



НАЦІОНАЛЬНЕ АГЕНТСТВО З ПИТАНЬ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ

бульв. Дружби народів, 28, м. Київ, 01103, код ЄДРПОУ 40381452

РІШЕННЯ

29.12.2018

№ 3223

Київ

Про забезпечення реалізації
Національним агентством з питань
запобігання корупції повноважень
щодо проведення антикорупційної
експертизи

Відповідно до частини першої статі 8, частини п'ятої статті 55 Закону України "Про запобігання корупції" Національне агентство з питань запобігання корупції

ВИРИШИЛО:

1. Затвердити такі, що додаються:

Методологію проведення Національним агентством з питань запобігання корупції антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів;

Методичні рекомендації щодо проведення Національним агентством з питань запобігання корупції антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів.

2. Департаменту координації антикорупційної політики використовувати при проведенні антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів затверджені пунктом 1 цього рішення акти.

3. Контроль за виконанням цього рішення покласти на члена Національного агентства з питань запобігання корупції Серьогіна О.Ю.

Голова

О.А. Мангул

Згідно з чинним законодавством
відповідно до колегіального рішення
Національного агентства

Протокол № 65
засідання Національного агентства
від 29 грудня 2018 року

ЗАТВЕРДЖЕНО
Рішення Національного агентства
з питань запобігання корупції

29 березня 2018 року № 3883

МЕТОДОЛОГІЯ
проведення Національним агентством з питань запобігання корупції
антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів

I. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

1. Ця Методологія розроблена з метою створення умов для ефективного виявлення у проектах нормативно-правових актів (далі – проект НПА) корупціогенних факторів та розроблення рекомендацій щодо усунення (мінімізації) їх негативного впливу та є обов'язковою для застосування працівниками апарату Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – Національне агентство) при проведенні антикорупційної експертизи проектів НПА (далі – антикорупційна експертиза) відповідно до Порядку проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів Національним агентством із запобігання корупції, затвердженого рішенням Національного агентства від 28 липня 2016 року № 1, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 25 серпня 2016 року за № 1184/29314 (далі – Порядок).

2. У цій Методології терміни вживаються у такому значенні:

Корупціогенний фактор – положення проекту НПА, яке самостійно чи у поєднанні з іншими нормами може сприяти вчиненню корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень.

Індикатор корупціогенності – ознака, що може свідчити про наявність у проекті НПА корупціогенних факторів, яка може стосуватися як змісту проекту НПА, так і процедури його підготовки і прийняття.

Ступінь корупціогенності – оціночне поняття, що використовується для формулювання висновку антикорупційної експертизи (далі – Висновок) щодо сприяння вчиненню корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень та на підставі якого здійснюється формулювання відповідних рекомендацій, насамперед щодо можливості/неможливості затвердження (ухвалення, прийняття) проекту НПА.

3. Інші терміни у цій Методології вживаються у значеннях, наведених у Законі України "Про запобігання корупції" (далі – Закон).

ІІ. ОСНОВНА МЕТА ТА ЗАВДАННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

1. Основною метою антикорупційної експертизи, яка проводиться Національним агентством, є виявлення корупціогенних факторів у положеннях проектів НПА та розроблення рекомендацій стосовно їх усунення.

2. Завданнями антикорупційної експертизи проектів НПА є:

1) відбір для проведення антикорупційної експертизи проектів НПА, за сферою правового регулювання (змістом) та з урахуванням потенційної наявності/відсутності корупціогенних факторів;

2) виявлення в проектах НПА корупціогенних факторів;

3) визначення можливості усунення (мінімізації) корупціогенних факторів на основі оцінки ступеню їх корупціогенності;

4) підготовка рекомендацій щодо способів усунення (мінімізації) корупціогенних факторів у проекті НПА;

5) підготовка рекомендацій практичного характеру щодо усунення (мінімізації) корупціогенних факторів у діяльності суб'єкта затвердження (ухвалення, прийняття) проекту НПА та/або суб'єктів правовідносин, які пропонується ним врегулювати.

ІІІ. СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ

1. Ця Методологія застосовується при проведенні антикорупційної експертизи проектів НПА, які визначені Законом та Порядком і внесені суб'єктом законодавчої ініціативи на розгляд Верховної Ради України або надіслані Кабінетом Міністрів України до Національного агентства.

2. Національне агентство застосовує цю Методологію при здійсненні перегляду НПА на наявність у них корупціогенних факторів для їх включення до щорічного плану проведення антикорупційної експертизи Міністерством юстиції України.

3. Висновки обов'язкової антикорупційної експертизи, що проводиться Міністерством юстиції України, чи громадської антикорупційної експертизи проектів НПА чи НПА можуть враховуватись працівниками апарату Національного агентства при проведенні ними антикорупційної експертизи.

ІV. ПРИНЦИПИ ПРОВЕДЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

1. Працівники апарату Національного агентства, які проводять антикорупційну експертизу, зобов'язані дотримуватися вимог та правил її проведення, встановлених Законом та Порядком.

2. Проведення антикорупційної експертизи здійснюється на основі таких принципів:

- незалежність та неупередженість працівника апарату Національного агентства, який проводить антикорупційну експертизу;
- повнота та всебічність антикорупційної експертизи.

V. ПОСЛІДОВНІСТЬ (АЛГОРІТМ) ПРОВЕДЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ТА ВИСНОВОК ЗА ЇЇ РЕЗУЛЬТАТАМИ

1. Антикорупційна експертиза складається із таких етапів:

1) проведення первинної оцінки проекту НПА за сферою правового регулювання тощо;

2) встановлення потенційної наявності корупціогенних факторів;

3) проведення антикорупційної експертизи:

здійснення системного аналізу проекту НПА із застосуванням індикаторів корупціогенності;

ідентифікація корупціогенних факторів та оцінка ступеню їх корупціогенності;

4) підготовка Висновку антикорупційної експертизи.

2. У разі виявлення корупціогенного фактора Висновок антикорупційної експертизи повинен містити:

1) опис виявленого корупціогенного фактора. Необхідно конкретизувати кожен виявлений корупціогенний фактор, його зв'язок з іншими положеннями проекту НПА чи нормами НПА, та навести положення тексту, які можуть свідчити про існування корупціогенного фактора;

2) аналіз наслідків неусунення корупціогенного фактора у положеннях проекту НПА. Необхідно описати ймовірні наслідки застосування відповідних положень проекту НПА (вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень);

3) оцінку ступеню корупціогенності фактора. Оцінка передбачає застосування дихотомічної шкали з наведенням відповідної аргументації:

корупціогенний фактор може бути усунуто (мінімізовано) шляхом внесення змін;

корупціогенний фактор не може бути усунуто і проект НПА підлягає відхиленню;

4) рекомендації, в тому числі практичного характеру, які стосуються способів усунення (мінімізації) корупціогенного фактора.

