Страсбург, 9 грудня 2020 **CDL-PI(2020)018**

Висновок № 1012/2020 Оригінал англійською.

ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО

(ВЕНЕЦІАНСЬКА КОМІСІЯ)

Україна

ТЕРМІНОВИЙ СПІЛЬНИЙ ВИСНОВОК

ВЕНЕЦІАНСЬКОЇ КОМІСІЇ

ТА ГЕНЕРАЛЬНОГО ДИРЕКТОРАТУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА (DGI) РАДИ ЄВРОПИ ЩОДО

ЗАКОНОДАВЧОЇ СИТУАЦІЇ НАВКОЛО АНТИКОРУПЦІЙНИХ МЕХАНІЗМІВ ЩОДО РІШЕННЯ №13-Р/2020 КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Ухвалено відповідно до статті 14а Регламенту Венеціанської комісії

на підставі коментарів від:

Пані Ганна СУХОЦЬКА (Почесний Президент, колишній член, Польща) Пан Ніколае ЕСАНУ (член-заступник, Республіка Молдова)
Пан Мартін КУЙЄР (член-заступник, Нідерланди)
Пан Дуро СЕССА (експерт департаменту DGI з протидії злочинності)
Пан Герхард РЕЙСНЕР (експерт департаменту DGI з юстиції та правового співробітництва)

Зміст

I. Вступ 3
II. Довідкова інформація 3
A. Огляд рішення №13-р/2020 Конституційного Суду України (КСУ) та реакції на нього 3
B. Статус і повноваження НАЗК до прийняття рішення КСУ №13-р/2020 4
C. Повноваження НАЗК щодо суддів до рішення КСУ №13-р/2020 6
D. Стаття 366-1 КК (подання недостовірної фінансової декларації) дорішення КСУ №13-р/2020 6
III. Аналіз 7
A. Підхід Венеціанської комісії до ситуації що склалася після рішення №13-р/2020 7
B. Процедура в КСУ 8
C. Стаття 366-1 Кримінального кодексу 9
D. Слідчі повноваження НАЗК 10
1. Матеріальна сфера дії рішення КСУ №13-р/2020 12
2. Повноваження НАЗК з перевірки декларацій суддів 12
IV. Висновки 18

I. Вступ

1. 25 листопада 2020 року, за підсумками перемовин з Президентом Венеціанської комісії, Президент України пан Володимир Зеленський звернувся з проханням надати невідкладний висновок Венеціанської комісії щодо конституційної ситуації, що склалася внаслідок рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 року №13-р/2020. У своєму запиті пан Зеленський сформулював три питання до Венеціанської комісії: він попросив Венеціанську комісію надати висновок «*про стан антикорупційного законодавства після цього рішення; конфлікт інтересів суддів Конституційного Суду України при винесенні рішення; дотримання Конституційним Судом України належної правової процедури при розгляді справи та вирішенні питань, в тому числі щодо її розумності та відповідності межам конституційного клопотання*».

2. У своєму листі пан Зеленський стверджував, що рішення Конституційного Суду України «*непоправно скомпрометувало*» належне функціонування антикорупційної інфраструктури держави і «*створило велику конституційну кризу*». На цьому тлі, 25 листопада 2020 року Бюро Венеціанської комісії прийняло запит на невідкладний висновок та вирішило висвітлити предмет запиту у двох окремих термінових висновках.

3. У даному терміновому висновку йдеться про перше питання, а саме - про стан антикорупційного законодавства після рішення КСУ від 27 жовтня 2020 року №13-р/2020. Два інших питання, сформульовані у запиті Президента, будуть висвітлені в окремому терміновому висновку (CDL-PI(2020)019).

4. Цей терміновий висновок підготовлений спільно з Генеральним директоратом з прав людини та верховенства права («DGI») Ради Європи. Пані Ганна Сухоцька (Почесний Президент, колишній член, Польща), пан Ніколае Есану (член-заступник, Республіка Молдова) і Пан Мартін Куйєр (член-заступник, Нідерланди) виступили доповідачами щодо цього висновку від імені Венеціанської комісії, пан Дуро Сесса виступав експертом департаменту DGI з протидії злочинності), а пан Герхард Рейснер виступав експертом департаменту DGI з юстиції та правового співробітництва.

5. У зв'язку з пандемією Covid-19, жоден візит до Києва не відбувся, але відеоконференції відбулися 2 грудня 2020 року з Офісом Президента України, Комісією Президента з питань правової реформи, Комітетом з питань правової політики Верховної Ради, Національним агентством з питань запобігання корупції, Національним антикорупційним бюро, Вищою радою правосуддя, а також з представниками громадянського суспільства, міжнародних організацій та дипломатичних місій, що є активними в Україні. Венеціанська комісія вдячна Офісу Ради Європи в Києві за чудову організацію цих віртуальних зустрічей.

6. Цей висновок було підготовлено на основі англійського перекладу відповідного законодавства та рішення Конституційного Суду України. Переклад може неточно відображати оригінальну версію за всіма пунктами.

7. Такий терміновий висновок було підготовлено відповідно до Протоколу Венеціанської комісії про підготовку невідкладних висновків (CDL-AD(2018)019) і буде представлений Венеціанській комісії для схвалення на її 125-му пленарному засіданні онлайн 11-12 грудня 2020 року.

II. Довідкова інформація

A. Огляд рішення №13-р/2020 Конституційного Суду України (КСУ) та реакції на нього

8. У 2020 році Конституційний Суд України (КСУ) ухвалив кілька рішень, які вплинули на роботу антикорупційних органів, а саме - Національного антикорупційного бюро

(НАБУ), яке займається кримінальними розслідуваннями у сфері боротьби з корупцією,[1] та Національним агентством з питань запобігання корупції (НАЗК), яке займається, серед іншого, перевіркою (аудитом) фінансових декларацій посадових осіб.[2] У центрі уваги цього термінового висновку буде останнє з цих рішень, а саме - рішення від 27 жовтня 2020 року №13-р/2020.[3] Цим рішенням КСУ визнав неконституційними окремі положення Закону України «Про запобігання корупції»[4] щодо повноважень НАЗК на перевірку достовірності фінансових декларацій, поданих посадовими особами, та статті 366-1 Кримінального кодексу України, яка передбачає кримінальну відповідальність за подання недостовірних декларацій/неподання декларації.

9. Після рішення №13-р/2020 НАЗК оголосило про неможливість проведення перевірок окремих державних підприємств та установ. У НАБУ заявили, що справи щодо недостовірного декларування активів повинні були бути закриті, а державні службовці, засуджені за зловживання, таким чином уникнуть відповідальності. Як повідомляється, понад сто кримінальних справ, які розслідує НАБУ, були закриті.

10. Частина населення і політичного класу різко засудили рішення №13-4/2020. Президент Зеленський публічно розкритикував КСУ та запропонував законопроект (законопроект №4288), який мав скасувати оскаржувані рішення, поновити положення законодавства, визнані недійсними КСУ, та звільнити суддів КСУ. Були внесені інші законодавчі пропозиції, спрямовані на реформування регламенту роботи КСУ. Венеціанська комісія наголошує, що в даному терміновому висновку вона не буде розглядати законодавчі пропозиції, зроблені різними політичними суб'єктами у відповідь на рішення №13-р/2000, або законопроекти, які зараз знаходяться в процесі прийняття.

B. Статус і повноваження НАЗК до прийняття рішення КСУ №13-р/2020

11. НАЗК було створено Законом про запобігання корупції 2014 року (далі – Закон 2014 року; у 2019 році внесено зміни до Закону 2014 року з метою посилення боротьби з корупцією).[5] Голова НАЗК призначається урядом за підсумками конкурсу, організованого Конкурсною комісією, до складу якої входять представники уряду та члени, призначені міжнародними партнерами України. Мандат Голови може бути припинений у разі його/її «неефективності» (стаття 5, ч. 5 та 9) Комісією з незалежної оцінки ефективності НАЗК, також створеної за участю міжнародних партнерів (стаття 14 ч.4)

12. Закон 2014 року, крім створення НАЗК, регулює широке коло матеріальних та процедурних питань. Перш за все, він визначає правила професійної поведінки[6] для державних службовців, наприклад, щодо прийняття подарунків (стаття 23 і далі) або правил, яких слід дотримуватися в ситуації конфлікту інтересів (стаття 28 і далі). Найголовніше для цілей цього термінового висновку, Закон 2014 року встановлює обов'язок усіх посадових осіб держави оприлюднювати щорічні фінансові декларації (стаття 45) та повідомляти НАЗК про важливі придбання чи видатки (стаття 52). Закон 2014 року дуже детально описує, яку саме інформацію необхідно вносити у фінансову декларацію, як її потрібно публікувати, виправляти тощо. Ці декларації

---

1 НАБУ є «державним правоохоронним органом», який протидіє кримінальним корупційним правопорушенням, шляхом проведення досудового розслідування у кримінальних провадженнях, публічних та негласних оперативно-розшукових заходів тощо. Статус і повноваження НАБУ регулюються спеціальним законом, частково визнаного недійсним КСУ у рішенні від 16 жовтня 2020 року №11-р/2020 з кінцевим терміном до 16 грудня для приведення законодавства у відповідність до рішення суду.

