

м. Київ, 29 листопада 2017 р.

Експертна думка 1/2017

Міжнародна антикорупційна консультативна рада
(МАКР)

“ЕФЕКТИВНІСТЬ ЧЕРЕЗ НЕЗАЛЕЖНІСТЬ”

Експертна думка

щодо забезпечення компетентного, незалежного та ефективного правосуддя у
справах, пов'язаних із високопосадовою корупцією в Україні

Ця експертна думка була підготовлена в рамках співпраці між Комітетом з питань запобігання і протидії корупції Верховної Ради України (далі — «Комітет») та Антикорупційною ініціативою Європейського Союзу в Україні (далі — «EUACI»). Експертну думку було підготовлено членами Міжнародної антикорупційної консультативної ради: Карлосом Кастресаною (Carlos Castresana), Анкою Юрмою (Anca Jurma), Джованні Кесслером (Giovanni Kessler), Драго Косом (Drago Kos), Мартіном Кройтнером (Martin Kreutner) та Даніелем Телесклафом (Daniel Thelesklaf). Документ ґрунтується на аналізі нормативно-правової бази, досягнутого прогресу та зустрічах із урядовими та неурядовими партнерами, включаючи представників законодавчої, виконавчої, судової гілок влади та правоохоронних органів.

Погляди, що висловлені у цьому документі, належать виключно їх авторам і необов'язково відображають погляди Антикорупційної ініціативи ЄС (EUACI), Європейської Комісії, Данського агентства з міжнародного розвитку (Danida) або будь-якої (іншої) організації/суб'єкта, до якого належать або на яку працюють автори цього документу.

I. Вступ

1. За останні три роки в Україні було ухвалено обширне законодавство, яке запровадило нову антикорупційну політику та стратегію. Зокрема, було передбачено створення низки нових спеціалізованих інституцій, спрямованих на запобігання, розслідування, кримінальне переслідування корупції, розшук та повернення активів, здобутих корупційним шляхом, а також судовий розгляд справ, пов'язаних із високопосадовою корупцією. Незважаючи на прогрес антикорупційних реформ, широко поширена корупція залишається однією з основних перепон на шляху демократичного та економічного розвитку України. Створення та забезпечення роботи Національного антикорупційного бюро України (далі — НАБУ) та Спеціалізованої антикорупційної прокуратури (далі — САП), наділених повноваженнями для боротьби з високопосадовою корупцією, є одними із найбільших досягнень антикорупційних реформ в Україні. На жаль, судові вироки по корупційним справам досі відсутні. У суспільстві панує загальне незадоволення браком судових вироків у справах про корупцію, що є одним із найнагальніших питань для України.

2. Незалежність у питаннях розслідування, процесуального керівництва та судового розгляду корупційних справ — це ключ до ефективності антикорупційної політики. Незалежність відповідних органів забезпечується належною, справедливою та підзвітною системою процедур призначення та відкликання з посад, сталістю посад та доступністю відповідних інструментів для досягнення інституційних цілей. НАБУ було створено, і здійснює свою незалежну діяльність. У Генеральній прокуратурі України (далі — ГПУ) було створено підрозділ, що здійснює процесуальне керівництво у справах про корупцію — САП — для уникнення обмежень, які виникають внаслідок політичного впливу на ГПУ. Незалежний спеціалізований антикорупційний суд поки що не було створено.

3. Успіх антикорупційних зусиль значним чином залежить від здатності судової системи працювати незалежно й ефективно без незаконного впливу третіх сторін, особливо у зв'язку із розглядом справ, у яких фігурують впливові особи. НАБУ та САП почали продукувати постійно зростаючу кількість розслідувань високопосадової корупції. За відсутності незалежного, спеціалізованого антикорупційного суду такі справи залишаються на етапі розслідування або очікування судового розгляду, що значним чином підриває довіру до ефективності роботи антикорупційних органів. Ця експертна думка визначає ключові сфери, які викликають стурбованість, а також надає рекомендації, як зменшити ризики пов'язані із забезпеченням сталості зусиль, спрямованих на подолання безкарності у випадках високопосадової корупції.