VI. ВРАХУВАННЯ ІНФОРМАЦІЇ, ПОВ'ЯЗАНОЇ З ПРОЦЕДУРОЮ ПІДГОТОВКИ ПРОЕКТУ НПА

1. При прийнятті рішення про необхідність проведення антикорупційної експертизи та безпосередньо при її проведенні обов'язково має оцінюватися інформація (за її наявності), яка стосується процедури підготовки, затвердження прийняття (ухвалення, прийняття) проекту НПА (корупціогенна ситуація), а саме:

1) розробка та/або прийняття (ухвалення, затвердження) проекту НПА за відсутності повноважень, встановлених законом, та/або дублювання нормативного регулювання в актах різних державних органів;

2) рішення про підготовку проекту НПА приймалося чи безпосередньо його підготовка здійснювалася в умовах потенційного/реального конфлікту інтересів, а так само з порушенням інших заборон чи обмежень, передбачених Законом;

3) наявність ознак повторної підготовки проекту НПА, який було раніше визнано таким, що містить корупціогенні фактори, якщо рекомендації попередньої антикорупційної експертизи розробником не враховані;

4) порушення передбаченого законодавством порядку проведення громадського обговорення проекту НПА;

5) інші обставини, що свідчать про неправдиві цілі прийняття проекту НПА.

VII. КОРУПЦІОГЕННІ ФАКТОРИ, ЩО ХАРАКТЕРИЗУЮТЬ ЗМІСТ ПРОЕКТУ НПА

1. Ідентифікація корупціогенного фактора, що характеризує зміст проекту НПА, передбачає виявлення та наведення у Висновку конкретних положень проекту НПА та/або НПА (фрагментів тексту чи системних ознак) та пояснення їх корупціогенності.

2. До корупціогенних факторів, що характеризують зміст проекту НПА, належать:

1) ризики у визначені статусу, сфери застосування та предмету правового регулювання проекту НПА:

а) декларативність (рамковість) проекту НПА;

б) порушення ієрархії та предметної спеціалізації проекту НПА. Проект НПА містить положення, що за предметом повинні належати чи належать до сфери регулювання інших НПА чи не відповідають повноваженням або спеціалізації державного органу; регулювання у підзаконному акті відносин, які потребують визначення законом, тощо;

в) розширене підзаконне регулювання проекту НПА без чіткого зв'язку з НПА вищої юридичної сили (вихід за межі приписів закону), що може

проявляється у наявності суттєвих відмінностей положень закону і підготовленого на його реалізацію проекту підзаконного акта. Наявність таких колізій свідчить про невідповідність проекту НПА вищого рівня;

г) наявність положень, що мають колізійний характер з положеннями НПА різного рівня. Корупційний фактор полягає в можливості одночасного застосування таких норм, чим створюються умови для вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень;

г) наявність у проекті НПА бланкетних норм, що мають характер відкритих переліків нормативно-правових актів, що регулюють предмет проекту НПА з використання формулювання "...та іншими актами законодавства" тощо, чи обмежуються формулюванням "визначається законом", що дозволяє в майбутньому на підставі невизначеного кола нормативно-правових актів змінювати суттєві умови предмету правового регулювання первинного акта;

2) ризики у визначенні статусу суб'єктів правовідносин, регламентації їх прав та обов'язків:

а) відсутність в проекті НПА вичерпного переліку суб'єктів правовідносин, у тому числі нечіткість або неповнота визначення сфери застосування за суб'єктним складом;

б) встановлення в проекті НПА відкритих переліків дозволів або заборон в правах або обов'язках суб'єктів правовідносин. Індикатором такого ризику є формулювання "...та інші повноваження" або "... інші права" тощо;

в) закріплення в проекті НПА колізії в правах та обов'язках суб'єктів правовідносин, що може проявлятися у наявності взаємовиключних формулювань прав і обов'язків таких суб'єктів;

3) ризики у регламентації діяльності державних органів, їх посадових, службових осіб:

а) нечіткість формулювання в проекті НПА функцій державних органів чи повноважень їх посадових, службових осіб; наділення державних органів, їх посадових, службових осіб невластивими чи непередбаченими законами функціями, повноваженнями;

б) безпідставне делегування повністю або частково повноважень державних органів суб'єктам приватного права;

в) застосування у проекті НПА процедури прийняття рішень на розсуд посадової, службової особи за відсутності чітко визначених механізмів перевірки та контролю обґрунтованості таких рішень;

г) проект НПА допускає можливість ухилення суб'єкта правовідносин від обов'язкової процедури чи наділяє посадових, службових осіб дискреційними повноваженнями щодо застосування спрошеної процедури стосовно окремого суб'єкта правовідносин;

г) встановлення прямих чи опосередкованих обмежень можливостей оскарження рішень, дій або бездіяльності державних органів, їх посадових, службових осіб. Запровадження обов'язковості оскарження рішень, дій або бездіяльності лише у певний спосіб, що необґрунтовано обтяжує суб'єктів правовідносин;

4) ризики у регламентації діяльності отримувачів адміністративних послуг:

а) пряме визначення у тексті проекту НПА суб'єктів, що отримують пільги, переваги чи інші преференції тощо. Такими суб'єктами можуть бути окремі підприємства, організації, окремі особи чи групи осіб. Реалізація ризику можлива у різних формах: наведення повної назви такого суб'єкта; визначення кваліфікуючих ознак у спосіб, що дозволяє провести ідентифікацію конкретного суб'єкта, тощо;

б) безпідставне (необґрунтоване) розширення в проекті НПА кола суб'єктів, які мають юрисдикційні імунітети чи привілеї;

5) ризики у регламентації адміністративних процедур:

а) відсутність нормативної регламентації порядку реалізації особою своїх прав або виконанні обов'язків (адміністративних процедур);

б) наявність завищених вимог до особи при визначенні порядку проведення адміністративних процедур. Індикаторами ризику можуть бути, зокрема, наявні у положеннях проекту НПА надмірні обтяження стосовно доступу до відповідної процедури; відсутність раціонального обґрунтування переліку необхідних документів; використання спрощеної процедури в інших аналогічних випадках;

в) відсутність строків здійснення адміністративних процедур або встановлення таких строків без врахування їх реальності, доцільноті, обґрунтованості;

г) використання непередбачених законом чи усталеною належною адміністративною практикою процедур;

і) штучне створення умов для обов'язкового особистого контакту фізичних або юридичних осіб, їх представників із особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування при реалізації адміністративної процедури;

6) техніко-юридичні недоліки, що створюють можливість різного тлумачення нормативних положень та можуть бути використані для вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень. До таких недоліків, зокрема, належать: прогалини у тексті, дублювання слів, граматичні чи синтаксичні помилки, вживання непередбачених законодавством термінів тощо.

3. Наведений у пункті 2 цього розділу перелік корупціогенних факторів не є вичерпним і включає лише ті з них, які є типовими.

VIII. СПОСОБИ УСУНЕННЯ ЧИ МІНІМІЗАЦІЇ КОРУПЦІОГЕННИХ ФАКТОРІВ

1. За результатами антикорупційної експертизи проект НПА може бути визнаний таким, що:

- 1) підготовлений під впливом/без впливу корупціогенної ситуації;
- 2) містить/не містить корупціогенні фактори.

2. У разі, якщо проект НПА підготовлений під впливом корупціогенної ситуації чи містить корупціогенні фактори, працівник апарату Національного агентства, який проводить антикорупційної експертизу, обґрунтоває, що:

1) проект НПА потребує усунення (мінімізації) виявлених недоліків і повторного оцінювання;

2) проект НПА потребує відхилення як такий, що містить корупціогенні фактори, які неможливо усунути чи мінімізувати.

