

**ВИСНОВОК
ГРОМАДСЬКОЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ**

від «31» січня 2018 р.

| | |
|--|---|
| Назва законопроекту | Про Вищий антикорупційний суд |
| Номер і дата реєстрації | 7440-2 від 05.01.2018 року |
| Автор законопроекту | Народний депутат України Каплін С.М. |
| Веб-адреса картки законопроекту на сервері ВРУ | http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63302 |
| Головний комітет ВРУ | Комітет з питань правової політики та правосуддя |
| Етапи проходження законопроекту | В порядок денний не включено (18.01.2018) |
| Корупційна небезпечність проекту (за 5-бальною шкалою) | 5 (знайдено 6 корупціогенних факторів) |
| Суспільна важливість проекту (за 5-бальною шкалою) | 5 (експертна оцінка) |
| Висновок та рекомендації | Законопроект не відповідає вимогам антикорупційного законодавства. Рекомендовано відхилити. |

Задекларована суть законопроекту

Визначення спеціальних вимог до суддів антикорупційних судів, а також особливостей організації антикорупційних судів.

Ключові наслідки

| Стаття | Корупціогенний фактор | Наслідок |
|--------------------------------------|---|---|
| Ч. 1 ст. 4 проекту , ч. 6 ст. 33 КПК | <p>Корупціогенні вади законодавчої техніки. Кримінальне провадження щодо обвинувачення у вчиненні кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності НАБУ, у першій інстанції здійснює Вищий спеціалізований антикорупційний суд, а в апеляційній – Антикорупційна палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду.</p> <p>! Однак у ч. 1 ст. 4 законопроекту зазначено, що <i>Вищий антикорупційний суд (а не Вищий спеціалізований антикорупційний суд):</i> здійснює правосуддя як суд першої та апеляційної інстанцій у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до його юрисдикції (підсудності) процесуальним законом, а також шляхом здійснення у випадках та порядку, визначених процесуальним законом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у таких кримінальних провадженнях; аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику у кримінальних провадженнях, віднесених до його підсудності,</p> | Невідповідності між основним змістом законопроекту і Прикінцевими та Перехідними положеннями щодо визначення питань, з яких інстанцій складається цей суд (!), не дозволяють зрозуміти, яким чином повинні бути організовані такі суди. |

| | | |
|-------------------|--|---|
| | <p>та інформує про результати узагальнення судової практики Верховний Суд. <u>Крім того, у п. 1 Прикінцевих і Перехідних положень в одних випадках йдеться про «Вищий антикорупційний суд», а в інших про «Вищий спеціалізований антикорупційний суд», «Антикорупційну палату Касаційного кримінального суду Верховного Суду». Також у ст. 15 законопроекту йдеться про судові палати Вищого антикорупційного суду та Апеляційну палату Вищого антикорупційного суду.</u></p> | |
| <p>Ч. 4 ст. 7</p> | <p>Колізії. 1. Частиною 4 ст. 127 Конституції закріплено, що для суддів спеціалізованих судів відповідно до закону можуть бути встановлені <u>інші вимоги щодо освіти та стажу професійної діяльності</u>. Відповідно до роз'яснення ВККС ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» у частині визначення «стажу професійної діяльності у сфері права»¹ така діяльність включає у себе: діяльність протягом встановленого законом строку за спеціальністю: 1) у судах та органах судової влади; 2) в органах прокуратури; 3) в адвокатурі; 4) у нотаріаті; 5) органах державної влади та місцевого самоврядування; 6) в Президії Національної академії наук України та галузевих академії наук, а також у наукових та науково-педагогічних установах, організаціях та їх підрозділах, які діють в галузі права; 7) підприємствах, установах, організаціях, зокрема на керівних та адміністративних посадах, у разі якщо така діяльність або повноваження особи чи види діяльності органу, підприємства, установи, організації передбачали, зокрема, нормотворчість, правозастосування, правову допомогу, юридичне забезпечення діяльності, претензійну роботу, виконання судових рішень, юридичне представництво інтересів осіб, захист від кримінального обвинувачення. Наведене тлумачення поняття «стажу професійної діяльності у сфері права» вступає у колізію з п. 1 ч. 4 ст. 7 законопроекту, в якій сформульовано заборону бути призначеними суддями ВАС особам, які упродовж десяти років, що передували призначенню: працювали (проходили службу) в <u>органах прокуратури, деяких органах виконавчої влади тощо</u>. 2. П. 6 ч. 6 ст. 7 передбачає, що не можуть бути призначені суддями ВАС особи, які відповідно до вироку суду, що набрав законної сили, були позбавлені права обіймати посади</p> | <p>1. Обмеження, передбачені пунктами 1-2 ч. 4 ст. 7, носять дискримінаційний характер, невиправдано обмежують коло осіб, які можуть претендувати на посаду суддів ВАС та не виконують превентивної функції. 2. Використання у п. 7 ч. 4 ст. 7 законопроекту слів «незалежно від зняття чи погашення такої судимості» призводить до таких наслідків: 1) прямо суперечить положенням КК (ч. 1 ст. 88) та дискредитує інститут судимості!!! Погашення судимості означає, що судимість особи втратила своє будь-яке правове значення і така особа в подальшому не може зазнавати жодних (!) правообмежень кримінально-правового чи загально-правового характеру. Створюється колізія з ч. 1 ст. 88 КК. Тобто, «надлишок» правового регулювання і розбіжність між положеннями законів. Тому при нагоді схильний до корупції суб'єкт відповідальності буде використовувати колізійні положення «на свій смак». Наприклад, «відсіювати» кандидатів на посаду судді ВАС на власний розсуд та з метою отримання неправомірної вигоди за прийняття «правильного рішення». Для того ж, щоб колишні корупціонери не ставали суддями, слід вносити зміни до КК України (Розділ XIII «Судимість») та закріпити перелік злочинів, при засудженні за які судимість не погашається і не знімається (варіант – є значно тривалішою). 2) інша проблема п. 7 ч. 4 ст. 7 законопроекту, де зазначається, що «не можуть бути призначені суддями ВАС особи, які мали судимість за вчинення будь-якого умисного злочину,</p> |

