



ПОСТАНОВА
Іменем України

19 червня 2018 року

місто Суми

Суддя Апеляційного суду Сумської області Рунов В.Ю., розглянувши у відкритому судовому засіданні в залі суду в місті Суми справу про адміністративне правопорушення № 591/229/18 за апеляційними скаргами особи, яка притягається до адміністративної відповідальності ЛИСЕНКА О.М. та захисника МОЛББОГ Ю.М. на постанову судді Зарічного районного суду м. Сум від 25 квітня 2018 року, якою

ЛИСЕНКО ОЛЕКСАНДР МИКОЛАЙОВИЧ, 27.03.1971 року народження, мешканець м. Суми вул. Г. Кондратьєва, буд.146/1, кв.9

визнаний винним у вчиненні адміністративних правопорушень, передбачених ч.1 ст.172-7 та ч.2 ст.172-7 КУпАП, а провадження у справі закрито на підставі п.7 ч.1 ст.247 КУпАП у зв'язку із закінченням на момент розгляду справи строків, передбачених ст.38 КУпАП,

учасників провадження в справі про адміністративне правопорушення:
прокурора – Ткаченко К.Л.

особи, яка притягається до адміністративної відповідальності – Лисенка О.М.
захисника – адвоката Молібог Ю.М., –

встановив:

В поданих апеляційних скаргах:

- **особа, яка притягається до адміністративної відповідальності ЛИСЕНКО О.М.** просить скасувати постанову суду та прийняти нову постанову, якою провадження у справі закрити у зв'язку з відсутністю в його діях складу правопорушень, передбачених ч.1 і ч.2 ст.172-7 КУпАП, оскільки приймаючи рішення про закриття провадження у справі через закінчення строку накладення стягнення, суд встановив обставини вчинення правопорушень та його вини, вийшовши тим самим за межі своїх повноважень. Також зазначає, що висновки суду про вчинення ним правопорушень є помилковими, ґрунтуються на припущеннях та суперечностях у законодавстві, порушують принцип презумпції невинуватості. Суд не дотримався принципу доведення винуватості поза розумним сумнівом, оскільки не було враховано того, що підготовка рішення, винесення його на голосування та голосування за нього було обов'язком міського голови, утриманням від якого було б недобросовісним виконанням ним своїх службових обов'язків та обмеженням наданих йому законом прав; рішення про преміювання було прийнято колегіально і у нього не було повноважень на одноособове прийняття рішення під час голосування; згідно прийнятого рішення визначення розміру преміювання було доручено відділу бухгалтерського обліку та звітності; прізвище Лисенка О.М. у проекті рішення та у прийнятому рішенні не зазначено, при цьому воно стосується міського голову, в той час як Лисенко О.М. обіймає посаду Сумського міського голови; прийняте рішення є порядком оплати праці, а не розпорядчим документом та не надавало права на отримання премії; не взято до уваги методичних рекомендацій НАЗК, за змістом яких вчинені ним дії не утворюють складу правопорушення;
- захисник Лисенка О.М. – **адвокат МОЛББОГ Ю.М.** просить скасувати постанову суду та прийняти нову постанову, якою провадження у справі закрити у зв'язку з відсутністю події та складу правопорушення в діях Лисенка О.М., оскільки судом не були враховані положення абз.3 ч.2 ст.35 ЗУ «Про запобігання корупції», що неучасть Лисенка О.М. в пленарному засіданні могла призвести до втрати правомочності міської ради, а тому він зобов'язаний був голосувати, функція здійснення зовнішнього контролю у такому випадку була покладена на сам колегіальний орган, який не прийняв жодного рішення з цього приводу. Прийняте рішення носило суто організаційний характер та його одного було не достатньо для отримання премії, а тому приймаючи участь в голосуванні реального конфлікту інтересів не виникало. Неучасть Лисенка О.М. в голосуванні могла потягнути за собою порушення прав інших осіб, зазначених в проекті рішення. Крім того, в протоколі про адміністративне правопорушення № 4/2018 вказано, що неповідомлення Лисенком О.М. про конфлікт інтересів є порушенням ч.1 ст.35 ЗУ «Про запобігання корупції», однак у вказаній нормі закону зазначено лише про те, що правила врегулювання конфлікту інтересів відносно певної категорії осіб визначаються відповідними законами. Також зазначає, що особою, яка склала протокол про адміністративне

правопорушення було безпідставно зазначено про обов'язок саме Лисенка О.М. повідомляти про конфлікт інтересів.

