

ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ «РЕАЛЬНИЙ КОНФЛІКТ ІНТЕРЕСІВ» ТА «ПРИВАТНИЙ ІНТЕРЕС»

WAYS OF IMPROVING THE LEGISLATIVE DEFINITION OF THE CONCEPTS “REAL CONFLICT OF INTEREST” AND “PRIVATE INTEREST”

Малишев Б.В., д.ю.н., професор,
професор кафедри теорії та історії права та держави
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Статтю присвячено теоретико-правовому дослідженню таких явищ, як конфлікт інтересів та приватний інтерес. Застосований Законом України «Про запобігання корупції» термін «суперечність» ускладнює розуміння суті реального конфлікту інтересів та створює значні перешкоди для притягнення до відповідальності (зокрема, адміністративної) осіб, що діяли в умовах реального конфлікту інтересів. Метою статті є висвітлити недоліки законодавчого визначення реального конфлікту інтересів та визначення приватного інтересу, а також про шляхи удосконалення вказаних законодавчих дефініцій.

Вжитий законодавцем термін «суперечність» додає до розуміння реального конфлікту інтересів істотну нечіткість та розмитість. Бо завдяки цьому складається хибне враження, що негативно впливати на об'єктивність здійснення службових повноважень може не будь-який приватний інтерес, а лише той, що «суперечить» повноваженням.

На нашу думку, для підвищення ефективності та дієвості норм Закону щодо конфлікту інтересів, у визначенні реального конфлікту інтересів необхідно виключити слово «суперечність». У зв'язку з цим пропонується наступний варіант законодавчої дефініції реального конфлікту інтересів: «реальний конфлікт інтересів – наявність у особи приватного інтересу у сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що впливає на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень».

В свою чергу законодавче визначення приватного інтересу не містить комплексного підходу і істотно звужує розуміння цього явища. Пропонується наступний варіант законодавчої дефініції приватного інтересу: «приватний інтерес – будь-який майновий інтерес чи немайновий інтерес особи, зумовлений триваючими чи завершеними позаслужбовими стосунками (особистими, сімейними, дружніми, неприязними тощо) або службовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях».

Ключові слова: конфлікт інтересів, приватний інтерес, запобігання корупції, професійна етика.

The article focuses on the theoretical and legal study of such phenomena as conflict of interest and private interest. The term «contradiction» used by the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» complicates the understanding of the essence of real conflict of interest and creates significant obstacles to bringing to liability (in particular, administrative liability) of persons acting in the context of real conflict of interest. The purpose of the article is to highlight the shortcomings of the legislative definition of real conflict of interest and the definition of private interest, and to suggest ways to improve these legislative definitions.

The term «contradiction» used by the legislator adds significant vagueness and blurring to the understanding of real conflict of interest. This creates a false impression that not any private interest can negatively affect the objectivity of the exercise of official powers, but only the one that «contradicts» the powers.

In our opinion, in order to increase the efficiency and effectiveness of the Law's provisions on conflict of interest, the word «contradiction» should be excluded from the definition of real conflict of interest. In this regard, we propose the following version of the legislative definition of real conflict of interest: «a real conflict of interest is the presence of a private interest in the area in which a person exercises his/her official or representative powers, which affects the objectivity or impartiality of his/her decision-making, or the performance or non-performance of actions in the exercise of these powers».

In turn, the legislative definition of private interest does not contain a comprehensive approach and significantly narrows the understanding of this phenomenon. The following version of the legislative definition of private interest is proposed: «private interest – any property interest or non-property interest of a person, caused by ongoing or completed off-duty relations (personal, family, friendly, hostile, etc.) or official relations with individuals or legal entities, including those arising in connection with membership or activity in public, political, religious or other organizations».

Key words: conflict of interest, private interest, prevention of corruption, professional ethics.