1

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

| | | |
|------------|---|---|
| | <p>або займатися діяльністю, що пов'язані з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування (крім осіб, які були реабілітовані), незалежно від зняття чи погашення такої судимості, або які мали судимість за вчинення будь-якого умисного злочину, <u>незалежно від зняття чи погашення такої судимості</u>.</p> <p>Частиною 1 ст. 38 Закону «Про судоустрій і статус суддів» закріплено, що суддею Верховного Суду може бути особа, яка <u>відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді</u>, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Верховному Суді, а також відповідає одній із вимог, передбачених пунктами 1-4 цієї статті.</p> <p>А відповідно до ч. 2 ст. 69 Закону «Про судоустрій і статус суддів» не може бути призначений суддею громадянин, який <u>має незняту чи непогашену судимість</u> (п. 3)².</p> <p><u>! Зазначені вимоги поширюються на суддів Верховного Суду України, зокрема, на суддів Касаційного кримінального суду, які будуть переглядати рішення ВАС та Апеляційної палати ВАС у касаційному порядку.</u></p> | <p>незалежно від зняття чи погашення такої судимості».</p> <p>Кримінальне законодавство не розкриває змісту категорії «умисний злочин» (як це пропонується у законопроекті) і не містить їх переліку (лише в кількох статтях КК говориться про умисел чи необережність). У КК йдеться лише про вину, її форми та види (див. розділ V ЗЧ КК).</p> <p>При цьому згідно з законодавством:</p> <ul style="list-style-type: none"> – форма вини (умисел чи необережність) визначається залежно від специфіки психічного ставлення особи до наслідків вчиненого діяння. Переважна ж більшість заборонних норм Особливої частини КК взагалі не передбачає наслідки як обов'язкову ознаку складу злочину; – в Особливій частині КК є низка статей, в яких основний склад злочину виписаний як «формальний» (не вимагає настання наслідків), а один із його кваліфікованих складів утворений за допомогою додавання ознаки, що характеризує настання наслідків (матеріальний склад). Як правило, в таких випадках «діяння» є усвідомленим та бажаним актом поведінки людини, а «наслідки» – небажаним результатом такої поведінки. Тоді говорять про так звану «подвійну» форму вини. При цьому одні науковці вважають такі злочини «у цілому» умисними, другі – необережними, а треті констатують існування своєрідного «гібриду»; – в Особливій частині КК є низка норм, що описують злочини, які в реальному житті можуть бути вчинені як умисно, так і необережно (закон не визначає форму вини). <p>Для того, щоб відмовити особі у призначенні на посаду, доведеться отримати відповіді на питання, який все ж таки це злочин: умисний чи необережний? Однак в багатьох випадках у вироках судів це не визначено.</p> |
| ч. 3 ст. 8 | <p>Корупціогенні вади законодавчої техніки. Колізії.</p> <p>З метою допуску до проходження кваліфікаційного оцінювання для участі у конкурсі на зайняття посади судді ВАС за</p> | <p>Вимоги ч. 3 ст. 8 законопроекту не повністю узгоджуються з вимогами ст. 61, 76 Закону "Про судоустрій і статус суддів", зокрема:</p> <p>1) Закон не передбачає вимогу щодо</p> |