3. У випадку, передбаченому підпунктом 1 пункту 2 цього розділу, у Висновку має бути наведено рекомендації щодо усунення (мінімізації) виявлених корупціогенних факторів.

4. Зміст рекомендацій має бути конкретним і стосуватися виключно тих обставин та/або положень проекту НПА, що визнані корупціогенними факторами.

5. Корупціогенні фактори у проекті НПА можуть бути усунені (мінімізовані), зокрема, у такі способи:

- 1) запровадження, удосконалення правового регулювання у певній сфері;
- 2) відмова від бланкетних норм або норм, які надають дискреційні повноваження, встановлення чи уточнення підстав, меж та способу здійснення повноважень (виконання обов'язків);
- 3) виключення з проекту НПА тих положень, в яких виявлені корупціогенні фактори;
- 4) уведення чи визначення в проекті НПА понять (термінів), процедур, зокрема, оскарження рішень, дій або бездіяльності, тощо;
- 5) виправлення техніко-юридичних помилок;
- 6) надання рекомендацій щодо способу усунення реального чи потенційного конфлікту інтересів.

**Керівник Департаменту
координації антикорупційної політики**



B.M. Maroxa

ЗАТВЕРДЖЕНО
Рішення Національного агентства
з питань запобігання корупції

29 грудня 2018 року № 3223

МЕТОДИЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ
щодо проведення Національним агентством з питань запобігання корупції
антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів

I. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

1. Ці Методичні рекомендації розроблені з метою ідентифікації корупціогенних факторів (далі – КФ) у проектах нормативно-правових актів (далі – НПА) при проведенні антикорупційної експертизи відповідно до Порядку проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів Національним агентством з питань запобігання корупції, затверженого рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції (далі – Національне агентство) від 28 липня 2016 року № 1, зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 25 серпня 2016 року за № 1184/29354 (далі – Порядок).

2. У цих Методичних рекомендаціях терміни вживаються у значеннях, наведених у Законі України "Про запобігання корупції" (далі – Закон) і Методології проведення Національним агентством з питань запобігання корупції антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів (далі – Методологія), затвердженої рішенням Національного агентства від _____ № _____.

II. ПЕРВИННА ОЦІНКА ПРОЕКТУ НПА

1. Під час первинної оцінки встановлюється принадлежність проекту НПА до проектів НПА, щодо яких відповідно до Закону та Порядку проводиться антикорупційна експертиза проектів НПА (далі – антикорупційна експертиза).

2. Після цього визначається потенційна наявність/відсутність КФ у проекті НПА з урахуванням:

1) сфери правового регулювання (частина четверта статті 55 Закону, пункт 4 Порядку);

2) інформації щодо процедури підготовки проекту НПА (розділ VI Методології);

3) мети, завдань і загальної характеристики проекту НПА, визначених у його загальних положеннях та/або пояснівальній записці до нього.

ІІІ. КОРУПЦІОГЕННІ ФАКТОРИ, ЩО ХАРАКТЕРИЗУЮТЬ ЗМІСТ ПРОЕКТУ НПА, ТА ЇХ ІДЕНТИФІКАЦІЯ

1. Антикорупційна експертиза являє собою процес, пов'язаний з аналізом змісту проекту НПА, моделюванням застосування його положень на практиці та потенційних результатів впливу НПА на правовідносини, порівнянням його з іншими НПА, насамперед вищої, а також однакової юридичної сили, вжиттям заходів з пошуку та оцінки КФ з наведенням у висновку антикорупційної експертизи проекту НПА його назви та конкретних положень проекту НПА (фрагментів тексту чи системних ознак) з обґрунтуванням виявленого КФ.

2. Ризики у визначені статусу, сфері застосування та предмету правового регулювання проекту НПА.

2.1. Декларативність (рамковість) проекту НПА.

Ідентифікація КФ: проект НПА не здатен виконати своєї мети – врегулювання правовідносин у відповідній сфері.

Приклад. У пояснівальній записці до проекту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо оптимізації процедур фінансового контролю в сфері запобігання корупції)" (реєстр. № 9008 від 30 липня 2018 року) зазначається, що цей законопроект спрямований на оптимізацію механізмів запобігання корупції в Україні "шляхом усунення надлишкової бюрократизації процедур фінансового контролю в сфері запобігання корупції, невиправданої складності та обтяжливості таких процедур".

Насправді ж метою цього законопроекту, насамперед, є зняття з відповідних суб'єктів декларування обов'язку щодо письмового повідомлення Національного агентства про суттєві зміни у майновому стані протягом десяти днів з моменту придбання майна, отримання доходу, вартість якого перевищує 50 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, встановлених на 1 січня звітного року, та скасування адміністративної відповідальності за неподання або несвоєчасне подання повідомлення про суттєві зміни у майновому стані.

2.2. Порушення ієрархії та предметної спеціалізації проекту НПА.

Ідентифікація КФ: проект НПА містить положення, які за предметом повинні належати або належать до сфери правового регулювання інших НПА або не відповідають повноваженням чи спеціалізації державного органу чи регулювання НПА правовідносин, які потребують унормування НПА вищої юридичної сили, тощо.

Приклад. Проектом Закону України "Про внесення змін до деяких законів України щодо тимчасового обмеження права виїзду за кордон членів Кабінету Міністрів України та/або керівників центральних органів виконавчої влади" (реєстр. № 2476 від 26 березня 2015 року) пропонується зобов'язати членів Кабінету Міністрів України та/або керівників центральних органів виконавчої влади здавати належні їм документи, що дають право на виїзд за кордон, Комітету Верховної Ради України з питань запобігання і протидії корупції, який у разі закордонного відрядження прийматиме рішення про видачу відповідного документа.

Пропоновані законопроектом повноваження Комітету Верховної Ради України з питань запобігання і протидії корупції суперечать призначенню та основним функціям комітетів Верховної Ради України як законодавчого органу, що визначені Конституцією України, законами України "Про Регламент Верховної Ради України", "Про комітети Верховної Ради України". Крім того, законопроект покладає на Комітет повноваження щодо державних службовців, правовий статус яких передбачає погодження закордонного відрядження з іншими органами державної влади.

2.3. Розширене підзаконне регулювання проекту НПА без чіткого зв'язку з НПА вищої юридичної сили.

Ідентифікація КФ: проявом є наявність суттєвих відмінностей положень закону і підготовленого з метою його реалізації підзаконного акта. Наявність такої ієрархічної колізії свідчить про неузгодженість проекту НПА і НПА вищого рівня.

Подібні КФ зустрічаються навіть на рівні законопроектів, коли його положення суперечать нормі певного Закону, що є основним для відповідної сфери правового регулювання.

Приклад. Проектом Закону України "Про Єдиний державний реєстр військовозобов'язаних" (реєстр. № 2504а від 13 серпня 2015 року) передбачалося обробляти у відповідному Реєстрі відомості про притягнення до кримінальної відповідальності та про стан здоров'я громадян. Однак обробка таких відомостей суперечить основоположній нормі статті 7 Закону України "Про захист персональних даних", де встановлено пряму заборону на обробку персональних даних про засудження до кримінального покарання, а також даних, що стосуються здоров'я.

2.4. Наявність положень, що мають колізійний¹ характер з положеннями НПА однакового рівня.