2 Для отримання додаткової інформації про склад, функції та повноваження цього органу див. нижче

3 Див. Венеціанська комісія, CDL-REF(2020)078, Україна - Рішення №13-р/2020 Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 року з окремими думками

4 Див. Венеціанська комісія, CDL-REF(2020)79,Україна - Закон Про запобігання корупції 2014 року зі змінами та доповненнями. Положення, які були визнані неконституційними, позначені перекресленням.

5 Також частково визнано недійсним рішенням КСУ №13-р/2020 у 2020 році.

6 Їх називають «етичними» правилами в англійському перекладі Закону 2014 року; однак Венеціанська комісія вважає за краще називати їх «правилами поведінки», щоб підкреслити їх обов'язковий характер.

заповнюються та подаються в електронному вигляді і доступні для громадськості через цифрову систему, і дозволяє швидке та автоматизоване порівняння з даними, що містяться в інших електронних реєстрах: їх часто називають «Є-деклараціями».

13. Відповідно до Закону 2014 року основна функція НАЗК полягає в тому, щоб забезпечити дотримання цих правил державними службовцями. НАЗК «здійснення моніторингу та контролю за виконанням актів законодавства з питань етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів» (стаття 11 ч.1 п.6), перевіряє фінансову декларацію посадових осіб (стаття 48), перевіряє, чи були декларації подані своєчасно (стаття 49), і чи точно вони відображають фінансове становище відповідної посадової особи, чи належним чином відображені всі активи, пільги та інтереси (стаття 50). Процес перевірки може стосуватися членів сімей декларантів (стаття 50 ч.1 абз.4) і базується на різних джерелах інформації: в першу чергу проводиться шляхом порівняння є-декларацій з відомими даними в інших державних базах даних (податкової служби, Торгово-промислової палати тощо), але перевірка також може базуватися на публікаціях у пресі, інформації, отриманої від приватних та юридичних осіб тощо. Стаття 51 Закону 2014 року наділяє НАЗК повноваженнями стежити за «способом життя» посадових осіб органів держави, щоб перевіряти, чи відповідає вона офіційно заявленому фінансовому становищу. У разі, якщо така перевірка або моніторинг способу життя призводить до виявлення якихось «необґрунтованих активів», НАЗК має відповідно повідомити про це НАБУ та Спеціальну антикорупційну прокуратуру.

14. Для перевірки фінансових декларацій та дати НАЗК можливість здійснювати моніторинг «способу життя» посадових осіб, НАЗК може, згідно зі статтею 12, «одержувати інформацію» від державних органів та приватних осіб, «включаючи інформацію з обмеженим доступом, яка може бути необхідною для досягнення її цілей», мати «прямий доступ до інформаційно-телекомунікаційних та довідкових систем, реєстрів, баз даних, у тому числі тих, що містять інформацію з обмеженим доступом», що адмініструється органами державної влади; може «отримувати заяви» від фізичних осіб або отримувати їх «письмові пояснення», «перевіряти організацію праці» державних суб'єктів у сфері боротьби з корупцією, порушувати провадження перед іншими антикорупційними органами або (див. статтю 12 ч.2) домагатися притягнення винної особи до «встановленої законом відповідальності». Стаття 12 ч.2 проголошує, що «припис Національного агентства є обов’язковим для виконання.».[7]

15. За підсумками перевірки НАЗК може скласти «протокол», який визначає невідповідності в декларації посадової особи держави. Залежно від характеру цих невідповідностей, цей протокол передається разом з додатковими матеріалами до компетентного органу для прийняття рішення. НАЗК сама не може накласти санкцію на посадову особу, яка не подала декларацію або не задекларувала активи; однак, протокол може підставою розпочати відповідне провадження: адміністративне, у разі незначної провини, або кримінальне, якщо порушення є достатньо серйозними та підпадають під статтю 366-1 Кримінального кодексу про декларування недостовірної інформації (визнана КСУ недійсною – див. нижче), або якщо є докази іншого злочину (хабарництво, наприклад). В обох випадках остаточне рішення належить суду, адміністративного або кримінального, а не НАЗК. Щодо дисциплінарної відповідальності, протокол перевірки декларації також може бути використаний у дисциплінарному провадженні щодо відповідного посадовця.

[7] Стаття 13 ч.2 детально описує повноваження агентів НАЗК: мати доступ до приміщень державних органів та мати доступ до документів або інших матеріалів «необхідних для проведення перевірки»; «вимагати необхідні документи та іншу інформацію, у зв’язку з реалізацією своїх повноважень враховуючи обмеження, встановлені законом», «проводити перевірки» тощо.

C. Повноваження НАЗК щодо суддів до рішення КСУ №13-р/2020

16. Повноваження НАЗК поширюються на суддів звичайних судів та суддів КСУ (обидві категорії зазначені у статті 3 ч.1 п.(ґ) Закону 2014 року).[8] Закон 2014 року визначає в кількох місцях, що судді можуть підпадати під дію спеціальних правил – наприклад, щодо конфлікту інтересів (стаття 35), або щодо перевірок фінансового становища кандидатів на посади суддів (стаття 56 ч.2). Однак, в іншому Закон 2014 року не містить особливостей, що стосувалися б суддів та інших посадових осіб.

17. Суддям надаються додаткові гарантії відповідно до Закону «Про судоустрій судів та статус суддів»[9], Закону про Вищу раду правосуддя[10] та власне Конституції (див. статтю 131 Конституції, або статтю 149-1 щодо суддів КСУ). Найголовніше, що суддя може бути відсторонений, звільнений або взятий під варту лише після рішення Вищої ради правосуддя (ВРП). Суддя КСУ може бути затриманий лише за рішенням КСУ, а звільняється - лише за рішенням КСУ, ухваленим 2/3 суддів КСУ (стаття 149-1 Конституції). Так, у теорії, протоколи, складені НАЗК щодо суддів звичайних судів, можуть передаватися до ВРП для прийняття рішення, яка має право вживати дисциплінарних заходів, включаючи звільнення судді (щодо суддів КСУ цими повноваженнями наділений сам КСУ), але на практиці такі протоколи не призвели до будь-якого фактичного звільнення судді, на сьогоднішній день.

D. Стаття 366-1 КК (подання недостовірної фінансової декларації) до рішення КСУ №13-р/2020

18. Стаття 366-1 КК, визнана неконституційною рішенням № 13, викладена наступним чином:

> *«Подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України "Про запобігання корупції", або умисне неподання суб'єктом декларування зазначеної декларації –*
>
> *караються штрафом від двох тисяч п'ятисот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або позбавленням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.*
>
> *Примітка. Суб'єктами декларування є особи, які відповідно до частин першої та другої статті 45 Закону України "Про запобігання корупції" зобов'язані подавати декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. Відповідальність за цією статтею за подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації стосовно майна або іншого об'єкта декларування, що має вартість, настає у випадку, якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму понад 250 прожиткових мінімумів для працездатних осіб».*[11]

---

8 Хоча в українському правопорядку судді КСУ не розглядаються як частина судової влади країни, для більшості цілей Закон 2014 року ставиться до них однаково; тому, якщо не зазначено окремо, термін «суддя» у даному терміновому висновку стосується як суддів звичайних судів, так і суддів КСУ.

9 Див. Венеціанська комісія, CDL-REF(2020)068, Україна - Закон «Про судоустрій та статус суддів».

10 Див. Венеціанська комісія, CDL-REF(2020)067, Україна, Закон «Про Вищу раду правосуддя».

11 Що є орієнтовним еквівалентом 37 500 євро на даний момент.