Термін «конфлікт інтересів» (далі за текстом – «КІ») доволі часто використовується у законодавстві України, згадка про нього зустрічається приблизно у 70 законах. Проте основне регулювання міститься у двох законах: Законі України «Про запобігання корупції» (Розділ V) [1] та статті 172-7 КУпАП («Порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів») [2].

Актуальність саме теоретико-правового дослідження КІ пояснюється двома чинниками. По-перше, КІ є явищем, яке вкрай негативно впливає на об'єктивність та неупередженість ухвалення рішень, реалізації повноважень представниками держави. Іншими словами, КІ негативно впливає на ефективність здійснення державою своїх функцій. Адже КІ виступає базою для значної кількості корупційних правопорушень та, власне кажучи, є передумовою їх виникнення. По-друге, попри те, що КІ є предметом законодавчого регулювання різних галузей права, він за своєю природою значною мірою відноситься до тієї частини юридичної науки і практики, яка відома під назвою «етика права». Тобто сутність КІ перебуває на стику

права та моралі, він є однією із найважливіших категорій з царини професійної етики. І це робить КІ предметом вивчення саме теоретико-правовою наукою.

Наукова розробка теми. Наразі проблематика визначення і ознак КІ вивчається переважно представниками адміністративного права. Але ступінь інтенсивності дослідження засадничих аспектів КІ є невисокою, так само як і їх ефективність і корисність для практики. Так, нещодавні публікації [3] демонструють, що більшість досліджень сутності КІ як правило, не виходять за рамки основних ознак законодавчого визначення КІ, а методологія розкриття основних категорій в цій тематиці обмежується переважно лише морфологічними та лінгвістичними аспектами [4]. Стосовно ж природи приватного інтересу у контексті КІ, то окремих юридичних наукових розвідок змісту цієї категорії взагалі не проводилося.

На сьогоднішній теоретико-правові та філософсько-правові дослідження з вказаних питань відсутні. Тим часом, науковому пошуку у цій сфері потрібен потенціал загальної теорії права, що дасть новий поштовх для осмислення КІ

у напрямі, який врахує, по-перше, соціальне призначення заборони КІ; по-друге, за допомогою нових методологічних підходів створить базовий плацдарм для подальших наукових розвідок; по-третє, критично оцінить наявні законодавчі визначення КІ та приватного інтересу.

Методологічні засади дослідження: формально-логічний метод, діалектичний метод, телеологічний (цільовий) метод [5, с.45-57], метод моделювання, аналіз та синтез.

Мета статті. Проаналізувати основні характеристики КІ та приватного інтересу, а також запропонувати шляхи удосконалення чинних законодавчих дефініцій вказаних явищ.

Виклад основного матеріалу. Закон України «Про запобігання корупції» (ст. 1) містить визначення двох видів КІ, а також дає дефініцію приватному інтересу.

Так, Законом надано такі визначення:

«- потенційний конфлікт інтересів – наявність у особи приватного інтересу у сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень;

- реальний конфлікт інтересів – суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень».

З самого початку варто з'ясувати, про конфлікт між якими інтересами йдеться у терміні «конфлікт інтересів»? На жаль, численні здобутки конфліктології не можуть бути використані у даному випадку, тому що вони стосуються того виду конфлікту, який передбачає наявність зіткнення інтересів як мінімум двох реальних суб'єктів. В той же час КІ – це явище, для наявності якого потребується лише один суб'єкт.

Тому ми солідарні з позицією тих вчених, які вважають, що у КІ мова йде насамперед про протиставлення приватному інтересу не самих повноважень, а суспільних інтересів, для забезпечення яких ці повноваження надані суб'єкту [6, с. 264; 7]. Тобто на методологічному рівні КІ позначає конфлікт між приватним і суспільним інтересом у діяльності особи, яка наділена службовими або представницькими повноваженнями, в тому числі у формі ухвалення рішень, наслідки яких впливають не лише на дану особу або близьких їй осіб.