| | | |
|----------------------|--|--|
| | <p>спеціальною процедурою кандидат на посаду судді подає до ВККС, крім документів, визначених Законом "Про судоустрій і статус суддів", також документи, які підтверджують дотримання вимог, передбачених ч. 2 ст. 7 цього Закону, заяву про відсутність обставин, зазначених у частині четвертій статті 7 цього Закону, <u>а також декларацію родинних зв'язків, за формою, що визначається ВККС та яка обов'язково включає:</u></p> <p>1) прізвище, ім'я, по батькові судді, місце його роботи та займана посада;</p> <p>2) прізвища, імена, по батькові осіб, з якими у судді є родинні зв'язки, місця їх роботи (проходження служби), займані ними посади, доходи за рік, який передує року участі кандидата у конкурсі, <u>перелік рухомого та нерухомого майна, вартість якого перевищує 100 прожиткових мінімумів.</u></p> <p>До осіб, з якими у судді є <u>родинні зв'язки</u>, для цілей цієї статті належать: особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки із суддею, у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі з суддею та їх родичі, незалежно від місця проживання (батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, зять, невістка, тесть, теща, свекор, свекруха, племінник, племінниця, рідний дядько, рідна тітка, двоюрідний брат, двоюрідна сестра, усиновлювач, усиновлений).</p> | <p>зазначення <u>"переліку рухомого та нерухомого майна, вартість якого перевищує 100 прожиткових мінімумів"</u>;</p> <p>2) визначення "родинних зв'язків", запропоноване законопроектом, не містить винятку "крім осіб, взаємні права та обов'язки яких із суддею не мають характеру сімейних", передбаченого п. 1 ч. 8 ст. 61 Закону "Про судоустрій і статус суддів".</p> <p>Зазначені неточності можуть бути використані зацікавленими суб'єктами відповідальності для маніпуляцій під час допуску до проходження кваліфікаційного оцінювання для участі у конкурсі на зайняття посади судді ВАС.</p> <p>Крім того, у ч. 3 ст. 8 законопроекту вживається слово "суддя", хоча йдеться про кандидата на посаду судді ВАС.</p> |
| <p>Ч. 4-5 ст. 11</p> | <p>Колізії. Прогалини.</p> <p>1. Пропонується закріпити, що результати психофізіологічного дослідження із застосуванням поліграфа судді ВАС не можуть бути підставою для ініціювання кримінального провадження або провадження у справі про адміністративне правопорушення, а використовуються <u>як інформація ймовірного характеру при проведенні кваліфікаційного оцінювання судді, а також у разі порушення щодо судді дисциплінарного провадження.</u></p> <p>2. Частиною 5 ст. 11 пропонується розглядати відмову судді ВАС пройти психофізіологічне дослідження із застосуванням поліграфа <u>за відсутності медичних протипоказань</u> для проведення дослідження як підставу для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності в установленому законом порядку та <u>грубим нехтуванням обов'язками судді, що є несумісним зі статусом судді або виявляє його невідповідність займаній посаді.</u></p> <p>Це положення вступає у колізію зі ст. 106 Закону «Про судоустрій і статус суддів», яка визначає підстави дисциплінарної відповідальності судді. З положень ст. 106</p> | <p>1. Закон не визначає, що слід розуміти під «інформацією ймовірного характеру» та яка її юридична сила при проведенні кваліфікаційного оцінювання судді. Подібні формулювання носять оціночний характер та можуть бути використані корупційно зацікавленими особами з метою отримання неправомірної вигоди за прийняття «правильного» рішення щодо того, чи іншого судді ВАС.</p> <p>2. Відсутність чіткого переліку медичних протипоказань, що дозволяють судді ВАС уникнути проходження поліграфа, створює можливості для зловживань. Вимога для суддів ВАС проходити поліграф, на думку Міжнародного валютного фонду, є надмірною.</p> |

Закону «Про судоустрій і статус суддів» незрозуміло, до якої з підстав слід віднести не проходження суддею ВАС поліграфа.