III. Аналіз

A. Підхід Венеціанської комісії до ситуації, що склалася після рішення №13-р/2020

19. 31 жовтня 2020 року Президент Венеціанської комісії та Президент GRECO написали спільного листа спікеру Верховної Ради.[12] У цьому листі вони наголосили на важливості боротьби з корупцією, зокрема в судовій системі, але водночас наголосили на ролі Конституційного Суду як стража Конституції. Цей лист повністю відображає позицію Венеціанської комісії. «*Нехтування рішенням Конституційного Суду рівносильно нехтуванню Конституцією та установчою владою, яка закріпила компетенцію Конституційного Суду та забезпечила його вищість*».[13]

20. Це не означає, що конституційні суди поза сумнівом і ніколи не можуть помилятися.[14] Венеціанська комісія зазначає, що в цьому конкретному контексті є серйозні підстави вважати (розглянуті далі нижче, а також в другому невідкладному висновку, що стосується інших питань, поставлених Президентом України в його запиті), що КСУ не дотримувався власних процедур і що деякі судді КСУ виконували судові функції можливо перебуваючи у конфлікті інтересів, що в свою чергу, могло б призвести до об'єктивно обґрунтованих побоювань щодо їх неупередженості. Власний аналіз Венеціанської комісії (див. нижче) показує, що аргументація КСУ має недоліки у багатьох аспектах. Це рішення може призвести до критично несприятливих наслідків для функціонування антикорупційних органів, що викликає надзвичайне занепокоєння.

21. Парламент і виконавча влада, однак, повинні поважати роль Конституційного суду як «стража Конституції». Боротьба з корупцією є невід'ємною складовою держави, в якій панує верховенство права, але такою ж важливою є і повага до Конституції та до конституційного правосуддя. Вони йдуть рука об руку Парламент і виконавча влада повинні «*враховувати аргументи, які використовуються Конституційним Судом» і «заповнити законодавчі/регуляторні прогалини, виявлені Конституційним Судом [...] в розумні терміни*».[15]

22. Поки український законодавчий орган має виконувати рішення КСУ, він також має враховувати принцип, викладений у статті 9 Конституції України, що «*чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України*».[16] Позитивні зобов'язання держави у цій сфері можуть опосередковано випливати з договорів про права людини,[17]але більш чітко випливають безпосередньо з міжнародних договорів у сфері боротьби з корупцією – на кшталт «Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» (1999) підписаної та ратифікованої Україною.[18] Міжнародні стандарти незалежності суддів та управління

---

12 Див тут: https://www.venice.coe.int/files/2020_10_31_UKR_JointGRECOVeniceCommissionLetterSpeakerVerkhovnaRada.pdf

13 Див. Венеціанська комісія, CDL-AD(2017)003, Іспанія - Висновок щодо закону від 16 жовтня 2015 року про внесення змін до Органічного закону №2/1979 про Конституційний Суд, пар. 69

14 Див. CDL-AD(2019)012, Республіка Молдова - Висновок про конституційну ситуацію з особливим посиланням на можливість розпуску парламенту, пар. 34, 43 і 50.

15 Див. Венеціанська комісія, Контрольний список верховенства права, E.3.iii та iv

16 Див. також Ст.92 ч.2 Закону «Про Конституційний суд України»: «Конституційний Суд може розвивати і конкретизувати юридичну позицію Суду у своїх наступних актах, змінювати юридичну позицію Суду в разі суттєвої зміни нормативного регулювання, яким керувався Суд при висловленні такої позиції, або за наявності об'єктивних підстав необхідності покращення захисту конституційних прав і свобод *з урахуванням міжнародних зобов'язань України* та за умови обґрунтування такої зміни в акті Суду.» (курсив додано).

17 Як підкреслюється у Висновку 2018 року щодо Румунії, «Держава знаходиться під позитивним зобов'язанням забезпечити ефективність її правоохоронної системи в боротьбі з тяжкими формами злочинності, що кримінальне право є сильним стримуючим фактором для вчинення таких правопорушень, і що винні в таких правопорушеннях не лишаються безкарними» – див. Венеціанська комісія, CDL-AD (2018) 021, Румунія - Висновок щодо проекту змін до Кримінального кодексу та Кримінально-процесуального кодексу, пар. 31.

18 ETC No 173.

судовою системою – як стандарти «жорсткого» і «м'якого» права – також мають бути враховані Верховною Радою при тлумаченні рішення КСУ.

23. Загалом, метою цього термінового Висновку є допомога у визначенні можливих законодавчих змін для реалізації рішення КСУ №13-р/2020, відповідно до Конституції та міжнародних стандартів, при цьому зберігаючи антикорупційні механізми та не перешкоджаючи боротьбі з корупцією в Україні.

B. Процедура в КСУ

24. 27 жовтня 2020 року КСУ (засідання у складі Великої Палати, до складу якої входять 15 суддів) за поданням, 47 народних депутатів, ухвалив рішення, яке стало предметом аналізу даного Висновку. Це рішення звело нанівець статтю 366-1 Кримінального кодексу, яка передбачає кримінальну відповідальність за недостовірне декларування активів посадовими особами/неподання декларації, а також визнало недійсними деякі важливі повноваження НАЗК, визначені Законом 2014 року. Чотири окремі думки написали судді Головатий, Лемак, Первомайський і Колісник.

25. Багато співрозмовників, яких зустрічали доповідачі, скаржилися на різні процедурні порушення, які супроводжували прийняття рішення №13-р/2020. Наприклад, воно було ухвалено з незвичайною швидкістю: КСУ знадобилося всього кілька тижнів, щоб вивчити конституційну скаргу, внесену групою народних депутатів. Це дуже короткий час у порівнянні зі звичайною тривалістю таких проваджень у КСУ, особливо у світлі великої кількості допоміжного матеріалу, який КСУ повинен був оцінити, і значущості зазначених питань. Було призначено публічне слухання, але пізніше його скасували і замінили письмовою процедурою.[19] КСУ вийшов далеко за рамки подання, яке він розглядав, тим самим розширивши сферу розгляду: КСУ визнав неконституційними кілька статей Закону 2014 року, які не були згадані в поданні.

26. Найголовніше, що кілька суддів КСУ (в тому числі суддя-доповідач) можливо перебували в конфлікті інтересів. НАЗК виявило невідповідності у їх фінансових деклараціях, а справи передало до НАБУ для подальшого кримінального розслідування. Визнання недійсною статті 366-1 та положень Закону 2014 року щодо фінансових декларацій поклало край подальшим розслідуванням фінансових декларацій цих суддів і таким чином вони безпосередньо отримали з цього користь. Питання про можливий конфлікт інтересів було піднято Офісом Президента під час провадження у КСУ, але в рішенні про це немає жодної згадки, не кажучи вже про пояснення, чому КСУ знехтував цим питанням. КСУ прийняв шість процесуальних ухвал (що не оприлюднені на веб-сайті КСУ, та не доступні для широкого загалу в інший спосіб) щодо чотирьох суддів, у тому числі судді-доповідача та Голови КСУ, що мали стандартну письмову форму та містили відмову у задоволенні відводів. Єдиною аргументацією, наданою КСУ у своїх ухвалах – щодо всіх відповідних суддів, було те, що «*мотиви [відводу], зазначені у запиті [Офісом Президента], не розкривають наявності підстав, які б поставили під сумнів об'єктивність та неупередженість*» відповідного судді. На думку Конституційного Суду, ці ухвали будуть оприлюднені в певний момент, коли закінчиться провадження у справі.

27. На думку Комісії, вражає те, що питання конфлікту інтересів жодним значущим чином не розглядалося Судом, що не було наведено ніяких серйозних, обґрунтованих підстав для відмови у задоволенні відводів, і що ухвали Суду не були опублікованими, ні в час оприлюднення основного рішення, ані після цього. Серйозні і цілком конкретні твердження про можливий конфлікт інтересів ніколи не повинні бути відкинуті в письмовій скороченій формі. Венеціанська комісія повторює, що легітимність Конституційного Суду не випливає виключно з конституційних і правових положень, які визначають повноваження Суду. Це також залежить від сили переконливості обґрунтування рішень судом, а також від неухильного дотримання судом процесуальних норм. Той факт, що рішення було прийнято так швидко, без

[19] КСУ обґрунтував це рішення необхідністю дотримання заходів, пов'язаних з Covid-19, що діяли в Україні на той час.

публічного слухання, що КСУ розширив зміст конституційного подання, і що він зробив це, не переймаючись дуже серйозним твердженням про можливий конфлікт інтересів, серйозно ставить під сумнів спосіб, у який КСУ діяв у цьому випадку і це вплине на суспільне сприйняття суду як інституції.

28. Венеціанська комісія тепер звернеться до експертизи аргументації рішення №13 та його впливу на антикорупційне законодавство. Рішення №13 можна розділити на дві частини: перша - стосується слідчих повноважень НАЗК щодо перевірки фінансових декларацій (суддів), а друга - щодо статті 366-1 Кримінального кодексу, що встановлює відповідальність за недостовірне декларування/неподання декларації. Венеціанська комісія розгляне ці два питання окремо, і почне з питання про статтю 366-1.