Постановою судді Зарічного районного суду м. Сум від 25.04.2018 Лисенко О.М. був визнаний винним у вчиненні правопорушень, передбачених ч.1 ст.172-7 і ч.2 ст.172-7 КУпАП. Одночасно провадження у справі було закрито на підставі п.7 ч.1 ст.247 КУпАП у зв'язку із закінченням на момент розгляду строків, передбачених ст.38 КУпАП.

Відповідно до постанови судді, Лисенко О.М., обіймаючи посаду Сумського міського голови, будучи згідно п.п. «в» п.1 ч.1 ст.3 ЗУ «Про запобігання корупції» суб'єктом відповідальності, 22.02.2017 на засіданні XXI сесії Сумської міської ради під час розгляду та прийняття рішення «Про внесення змін та доповнень до рішень Сумської міської ради від 11.12.2015 року № 61-МР, від 27.01.2016 року № 291-МР» (далі – рішення № 1823-МР від 22.02.2017), всупереч вимогам п.п.1-4 ч.1 ст.28 та ч.1 ст.35 ЗУ «Про запобігання корупції», а також ч.1 ст.59-1 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні», при наявному реальному конфлікті інтересів по відношенню до себе публічно не повідомив про це колегіальний орган – Сумську міську раду, а також вчинив дії та прийняв рішення в умовах реального конфлікту інтересів, виконуючи повноваження міського голови, що є вчиненням правопорушень, пов'язаних з корупцією, відповідальність за які передбачена ч.1 ст.172-7 та ч.2 ст.172-7 КУпАП.

Зважаючи на те, що на момент винесення постанови суддею суду першої інстанції сплив тримісячний строк накладення стягнення з дня виявлення вчинених Лисенком О.М. правопорушень, то на підставі п.7 ст.247 КУпАП провадження у справі було закрито через закінчення на момент розгляду справи строку, передбаченого ст.38 КУпАП.

Вислухавши доводи Лисенка О.М. та його захисника Молібог Ю.М., які підтримали свої апеляційні скарги, просили скасувати постанову судді та закрити провадження у справі через відсутність складу правопорушень, доводи прокурора Ткаченка К.Л. про залишення рішення судді без змін, а апеляційних скарг без задоволення, перевіривши матеріали справи про адміністративне правопорушення і дослідивши доводи поданих апеляційних скарг, апеляційний суд вважає, що вказані вище апеляційні скарги підлягають частковому задоволенню з таких підстав.

Відповідно до ч.1 ст.2 КУпАП, законодавство України про адміністративне правопорушення складається з цього Кодексу та інших законів України, а згідно положень ст.9 Конституції України, ст.19 ЗУ «Про міжнародні договори України» та ст.17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» усталена судовою практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) є частиною національного законодавства та обов'язкова до застосування судами як джерело права.

У відповідності до ч.1 і ч.2 ст.7 КУпАП, ніхто не може бути підданий заходу впливу в зв'язку з адміністративним правопорушенням інакше як на підставах і в порядку, встановлених законом. Провадження в справах про адміністративні правопорушення здійснюється на основі суворого додержання законності, а згідно ст.9 цього Кодексу адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність.

Відповідно до положень ст.1, завданням КУпАП є охорона прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції і законів України, поваги до прав, честі і гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством, а згідно ст.245 КУпАП завданнями провадження у справах про адміністративні правопорушення є: своєчасне, всебічне, повне і об'єктивне з'ясування обставин кожної справи, вирішення її в точній відповідності з законом.