За загальними правилами, проходження поліграфа відбувається на засадах добровільності, що впливає зі статей 28, 32 Конституції України.

Законопроект не визначає, які саме медичні протипоказання дозволяють судді ВАС уникнути проходження поліграфа.

Рекомендовано:

Законопроект "Про Вищий антикорупційний суд" має бути подано Президентом України (п. 58 ВК), в якому буде враховано рекомендації ВК, МВФ та інших організацій.

Законопроект не передбачається залучення міжнародних експертів до процесу відбору суддів до ВАС, що не відповідає рекомендаціям ВК. Однак ч. 4-5 ст. 8 законопроекту визначено, що діє Громадська рада доброчесності, утворена відповідно до ст. 87 Закону «Про судоустрій і статус суддів».

1. Рекомендації Венеціанської комісії³:

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

Міжнародний валютний фонд⁴ представив 3 блоки питань:

I — питання відбору суддів, їх чесності та безпеки:

- роль Громадської ради міжнародних експертів повинна стати вирішальною, а їх негативні рішення — зобов'язуючими;
- можливість делегувати експертів до ГРМЕ не лише міжнародним організаціям, а й міжнародним донорам;
- передбачити участь Громадської ради доброчесності у доборі суддів до ВАС відповідно до механізмів, передбачених Законом "Про судоустрій і статус суддів";
- вимоги до кандидатів у судді ВАС не повинні бути нереалістичними (кандидати на посаду суддів ВАС повинні мати бездоганну репутацію, високі професійні якості та спеціальні навички, необхідні для розгляду кримінальних справ, пов'язаних з корупцією);

Вимога законопроекту щодо того, що кандидати повинні також мати значний досвід боротьби з корупцією в органах іноземної юрисдикції або міжнародних судових інституціях - надлишкова,

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

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

вона суттєво обмежує коло кандидатів. Заборона участі у конкурсі для посадових осіб, які служили в правоохоронних органах або прокуратурі протягом останніх десяти років, а також норма про використання поліграфів є надмірними, їх слід вилучити.

- необхідність забезпечення ВАС власним незалежним підрозділом з питань безпеки, штаб-квартира якого повинна бути розташована в Києві, в окремому та належному приміщенні;

II — затримка у створенні ВАС:

- для запуску роботи ВАС необхідно ухвалити ще один закон;

- необхідно визначити мінімальну кількість суддів для запуску роботи ВАС;

III — межі діяльності ВАС:

- юрисдикція ВАС повинна відповідати юрисдикції НАБУ і САП, також має бути встановлено чіткі правила у разі виникнення конфлікту юрисдикцій;

- усі справи, пов'язані з корупцією за участі вищих посадових осіб, повинні розглядатися ВАС, винятки з юрисдикції ВАС мають бути скасовані.

2. Таким чином, при доопрацюванні законопроекту "Про вищий антикорупційний суд" слід врахувати таке.

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

1) міжнародних експертів як членів ad hoc;

2) представників ВККС.

При цьому роль міжнародних експертів повинна:

- бути вирішальною за рахунок голосування простою більшістю, або

- надавати можливість блокування рішень кваліфікованою більшістю.

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

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

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

Виявлені корупціогенні фактори

| | Корупціогенний фактор | Кількість норм |
|-----------|---|-----------------------|
| 1) | неправильне визначення функцій, повноважень (обов'язків) і відповідальності певних суб'єктів (органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших осіб, на яких поширюється дія Закону «Про запобігання корупції»): | - |
| | - визначення компетенції за формулою «має право»; | - |
| | - широта дискреційних повноважень; | - |
| | - надмірна свобода підзаконної нормотворчості; | - |
| | - відсутність відповідальності за правопорушення; | - |
| 2) | колізії і вади законодавчої техніки; | 5 |
| | - колізії; | 3 |
| | - корупціогенні вади законодавчої техніки; | 2 |
| 3) | прогалини в регулюванні: | 1 |
| | - прогалини в нормах матеріального права; | 1 |
| | - відсутність або недостатність контролю і прозорості; | - |
| | - відсутність або недостатність адміністративних і судових процедур; | - |
| | - відсутність або недостатність конкурсних (аукціонних) процедур; | - |
| 4) | неправильне визначення умов реалізації належного особи - | - |

| | | |
|----|--|----------|
| | одержувачу публічних послуг права (необґрунтовані обтяження при його реалізації) або умов виконання обов'язку; | |
| 5) | неправдиві цілі прийняття законопроекту. | - |
| | Всього | 6 |

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

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

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

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