C. Стаття 366-1 Кримінального кодексу

29. Рішення №13-р/2020 у цій частині (див. розділ 17 і т. д. Рішення), в першу чергу, стверджує, що правопорушення «подання недостовірної декларації» не повинно каратися за допомогою кримінального законодавства. КСУ ґрунтувався на своєму висновку щодо основоположного принципу пропорційності. Найбільш актуальні частини рішення говорять про наступне: «*Криміналізація конкретного вчинку людини можлива за умови, якщо це відповідає, зокрема, сукупності таких критеріїв: значна (суттєва) суспільна небезпека діяння; поширення аналогічних діянь у суспільстві; неефективність інших галузевих правових засобів впливу на зазначені діяння; неможливість успішної боротьби з діянням менш репресивними методами*». Кримінальне правопорушення, що міститься в статті 366-1, було запроваджено «*за відсутності для цього підстав, і за її результатом злочином визнається діяння, яке об'єктивно таким не є*». Діяння, визначені статтею 366-1, «*не здатні заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі*» щоб їх криміналізувати. КСУ вважає, «*що декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, а також умисне неподання суб'єктом декларування декларації мають бути підставою для інших видів юридичної відповідальності*».

30. Цей перший аргумент КСУ заслуговує детального аналізу. Конституційний суд відкритий для того, щоб з'ясовувати, чи кримінальна санкція, застосована в межах конкретної справи, непропорційно обмежує реалізацію конституційно захищеного фундаментального права – наприклад, свободи слова, права на приватне життя тощо – або коли розгляд здійснений абстрактно йде в розріз з основоположним принципом права або міжнародним стандартом. Однак в Україні обов'язок подавати точну фінансову декларацію є звичайним обов'язком, та є атрибутом статусу державної посадової особи. КСУ у своєму рішенні не пояснив, на який саме конституційно захищений суспільний чи приватний інтерес непропорційно впливають санкції, передбачені статтею 366-1, він просто дійшов висновку, що це положення непропорційне як таке.

31. Венеціанська комісія зауважує, що це вимога принципу розподілу влади, що конституційний суд не повинен узурпувати роль законодавчого органу. Навіть коли формально конституційний суд має повноваження оголосити неконституційним положення кримінального кодексу, ця влада повинна здійснюватися з урахуванням ролі, яку відіграє парламент у системі стримувань і противаг. Відповідно до статті 92 Конституції України, лише закони визначають діяння, які є злочинами та встановлюють відповідальність за них. У випадку, коли КСУ не надав жодних доказів і не розвивав жодного конкретного аргументу, що обґрунтовувало б його беззастережне твердження, що подання недостовірної декларації «не здатне завдати істотної шкоди фізичній або юридичній особі, суспільству або державі».

32. В іншому місці, КСУ стверджує, що стаття 366-1 КК не відповідає «вимогам ясності і недвозначності». Як зазначив КСУ, «[...] *використання юридичних конструкцій, у яких відсутній чіткий перелік законів, унеможливлює однозначне визначення кола суб'єктів злочину, а відсилочні норми унеможливлюють встановлення кола їх адресатів. Як наслідок, до відповідальності за умисне неподання декларації може*

бути притягнуто осіб, які не можуть бути учасниками правовідносин з декларування, а тому свідомо не виконали такого обов'язку».

33. Венеціанська комісія з самого початку з жалем зазначає, що рішенню №13-р/2020 КСУ також бракує ясності: КСУ не зміг визначити, які конкретні частини статті 366-1 він визнав недостатньо чіткими. Якщо йдеться про визначення категорії осіб, які можуть бути притягнуті до відповідальності за подання недостовірної декларації, то з примітки до статті 366-1 випливає, що потенційними суб'єктами цього злочину є ті посадові особи, які мають обов'язок подавати декларації відповідно до частин 1 та 2 статті 45 Закону 2014 року. Стаття 45 не визнана КСУ неконституційною ні через відсутність ясності, ні з будь-якої іншої причини – і, з власної точки зору Венеціанської комісії, це положення є достатньо чітким: не видається, що державні службовці в Україні не знають, чи потрібно їм подавати декларації. Такі терміни, як «завідомо недостовірні відомості» або «умисне неподання декларації», також не видаються Венеціанській комісії неоднозначними. У будь-якому випадку, оскільки обґрунтування КСУ є вкрай розпливчатим, законодавчий орган має значний простір для маневру у відповідь на цю критику. Таким чином Венеціанська комісія рекомендує законодавчому органу розтлумачити рішення КСУ відповідно до загальної конституційної бази країни та відповідних міжнародних зобов'язань.

34. Оскільки центральним аргументом КСУ є нібито «відсутність пропорційності» статті 366-1, у виправленій нормі можуть бути передбачені більш індивідуальні санкції: наприклад, санкція ув'язнення може бути зарезервована лише для випадків, де перевищено певний поріг, та для порушників, які діють з умисним наміром. Тобто, на думку Комісії, рівень грошових штрафів та інших санкцій має бути достатньо високим, щоб діяти як стримуючий фактор і забезпечити покарання, яке пропорційне важливості, яку має боротьба з корупцією в Україні. Санкція тюремного ув'язнення повинна зберігатися за найсерйозніші порушення. Для вирішення основного питання, що викликало занепокоєння КСУ в цьому відношенні, ця диференціація може кодифікуватися в тексті статті, замість залишити дотримання принципу пропорційності повністю на розсуд судді, і там повинні бути перелічені елементи, що дозволяють розрізняти злочини різного ступеня тяжкості.

35. Рішення №13-р/2020 у цій частині є серйозним викликом для українського правового порядку. Неконституційність статті 366-1, оголошена КСУ, означає, що кримінальні провадження, порушені за цією нормою, але не завершені на сьогоднішній день, доведеться припинити. Існує ризик, що певні люди, які в іншому випадку були б засуджені за неправдиві декларації, залишаться безкарними. Законодавчий орган повинен вирішити, як «заповнити» цю прогалину, створену рішенням КСУ, і як забезпечити безперервність системи фінансових декларацій. Цього можна досягти шляхом посилення інших заходів, некримінального характеру. Крім того, факти можуть бути кваліфіковані за іншими, вже існуючими, але менш конкретними положеннями кримінального права, такими як підробка офіційних документів, хабарництво, розкрадання державних коштів тощо.

D. Слідчі повноваження НАЗК

36. Більша частина рішення, що розглядалася, зосереджена на положеннях Закону 2014 року, які дають НАЗК право перевіряти фінансові декларації державних службовців, у тому числі суддів.

37. Рішення №13-р/2020 переосмислює принципи поділу влади, стримувань і противаг, незалежності судової влади тощо. КСУ, зокрема, зазначає, що особливу позицію судової влади демонструють норми, пов'язані з призначенням та відповідальністю суддів. На думку КСУ, незалежність суддів найкраще забезпечується шляхом створення спеціальної інституції, що захищає суддів від впливу та тиску. Впливати на суддю у зв'язку з конкретною справою, яку він розглядає, неприпустимо. КСУ стверджує, що боротьба з корупцією не повинна впливати на незалежність судової системи. Перевірка доброчесності повинна проводитися компетентними, незалежними та неупередженими органами і не може бути використана як інструмент усунення

політично «небажаних» суддів. Рішення КСУ містить численні посилання на положення Конституції України, а також на відповідні стандарти міжнародного права, практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) тощо.

38. Не всі посилання на міжнародні інструменти, зроблені КСУ, є актуальними або точними (про це дивіться далі). Однак, взагалі кажучи, Венеціанська комісія погоджується з тим, що судова незалежність є основоположним принципом будь-якого правового порядку, що заснований на верховенстві права. Головне питання – як організувати систему суддівського врядування так, щоб зменшити або навіть повністю зняти ризик зовнішнього втручання в самостійне прийняття рішень суддями.

39. Відповідаючи на це питання, КСУ бачить проблему, коли законодавчий орган «*наділяє органи та посадових осіб, які не належать до судової влади, значним обсягом повноважень щодо організації та діяльності судів, визначення судоустрою і статусу суддів. Будь-які форми та методи контролю у виді перевірок, моніторингу тощо функціонування та діяльності судів і суддів повинні реалізовуватись лише органами судової влади та виключати створення таких органів у системі як виконавчої, так і законодавчої влади*». КСУ стурбований «*дією норм, які є основою та підставою для інституціоналізації контрольних повноважень НАЗК*». НАЗК для КСУ є «*органом виконавчої влади*» і здійснює контрольні функції по відношенню до суддів та суддів КСУ. Що, на думку КСУ, загрожує незалежності суддів. КСУ не оспорює обов'язок державних службовців декларувати свої активи, але зазначає, що щодо суддів мають існувати особливі правила. Це - лейтмотив рішення №13-р/2020.