Розглянувши протоколи про адміністративні правопорушення № 4/2018 від 16.01.2018 та № 5/2018 від 16.01.2018, суддя суду першої інстанції дійшла висновку про те, що Лисенко О.М., обіймаючи посаду Сумського міського голови, 22.02.2017 на засіданні XXI сесії Сумської міської ради, всупереч вимогам п.п.1-4 ч.1 ст.28 та ч.1 ст.35 ЗУ «Про запобігання корупції», а також ч.1 ст.59-1 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні» під час розгляду та прийняття рішення № 1823-МР від 22.02.2017 не повідомив про наявний у нього реальний конфлікт інтересів Сумську міську раду, внаслідок чого прийняв рішення в умовах реального конфлікту інтересів, чим вчинив правопорушення, пов'язані з корупцією, передбачені ч.1 ст.172-7 та ч.2 ст.172-7 КУпАП.

Лисенко О.М., будучи допитаним як в суді першої інстанції, так і в ході апеляційного розгляду справи, свою вину у вчиненні правопорушень категорично заперечив та пояснив, що приймаючи участь у голосуванні він виконував свої посадові обов'язки, проект рішення стосувався лише визначення граничного відсотку премії і конкретні розміри стимулюючих виплат не встановлювалися, рішення приймалося колегіально, а не одноособово, і стосувалося не тільки його, а й до інших посадових осіб, внаслідок чого реальний конфлікт інтересів у нього був відсутній.

1698
Суддя суду першої інстанції не погодилася з вказаними вище показаннями Лисенка О.М. і з правовою позицією його захисту та вмотивувала своє рішення тим, що ініціюючи питання збільшення граничного розміру преміювання особисто для себе, Лисенко О.М. мав приватний інтерес, оскільки він мав намір отримувати заохочення у виді премії не на основі справжніх заслуг (переваг) та затверджених своїм же розпорядженням критеріїв, а з метою отримання фінансової та матеріальної вигоди для себе; розпорядження про затвердження Порядку щомісячного преміювання працівників апарату та виконавчих органів Сумської міської ради на 2017 рік всупереч п.п.2 п.2 Постанови КМУ № 285, п.5 ч.1 ст.26 та п.13 ч.4 ст.42 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні» було прийнято перед прийняттям рішення № 1823-МР від 22.02.2017; проект рішення № 1823-МР від 22.02.2017 не оприлюднювався у визначеному порядку, однак Лисенко О.М. включив його до порядку денного пленарного засідання міської ради.

Наведені обставини і свідчили, на думку судді суду першої інстанції, про наявність у Лисенка О.М. приватного інтересу, а також про суперечність між цим приватним інтересом та його повноваженнями як міського голови, що вплинуло на об'єктивність та неупередженість під час підготовки і розгляду проекту рішення № 1823-МР від 22.02.2017, тобто свідчили про наявність реального конфлікту інтересів, про який він не повідомив Сумську міську раду у встановленому законом порядку.

Крім того, суддею суду першої інстанції був встановлений факт прийняття Лисенком О.М. рішення та вчинення ним дій в умовах реального конфлікту інтересів, оскільки під час голосування за проект рішення № 1823-МР від 22.02.2017 на засіданні міської ради було зареєстровано 32 особи – 31 депутат та міський голова, з яких 10 депутатів не голосувало, а 22 особи проголосували «за» (21 депутат та міський голова), тобто враховуючи те, що за прийняття рішення № 1823-МР від 22.02.2017 проголосувала половина депутатів, то саме голос Лисенка О.М. був вирішальним для прийняття вказаного рішення. При цьому, суддею не були взяті до уваги Методичні рекомендації щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджені рішенням НАЗК № 839 від 29.09.2017, оскільки вони були прийняті пізніше і не проходили процедуру реєстрації в МЮ України та не узгоджувалися з обставинами даної справи.

Разом з тим, апеляційний суд, враховуючи усі обставини даної справи та аналізуючи відповідне законодавство у сукупності, приходять до переконання, що вказані вище висновки судді про вчинення Лисенком О.М. правопорушень, пов'язаних з корупцією, не відповідають фактичним обставинам справи, належним чином не вмотивовані та не ґрунтуються на чинному законодавстві України про адміністративні правопорушення та запобіганні корупції, рішеннях Конституційного Суду України (далі – КС) і ЄСПЛ, внаслідок чого доводи апеляційних скарг про відсутність складів правопорушень заслуговують на увагу та підлягають задоволенню.