II. Проблемні питання

Радою були виявлені наступні проблемні питання стосовно розслідування, процесуального керівництва та судового розгляду:

Розслідування

4. Раптові зміни законодавства без попередніх консультацій, наприклад, Кримінального процесуального кодексу України. Практика прийняття суттєвих змін до таких важливих документів, як Кримінальний процесуальний кодекс (далі — КПК») без попередніх консультацій з усіма суб'єктами, яких вони зачіпають, викликає стурбованість стосовно якості, впливу та навіть справжніх намірів таких реформіських ініціатив. Це також ставить питання стосовно намірів прийняття такого законодавства та його якості. Нещодавні зміни до КПК залишались невідомими — навіть після їх ухвалення та підписання Головою Парламенту та Президентом України — не лише для НАБУ й САП, але й для інших зацікавлених сторін, включаючи експертне середовище та представників громадськості. За наявною інформацією, найбільше занепокоєння пов'язане з розслідуванням випадків високопосадової корупції. Таке занепокоєння стосується обмеження часу, що дається на проведення розслідувань, змін територіальної юрисдикції справ, які розслідуються НАБУ, а також делегування суддям ключових рішень на етапі досудового розслідування. І це не лише технічні питання. Багато справ буде закрито через те, що необхідний для розслідування час перевищив максимально визначені часові рамки у 18 місяців. Більше того, слідчі з усієї України будуть змушені їхати до Києва, оскільки виключно київські суди мають право виносити рішення на етапі досудового розслідування. Це викликає ще більше занепокоєння, зважаючи на те, що багато рішень на цій стадії передаються від слідчих і прокурорів суддям.

5. Стабільність посади Директора НАБУ. Чинний закон про НАБУ визначає процедури призначення та часові рамки перебування Голови НАБУ на посаді. Базовий закон також передбачав обмежену кількість підстав, за яких можна звільнити Директора НАБУ. Стабільність посади критично важлива для інституційної незалежності від будь-якого неналежного політичного або економічного впливу. Законодавче визначення чітких підстав, за яких можна звільнити Директора Бюро, є важливим. Проте законодавче положення про можливість звільнення Директора НАБУ на підставі негативного висновку аудиту є непропорційним. Як правило, аудити використовуються для покращення ефективності роботи та процесів, і вони не повинні перетворюватись на інструмент для усунення керівника органу з займаної посади. Зв'язок між аудитом та процедурою відсторонення з посади не було передбачено базовим законом, натомість введено пізніше у вигляді змін. Коли політичний орган влади обирає аудиторів, і сама процедура усунення керівника проводиться політичним органом, виникають питання стосовно потенційного політичного впливу на аудит та легітимність його висновків. Щоб уникнути цього, аудитори НАБУ повинні обиратись та призначатись прозоро і в суворій відповідності до вимог законодавства щодо прийняття такого рішення. Кандидати повинні бути визнаними професіоналами з досвідом розслідувань корупційних справ за кордоном, як вимагається, наприклад, Меморандумом про порозуміння між Україною та Міжнародним валютним фондом (МВФ).

6. Останнім часом керівництво та працівники НАБУ стали суб'єктами численних розслідувань, які видаються упередженими та політично мотивованими. Одним з найпоширеніших способів дискредитації антикорупційної діяльності співробітників й керівництва НАБУ, а також їх особистостей, є неоднозначні адміністративні та кримінальні заяви і провадження.

7. Збереження виключної юрисдикції НАБУ щодо розслідування корупційних злочинів, які вчиняються високопосадовцями. Виключна юрисдикція НАБУ розслідувати корупційні злочини високопосадовців встановлена на законодавчому рівні. Проте вже було кілька спроб внести зміни до законодавства, які б дали Генеральній прокуратурі України можливість не зважати на виключний мандат НАБУ в розслідуваннях вищезгаданих злочинів. Більше того, ГПУ самостійно вже займалась розслідуванням кількох справ по хабарництву/вимаганню, порушених проти високопосадовців. Деякі справи відхилялася судами на підставі того, що це не належить до підслідності ГПУ. Збереження виключної юрисдикції НАБУ в антикорупційних розслідуваннях для уникнення дублювання зусиль і, що більш важливо, дій «в обхід» незалежних органів – це ключ до ефективності і незалежності розслідувань.

8. Операційна залежність у питаннях зняття інформації з каналів зв'язку від Служби безпеки України (далі — СБУ). На сьогодні НАБУ може здійснювати прослуховування виключно каналами СБУ. У результаті відбуваються витоки інформації. Для повноцінної роботи НАБУ і, водночас, відповідності міжнародним вимогам (наприклад, Європейського суду з прав людини) та національному законодавству щодо дотримання прав людини, Бюро повинно мати доступ до (і нести відповідальність за використання) широкого спектру методів ведення слідства, включаючи зняття інформації з каналів комунікації, без необхідності покладатися на підтримку інших розвідувальних служб. Зрозуміло, що всі державні органи, які займаються негласним зняттям інформації для потреб розслідування, повинні також встановлювати й бути відповідальними за всі необхідні запобіжники щодо захисту фундаментальних прав людини.