Ідентифікація КФ: можливості застосування норм на вибір суб'єкта застосування, чим створюються умови для вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень. Йдеться про змістовну і темпоральну колізію – наявність взаємовиключних положень в кількох НПА однакового рівня, у тому числі положень цього самого проекту НПА.

Приклад. Законом України від 06 жовтня 2011 року № 3826-VI "Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за незаконний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів, отруйних чи сильнодіючих речовин або отруйних чи сильнодіючих лікарських засобів і одурманюючих засобів" в санкції частини першої статті 306 Кримінального кодексу України строк покарання у виді позбавлення встановлювався в межах від семи до двадцяти років.

Ця норма суперечила нормі статті 63 Кримінального кодексу України, згідно з якою максимальний строк позбавлення волі, який може бути передбачений санкцією статті Кримінального кодексу України, становить п'ятнадцять років. Тому вже 04 листопада 2011 року був прийнятий Закон України "Про внесення зміни до статті 306 Кримінального кодексу України", яким виправлено змістовну колізію.

2.5. Наявність у проекті НПА бланкетних норм.

Ідентифікація КФ: бланкетні норми надають можливість органам, посадовим та іншим особам, зокрема тим, які зобов'язані їх застосовувати, впливати на зміст цих норм шляхом встановлення конкретних правил,

¹ Загалом існують такі види колізій:

1) за юридичною силою нормативних актів, що вміщають колізійні положення (вертикальні, ієрархічні, субординаційні колізії), відрізняють колізії: між положеннями Конституції і законів; між положеннями міжнародних договорів і національними законами; між положеннями НПА одного рівня; між положеннями законів і підзаконних актів. У результаті цього суспільні відносини, які повинні регулюється законом, на практиці регулюються підзаконними нормами.

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 прийомні 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 застаріліх актів, іншою зміною законодавства або ж його офіційним тлумаченням. Лише в окремих випадках в перехідних і прикінцевих положеннях закону пряма зазначається, що усі інші закони до часу внесення до них відповідних змін не повинні застосовуватися так, щоб це суперечило цьому закону.

обов'язків, заборон, обмежень тощо. Бланкетні норми можуть мати характер відкритих переліків НПА, що регулюють предмет проекту НПА, з використанням формулювань "та іншими актами законодавства", "визначається законом", "визначається Кабінетом Міністрів України", "визначається центральним органом виконавчої влади..." тощо. Це дозволяє конкретному суб'єкту на підставі невизначеного кола НПА змінювати суттєві умови предмету правового регулювання первинного акта, що означає надмірну свободу підзаконної нормотворчості.

Приклад. Проектом Закону України "Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України (щодо забезпечення особистого голосування народними депутатами України)" (реєстр. № 1744 від 14 січня 2015 року) передбачалося визначити, що порядок роботи електронної системи із застосуванням сенсорної клавіші встановлюється відповідним Положенням, яке затверджується Головою Верховної Ради України. При цьому у положеннях законопроекту не вказано навіть мінімальних вимог до функціонування такої сенсорної клавіші.

3. Ризики у регламентації суб'єктів правовідносин, їх прав та обов'язків.

3.1. Відсутність у проекті НПА вичерпного переліку суб'єктів правовідносин.

Ідентифікація КФ: предметом проекту НПА завжди є регулювання правовідносин, які мають у своїй структурі:

не менше двох суб'єктів (фізичні, юридичні особи, об'єднання, колективи, держава, громада тощо);

предмет, з приводу якого існують ці відносини (майно, природні об'єкти, інформація, репутація тощо);

зміст відносин (суспільно значуща діяльність зазначених суб'єктів).

Якщо у проекті НПА зазначене не враховано або враховано нечітко чи неповно, існуватиме ризик, що права, передбачені проектом НПА, не отримають одні суб'єкти, а отримають інші, або обов'язки, передбачені проектом НПА, будуть покладені не на тих суб'єктів, які мались на увазі, а на інших.

Приклад. У проекті Закону України "Про гарантії свободи мирних зібраний" (реєстр. № 3587 від 07 грудня 2015 року) пропонувалося передбачити такий вид зібрань як спонтанне мирне зібрання, під яким розумілося мирне зібрання, яке є засобом невідкладного реагування суспільства чи групи людей на певну подію або інформацію, та про що неможливо було повідомити у строк, встановлений цим Законом. При цьому статус спонтанного мирного зібрання у цьому законопроекті жодним чином не регламентовано, адже всі норми стосуються тих мирних зібраний, про проведення яких органу державної влади подається відповідне повідомлення.

3.2. Встановлення у проекті НПА відкритих переліків дозволів або заборон у правах або обов'язках суб'єктів правовідносин.

Ідентифікація КФ: використання широких за змістом таких формулювань як "та інші повноваження", "інші права", "інші обов'язки", "в межах встановленої компетенції", "тощо" та інші.

Приклад. У статті 8 проекту Закону України "Про забезпечення захисту від морального переслідування на робочому місці" (реєстр. № 4997 від 03 червня 2014 року) центральному органу виконавчої влади з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю у сфері забезпечення захисту від морального переслідування на робочому місці передбачається надати, серед іншого, такі повноваження:

здійснення державного нагляду та контролю за додержанням вимог законодавства про захист від морального переслідування на робочому місці;

організація розгляду 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.

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

Наприклад, проектом Закону України "Про державне регулювання азартних ігор в Україні" (реєстр. № 1807 від 21 січня 2015 року) передбачалося наділити Національну комісію з організації та проведення азартних ігор правом розробляти НПА з питань провадження господарської діяльності з організації та проведення азартних ігор, а також визначати порядок контролю за їх додержанням. Крім того, вказаній комісії пропонувалося надати повноваження щодо розроблення стандартів у сфері азартних ігор, визначення вимог щодо якості послуг у сфері азартних ігор, затвердження ліцензійних умов, видачі ліцензій, а також здійснення контролю за додержанням ліцензійних умов і державного нагляду за додержанням організаторами азартних ігор законодавства у сфері азартних ігор.

3.3. Закріплення в проекті НПА колізій у правах та обов'язках суб'єктів правовідносин.

Ідентифікація КФ: проявом такого КФ є наявність взаємовиключних формулювань прав і обов'язків таких суб'єктів.

Приклад. У проекті Закону України "Про порядок імпічменту Президента України" (реєстр. № 1097 від 28 листопада 2014 року) пропонувалося закріпити норму, що якщо запрошена Тимчасовою слідчою комісією посадова, службова чи інша особа не з'являється на засідання комісії без поважних причин, комісія має право прийняти рішення про застосування до неї приводу, виконання якого забезпечується органами внутрішніх справ у встановленому законом порядку. Однак жоден законодавчий акт не наділяє комісію повноваженнями надавати

обов'язкові доручення правоохоронним органам щодо обмеження свободи фізичної особи у формі примусового доставлення її на засідання комісії. Відповідно, особа не має визначеного законом обов'язку підкорятися вимогам комісії щодо явки на її засідання.

4. Ризики у регламентації діяльності державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових, службових осіб.

4.1. Нечіткість формулювання в проекті НПА функцій державних органів, органів місцевого самоврядування чи повноважень їх посадових, службових осіб; наділення державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових, службових осіб невластивими чи непередбаченими законами функціями, повноваженнями.