Так, відповідно до ч.1 ст.172-7 КУпАП, відповідальність настає за неповідомлення особою у встановлених законом випадках та порядку про наявність у неї реального конфлікту інтересів, а згідно ч.2 цієї норми закону – за вчинення дій чи прийняття рішень в умовах реального конфлікту інтересів.

Диспозиції ч.1 ст.172-7 і ч.2 ст.172-7 КУпАП є бланкетними і лише описують безпосередньо самі правопорушення, але для повного визначення ознак цих правопорушень відсилають до інших галузей права, тобто до інших нормативно-правових чи підзаконних нормативно-правових актів, які визначають правові та організаційні засади функціонування системи запобігання корупції в Україні, зміст та порядок застосування превентивних антикорупційних механізмів, правила щодо усунення наслідків корупційних правопорушень.

Зокрема, така норма має загальний і конкретизований зміст. Загальний зміст бланкетної диспозиції передається словесно-документною формою відповідної статті КУпАП і в обов'язковому порядку включає положення інших нормативно-правових актів. Із загальним змістом бланкетної диспозиції пов'язане визначення діяння як правопорушення певного виду та встановлення за нього адміністративної відповідальності, а конкретизований зміст цієї диспозиції передбачає певну деталізацію відповідних положень інших нормативно-правових актів, що наповнює адміністративно-правову норму більш конкретним змістом.

Визначення терміну правопорушення, пов'язаного з корупцією, про який йдеться мова у главі 13-А («Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією») КУпАП міститься у ч.1 ст.1 ЗУ «Про запобігання корупції» і є діянням, що не містить ознак корупції, але порушує встановлені цим Законом вимоги, заборони та обмеження, вчинене особою, зазначеною у ч.1 ст.3 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність.

Вимоги щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів містить відповідний розділ V ЗУ «Про запобігання корупції», зокрема ст.28, яка зобов'язує осіб, зазначених у п.1 і п.2 ч.1 ст.3 цього Закону: 1) вживати заходів щодо недопущення виникнення реального, потенційного конфлікту інтересів; 2) повідомляти не пізніше наступного робочого дня з моменту, коли особа дізналася чи повинна була дізнатися про наявність у неї реального чи потенційного конфлікту інтересів безпосереднього керівника, а у випадку перебування особи на посаді, яка не передбачає наявності у неї безпосереднього керівника, або в колегіальному органі – Національне агентство чи інший визначений законом орган або колегіальний орган, під час виконання повноважень у якому виник конфлікт інтересів, відповідно; 3) не вчиняти дій та не

приймати рішень в умовах реального конфлікту інтересів; 4) вжити заходів щодо врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів.

Таким чином, бланкетні диспозиції ч.1 ст.172-7 і ч.2 ст.172-7 КУпАП відсилають до іншого нормативно-правового акту, яким є ЗУ «Про запобігання корупції» і кореспондується з ч.1 ст.28 цього Закону, яка у свою чергу передбачає конкретні зобов'язання.

У відповідності до примітки ст.172-7 КУпАП, під реальним конфліктом інтересів слід розуміти 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 вказаних повноважень.

Аналогічне визначення реального конфлікту інтересів міститься і в ч.1 ЗУ «Про запобігання корупції», де розкривається зміст такого терміну як приватний інтерес, яким є 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.

Аналіз вказаних термінів дає можливість констатувати, що для встановлення факту реального конфлікту інтересів слід безпосередньо встановити те, що а) приватний інтерес наявний, що б) він суперечить службовим чи представницьким повноваженням, і, що в) така суперечність реально впливає на об'єктивність чи неупередженість прийняття рішень чи вчинення дій.