40. В резолютивній частині, КСУ оголошує неконституційними низку положень Закону 2014 року, які описують слідчі повноваження, які дозволяли НАЗК перевіряти декларації та контролювати спосіб життя посадових осіб, у тому числі суддів, отримувати доступ до державних реєстрів, збирати відомості та ініціювати провадження щодо правопорушень, пов'язаних з корупцією (ці повноваження описані у абз. 13 та 14 вище). По суті, НАЗК було позбавлено більшості своїх слідчих повноважень, пов'язаних з перевіркою фінансових декларацій, порушенням правил поведінки та моніторингом «способу життя».

41. Перед тим як продовжити, Венеціанська комісія зазначає, що в такому випадку КСУ не скористався можливістю, передбаченою статтею 91 Закону «Про Конституційний суд»[20], яка дозволяє встановити в рішенні строки його виконання законодавчим органом. У попередніх рішеннях, які стосувалися статусу НАБУ (див. виноску 1 вище), КСУ дав законодавчому органу час – хоч і дуже короткий – для вирішення виявлених ним проблем. Незрозуміло, чому в рішенні №13-р/2020 КСУ не вчинив так само. Дійсно, конституційному суду не передбачено загального обов'язку відкладати набрання чинності його рішенням, щоб дати законодавчому органу час на заповнення прогалини, створеної визнанням недійсною законодавчої норми. За певних обставин, негайне набрання чинності рішенням Конституційного Суду є не тільки можливим, а навіть бажаним. Однак, відстрочення неконституційності може розглядатися як гарна практика в ситуаціях, коли належне функціонування державних інститутів або правових механізмів, в іншому сумісних з Конституцією, може опинитись під загрозою через втрату чинності певними ізольованими положеннями закону. У Висновку по Тунісу, Венеціанська комісія рекомендувала, щоб «Суд мав можливість відкласти набрання чинності його висновків щодо неконституційності, щоб уникнути юридичної прогалини після скасування закону або положень в рамках закону».[21] У Висновку по Люксембургу, Венеціанська комісія зауважила, що можливість відстрочки набрання чинності рішенням суду є «бажаною, а не такою важливою».[22] Хоча певні ізольовані законодавчі положення можуть бути легко «стерті» з правового порядку, рішення №13-р/2020 є набагато складнішим: воно вимагає перегляду всього механізму фінансової звітності суддів. Тому законодавчому органу слід було дати достатньо часу для перегляду системи та розробки нових правових рішень.

---

[20] Див.тут: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/law_on_ccu_amended_2017_eng.pdf

[21] Див. Венеціанська комісія, CDL-AD(2015)024, Висновок щодо проекту інституційного закону про Конституційний суд Тунісу, пар. 11.

[22] Див Венеціанська комісія, CDL-AD(2019)003, Висновок про проект змін до Конституції Люксембургу, п. 116.

1. Матеріальна сфера дії рішення КСУ №13-р/2020

42. Для Венеціанської комісії резолютивна частина рішення №13-р/2020 має тлумачитися у світлі її обґрунтування. Будь-який інший підхід зробить саму ідею «обґрунтованого рішення» нікчемною.[23] Крім того, статтею 89 Закону «Про КСУ» передбачено, що рішення КСУ мають бути обґрунтованими. Якщо аргументів бракує або недостатньо, законодавчий орган повинен спиратися на загальні конституційні принципи та міжнародні стандарти. Коли висновок є суперечливим, повинна застосовуватися логіка.

43. Рішення №13-р/2020 чітко розрізняє становище суддів та інших посадових осіб. КСУ детально обговорює особливу роль суддів та спеціальні гарантії їх незалежності. П.15 підтримує існуючий механізм фінансових декларацій, зазначаючи, що *«декларування доходів осіб, що здійснюють публічну владу, є беззаперечною вимогою у будь-якій сучасній демократичній державі. Не викликає сумнівів і той факт, що публічні особи в державі повинні подавати декларацію про доходи»*.

44. Однак резолютивна частина рішення, схоже, визнає недійсними більшість повноважень НАЗК, незважаючи на те, що ці положення Закону 2014 року застосовуються не лише до суддів, а й до інших посадових осіб. Таким чином, положення резолютивної частини логічно не слідують з обґрунтування рішення суду. КСУ повідомив Комісію, що він припинив провадження, і що з часом буде видано інше рішення щодо деяких інших аспектів цього питання. Незалежно від того, якими можуть бути ці додаткові аспекти, висновок КСУ підкріплений певними аргументами лише щодо звичайних та конституційних суддів. З цього випливає, що тільки положення щодо суддів мають бути змінені на виконання рішення №13-р/2020. Повноваження НАЗК щодо інших посадових осіб мають бути відновлені.

2. Повноваження НАЗК з перевірки декларацій суддів

45. Може видатися, що рішення №13-р/2020 вимагає повного усунення НАЗК від процесу перевірки декларацій суддів. Однак, уважний погляд на обґрунтування рішення дає зрозуміти, що це не обов'язково те, що вимагається. Рішення КСУ містить численні посилання на міжнародні та європейські стандарти, зокрема на практику ЄСПЛ та рекомендації Консультативної ради європейських суддів (CCJE). Таким чином, рішення КСУ має тлумачитися у світлі цих та інших міжнародних стандартів.

a. Виходячи міжнародних стандартів та з порівняльної точки зору,

46. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції (ратифікована Україною у 2009 році) закликає держави запровадити обов'язок державних службовців подавати декларації про активи, що передбачає ефективну систему верифікації (аудиту) таких декларацій.[24] На європейському рівні Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи №R(2000)10 щодо кодексів поведінки для

---

[23] Як наголосила Венеціанська комісія в CDL-AD(2008)030, Висновок щодо законопроекту про Конституційний суд Чорногорії, пар. 71, «Стаття 69, яка зобов'язує інші органи державної влади враховувати правові причини рішення Конституційного Суду при прийнятті нового індивідуального акту, також є позитивним елементом. Часто проблеми з іншими судами виникають внаслідок того, що вони слідують резолютивній частині, але не обґрунтуванню наведеному Конституційним Судом".

[24] У параграфі 5 статті 8 зазначено, що «*кожна Держава-учасниця прагне, у належних випадках і згідно з основоположними принципами свого внутрішнього права, запроваджувати заходи й системи, які зобов'язують державних посадових осіб надавати відповідним органам декларації, inter alia, про позаслужбову діяльність, заняття, інвестиції, активи та про суттєві дарунки або прибутки, у зв'язку з якими може виникнути конфлікт інтересів стосовно їхніх функцій як державних посадових осіб»*. Конвенція також вимагає, щоб *«кожна Держава-учасниця розглядала можливість створення, відповідно до свого внутрішнього права, ефективних систем, які передбачають розкриття фінансової інформації щодо відповідних державних посадових осіб, і встановлює відповідні санкції за недотримання цих вимог. Кожна Держава-учасниця також розглядає можливість вжиття таких заходів, які можуть бути необхідними, щоб дозволити своїм компетентним органам здійснювати обмін такою інформацією з компетентними органами інших Держав-учасниць, якщо це необхідно для розслідування, заявлення прав та вжиття заходів щодо повернення доходів здобутих злочинним шляхом, визначених цією Конвенцією»*. (пар. 5 статті 52).

посадових осіб, рекомендує державам-членам запровадити обов'язок державних службовців декларувати через регулярні проміжки часу особисті або приватні інтереси, які, ймовірно, впливають на їх службові обов'язки (ч.14). Група держав проти корупції (GRECO) закликає ввести обов'язок державних службовців декларувати активи[25], зокрема щодо України, висловлювала підтримку зобов'язанням для суддів *та членів їх* сімей подавати такі декларації.[26]

47. Якщо обов'язок державних чиновників декларувати свої активи та фінансові інтереси є несуперечливим, то питання про те хто має перевіряти ці фінансові декларації є більш складним: немає єдиної моделі щодо того, як має бути організована перевірка, чи це має бути унікальна система для всіх державних службовців, чи окремі системи для різних категорій з них.[27] Однак зрозуміло, що за міжнародними стандартами, немає вимоги щоб судді були підпорядковані будь-якому особливому режиму в цьому відношенні.