9. Потреба в збалансованих правилах розкриття інформації на стадії досудового розслідування. Зважаючи на природу кримінальних розслідувань, обмеження публічного доступу до інформації критично важливе для їх ефективності. Публікація судових рішень на стадії досудового розслідування, навіть ще до вступу їх у силу, в Україні сьогодні є законодавчим зобов'язанням. Оприлюднення інформації стосовно розслідувань, які тривають, навіть не називаючи імен, становить серйозну загрозу ефективності розслідування (наприклад, у випадку з судовими рішеннями про тимчасовий доступ до документів). Зокрема, це небезпечно для антикорупційних розслідувань через заплановану передачу повноважень від слідчих до суддів, що лише збільшить шкідливий вплив такої практики.

10. Перевантаження НАБУ справами через позбавлення ГПУ слідчих функцій. Нещодавно прийняте положення свідчить, що ГПУ більше не має права проводити слідчі дії, а отже, всі справи, які були зареєстровані до грудня 2015 року (старі справи), і які підпадають під юрисдикцію НАБУ, будуть передаватись до Бюро. Як наслідок, НАБУ отримує тисячі нових справ. Проте, зважаючи на обмежені людські ресурси Бюро, у якому працює близько 200 детективів, це може становити серйозний виклик і перевантажити НАБУ, що перешкоджатиме його діяльності. Така ідея не нова; можливість передачі старих справ до новоствореного Бюро виникла у 2014 році. Більше того, зважаючи на поправки, які обмежують тривалість розслідування, такі справи вже містять ризик спливання відповідних строків, і вони повинні вестись безпосередньо ГПУ, без передачі їх до Бюро. Виглядає так, що перехідне положення стосовно цього питання, зникло з остаточного варіанту документу, прийнятого Верховною Радою України. Такі необдумані рішення можуть серйозно зашкодити ефективності роботи НАБУ та виконанню ним його повноважень.

11. Вплив низької ефективності роботи НАЗК на роботу НАБУ. У структурі новостворених антикорупційних органів Національне агентство з питань запобігання корупції (далі — НАЗК) несе відповідальність за перевірку електронних декларацій. Результати таких перевірок мають надсилатись до НАБУ у тому випадку, коли зафіксована подача недостовірної інформації, яка перевищує певний поріг, або ж у випадку виявлення доказів незаконного збагачення. Проте, відповідно до наявної статистики, за минулий рік НАЗК було проведено перевірку менше ніж 100 декларацій. Серед них результати жодної перевірки не свідчать про незаконне збагачення, тоді як недостовірні дані, що перевищують встановлений поріг, були виявлені у деклараціях кількох посадовців в основному не найвищого рівня. Також згідно з наявною інформацією, якість таких перевірок не можна вважати задовільною. Більше того, нещодавно було оприлюднено інформацію про ознаки серйозного зовнішнього впливу на керівництво НАЗК, а також заяви про фальсифікацію результатів перевірок, які було озвучено викривачами з самого НАЗК.

12. НАБУ також проводило перевірки щодо незаконного збагачення. Викликає занепокоєння неможливість проведення кримінального розслідування випадків незаконного збагачення за відсутності офіційних результатів перевірок НАЗК. Зважаючи на те, що НАЗК — це головна інституція, яка несе відповідальність у цій сфері, існують тлумачення законодавства, яке підводить до того, що відповідні дії НАБУ й САП у цьому напрямі залежать від оцінки НАЗК. Це означало б, що державний орган, НАЗК, *де факто* має контроль над розслідуваннями, які проводяться НАБУ й САП. Окрім того, виклики незалежності НАЗК, як уже відмічалось вище, провокують подальші питання стосовно впливу даного механізму на кримінальні розслідування.

Процесуальне керівництво

13. Різкі зміни до законодавства без належних попередніх консультацій. Викликають таку саму стурбованість, що і в розділі стосовно ведення розслідувань.

14. Політичне призначення та роль Генерального прокурора України. Питання політичної незалежності Генерального прокурора (ГП) обговорюється в Україні вже багато років, зважаючи на те, що ця посада є фактично політичним призначенням. Генеральний прокурор — це найважливіша особа на етапі досудового розслідування, яка має значний вплив на роботу прокурорів та слідчих органів. Незалежності прокуратури від політичного впливу можна досягти виключно шляхом призначення за процедурою, в основі якої об'єктивні, засновані на заслугах критерії, і яка є вільною від політичного впливу. Це критично важливо для незалежного правосуддя.

