та Закону України «Про запобігання корупції».

Закон № 2711-IV від 23 червня 2005 р. «Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу» передбачає, що підприємства, які внесені до Реєстру, *мають право на реструктуризацію основного податкового боргу* шляхом розстрочення терміном на 20 років з відстрочкою погашення на перші два роки. Реструктурована заборгованість не підлягає індексації, на неї не нараховуються пеня, штрафні та інші фінансові санкції.

Проектом Закону № 2567 від 6 квітня 2015 р. «Про сервісні послуги та сервісні центри Міністерства внутрішніх справ України» визначено, що центри надання сервісних послуг наділяються невластивими для державних установ повноваженням видавати і розповсюджувати за плату навчальну або освітню літературу з питань керування транспортними засобами.

Ще один приклад. Згідно з Додатком до Програми сприяння розвитку інформаційної галузі області на 2016–2020 роки, затвердженої рішенням Запорізької обласної ради від 31.03.2016 № 2 передбачено фінансування в розмірі 500 тис. грн. на висвітлення діяльності Запорізької обласної ради та Запорізької обласної державної адміністрації у засобах масової інформації та інформаційних агентствах. Фактично ж йдеться про використання адміністративного ресурсу та підкуп ЗМІ.

Способи виявлення корупціогенного фактору. Для констатації наявності цього корупціогенного фактору експертові необхідно вдатися до системного підходу й оцінити не окремі положення аналізованого законопроекту, а весь його текст і призначення з погляду поставлених цілей і пріоритетів. Дійсні неочевидні цілі прийняття закону можуть явно відрізнятися від задекларованих.

Пошук такого корупціогенного фактору доцільно здійснювати, починаючи з преамбули і загальних положень законопроекту, і не оминувши його прикінцеві положення.

Свідченням неправдивих цілей прийняття законопроекту може бути відсутність його адекватного обґрунтування, замасковані мотиви його прийняття.

Розділ 4. Висновки і Рекомендації за наслідками проведення експертизи

4.1. У разі виявлення зазначених корупціогенних факторів експерт зобов'язаний сформулювати **рекомендації** щодо їх усунення.

4.2. Залежно від конкретного виду корупціогенного фактору рекомендації щодо його усунення можуть стосуватися, як правило:

- удосконалення положень – у разі неправильного (ризикованого) визначення функцій, повноважень (обов'язків) і відповідальності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших осіб, на яких поширюється дія Закону «Про запобігання корупції»;

- включення до НПА, проекту НПА відсильних норм, що передбачають необхідність використання положень інших НПА;

- відображення в НПА, проекті НПА розгорнутих (повних) процедур;

- передбачення належного контролю – у разі відсутності або недостатності контролю і прозорості;

- зняття обмежень – у разі неправильного визначення умов реалізації права (необґрунтованими обтяженнями при його реалізації) або умов виконання обов'язку;

- відмови від прийняття закону – у разі неправдивих цілей законопроекту, його невідповідністю Антикорупційній стратегії та Закону «Про запобігання корупції».

4.3. За результатами експертизи складається **висновок**. У висновок повинні бути відображені:

- положення, у яких виявлені корупціогенні фактори з вказівкою конкретних статей, частин статей, пунктів тощо;

- опис виявлених у нормах корупціогенних факторів;

- рекомендації з усунення корупціогенних факторів і корекції відповідних положень.

4.4. Висновки експертизи направляються відповідним суб'єктам в порядку, передбаченому Розділом 5 цієї Методології.

4.5. Форма висновку громадської антикорупційної експертизи визначена в Додатках 1 і 2.

Розділ 5. Інформаційний супровід

5.1. Інформація про проведення антикорупційної експертизи має поширюватися і доводитись до відповідних органів державної влади, посадових осіб у такі **способи**:

- розміщення висновків на веб-сайті Комітету ВР з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією, веб-сайтах державних/муніципальних органів;

- розміщення висновків, коротких описів до висновків англійською мовою, публікацій у на веб-сайтах ЦППР (www.pravo.org.ua, рубрика «Антикорупційна експертиза») і, по можливості, партнерів ЦППР;

- направлення висновків до парламентських комітетів, депутатських фракцій, органів виконавчої влади, зацікавлених політичних партій і громадських організацій;

- підготовка новин, публікацій «широкого вжитку», регулярного дайджесту (українською і англійською мовою) для міжнародних, національних, регіональних інформаційних агентств, радіо- і телеканалів за результатами проведення експертиз;

- поширення новин, публікацій «широкого вжитку» за допомогою соціальних мереж;

- регулярний дайджест для міжнародних, національних, регіональних інформаційних агентств, радіо- і телеканалів.

5.2. У разі неврахування висновків і рекомендацій громадської антикорупційної експертизи відповідно до Закону «Про запобігання корупції» суб'єкт її проведення може, зокрема:

- ♣ наполягати на обов'язковому розгляді результатів ГАЕ суб'єктом видання (прийняття) відповідного акта;

- ♣ звернутися до НАЗК з клопотанням про забезпечення прав викривачів корупції;

- ♣ звернутися до НАЗК з клопотанням про ініціювання ним включення певних НПА до плану проведення антикорупційної експертизи;

- ♣ ініціювати припис НАЗК щодо усунення порушень законодавства і проведення службового розслідування та притягнення винної особи до встановленої законом відповідальності;

- ♣ звернутися до спеціалізованих та інших правоохоронних органів;

- ♣ ініціювати відсторонення певних осіб від виконання повноважень на посаді та відсторонення від посади в дисциплінарному, адміністративному і кримінальному провадженнях;

- ♣ подати заяву про скасування незаконних актів, рішень, виданих (прийнятих) з порушенням вимог Закону «Про запобігання корупції» (наприклад, за наявності конфлікту інтересів) – до органу чи посадової особи, уповноважених їх скасувати, або до суду щодо їх визнання незаконними (див. ст. 67 Закону, КАС України).