48. Таку множину моделей визнає CCJE: у Висновку №21(2018) щодо запобігання корупції серед суддів, CCJE наполягав на тому, що *дисциплінарне провадження* (курсив додано) має проводитися належно сформованою судовою радою або аналогічним органом, що має сильну суддівську складову (ч.30). Однак, це не означає, що процес перевірки фінансових декларацій суддів також має бути в руках таких органів. Що стосується слідчих органів, то в п. 50 CCJE зазначає, що «*може знадобитися створити спеціалізовані слідчі органи та спеціалізованих прокурорів для боротьби з корупцією серед суддів*», але не висловлює жодної позиції щодо організації органів, які перевіряють фінансові декларації.

49. Венеціанська комісія розглянула це питання у Висновку 2019 року щодо Вірменії,[28,] встановила наступне:

> *27. У цьому відношенні можливі два рішення: або створити спеціальний орган в судовій системі, відповідальний за перевірку фінансових декларацій суддів, або доручити це завдання зовнішньому органу, який займатиметься деклараціями всіх посадових осіб. Перше рішення краще для судової незалежності, але не має прозорості, що може призвести до корпоративістської поведінки. [...]*
>
> *28. У цих питаннях важко знайти спільний європейський стандарт. Деякі документи свідчать про те, що тільки судовий орган повинен мати владу для порушення дисциплінарних справ проти суддів. Інші органи влади погоджуються, що перевірка фінансової звітності суддів може виконуватися органом, зовнішнім по відношенню до судової влади. [...] На думку Венеціанської комісії, чи доручати перевірку декларацій зовнішньому органу (займатися всіма державними посадовими особами, включаючи суддів), чи спеціалізованому органу в межах судової влади, залежить від місцевих реалій. [...]"*

50. У вірменському контексті, Венеціанська комісія охоче прийняла вибір, зроблений законодавчим органом, а саме, що це є зовнішній орган – Комісія з питань запобігання корупції, створена парламентом, – яка перевіряє фінансові декларації суддів і, у разі порушень, ініціює дисциплінарне провадження перед Вищою судовою радою.[29]

---

25 Див. GRECOCode of conduct for public officials:GRECO: висновки та рекомендації, с. 13-16.

26 Див. See GRECO, Четвертий раунд оцінювання: Запобігання корупції щодо членів Парламенту, суддів та прокурорів, Звіт про оцінку України, 2017, ст.180

27 Див. Див. Дослідження ОБСЄ Декларування активів державними посадовими особами: Інструмент запобігання корупції»,ч.

28 Див Венеціанська комісія, CDL-AD(2019)024,Вірменія- Спільна думка Венеціанської комісії та Директорату з прав людини (DHR) Генерального директорату з прав людини, верховенства права (DGI) Ради Європи, про внесення змін до Судового кодексу та деяких інших законів.

29 Вище., пар. 29.

51. Нарешті, з порівняльної точки зору, модель, в якій декларації про активи суддів перевіряються органами з-поза меж судової влади, може розглядатися як домінуюча в регіоні.[30] Тому необхідність створювати спеціальний правовий механізм перевірки декларації суддів не продиктована міжнародними стандартами, а попередня модель – де декларації суддів та інших посадових осіб перевіряються одним і тим же органом – більш поширена в регіоні. Це означає, що вибір найбільш підходящої моделі належить національному законодавчому органу.

b. З національної конституційної точки зору,

52. Конституція України не містить положень щодо питання фінансових декларацій державних службовців і того, хто має їх перевіряти. КСУ обґрунтував свої міркування щодо конституційного принципу суддівської незалежності, стверджуючи, що механізм перевірки фінансових декларацій НАЗК може стати предметом зловживань для тиску на суддів. Цей аргумент, однак, не тягне за собою необхідності знищення існуючого на даний час механізму перевірки декларацій, а скоріше тягне необхідність забезпечення наявності відповідних гарантій від зловживань.

53. Це нормально і необхідно, щоб існували спеціальні правила щодо способу призначення, підвищення або звільнення суддів із посад. Конституція України передбачає особливий механізм у зв'язку з цим, у центрі якого стоїть Вища рада правосуддя (ВРП). Однак, у якості громадян, судді підпадають під звичайні закони та нормативно-правові акти (про майно, містобудування, податки, цивільний стан, правила дорожнього руху тощо). У якості державних службовців вони зобов'язані подавати фінансову декларацію. Цей обов'язок не пов'язаний з *виконанням судової функції,* але випливає зі статусу судді як посадової особи і дійсно є невід'ємною гарантією в очах громадськості того, що судова функція – як і всі інші державні функції – здійснюється особами, які відповідають вимогам доброчесності. Тому це важлива передумова забезпечення довіри суспільства до судової системи. Венеціанська комісія завжди остерігалася правил, які звільняють суддів від загального правового режиму і неодноразово попереджала про ризик судового корпоративізму, кумівства і кругової поруки серед суддів.[31] Вона наголосила, що судді повинні користуватися лише *функціональним* імунітетом, тобто безпосередньо пов'язаним з виконанням судових функцій.[32] На думку Комісії, немає переконливого обґрунтування встановлення спеціального правового режиму перевірки фінансових декларацій суддів. Однак, підпорядкувавши суддів обов'язку подавати фінансові декларації, законодавчий орган повинен передбачити гарантії проти ризику того, що таким зобов'язанням можна зловживати при спробі здійснення тиску і впливу на справи, що очікують розгляду. Але чи існує ризик таких зловживань багато в чому залежить від повноважень того органу, що проводить перевірку. Як показано вище, в українській системі НАЗК має лише компетенції з виявлення фактів; остаточне рішення щодо суті його висновків належить суду в рамках адміністративного або кримінального провадження, або, в контексті дисциплінарного провадження, органу суддівського врядування (ВРП для звичайних суддів та КСУ для суддів цього суду).

54. У зв'язку з цим Венеціанська комісія зазначила, що деякі судді КСУ, як стверджується, страждали від образливої поведінки з боку співробітників НАЗК при перевищенні ними своїх повноважень. Однак,

---

30 Наприклад, так відбувається в Албанії, Вірменії, Азербайджані, Болгарії, Чехії, Естонії, Грузії, Латвії, Литві, Чорногорії, Північній Македонії, Сербії, Словаччині, Словенії, Республіці Молдова та Румунії.

31 Див., наприклад, Венеціанська комісія, CDL-AD(2016)007, Контрольний список верховенства права, пар. 82; див також CDL- AD(2002)012, Висновок про проект перегляду Конституції Румунії, п. 66, CDL-AD(2014)006, Спільна думка Венеціанської комісії та Директорату з прав людини (DHR) Генерального директорату з прав людини і верховенства права Ради Європи, а також Офісу ОБСЄ з демократичних інститутів і прав людини (OSCE/ODIHR) щодо законопроекту про дисциплінарну відповідальність суддів Республіки Молдова, п. 46 та 48, CDL-AD(2014)007, Спільна думка щодо законопроекту про внесення змін та доповнення до судового кодексу (системи оцінювання суддів) Вірменії, п. 70.

32 Венеціанська комісія, CDL-AD(2010)004, Звіт про незалежність судової системи Частина I: Незалежність суддів, параграф. 61. Резолюція Комітету Міністрів (97) 24 про двадцять Керівних принципів боротьби з корупцією, закликає країни-члени обмежити імунітети щодо розслідування правопорушень, пов'язаних з корупцією, «до такої міри, як це необхідно в демократичному суспільстві» (принцип 6).

ці звинувачення стосуються зловживань, які, якщо це буде доведено, тягнутимуть індивідуальну відповідальність відповідних працівників НАЗК. Ці твердження не виправдовують того, що повноваження НАЗК, передбачені Законом 2014 року як такі, мають бути зняті. Натомість судді повинні мати можливість скаржитися на такі зловживання, і якщо існуючих шляхів недостатньо, мають бути розроблені відповідні механізми, які можуть бути застосовані для вирішення цієї проблеми – дивіться наступний розділ, який пропонує кілька варіантів таких механізмів.

c. Як реформувати механізм контролю фінансових декларацій суддів? Можлива роль для ВККС

55. Як продемонстровано в попередніх пунктах, аргументація КСУ далека від чіткої. Як наслідок, законодавчий орган користується великим простором для маневру щодо того, як виконати це рішення. Основне занепокоєння КСУ викликає те, що повноваження НАЗК , визначеного в рішенні як «виконавчий орган» – можуть становити небезпеку для незалежності суддів при використанні для прихованих цілей. Таким чином, Верховна Рада має реформувати механізм перевірки декларацій суддів, щоб зменшити (якщо не виключити повністю) цей ризик.