Як видно із визначень Закону, логіка поділу КІ на два види (потенційний КІ та реальний КІ) базується на тому, що потенційний КІ – це коли приватний інтерес лише у майбутньому може вплинути на об'єктивність чи неупередженість виконання відповідною особою її службових чи представницьких повноважень, а при реальному КІ такий вплив на об'єктивність та неупередженість вже наявний як факт дійсності. Подібна класифікація КІ прийнята і в міжнародних стандартах щодо КІ.

Однак важливим є те, що до конструкції реального КІ Законом «Про запобігання корупції» віднесено поняття «суперечність» між приватним інтересом та повноваженнями, яке при цьому відсутнє у структурі потенційного КІ.

Стандартна та достатня для практичних потреб конструкція КІ є доволі простою і складається із приватного інтересу особи, який впливає (може вплинути) на об'єктивність реалізацію цієї особи своїх повноважень. У такій конструкції відсутня згадка про «суперечність». Саме такий підхід реалізований у міжнародних стандартах. Так, визначення КІ, яке міститься у ст. 13 Рекомендації № R (2000) 10 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців (прийнята Комітетом міністрів на 106 сесії 11 травня 2000 року): «Конфлікт інтересів виникає у ситуації, коли державний службовець має особистий інтерес, який впли-

ває, або може впливати на безсторонність та об'єктивність виконання його чи її службових обов'язків» [8].

Але попри це, Закон України «Про запобігання корупції» з невідомих причин ускладнює структуру реального КІ, додаючи до неї ще один компонент – суперечність між приватним інтересом та повноваженнями.

Якщо слідувати такій лінії Закону, то виходить, що для констатації у діяльності певної особи наявності реального КІ між приватним та суспільним інтересами потрібен не просто факт негативного впливу приватного інтересу та об'єктивну і неупереджену реалізацію повноважень, а й щоби ще також була присутня якась суперечність між приватним інтересом та цими повноваженнями. Ми вважаємо таку позицію Закону невірною (та шкідливою для практики), з причин, викладених нижче.

Спочатку поставимо собі питання, чи взагалі коректним казати про «суперечність між приватним інтересом та повноваженнями»? Для відповіді слід з'ясувати, що таке суперечність як явище.

З точки зору змісту, суперечності бувають двох видів: формально-логічними та діалектичними.

Формально-логічна суперечність (покладення змісту А і його заперечення не-А в один і той же час і в одному й тому самому відношенні [9, с. 616]) відсутня у випадку із реальним КІ, оскільки «приватний інтерес» та «повноваження» не здатні заперечувати одне одного в розумінні засад формальної логіки.

Що ж до діалектичної суперечності, котра, як правило розуміється як взаємодія протилежних боків і тенденцій, що взаємовиключають одна одну, але разом з тим знаходяться у внутрішній єдності і взаємопроникненні, – ситуація складніша. Певні ознаки діалектичної суперечності можна побачити у відносинах, що складаються між поведінкою з дотриманням законодавчої заборони вчиняти дії в умовах реального КІ, та поведінкою із недотриманням вказаної заборони. Проте ця суперечність є не діалектичною, а випадковою. Іншими словами, йдеться про патологію, невідповідність певної поведінки встановленим вимогам необхідності (нормі права). У той же час між приватним інтересом та службовими повноваженнями, ми вважаємо, що відсутні навіть ознаки діалектичної суперечності, оскільки ці явища безпосередньо взагалі не вступають між собою у чітку окрему взаємодію. (На відміну від зазначених вище відносин між приватним та публічним інтересом, де суперечність як раз присутня і є саме діалектичною. Втім, це вже зовсім інший, більш глибокий рівень розкриття сутності КІ, який навіть частково не тотожній зазначеній у Законі «суперечності» між приватним інтересом та повноваженнями. Адже складну за своїм змістом категорію «суспільний інтерес» у жодному разі не можна аналізувати шляхом прирівнювання її до повноважень певної особи, навіть якщо ця вона посідає високу державну посаду).