Ідентифікація КФ:

чітко не визначені підстави, межі повноважень і спосіб їх виконання відповідними суб'єктами, зміст службової діяльності особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зокрема видів і категорій справ, які вона має розглядати, самостійності при прийнятті управлінських та інших рішень, обсягу службових повноважень, які підлягають виконанню;

неможливо встановити особу, уповноважену на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яка наділена правом здійснювати ту чи іншу функцію, виконувати обов'язки і повноваження, які пропонується закріпiti в проекті НПА;

відсутній порядок взаємодії з особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, з іншими структурними підрозділами, іншими державними органами, органами місцевого самоврядування при виконанні службових повноважень;

обов'язки чи повноваження, які пропонується покласти на тих чи інших осіб, не відповідають правам інших суб'єктів правовідносин;

комpetенція визначається згідно з формулюванням "має (мають) право", внаслідок чого уповноважена особа формально отримує можливість посилатися на свої "права"². Пошук КФ за цією ознакою доцільно здійснювати в тексті

² Загалом багато нормативних правових актів визначають компетенцію суб'єкта відповідальності просто за допомогою ризикованих формулювань "має право" та йому подібних. Це стосується будь-яких видів повноважень – реєстраційних, дозвільніх, 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. Однак поділ обов'язків і "прав" у нормативних формулах іноді створює невіправдану ілюзію нібито:

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

проекту НПА за такими словами, як "має (мають) право", "може (можуть)", "вправі", "уповноважений (уповноважені)", "компетенція", "зобов'язаний (зобов'язані)" тощо;

пропонується невиправдано розширити можливості для втручання з боку певних осіб за допомогою нагляду/контролю, яким утискається свобода інших суб'єктів;

встановлюються по суті однакові функції для двох чи більше державних органів або однакові повноваження посадових чи службових осіб різних державних органів;

збільшуються можливості виникнення потенційного чи реального конфлікту інтересів;

унеможливоється встановлення суб'єкта, відповідального за прийняття того чи іншого рішення, зокрема через невизначеність меж персональної відповідальності суб'єкта за певні рішення, дії чи бездіяльність;

необґрунтовано покладається обов'язок щодо прийняття рішення на колективного суб'єкта;

скасовується або не передбачається відповідальність за правопорушення, вчинене зобов'язальним суб'єктом, пов'язане з невиконанням чи неналежним виконанням службових обов'язків. Пошук КФ за цією ознакою доцільно здійснювати в тексті проекту НПА, зокрема за такими словами як "відповідальність", "тягне (тягнути)", "притягується (притягаються)", "несе (несуть)".

Приклад. Відповідно до частини шостої статті 3 проекту Закону України "Про забезпечення прозорої діяльності благодійних організацій, що діють на території закладів охорони здоров'я" (реєстр. № 4019а від 05 червня 2014 року), керівників закладів охорони здоров'я пропонувалося наділити правом одноосібно визначати потреби у допомозі, оскільки саме вони "повно відають істинними формально та фактично визначеними проблемами".

Таке положення не тільки фактично виключає участь благодійних організацій у розподілі допомоги, а й не містить критеріїв визначення адресності такої допомоги і залишає вирішення усіх питань на розсуд керівництва закладу.

4.2. Безпідставне делегування повністю або частково повноважень державних органів або органів місцевого самоврядування суб'єктам приватного права.

Ідентифікація КФ: у положеннях проекту НПА, зокрема, передбачається необґрунтоване делегування окремих або всіх повноважень з проведення конкурсу (тендеру, аукціону тощо), покладених на державний орган або орган місцевого самоврядування, суб'єктам приватного права – юридичним особам або фізичним особам-підприємцям.

Так само до цього КФ відносяться випадки, коли делегування певних повноважень у цілому є обґрунтованим, але проект НПА нечітко визначає

вимоги до суб'єктів приватного права, на користь яких здійснюється таке делегування.

Приклад. У проекті Закону України "Про медіацію" (реєстр. № 2480 від 27 березня 2015 року) вказано, що професійне навчання медіаторів проводиться фізичними та юридичними особами, програми яких були акредитовані об'єднаннями медіаторів. Однак законопроект не містить критеріїв і вимог до об'єднань медіаторів, які можуть здійснювати акредитацію програм професійного навчання.

4.3. Застосування у проекті НПА процедури прийняття рішень на розсуд посадової, службової особи за відсутності чітко визначених механізмів оцінки обґрунтованості таких рішень (дискреційні повноваження³).

Ідентифікація КФ: дискреційні повноваження самі по собі не є КФ. Проте вони можуть стати КФ, серед іншого за таких ознак:

відсутність юридичних засобів, які можуть забезпечити застосування дискреційних повноважень в обсязі та з метою, для якої такі повноваження надаються суб'єкту (відсутній обов'язок мотивувати управлінське рішення, прийняти його у певний строк тощо);

отримання можливості на свій розсуд ініціювати виникнення правовідносин, їх зміну або припинення, не вказуючи на юридично значущі обставини, що сприяли прийняттю такого рішення;

у зв'язку зі способом викладення дискреційних повноважень неможливість визначити їх обсяг, а отже встановити факт перевищення суб'єктом меж розсуду;

надання особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, права витребовувати у фізичних чи юридичних осіб певні матеріали та інформацію на свій розсуд, без конкретизації мети,

³ Дискреційні повноваження – повноваження органу державної влади або органу місцевого самоврядування, особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, а якщо у проекті НПА пропонується закріпити можливість прийняття кількох варіантів управлінського рішення – обрати один з них.

Дискреційні повноваження дозволяють суб'єкту на власний розсуд:

- 1) оцінювати юридичний факт, внаслідок якого можуть виникати, змінюватись або припинятись правовідносини;
- 2) обирати одну з декількох пропонованих у проекті НПА форм реагування на певний юридичний факт;
- 3) обирати міру публічно-правового впливу щодо фізичних або юридичних осіб, його вид, розмір, спосіб реалізації;
- 4) обирати форму реалізації своїх повноважень (видання НПА або індивідуально-правового акта, вчинення (утримання від вчинення) адміністративної дії);
- 5) повністю чи частково визначати порядок здійснення юридично значущих дій, у тому числі строк і послідовність їх здійснення;
- 6) визначати спосіб виконання управлінського рішення, у тому числі передавати виконання прийнятого рішення підлеглим особам, іншим органам державної влади або місцевого самоврядування, встановлювати строки та процедуру виконання.

підстав або строків для прийняття відповідного рішення залежно від змісту положень проекту НПА;

виникнення можливості реалізації особистих, майнових чи інших інтересів в особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не пов'язаних з інтересами служби, при виконанні службових обов'язків;

безпідставне збільшення кількості видів рішень, які можуть бути прийняті на власний розсуд особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування;

виникнення іншої невиправданої широти дискреційних повноважень, не обумовлених специфікою суспільних відносин, що передбачається врегулювати проектом НПА.

Дискреційні повноваження загалом слід визнавати необґрунтованими, якщо вони не відповідають нормам частини другої статті 6, частини другої статті 19 та іншим нормам Конституції України, актам вищої юридичної сили, ніж проект НПА, щодо якого проводиться антикорупційна експертиза, або надаються без максимального врахування особливостей врегульованих суспільних відносин і можуть привести до:

- зниження ефективності правозастосової діяльності;
- зволікання з прийняттям законних управлінських рішень;
- можливості вільного тлумачення порядку реалізації наданих повноважень;
- неможливості або суттєвого обтяження реалізації суб'єктивних прав фізичних або юридичних осіб.