15. Операційна та адміністративна залежність САП від ГПУ. Існуючі положення закону передбачають певний рівень автономії САП. Проте САП усе одно лишається структурним підрозділом ГПУ, а керівник САП — це заступник Генерального прокурора України. Хоча він має право призначати та звільняти співробітників САП, певні питання належать до компетенції саме Генерального прокурора, як наприклад, відрядження, які все ще повинні затверджуватись Генеральним прокурором. Аналогічна ситуація із матеріальним

забезпеченням, наприклад, увесь службовий транспорт закріплено за ГПУ, і САП не має у своєму володінні таких транспортних засобів. Операційній незалежності заважає той факт, що реєстрація всіх кримінальних справ проводиться реєстратурою Генеральної прокуратури. Окрім того, такі адміністративні питання можуть потенційно заважати або впливати на ефективність САП. Прокурори САП мають доступ до Реєстру досудових розслідувань, але за наявною інформацією вони не завжди отримують потрібні їм матеріали кримінальних справ, імовірно через те, що реєстратура Генеральної прокуратури часто розсилає їх іншим підрозділам ГПУ, порушуючи компетенцію САП, яка передбачається згідно з чинним законодавством.

Судовий розгляд

16. Відсутність незалежного та авторитетного суду для винесення вироків у справах про високопосадову корупцію. Загалом, судді в Україні не мають необхідного рівня довіри й не сприймаються більшістю співрозмовників МАКР як надійна сторона. Серед причин останнього часто називають корумпованість самих судів. Протягом останніх років Україна запустила комплексну судову реформу з метою перезапустити судову гілку влади. Проте реформа всієї судової системи може тривати роками, тоді як за наявною інформацією справи, які розслідуються НАБУ та САП, блокуються в судах.

17. Затримки розгляду антикорупційних справ у судах. Відповідно до офіційної статистики, наданої НАБУ та САП, розгляд справ зтягується у майже $\frac{3}{4}$ випадків, які розслідувались НАБУ і САП протягом останнього року. Станом на жовтень 2017 року, з 93 кримінальних проваджень, скерованих САП до суду, лише 24 судових рішення вступили в законну силу, з яких 7 ухвал і 17 – вироків (включаючи 15 угод про визнання винуватості). Як повідомляється, серед причин затримки судового розгляду справ були відпустки суддів, неявка адвокатів на засідання, тощо. У деяких випадках навіть попередні слухання не проводились більше року.

18. Брак досвіду та довіри до суддів, які розглядають справи про корупцію. Корупційні справи загалом вважаються складнішими за інші кримінальні справи, і в них часто фігурують публічні особи. Слухання складних корупційних справ за участі високопосадовців може становити значний виклик для суддів місцевих судів, які можуть не мати належного досвіду, довіри або незалежності. Важливо відмітити, що слухання справ, які розслідуються НАБУ і САП, потребують суддів із незаплямованою репутацією та відповідним досвідом, а також неабиякими професійними якостями. Реформування всієї судової системи та забезпечення того, щоб судді на всіх рівнях по всій країні обирались на основі прозорих та об'єктивних критеріїв, а також відповідали вимогам доброчесності, незалежності та ґрунтовних професійних знань, повинні лишатись основними цілями української влади. Реформована судова гілка влади стане найкращою відповіддю на суспільний запит на правосуддя. Проте, зважаючи на поточний стан справ в Україні, запровадження спеціалізованого антикорупційного суду з повноваженнями винесення рішень у справах, що пов'язані з високопосадовою корупцією, видається доцільним, про що свідчить, *окрім усього іншого*, висновок Венеційської комісії.

III. Рекомендації

На базі проведеного аналізу для забезпечення компетентного, незалежного та ефективного правосуддя в справах, що пов'язані з високопосадовою корупцією, рекомендується наступне:

Розслідування та процесуальне керівництво

1. Забезпечити незалежність НАБУ:

A. Відмінити можливість звільнення Голови НАБУ на підставі негативного результату аудиту. Стабільність перебування керівництва Бюро на посаді критично важлива для інституційної незалежності, і вона має бути забезпечена. Окрім того, аудит НАБУ має бути проведений відповідно до зрозумілих та прозорих процедур/методології із гарантією захисту від будь-якого неналежного впливу. Аудиторів НАБУ слід обирати та призначати прозорим чином і в суворій відповідності до правил процедури прийняття такого рішення. Кандидатів на посаду аудиторів слід обирати серед визнаних професіоналів із досвідом розслідувань корупційних справ за кордоном;