Отже, виходить, що приватний інтерес та службові повноваження апіорі не можуть між собою перебувати ані у логічній, ані у діалектичній суперечності. Тобто з логічної та філософської точок зору, згадка про таку суперечність є зайвою у визначенні Законом реального КІ.

На перший погляд, можна було б сказати, що слову «суперечність» у визначенні реального КІ не варто надавати такої значної ваги, адже ним ніби лише уточнено характер впливу приватного інтересу. Але, на жаль, дане слово породжує реальну правозастосовчу проблему (про яку йдеться нижче), вже хоча б вже з тієї причини, що морфологічно ці два слова істотно відмінні.

Згідно правил української мови, слово «суперечити» означає не відповідати чому-небудь, бути несумісним з чимсь, містити в собі суперечність [10, с. 845]. В той же час, слово «впливати» означає діяти певним чином на кого-, що-небудь [11, с. 752]. Тобто з погляду не лише юриспруденції, а й здорового глузду, очевидно, що для того,

щоби кваліфікувати наявність суперечності, потрібно навести набагато більше аргументів (доказів), ніж щоби довести, що має місце просто вплив.

Додавання Законом до визначення реального КІ слова «суперечити» шкодить ефективності правового регулювання даної сфери, оскільки на практиці це призводить до істотного звуження кола випадків, які можна кваліфікувати як реальний КІ, порівняно із ситуацією, якби Закон у визначенні реального КІ (по аналогії із дефініцією потенційного КІ) обмежився би терміном «впливає».

Вада законодавчої дефініції реального КІ у тому, що з неї випливає, що у випадках, коли приватний інтерес негативно впливає на об'єктивність ухвалення рішення чи здійснення повноважень, то за це може наступити відповідальність за дії в умовах реального КІ тільки у випадку, якщо цей інтерес суперечить повноваженням. Залишається невідомим, чому для констатації факту правопорушення і притягнення до відповідальності не достатньо просто наявності вказаного негативного впливу.

Все вищевикладене демонструє, що вжитий законодавцем термін «суперечність» додає до розуміння реального КІ істотну нечіткість та розмитість. Бо завдяки цьому складається хибне враження, що негативно впливають на об'єктивність здійснення службових повноважень може не будь-який приватний інтерес, а лише той, що «суперечить» повноваженням. Це призводить до того, що під час аналізу певної конкретної ситуації, котра має ознаки КІ, основна увага приділяється не очевидному факту впливу на об'єктивність здійснення конкретних повноважень, а переміщується на додаткове та по суті зайве з'ясування того, чи суперечить приватний інтерес цим повноваженням.

Факт існування приватного інтересу, котрий суперечить службовим повноваженням, сам по собі не містить у собі суспільної небезпеки аж до того моменту, поки такий приватний інтерес не починає впливати на об'єктивність здійснення згаданих повноважень. Однак такий вплив може чітко проявлятися з боку інтересу, щодо якого немає доказів про те, що він якось суперечить повноваженням.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що сутність заборони діяти в умовах реального КІ полягає у тому, що певний приватний інтерес суб'єкта перешкоджає йому неупереджено виконувати службові повноваження. А теза про те, що є приватні інтереси, які суперечать службовим повноваженням, має вельми слабкий стосунок до соціального призначення заборони діяти в умовах КІ. Тому що для досягнення суспільно-корисної мети даної заборони достатньо вже самого факту впливу приватного інтересу на неупередженість, незалежно від того, чи суперечить цей приватний інтерес повноваженням, чи ні. Згідно телеологічної методологічної тріади (мета-засіб-результат) – законодавчі норми виконують роль засобу для досягнення мети. З цього ракурсу видно, що використання у визначенні реального КІ слова «суперечність» – істотно і безпідставно послаблює досягнення мети законодавчої заборони діяти в умовах реального КІ.