56. Є кілька способів того, як діяти далі. Законодавчий орган може розглянути такі варіанти:

- підвищення незалежності НАЗК та вдосконалення громадського контролю над цим органом, що здійснюється Громадською радою (детальніше про це див. пункт 58 нижче);
- переглянути деякі широко сформульовані слідчі повноваження НАЗК;
- надання судовому органу наглядової ролі над НАЗК; або
- комбінацію вищевказаних варіантів.

57. Перш за все, незалежність НАЗК від виконавчої та законодавчої гілок має бути посилена за рекомендацією GRECO, що спонукало б розробити «*відповідні заходи, у тому числі регуляторного характеру для посилення незалежності та неупередженості прийняття рішень структурами Національного агентства з питань запобігання корупції (НАЗК); і (ii) скласти детальні, чіткі та об'єктивні норми, що регулюють роботу НАЗК, зокрема, його слідчі завдання, з метою повного забезпечення прозорості та підзвітності дій НАЗК на практиці*».[33] Ця рекомендація досі актуальна – див. Звіт GRECO 2020 року.[34]

58. Венеціанська комісія зазначає, що Закон 2014 року зі змінами вже містить положення, що забороняють будь-яке втручання в діяльність НАЗК з боку державних службовців, політичних партій тощо. НАЗК здійснює нагляд за Громадською радою, до складу якої входять представники різних антикорупційних громадських організацій. Громадська рада складає висновки щодо річних звітів НАЗК. Зовнішнє оцінювання діяльності НАЗК проводиться кожні два роки Незалежною комісією з перевірки ефективності, члени якої також частково пропонуються міжнародними донорами. Закон містить положення, що гарантують прозорість роботи НАЗК для широкого загалу. Існують подальші шляхи підвищення ефективності діяльності НАЗК або підвищення незалежності та неупередженості НАЗК на практиці, наголошується у Звіті GRECO за 2020 рік.

59. Додатковим аспектом стало б визначення повноважень НАЗК, які найчастіше стають предметом зловживань. НАЗК не є правоохоронним органом і тому не може проводити обшуки, вилучення, прослуховування, не може примушувати осіб свідчити тощо. Однак перелік його повноважень щодо встановлення фактів досить широкий (див. статті 11 і 12 Закону 2014 року). Деякі з цих повноважень можуть бути сформульовані точніше і вужче – або можуть бути передбачені спеціальні винятки і процесуальні гарантії щодо використання певних повноважень стосовно суддів. Як сказано вище, цю рекомендацію не слід тлумачити як запрошення для української влади

[33] Див. GRECO Звіт про виконання Україною рекомендацій за результатами оцінювання у рамках четвертого раунду на тему: «Запобігання корупції стосовно народних депутатів, суддів та прокурорів, 2017, стор. 31.

[34] Див. Звіт про виконання Україною рекомендацій за результатами оцінювання у рамках четвертого раунду на тему: «Запобігання корупції стосовно народних депутатів, суддів та прокурорів», GrecoRC4(2019)28, стор. 14 – 16.

зменшити слідчі повноваження НАЗК: цих повноважень має бути достатньо для того, щоб НАЗК збирало інформацію та перевіряло декларації державних службовців.

60. Нарешті, рішення №13-р/2020 може тлумачитися як вимога надати судовим органам роль у процесі перевірки декларацій своїх колег. Венеціанська комісія не вважає, що кожен процесуальний крок НАЗК у процесі перевірки декларацій суддів має бути санкціонований судом або іншим судовим органом. Це не відповідає будь-якому застосовному (міжнародному) стандарту, як зазначено вище, і це паралізувало б роботу НАЗК, що явно є необґрунтованим.

61. Навпаки, деякі елементи подальшого нагляду за діяльністю НАЗК щодо суддів можуть бути внесені до закону. Венеціанська комісія наголошує, що нагляд за діяльністю НАЗК щодо встановлення фактів стосовно суддів не вимагається міжнародними стандартами, і є значні сумніви щодо того, чи вимагається це українською Конституцією. Однак, законодавчий орган міг би розглянути питання про запровадження елементів зовнішнього нагляду за діяльністю НАЗК намагаючись врахувати рішення №13-р/2020.

62. Такий *подальший нагляд* може мати різні форми. Перш за все, може бути створений «механізм скарг», що дозволяє суддям скаржитися на образливі дії НАЗК до судового органу. Влада розглядати скарги може бути покладена на визначений суд. Але необхідно забезпечити, щоб доброчесність тих суддів, які розглядатимуть такі скарги, була поза сумнівом. Венеціанська комісія розуміє, що покладення цієї функції на суд, який не був реформований і з цих причин не користується суспільною довірою щодо доброчесності та незалежності своїх суддів, може бути політично проблематичним, тому законодавчий орган користується значним впливом у вирішенні, якому суду слід передати ці функції.

63. Іншим варіантом було б вимагати від НАЗК подання періодичних звітів до судового органу. Такі звіти не включатимуть затвердження кожної окремої процедури щодо судді, а міститимуть більш узагальнені відомості про заходи, вжиті НАЗК протягом певного періоду у зв'язку з перевіркою декларацій суддів.

64. Повноваження з розгляду таких звітів може бути надано відповідному органу суддівського врядування. Центральним органом суддівського врядування в Україні є Вища рада правосуддя (ВРП), що регулюється Конституцією та Законом про ВРП.[35] ВРП була реорганізована у 2016 році.[36] Схоже, що процес реформування цього органу не завершено і досі існують серйозні побоювання щодо доброчесності деяких членів ВРП.[37] Крім того, ВРП є органом, який приймає остаточні рішення про звільнення судді і тому не може бути найбільш підходящою установою для вивчення дій НАЗК у процесі збору доказів.

65. Ще одним органом суддівського врядування є Вища кваліфікаційна комісія суддів – ВККС. Як відомо, українська влада зробила кілька спроб реформувати ВККС. У 2019 році Верховна Рада прийняла Закон №193-IX, який набрав чинності 7 листопада

---

35 Див Венеціанська комісія, CDL-REF(2020)067, Україна - Закон про Вищу раду правосуддя.

36 З 2016 року ВРП має 21 члена (див. чинну редакцію статті 131 Конституції): 10 – судді/судді у відставці, обрані їхніми колегами, плюс Голова Верховного Суду, який є членом за посадою, але який обирається на свою посаду суддями (тобто також може бути частиною квоти «суддів, обраних суддями»). Генпрокурор і міністр юстиції більше не є членами ВРП. Члени-несудді представляють інші правничі професії (прокурори, адвокати, вчені-правники) та інституційні суб'єкти (Президент, Рада). В цілому, склад ВРП відповідає європейським стандартам у цій галузі. Детальніше дивіться у https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/-/assessment-of-the-2014-2018-judicial-reform-in- ukraine

37 Див. CDL-AD(2020)022, Україна – Спільний висновок Венеціанської комісії та Генерального директорату з прав людини і верховенства права (DGI) Ради Європи щодо проекту змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів» та окремих Законів про діяльність Верховного Суду та судових органів (проект Закону No 3711), пар. 23.

2019.[38] В цей же день «стару» ВККС було розпущено. Рішенням від 11.03.2020 №4-р/2020, КСУ визнав недійсним Закон №193-IX,[39] і з того часу склад ВККС не оновлювався. Без «нової» ВККС всі суддівські призначення були поставлені на паузу і близько 2000 посад суддів залишаються вакантними. Венеціанська комісія, у Висновку CDL-AD(2020)022 закликала до швидкого оновлення складу ВККС.

66. 22 червня 2020 року Президент України вніс законопроект №3711, спрямований на врегулювання кризи навколо ВККС.[40] Лейтмотивом законопроекту №3711 було перезаснування ВККС для перезапуску процедури добору суддів першої та другої інстанцій.[41] Цей законопроект був проаналізований Венеціанською комісією в останньому висновку щодо України (далі Висновок за жовтень 2020 року).[42]

67. В *принципі,* якщо ВККС буде перезаснована, *і* якщо вона складатиметься з професійних та незалежних членів, відповідно до рекомендацій Висновку за жовтень 2020 року, цей орган міг би взяти на себе функцію перегляду звітів НАЗК щодо суддів. Венеціанська комісія нагадує, що ВККС вже отримувала дуже схожу функцію: за статтею 62 закону «Про судоустрій і статус суддів»[43], ВККС повинна займатися «деклараціями доброчесності» суддів. У ВККС є інспектори (див. статтю 103), які можуть перевірити, чи відповідають активи та витрати суддів рівням його задекларованих доходів.[44] Отже, надання ВККС наглядової функції щодо НАЗК узгоджене з системою підзвітності в судовій системі.