5.3. Організатори проведення антикорупційних експертиз мають забезпечити

зворотний зв'язок з особами, які могли б повідомляти про конкретні випадки корупційних ризиків, які містяться в чинних законах і з якими вони стикались.

Підготував

**Микола Хавронюк,
доктор юридичних наук, професор,
директор з наукового розвитку ЦППР**

**Форма висновку громадської антикорупційної експертизи
(на проект закону)**

**Висновок
громадської антикорупційної експертизи**

від «__» _____ 2016 р.

Назва законопроекту	
Номер законопроекту	
Дата реєстрації законопроекту	
Автор законопроекту	
Веб-адреса картки законопроекту на сервері ВР	
Головний комітет ВР	
Етап проходження законопроекту	
Висновок Головного науково-експертного управління ВР	
Висновок профільного Комітету ВР	
Інші висновки	
Корупційна небезпечність проекту (експертна оцінка за 5-бальною шкалою)	
Суспільна важливість проекту (експертна оцінка за 5-бальною шкалою)	
Висновок та рекомендації	

1. [Опис корупціогенного фактору з посиланням на конкретні пункти, частини, статті законопроекту]

Корупціогенний фактор: [Назва корупціогенного фактору]

2. [Опис корупціогенного фактору з посиланням на конкретні пункти, частини, статті законопроекту]

Корупціогенний фактор: [Назва корупціогенного фактору]

3. ...

Результати експертизи

	<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;	
	- паралельні (дублюючі) повноваження;	
2)	колізії і вади законодавчої техніки;	
	- колізії;	
	- незрозумілий зміст положення (мовна неоднозначність);	
	- корупціогенні вади законодавчої техніки;	
3)	прогалини в регулюванні:	
	- прогалини в нормах матеріального права;	
	- відсутність або недостатність контролю і прозорості;	
	- відсутність або недостатність адміністративних і судових процедур;	
	- відсутність або недостатність конкурсних (аукціонних) процедур;	
4)	дискримінація: протекціонізм щодо певних осіб, просування групових чи особистих інтересів і вигід або, навпаки, неправильне визначення умов реалізації права, належного особі – одержувачу публічних послуг (необґрунтовані, надмірні обтяження при його реалізації), чи умов виконання нею обов'язку;	
5)	неправдиві цілі прийняття законопроекту.	
	Всього	

Виконавець:

Перевірив:

Методологія проведення експертизи: <http://pravo.org.ua/ua/news/5226-metodologiya-provedennya-gromadskoyi-antikoruptionsynoyi-ekspertizi>

З іншими висновками громадської антикорупційної експертизи можна ознайомитись [тут](#).

**Форма висновку громадської антикорупційної експертизи
(на чинний закон)**

**Висновок
громадської антикорупційної експертизи**

від «__» _____ 2016 р.

Назва законопроекту і Закону	
Номер законопроекту і номер Закону	
Дата реєстрації законопроекту	
Автор законопроекту	
Веб-адреса картки законопроекту на сервері ВР	
Головний комітет ВР	
Корупційна небезпечність закону (експертна оцінка за 5-бальною шкалою)	
Суспільна важливість закону (експертна оцінка за 5-бальною шкалою)	
Висновок та рекомендації	

1. [Опис корупціогенного фактору з посиланням на конкретні пункти, частини, статті закону]

Корупціогенний фактор: [Назва корупціогенного фактору]

2. [Опис корупціогенного фактору з посиланням на конкретні пункти, частини, статті закону]

Корупціогенний фактор: [Назва корупціогенного фактору]

3. ...

Результати експертизи

	<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;	
	- паралельні (дублюючі) повноваження;	
2)	колізії і вади законодавчої техніки;	

	- колізії;	
	- незрозумілий зміст положення (мовна неоднозначність);	
	- корупціогенні вади законодавчої техніки;	
3)	прогалини в регулюванні:	
	- прогалини в нормах матеріального права;	
	- відсутність або недостатність контролю і прозорості;	
	- відсутність або недостатність адміністративних і судових процедур;	
	- відсутність або недостатність конкурсних (аукціонних) процедур;	
4)	дискримінація: протекціонізм щодо певних осіб, просування групових чи особистих інтересів і вигід або, навпаки, неправильне визначення умов реалізації права, належного особі – одержувачу публічних послуг (необґрунтовані, надмірні обтяження при його реалізації), чи умов виконання нею обов'язку;	
5)	неправдиві цілі прийняття законопроекту.	
	Всього	

Виконавець:

Перевірив:

Методологія проведення експертизи: <http://pravo.org.ua/ua/news/5226-metodologiya-provedennya-gromadskoyi-antikoruptionsynoyi-ekspertizi>

З іншими висновками громадської антикорупційної експертизи можна ознайомитись [тут](#).