B. Забезпечити виключну юрисдикцію НАБУ в антикорупційних розслідуваннях проти високопосадовців. Задля того, щоб уникнути дублювання, і що важливо – дій «в обхід» НАБУ, слід забезпечити, щоб розслідування корупційних правопорушень, скоєних високопосадовцями, що законом визначались як такі, що належать до компетенції НАБУ, не передавались іншим органам. У випадку появи сумнівів стосовно конфлікту юрисдикції, пріоритет слід віддавати НАБУ;

C. Прийняти законодавство, яке б надавало НАБУ право знімати інформацію з каналів комунікації, не звертаючись при цьому до правоохоронних чи розвідувальних органів. У даному контексті слід забезпечити НАБУ ресурсами для отримання технічного обладнання для проведення прослуховування, а також незалежним механізмом контролю використання даного інструменту відповідно до національного законодавства і стандартів захисту прав людини;

D. Запровадити такі правила розкриття даних на етапі досудових розслідувань, щоб забезпечити, що розслідуванням не заважає надмірна публічність судових рішень, які приймаються на даному етапі;

E. Упередити перенавантаження НАБУ старими справами, які реєструвались у ГПУ до грудня 2015 року після вступу в силу законодавства, яке забрало слідчі функції в ГПУ.

2. Відмінити поправки до Кримінального процесуального кодексу України, які не дозволяють НАБУ та САП ефективно проводити розслідування справ високопосадової корупції. Будь-які зміни до відповідної нормативно-законодавчої бази повинні проводитись у консультаціях з усіма зацікавленими сторонами, включаючи органи, на які вони безпосередньо впливають. Більше того, жодна законодавча ініціатива або поправка стосовно

Кримінального процесуального кодексу України не повинна заважати або перевантажувати кримінальне розслідування.

3. Забезпечити адекватну операційну та адміністративну незалежність САП від ГПУ.

4. Розглянути можливість перегляду процедури призначення та ролі Генерального прокурора для забезпечення незалежного провадження функції правосуддя.

Судовий розгляд

5. Як першочергове завдання створити спеціалізований незалежний антикорупційний суд у тому числі у відповідності до думки Венеційської комісії № 896/2017 від 9 жовтня 2017 р. Судді мають бути незалежними, і для забезпечення такої незалежності наступні механізми повинні бути застосовані:

A. виключна компетенція суддів: Зважаючи на те, що Україна вже створила НАБУ та САП для розслідування окремих злочинів, скоєних високопосадовцями, створення компетентного незалежного суду повинно забезпечити елемент, якого не вистачає у цьому ланцюзі правосуддя;

B. спеціальна процедура відбору суддів: Зважаючи на природу часто складних антикорупційних справ за участі високопосадовців, важливо впевнитись у тому, що судді не лише мають належну кваліфікацію, але й є повністю незалежними, яким довіряє суспільство. Зважаючи на достатньо позитивний досвід залучення авторитетних іноземних експертів до процесу відбору керівництва НАБУ, процес відбору суддів може піти аналогічним шляхом. Оскільки відповідно до чинного українського законодавства, процес відбору проводиться окремо визначеним органом — Вищою кваліфікаційною комісією суддів, — його можна провести на основі існуючих процедур шляхом залучення іноземних експертів до процесу відбору;

C. оплата праці та захист для суддів: Судова реформа в Україні передбачила достатньо високі зарплати для суддів, що є важливим фактором для їх незалежності. Зважаючи на важливість справ, над якими працюватимуть такі судді, логічно передбачити обґрунтовано високу оплату їх праці. Важливо також встановити механізми безпеки через значні ризики для суддів, які розглядають справи про високопосадову корупцію;

D. адміністративна незалежність: Антикорупційний суд слід наділити повноваженнями з відбору власного адміністративного та іншого персоналу. Важливо обмежити ризик втручання в роботу такого суду через інші канали, включаючи відібраний персонал;

E. досвід розгляду складних корупційних справ: Судді, які розглядають справи в юрисдикції НАБУ та САП, повинні мати незаплямовану репутацію, відповідні спеціалізовані знання та високопрофесійні якості. Для обраних суддів також важливо забезпечити необхідні тренінги.

6. Розробити механізм, який забезпечить баланс між захистом антикорупційних правоохоронних органів від необґрунтованих і потенційно пов'язаних з корупцією атак та їх відповідальністю у випадку їх реальної провини. Працівники правоохоронних органів, які розслідують справи високопосадової корупції, піддаються особливо серйозним ризикам при виконанні своїх обов'язків.