Особливу увагу при ідентифікації цього КФ слід приділяти у випадку, якщо у проекті НПА йдеться про регулювання відносин між державними органами, з одного боку, та фізичними чи юридичними особами, з іншого, які пов'язані з виявленням і припиненням правопорушень, призначенням публічно-правових санкцій, реалізацією контрольних або наглядових повноважень, наданням адміністративних послуг, видачею адміністративних дозволів (ліцензій), атестацією, акредитацією, державною реєстрацією, взяттям на державний облік, наданням соціальних виплат, розподілом квот, проведенням конкурсних (тендерних) процедур тощо.

Дискреційні повноваження, скоріше за все, з урахуванням наведеного, є КФ, якщо вони закріплені в проекті НПА, наприклад, в один з таких способів:

з використанням, серед іншого, таких оціночних понять як "за наявності поважних причин орган вправі", "у виняткових випадках особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, може", "рішення може бути прийнято, якщо це не суперечить суспільним інтересам" тощо;

шляхом перерахування видів рішень, що приймаються суб'єктом, без визначення підстав для прийняття кожного з цих рішень або шляхом лише часткового визначення таких підстав;

шляхом надання права суб'єкту при виявленні певних обставин (настанні конкретних юридичних фактів) приймати чи не приймати рішення залежно від власної оцінки таких фактів.

Пошук такого КФ доцільно здійснювати в тексті проекту НПА за ключовими словами: "протягом", "не пізніше", "за умов", "за обставин", "якщо... то", "спільним рішенням", "погодження", "візуування", "як виняток", "у виключччих (виняткових) випадках", "за наявності поважних причин", "рішення може бути прийнято, якщо це не суперечить суспільним інтересам" тощо.

Приклад. Відповідно до положень проекту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо уточнення деяких положень, що регулюють порядок здійснення державних закупівель)" (реєстр. № 4187а від 27 червня 2014 року), за порушення законодавства про здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, як адміністративне правопорушення, пропонувалося встановити штраф для посадових осіб від п'яти тисяч до десяти тисяч, а за обтяжуючих обставин – від десяти тисяч до п'ятнадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Фактично за практично однакові за ступенем і характером суспільної шкідливості діяння суду пропонувалося надати право накладати адміністративні стягнення у виді значного штрафу у надто широких межах – від 85 до 170 тис. грн та від 170 до 255 тис. грн, відповідно.

Такі розміри штрафів є неадекватними для стягнення як адміністративних штрафів, що накладаються на фізичних (посадових), а не на юридичних осіб, особливо з урахуванням положень статей 307 і 308 Кодексу України про адміністративні правопорушення 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). Встановлення подібних санкцій може спонукати суб'єктів відповідальності до пропонування, обіцянки чи надання судям, а суддів – до вимагання та одержання неправомірної вигоди за призначення мінімального розміру штрафу або за звільнення від відповідальності взагалі.

4.4. Проект НПА допускає можливість ухилення суб'єкта правовідносин від обов'язкової процедури або наділяє посадових, службових осіб дискреційними повноваженнями щодо застосування спрощеної процедури стосовно окремого суб'єкта правовідносин.

Ідентифікація КФ:

положення проекту НПА надають особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, повноваження не застосовувати певну процедуру (люстрації, спеціальної перевірки, підтвердження кваліфікації, отримання дозволу, ліцензії, сертифікату тощо) чи застосувати її в спрощеному порядку;

положення проекту НПА надають особі, яка повинна пройти певну процедуру, право не проходити її або пройти її в спрощеному порядку;

положення проєкту НПА наділяють посадових, службових осіб "прихованими" повноваженнями щодо застосування спрощеної процедури стосовно окремого суб'єкта правовідносин, у тому числі повноваженнями щодо інформування не всіх учасників певної процедури (наприклад, тендера) про її проведення, обмеження у часі строку подачі заяви, застосування закритого порядку проведення конкурсу, проведення конкурсу без зовнішнього контролю, зокрема з боку незалежних спостерігачів або засобів масової інформації, нерозкриття інформації в процедурі проведення конкурсу (тендера) про учасників конкурсу (тендера) та склад конкурсної (тендерної) комісії.

Приклад. У частині третьій статті 10 проєкту Закону України "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 червня 2014 року), передбачалося, що кандидат на посаду державного 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.

Проте залишилися неврегульованими процедура проведення такого "пересвідчення" та порядок оформлення її результатів, а також питання належного обґрунтування відповідного рішення компетентного органу.

4.5. Встановлення прямих чи опосередкованих обмежень можливостей оскарження рішень, дій або бездіяльності державних органів, органів місцевого самоврядування їх посадових, службових осіб.

Ідентифікація КФ: цей КФ, а саме опосередковане обмеження, може характеризуватися встановленням оскарження рішень, дій чи бездіяльності:

лише у певний спосіб;

у надзвичайно стислий строк;

із встановленням чи збільшенням розміру судового збору чи інших зборів;

за фактичної відсутності підстав для оскарження, наприклад, у випадку відсутності у положеннях проєкту НПА критеріїв визначення переможця (конкурсу, тендера, аукціону тощо);

з необґрунтованим позбавленням особи права на розгляд її справи колегіально або більш зручним для неї способом.

Приклад 1. У положеннях проєкту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо суду присяжних" (реєстр. № 3608 від 09 грудня 2015 року) не закріплene право обвинуваченого, справа якого вже розглядається в суді, заявляти клопотання про розгляд його справи у суді присяжних за процедурою, пропонованою у законопроекті.

Приклад 2. Проектом Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо утворення військових судів та окремих організаційних питань) (реєстр. № 2557 від 06 квітня 2015 року) пропонувалося відмовитися від колегіального розгляду (у складі трьох професійних суддів)

кrimінальних проваджень у суді першої інстанції щодо злочинів, за вчинення яких передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк більше десяти років, позбавивши таким чином обвинувачених, щодо яких вже розпочато розгляд справ у суді, права на колегіальний розгляд справи.

5. Ризики у регламентації діяльності отримувачів адміністративних послуг.

5.1. Пряме визначення у тексті проекту НПА суб'єктів, що отримують пільги, переваги чи інші преференції.

Ідентифікація КФ: суб'єктами, що отримують пільги, переваги чи інші преференції, можуть бути окремі підприємства, установи, організації або окремі особи чи групи осіб. Проявиться цей КФ може у таких формах:

наведення повної назви суб'єкта;

визначення ознак у спосіб, що дозволяє ідентифікувати суб'єкта;

пряме визначення суб'єкта, що отримує пільги, переваги чи інші преференції, – шляхом визначення кваліфікуючих ознак, які характеризують тільки такого суб'єкта, тощо.

Приклад. Проектом Закону України "Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу" (реєстр. № 5476 від 05 травня 2004 року) передбачалося, що внесення підприємства паливно-енергетичного комплексу до Реєстру є підставою для повернення господарським судом без розгляду заяви про порушення провадження у справі про банкрутство. Крім того, пропонувалося, що підприємства саме паливно-енергетичного комплексу, які включено до Реєстру та які мають у складі заборгованості основний податковий борг, матимуть право на реструктуризацію основного податкового боргу шляхом розстрочення терміном на двадцять років з відстрочкою погашення на перші два роки.