68. Зрештою, Венеціанська комісія зауважує, що ВККС не має компетенції мати справу з суддями КСУ. Тому законодавчий орган може передбачати інший механізм нагляду за діяльністю НАЗК, оскільки вони спрямовані на перевірку фінансових декларацій суддів КСУ. Тобто, у світлі невирішеного питання конфлікту інтересів у контексті рішення №13-р/2020, Венеціанська комісія рекомендує не давати КСУ право заслуховувати звіти НАЗК, а розглянути інші належні рішення.

69. Загалом, найбільш підходящим рішенням було б доручити ВККС функцію нагляду щодо звичайних суддів. Ця рекомендація заснована на тому, що невідкладним є питання

---

38 Венеціанська комісія, CDL-AD(2019)027, Україна - Висновок про правову базу в Україні, що регулює Верховний суд та судові самоврядні органи. Закон №193-IX змінив склад ВККС: вона складатиметься з 12 членів, призначених ВРП. Закон №193 також мав на меті створити дві нові комісії – Конкурсну комісію (КК) для призначення членів нової ВККС та Комісії з питань доброчесності та етики (створену для нагляду за поведінкою членів як ВРП, так і ВККС. Обидва органи були задумані мати змішаний склад (по три члени призначені міжнародними та національними органами); три члени мають бути обрані З'їздом суддів, а троє - призначаються міжнародними партнерами України. КК мала служити фільтром для призначення нових членів ВККС та кандидатів на посади суддів. Комісія (з аналогічним складом) оцінювала б етичну поведінку членів ВККС та ВРП (до призначення і під час виконання повноважень) – тоді як останнє слово у дисциплінарних питаннях належало б від ВРП.

39 Венеціанська комісія, CDL-AD(2019)027, Україна - Висновок про правову базу в Україні, що регулює Верховний суд та судові самоврядні органи.

40 Див Венеціанська комісія, CDL-REF(2020)061, Україна проект змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів про діяльність Верховного Суду та судових органів

41 Законопроект №3711 встановлює Конкурсну комісію (дещо схожа на Комісію за законом №193-IX) для призначення членів ВККС. На відміну від Закону №193-IX, законопроектом №3711 непередбачено створення Комісії з питань доброчесності та етики для вивчення доброчесності членів ВРП. Законопроект №3711 також підпорядковує ВККС до ВРП.

42 Див Венеціанська комісія, CDL-AD(2020)022,Україна– Спільний висновок Венеціанської комісії та Генерального директорату з прав людини і верховенства права (DGI) Ради Європи щодо проекту змін до Закону «Про судоустрій і статус суддів» та окремих Законів про діяльність Верховного Суду та судових органів (проект Закону №3711).

43 Див CDL-REF(2020)068, Україна - Закон про судоустрій та статус суддів

44 Останні положення про статус і повноваження ВККС можна знайти в Законі «Про судоустрій та статус суддів див.CDL-REF(2020)068).

повного оновлення складу ВККС за новими правилами, які забезпечують призначення до ВККС достатньо незалежних, чесних та професійних членів. До введення в дію такого закону про ВККС, у Законі 2014 року може бути передбачено відповідне перехідне рішення.

70. Венеціанська комісія наголошує, що розробка належних відповідей на рішення №13-р/2020 є насамперед прерогативою українського законодавчого органу, який має вирішити, який саме механізм (механізм скарг або механізм звітності, або комбінація обох) є найбільш підходящим у нинішній ситуації.

IV. Висновок

71. 25 листопада 2020 року, за підсумками перемовин з Президентом Венеціанської комісії, пан Володимир Зеленський звернувся з проханням надати невідкладний висновок Венеціанської комісії щодо конституційної ситуації, що склалася внаслідок рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 року №13-р/2020. У цьому терміновому Висновку розглядається перше питання, підняте Президентом Зеленським, а саме наслідки рішення №13-р/2020 для антикорупційного законодавства. Інші питання, поставлені Президентом Зеленським, розглядатимуться у терміновому Висновку щодо реформи Конституційного Суду України (CDL-PI(2020)019).

72. Боротьба з корупцією є невід'ємною складовою держави, в якій панує верховенство права, але такою ж важливою є і повага до Конституції та до конституційного правосуддя. Вони йдуть рука об руку. Парламент і виконавча влада повинні поважати роль Конституційного Суду як стража Конституції і необхідність виконання його рішень. У свою чергу, Конституційний Суд, як і будь-яка інша державна установа і суд, з одного боку заслуговує інституційної поваги, а з іншого боку, повинен поважати власні процедури і заради конституційної стабільності і правової визначеності, повинен видавати рішення, які в цілому узгоджуються з його власною практикою. Ще важливіше те, що конституційний суд повинен виносити рішення в межах своєї юридичної влади та юрисдикції.

73. Венеціанська комісія визнає, що рішення №13-р/2020 Конституційного Суду України не має чітких аргументів, не є міцно заснованим на міжнародному праві, і, можливо, було заплямоване великим процесуальним недоліком – невирішеним питанням конфлікту інтересів деяких суддів. Це прикро не лише через негайний негативний ефект від цього рішення на боротьбу з корупцією в Україні, а й тому, що такі рішення підривають довіру суспільства до конституційного правосуддя загалом.

74. Тим не менш, конституційну роль Конституційного Суду необхідно поважати, а Верховна Рада повинна виконувати рішення, тлумачачи його в світлі конституційних основ країни і застосовних міжнародних стандартів, оберігаючи суспільні інтереси, такі як боротьба з корупцією, в тому числі і в судовій системі. Зокрема, важливо зберегти обов'язок посадових осіб (у тому числі суддів звичайних судів та Конституційного Суду) подавати фінансові декларації, мати ефективний механізм перевірки таких декларацій, а також передбачити в законі відповідні санкції для тих посадових осіб – у тому числі суддів та прокурорів, – які свідомо подають недостовірні декларації/не подають декларації.

75. На цьому тлі Венеціанська комісія запрошує Верховну Раду розглянути наступні рішення:

- Що стосується статті 366-1 Кримінального кодексу, визнаної недійсною Конституційним Судом, кримінальна відповідальність за подання завідомо недостовірної декларації/неподання декларації має бути відновлена, але закон може більш детально вказати різні санкції, що відповідають ступеню кримінальної відповідальності, зарезервувавши, наприклад, санкцію

позбавлення волі для справ, що перевищують певний поріг, та для винних, які діють з навмисним наміром;

- Що стосується повноважень Національного агентства з питань запобігання корупції (НАЗК) щодо перевірки декларацій, то всі його повноваження щодо посадових осіб, крім суддів, можуть бути відновлені, оскільки вони не зачіпаються аргументами, використаними Конституційним Судом у своєму рішенні;
- Що стосується повноважень суддів НАЗК, то в законі можуть бути запроваджені додаткові запобіжники для захисту їх від потенційних зловживань:
  - незалежність НАЗК на практиці та громадський контроль за його діяльністю мають бути вдосконалені з урахуванням рекомендацій GRECO;
  - деякі слідчі повноваження НАЗК можуть бути сформульовані точніше і вужче, або можуть бути передбачені спеціальні винятки та процесуальні запобіжники щодо суддів;
  - з метою захисту суддів від потенційних зловживань з боку НАЗК закон може передбачати нагляд за діяльністю НАЗК щодо суддів або у вигляді механізму подання скарг, або у вигляді регулярної звітності НАЗК до відповідного судового органу.

76. В останньому пункті залишається питання, який судовий орган повинен здійснювати функцію нагляду щодо НАЗК (що стосується фінансових декларацій суддів). Оскільки український законодавчий орган розмірковував над створенням механізму подання скарг, ця роль могла б бути надана визначеному суду. Оскільки український законодавчий орган розмірковував би над запровадженням зобов'язання, щоб НАЗК періодично подавало звіт про свою діяльність щодо суддів, Вища кваліфікаційна комісія суддів (ВККС) видається найбільш підходящим органом для виконання цієї ролі в українському контексті, через існуючі повноваження перевіряти декларації доброчесності суддів. Однак це рішення можливе лише після того, як ВККС буде перезаснована і лише за наявності в її складі професійних, чесних та незалежних членів, згідно з рекомендаціями Висновку Венеціанської комісії від жовтня 2020 року (CDL-AD(2020)022). Тому перезаснування ВККС є пріоритетом. Що стосується суддів Конституційного Суду, то закон може передбачити інший механізм нагляду за діяльністю НАЗК щодо них.

77. Венеціанська комісія готова надавати українській владі подальшу допомогу в цьому питанні.