Ще одним важливим питанням у контексті логічної структури КІ, є характеристики власне приватного інтересу особи, яка ухвалює рішення чи здійснює повноваження. Чітке розуміння ознак приватного інтересу є чи не найголовнішою запорукою ефективності всіх норм, які стосуються КІ. Так, у «Найвищих принципах запобігання і врегулювання конфлікту інтересів на публічній службі», які затверджені державами G-20 у 2018 році, зазначено, що необхідно встановити конкретні, узгоджені та оперативні стандарти поведінки державних службовців. Ці стандарти повинні дати чіткий і реалістичний опис того, які обставини та відносини можуть призвести до ситуації «конфлікту інтересів» [12].

Основний лейтмотив переліку сутнісних ознак приватного інтересу має бути чітко прив'язаний до досягнення

соціального призначення існування юридичної заборони діяти в умовах КІ, про що йшлося вище. Таким чином, зміст приватного інтересу повинен мати доволі широке значення, і включати в себе максимальну кількість аспектів, факт наявності яких можна так чи інакше ідентифікувати та довести. Але поглянемо на те, як визначає приватний інтерес законодавство України.

У статті 1 Закону «Про запобігання корупції» приватний інтерес розуміється наступним чином: «приватний інтерес – будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, у тому числі зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях».

Буквальне розуміння приватного інтересу в рамках наведеного визначення може спонукати до висновку, що приватний інтерес – це щось пов'язане переважно із економічним інтересом особи і при цьому притаманне лише родинній та позаробочій сфері життя людини.

Вказаний висновок є хибним орієнтиром для розуміння приватного інтересу. Це підтверджує і п. 14 Керівництва OECD з врегулювання конфліктів інтересів на державній службі (2003) [13], де цілком вірно вказано на недоцільність пов'язування змісту приватного інтересу лише з фінансовими (майновими) інтересами або тими інтересами, які дають уповноваженій особі пряму матеріальну вигоду.

Крім того наявна у Закону «Про запобігання корупції» дефініція приватного інтересу не достатньо чітко вказує, що категорія приватного інтересу включає в себе не лише позаслужбову, а й також і службову та ділову сферу (наприклад, приватний інтерес може виникнути внаслідок відносин прямого підпорядкування по службі, тривалого періоду спільної роботи в невеликому колективі, а також внаслідок ведення спільного бізнесу чи ведення конкуруючого бізнесу тощо).

Як зауважує П. Джон, пов'язування приватного інтересу суто з майновим аспектом – було поширеним в Європі у 1960-х роках, але тепер розуміння цього явища поширюється і на суб'єктивні, ідеологічні та емоційні аспекти [14, с. 7]. В свою чергу, Т. Хоппе пише, що за стандартами GRECO по-перше, не можна обмежувати характерні ознаки приватного інтересу тільки фінансовою сферою, а по-друге, до змісту приватного інтересу слід включати не лише сімейні та дружні відносини, а й «особисті, ділові або політичні відносини». До таких відносин автор включає, зокрема, тривалі або завершені стосунки (у службовій та позаслужбовій сфері), які базуються на дружбі або неприязні [15, р. 6, 22].

У зв'язку із останньою тезою, зауважимо, що вітчизняна законодавча дефініція приватного інтересу не враховує емоційну сферу. Йдеться про випадки, коли у уповноваженої особи приватний інтерес виникає через дружнє ставлення або через неприязнє ставлення до іншої особи. Також вартим уваги є уточнення щодо того, що приватний інтерес може виникнути як з триваючих, так і з завершених стосунків.

Висновки. З вищевикладеного випливає, що застосований Законом України «Про запобігання корупції» термін «суперечність» ускладнює розуміння суті реального КІ та створює значні перешкоди для притягнення до відповідальності (зокрема, адміністративної) осіб, які порушили правила повідомлення чи діяльності в умовах реального КІ.