5.2. Безпідставне (необґрунтоване) розширення в проекті НПА кола суб'єктів, які мають юрисдикційні імунітети чи привілеї.

Ідентифікація КФ. Як відомо, відповідно до Конституції України, існує імунітет Президента України, народних депутатів України, суддів і суддів Конституційного Суду України від кrimінальної відповідальності, а відповідно до міжнародних договорів України – імунітет дипломатичних представників і прирівняних до них осіб. Зміст і межі цих видів імунітету є різними, вони є визначеними і не можуть змінюватися законами. Так само не може бути розширено коло суб'єктів, на яких поширюється такий імунітет.

Крім того, Кrimінальним процесуальним кодексом України передбачено привілеї адвокатів і деяких інших осіб, зокрема пов'язані з тим, що оголосити про підозру цим особам можуть лише конкретні прокурори. Коло цих осіб так само не може бути безпідставно розширене. Те саме стосується осіб, які мають привілеї за соціальною чи іншою аналогічною ознакою (інваліди, вагітні жінки, діти, учасники війні тощо): аналогічні привілеї не повинні отримувати особи

та члени їхніх сімей у зв'язку лише із причетністю цих осіб до органів державної влади чи органів місцевого самоврядування.

Так само до КФ цього виду відноситься і встановлення необґрунтованих винятків із загального правила про, наприклад, застосування конкурсних процедур.

Приклад. Проектом Закону України "Про протимінну діяльність в Україні" (реєстр. № 4137 від 23 лютого 2016 року) пропонується встановити, що до виконання заходів у сфері протимінної діяльності залучаються підприємства, установи та організації незалежно від форми власності, щодо яких проведено оцінку відповідності та які сертифіковані в установленому законодавством порядку. Також визначений досить широкий перелік робіт і послуг, які можуть виконуватися підприємствами, установами та організаціями. При цьому переважна частина таких робіт і послуг мають здійснюватися за рахунок коштів Державного бюджету.

Проте законопроект не містить ані посилань на законодавство про публічні закупівлі, ані жодних положень, які б вказували на необхідність конкурсного і прозорого відбору виконавців послуг і робіт, правил щодо уникнення конфлікту інтересів тощо.

6. Ризики у регламентації адміністративних процедур⁴.

6.1. Відсутність нормативної регламентації порядку реалізації особою своїх прав або виконання обов'язків (адміністративних процедур).

Ідентифікація КФ:

не визначені або недостатньо чітко визначені обов'язки органу (особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) після початку конкретних юридичних справ, що ініціюються фізичними чи юридичними особами (наприклад, обов'язок прийняти заявника, провести слухання, витребувати документи певні тощо);

відсутні гарантії для забезпечення впливу фізичної чи юридичної особи на хід адміністративної процедури, у тому числі не закріплено права фізичної чи юридичної особи надавати, наприклад певні матеріали, інформацію;

процедура не закріплює вичерпних підстав і порядку прийняття управлінських рішень;

⁴ Цей КФ переважно має місце при правовому регулюванні таких адміністративних процедур:

1) в реєстраційних, дозвільних, інформаційно-правових процедурах, спрямованих на забезпечення реалізації прав і виконання обов'язків фізичних або юридичних осіб;

2) в конкурсних (тендерних) процедурах, учасниками яких можуть бути лише фізичні чи юридичні особи, які відповідають певним умовам;

3) при встановленні санкцій за невиконання тих чи інших обов'язків, заборон, обмежень;

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

5) в процедурах застосування до фізичних або юридичних осіб заходів публічно-правового впливу, у тому числі пов'язаних з обмеженням, позбавленням, зупиненням дії суб'єктивних прав і свобод.

процедура занадто деталізує обов'язки фізичних або юридичних осіб, що значно ускладнює їх точне виконання.

Приклад 1. Відповідно до положень проекту Закону України "Про оцінку впливу на довкілля" (реєстр. № 4972 від 30 травня 2014 року) 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 процедури доведення того факту, що результати оцінки були враховані саме належним чином при прийнятті рішення щодо екологічно небезпечної господарської діяльності можуть привести до прийняття посадовими особами необґрунтованих рішень, у тому числі мотивованих отриманням неправомірної вигоди.

Приклад 2. У проекті Закону України "Про страхування" (реєстр. № 1797-1 від 06 лютого 2015 року) однією з підстав для відмови у внесенні інформації до Державного реєстру фінансових установ і видачі ліцензії заявнику пропонувалося визначити наявність недостовірної інформації у документах, поданих заявником, якщо така інформація може вплинути на прийняття рішення. Проте критерій визначення інформації такою, що може здійснити зазначений вплив, у законопроекті не наведено.

6.2. Наяvnість завищених вимог до особи при визначенні порядку проведення адміністративних процедур.

Ідентифікація КФ: ознаки КФ наявні при закріпленні у проекті НПА юридичних обов'язків, заборон, обмежень, що застосовуються до фізичних або юридичних осіб і які за своїм характером або обсягом значно ускладнюють доступ цих осіб до матеріальних або нематеріальних благ і цінностей, перешкоджають реалізації суб'єктивних прав і законних інтересів, використанню більш простої процедури (менш обтяжливої для особи – споживача адміністративних послуг) в аналогічних випадках, створюючи тим самим умови для здійснення корупційних дій.

Не всі визначені в проекті НПА вимоги до тих чи інших осіб при проведенні адміністративних процедур є завищеними. Тому при вирішенні питання про завищення таких вимог необхідно брати до уваги приписи, які свідчать про перевищення обсягу встановлених юридичних обов'язків і заборон необхідного рівня, створюючи ризик для вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень. Такими можуть бути положення проекту НПА, в яких пропонується визначити:

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

значну кількість дозволів (погоджень), необхідних для реалізації права, які є непропорційними цінностям, які фізична або юридична особа має на меті отримати;

необхідність надання фізичними або юридичними особами значного за обсягом переліку документів, інформації, для отримання яких необхідно витратити значну кількість часу, якщо при цьому частина документів може бути самостійно отримана органом (особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування), зокрема шляхом направлення запитів до органів або організацій, що мають необхідні документи або інформацію;

широкий перелік спеціальних ознак (професійних, майнових, соціальних тощо), якими повинні бути наділені фізичні чи юридичні особи для набуття суб'єктивного права, якщо при цьому фізичні чи юридичні особи, що об'єктивно потребують отримання певного виду права, зазначеним ознакам не відповідають і для набуття цього права повинні витратити значну кількість часу, фінансових та інших ресурсів;

значну кількість заборон і обмежень при здійсненні окремих видів діяльності, формальне отримання дозволів для здійснення яких є невиправдано ускладненим і не узгоджується з метою правового регулювання певних суспільних відносин;

покладення на фізичну чи юридичну особу обов'язку нести у зв'язку з адміністративною процедурою додаткові матеріальні витрати, які відсутні в аналогічних по суті процедурах.

Приклад. У проекті Закону України "Про житлово-комунальні послуги" (реєстр. № 1581 від 22 грудня 2014 року) передбачалося, що засіб обліку електричної енергії є власністю електропостачальника, який відповідає за його обслуговування, ремонт, заміну та повірку. Однак не вказано, що обслуговування, ремонт, заміна та повірка здійснюються за рахунок постачальника послуги, як це встановлено щодо засобів вимірювальної техніки теплопостачання, водопостачання та водовідведення.

6.3. Відсутність строків здійснення адміністративних процедур або встановлення таких строків без врахування їх реальності, доцільності, обґрунтованості.

Ідентифікація КФ:

не визначені строки прийняття остаточних процедурних рішень або орган (особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) уповноважений самостійно їх визначати, продовжувати чи скорочувати;

орган (особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) отримує можливість продовжити або скоротити встановлений строк проходження процедури без формально визначених підстав;

орган (особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) отримує можливість поновити пропущений фізичною чи юридичною особою строк на свій розсуд.

Приклад. Проектом Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту" щодо вдосконалення процедури документування осіб" (реєстр. № 3155 від 21 вересня 2015 року) пропонувалося визначити, що у разі виявлення помилок у відомостях про особу, внесених до рішень про втрату, позбавлення статусу біженця або додаткового захисту і скасування рішення про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту, приймає рішення про їх виправлення. Однак законопроектом не пропонувалося встановити строки прийняття суб'єктом владних повноважень рішення про виправлення помилок.

6.4. Використання непередбачених законом чи усталеною належною адміністративною практикою процедур.

Ідентифікація КФ: у проекті НПА наявні положення, які дозволяють органу (особі, уповноваженій на виконання функцій держави або місцевого самоврядування) невмотивовано змінювати хід процедури, визначеної законом, закінчувати, поновлювати процедурні відносини, обирати сприятливі або несприятливі для фізичних чи юридичних осіб управлінські рішення.

Приклад. Відповідно до положень проекту Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо використання земель дорожнього господарства та розвитку мережі автомобільних доріг" (реєстр. № 3327 від 15 жовтня 2015 року), зміна цільового призначення земельних ділянок лісогосподарського призначення для розміщення об'єктів промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони та земель іншого призначення може допускатися лише за умови обґрунтування неможливості реалізації альтернативних шляхів вирішення питання.

Проте законопроект не містить жодних умов і критеріїв, за якими уповноважений суб'єкт визначатиме "обґрунтованість" неможливості реалізації альтернативних шляхів.

6.5. Штучне створення умов для обов'язкового особистого контакту фізичних або юридичних осіб, їх представників із особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, при реалізації адміністративної процедури.

Ідентифікація КФ: положення проекту НПА прямо не забороняють особистий контакт фізичних або юридичних осіб або їх представників із особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування при реалізації адміністративної процедури або встановлюють умови, за яких такий контакт обов'язково відбувається (обов'язкова процедура співбесіди, зустріч з метою ідентифікації особи, особисте подання певних документів, заборона надсилання документів засобами зв'язку тощо). Наприклад, КФ присутній у випадку, коли проект НПА встановлює обов'язок для особи надати реєстраційному органу документ з суто довідковою інформацією, який особа змушенена отримати в іншому реєстраційному органі.

Приклад. Проектом Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Закону України "Про Національну поліцію" (реєстр. № 3225 від 05 жовтня 2015 року) пропонувалося зобов'язати представника юридичної особи подавати державному реєстратору довідку, видану органом Національної поліції, про реєстрацію заяви про втрату оригіналів установчих документів. Однак НПА повинен передбачати, що подібну довідкову інформацію державний реєстратор має отримати самостійно, не покладаючи обов'язок на особу здійснити дії з отримання довідки в іншому органі, причому за процедурою, не визначеною законом, а встановленою у підзаконному відомчому акті.

7. Техніко-юридичні недоліки.

Ідентифікація КФ: ознакою цього КФ є те, що техніко-юридичні недоліки створюють можливість різного тлумачення нормативних положень і можуть бути використані для вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень. У найбільш простих випадках пошук такого КФ доцільно здійснювати в тексті проекту НПА, зокрема, за ключовими словами: "тощо", "або що", "інше (інші)", "тому подібне (подібні)", "т.д.". Ці словосполучення у більшості випадків самі по собі мають двозначне сприйняття при тлумаченні тих норм, при формулюванні яких вони застосовані. Однак загалом проекти НПА можуть мати й більш комплексні недоліки. До таких недоліків, зокрема, належать:

- прогалини у тексті;
- дублювання слів;
- граматичні чи синтаксичні помилки;
- вживання не передбачених законодавством термінів;
- мовна неоднозначність (двозначність) тощо.

Приклад 1. У тексті проекту Закону України "Про Державний реєстр присяжних" (реєстр. № 3607 від 09 грудня 2015 року) відсутня чіткість підстав для включення до Державного реєстру присяжних (лише за бажанням особи бути присяжним чи також і в іншому порядку та іншими суб'єктами). Це є прогалиною, яка має важливі юридичні наслідки, адже, якщо включення до цього реєстру є суто добровільним і залежить від подання документів безпосередньо самою особою, то законопроектом не визначено алгоритм дій у випадку, якщо для певної адміністративно-територіальної одиниці до вказаного реєстру не будуть внесені бажаючі бути присяжними. Крім того, якщо можливість включення до реєстру за бажанням самої особи передбачена, то тоді у неї має бути право на виключення з нього за її бажанням. Натомість, такої підстави для виключення запису про присяжного з реєстру законопроект не містить.

Приклад 2. У положеннях проекту Закону України "Про гарантії свободи мирних зібраний" (реєстр. № 3587 від 07 грудня 2015 року) пропонувалося встановити обмеження реалізації права на свободу мирних зібраний, якщо таке

зібрання має на меті порушення основоположних прав і свобод людини. Вказана підстава сформульована нечітко з огляду на те, що іншими підставами обмеження зібрання також є пропаганда війни, насильства, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі; запобігання реальній небезпеці застосування з боку організаторів та учасників зібрання фізичної сили, зброї та інших небезпечних засобів для заподіяння шкоди життю, здоров'ю або майну інших осіб. Відтак у законопроекті відсутні чіткі приписи, в яких випадках зібрання матиме метою порушення основоположних прав і це визнаватиметься підставою для обмеження права на свободу мирних зібрань.

Приклад 3. У проекті Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про Національну поліцію" (щодо виконання рекомендацій, які містяться у коментарях Генерального директорату прав людини та верховенства права Ради Європи)" (реєстр. № 4753 від 02 червня 2016 року) пропонувалося передбачити, що до 31 грудня 2016 року проводиться переатестація поліцейських у порядку, передбаченому МВС. Особи, які не пройшли переатестацію, підлягають звільненню зі служби. Проте Закон України "Про Національну поліцію" не передбачає проведення переатестації, а визначає лише процедуру атестування.

8. Якщо за результатами антикорупційної експертизи виявлені інші КФ, то у висновку антикорупційної експертизи проекту НПА наводиться обґрунтування віднесення тих чи інших положень проекту НПА до КФ.

IV. УСУНЕННЯ (МІНІМІЗАЦІЯ) КОРУПЦІОГЕННИХ ФАКТОРІВ

1. Усунення (мінімізація) КФ відбувається у способи, визначені Методологією з відповідним наведенням рекомендацій у випадках, коли проект НПА потребує усунення (мінімізації) виявлених недоліків і повторного оцінювання.

**Керівник Департаменту
координації антикорупційної політики**

В.М. Мароха