На нашу думку, для підвищення ефективності та дієвості норм Закону щодо КІ, у визначенні реального КІ необхідно виключити слово «суперечність». У зв'язку з цим пропонується наступний варіант законодавчої дефініції реального КІ: «реальний конфлікт інтересів – наявність у особи приватного інтересу у сфері, в якій вона

виконує свої службові чи представницькі повноваження, що впливає на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень».

Чинне законодавче визначення приватного інтересу також не містить комплексного підходу і істотно звужує розуміння цього явища. Пропонується наступний варіант законодавчої дефініції приватного інтересу: «приватний

інтерес – будь-який майновий інтерес чи немайновий інтерес особи, зумовлений триваючими чи завершеними позаслужбовими стосунками (особистими, сімейними, дружніми, неприязними тощо) або службовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях».

ЛІТЕРАТУРА

1. Закон України «Про запобігання корупції» №1700- VII від 14.10.2014р. (з наст. змінами та доповн.). *Голос України* від 25.10.2014. № 206.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення № 8073-X від 07.12.1984 (з наст. змінами та доповн.) *Відомості Верховної Ради УРСР* від 18.12.1984 р., № 51, ст. 1122.
3. Дутка Р. Запобігання та врегулювання конфлікту інтересів як адміністративно-правовий інститут. *Підприємництво, господарство право*. 2020. № 3. С. 135–140.
4. Рівчаченко С. В. Запобігання та врегулювання конфлікту інтересів як спосіб протидії корупції : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спец. 12.00.07 / Запорізький нац. ун-т. Запоріжжя, 2017. 192 с.
5. Малишев Б.В. Правова система (телеологічний вимір). Київ: «ВД «Дакор», 2012. 365 с.
6. Андрищенко О.Ю. Окремі проблеми визначення поняття конфлікту інтересів в законодавстві України. *Університетські наукові записки*. 2017. № 63. С. 259–267.
7. Бодун Т. Конфлікт інтересів як детермінанта реформування системи влади в Україні. *Збірник наукових праць НАДУ*. 2009. Вип. 2. С. 224–235.
8. Рекомендація № R (2000) 10 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців (прийнята Комітетом міністрів на 106 сесії 11 травня 2000 року). URL: <https://tinyurl.com/2p8fd4tf> (дата звернення: 17.04.2023)
9. Філософський енциклопедичний словник / голов. ред. В. І. Шинкарук. Київ : Абрис. 2002. 742 с.
10. Словник української мови : [в 11 т.] [ред. кол. : І.К. Білодід (гол.), А.А. Бурячок, В.О. Винник та ін.]. Київ: Наукова думка. 1978, Т. 9. 916 с.
11. Словник української мови : [в 11 т.] [ред. кол. : І.К. Білодід (гол.), А.А. Бурячок, Г.М. Гнатюк та ін.]. Київ: Наукова думка. 1970. Том 1. 799 с.
12. G20 High-Level Principles for Preventing and Managing 'Conflict of Interest' in the Public Sector. 2018. URL: <https://tinyurl.com/yb2qbkyh> (дата звернення: 17.04.2023).
13. Керівництво ОЕСД з врегулювання конфліктів інтересів на державній службі (2003). URL: <https://www.oecd.org/gov/ethics/49106105.pdf> (дата звернення: 17.04.2023).
14. Джон П. Аналітичний Звіт «Конфлікти інтересів на локальному та регіональному рівнях» (CG35(2018), затв. Конгресом місцевих та регіональних органів влади 07.11.2018р., Рада Європи.- 24с. URL: <https://rm.coe.int/16809c3fab> (дата звернення: 17.04.2023).
15. Legislative Toolkit on Conflict of Interest (CoE/EU Eastern Partnership Programmatic Co-operation Framework (PCF), 2015. 140 р. URL: <https://rm.coe.int/eccd-pggii-reg-tp-coi-toolkit-final/1680a2edce> (дата звернення: 17.04.2023).