Для встановлення ж наявності факту прийняття рішення в умовах реального конфлікту інтересів, в тому числі і для кваліфікації рішення як такого, що прийняте в умовах реального конфлікту інтересів, необхідно встановити наявність обов'язкової сукупності таких юридичних фактів, як: 1) наявність факту приватного інтересу, який має бути чітко сформульований (артикульований) та визначений; 2) наявність факту суперечності між приватним інтересом і службовими чи представницькими повноваженнями із зазначенням того, в чому саме ця суперечність знаходить свій вияв або вплив на прийняття рішення; 3) наявність повноважень на прийняття рішення; 4) наявність факту реального впливу суперечності між приватним та службовим чи представницьким інтересом на об'єктивність або неупередженість рішення.

Без наявності хоча б одного з фактів із цієї сукупності реальний конфлікт інтересів не виникає, а тому встановлення цих фактів в обов'язковому порядку має бути відображено в протоколі про правопорушення, пов'язане з корупцією, та, відповідно, в постанові судді.

Як вбачається з матеріалів справи, Лисенком О.М. було винесено розпорядження за № 17 від 13.01.2017 про затвердження Порядку щомісячного преміювання працівників апарату та виконавчих органів Сумської міської ради. Відділом організаційно-кадрової роботи було підготовлено проект рішення «Про внесення змін та доповнень до рішень Сумської міської ради від 11.12.2015 року № 61-МР, від 27.01.2016 року № 291-МР», яке відповідно до Регламенту роботи Сумської міської ради було внесено Лисенком О.М. до порядку денного XXI сесії Сумської міської ради.

За результатами голосування було прийнято рішенням № 1823-МР від 22.02.2017, яким вирішено внести зміни в рішення Сумської міської ради від 11.12.2015 № 61-МР «Про встановлення надбавок, доплат до посадового окладу, преміювання та надання допомоги, матеріальної допомоги міському голові, першому заступнику міського голови, заступникам міського голови з питань діяльності виконавчих органів ради, заступнику міського голови, керуючому справами виконавчого комітету», а саме, п.3 рішення був викладений в такій редакції: «3. Відповідно до Положення про порядок преміювання та надання допомоги, матеріальної допомоги за рахунок фонду оплати праці працівників апарату, управлінь та відділів виконавчого комітету Сумської міської ради, п.п.2 п.2 постанови КМУ від 09.03.2006 № 268 «Про упорядкування структури та умов оплати праці працівників апарату органів виконавчої влади, органів прокуратури, судів та інших органів» здійснювати щомісячно преміювання міського голови, першого заступника міського голови, заступника міського голови з питань діяльності виконавчих органів ради відповідно до їх особистого вкладу в загальні результати роботи в розмірі, що не перевищує 300 % суми посадового окладу, надбавок та доплат у межах фонду преміювання та економії фонду оплати праці. Преміювання до державних і професійних свят та ювілейних дат здійснювати в розмірі, що не перевищує середньомісячної заробітної плати в межах коштів на оплату праці та економії фонду оплати праці».

Як вбачається зі змісту цього рішення № 1823-МР від 22.02.2017, воно не було прийнято виключно у відношенні міського голови, оскільки стосувалося також і інших посадових осіб; не визначало конкретних розмірів стимулюючих виплат та не було остаточним для виплати відповідної премії конкретній посадові особі, а містило лише визначення граничного рівня премії відповідно до особистого вкладу цих осіб в загальні результати роботи, не виходячи за межі фонду преміювання та економії фонду оплати праці, що підтвердив в апеляційному суді Лисенко О.М.

Положеннями п.5 ч.1 ст.26 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні» передбачено, що виключно на пленарних засіданнях сільської, селищної, міської ради вирішуються питання затвердження за пропозицією сільського, селищного, міського голови структури виконавчих органів ради, загальної

чисельності апарату ради та її виконавчих органів відповідно до типових штатів, затверджених КМУ, витрат на їх утримання.

Згідно абз.2 п.п.2 п.2, абз.2 п.6 постанови КМУ від 09.03.2006 № 268 «Про упорядкування структури та умов оплати праці працівників апарату органів виконавчої влади, органів прокуратури, судів та інших органів», яка регулює питання щодо умов оплати праці посадових осіб місцевого самоврядування, встановлено, що конкретні умови, порядок та розміри преміювання працівників визначаються у положенні про преміювання відповідного органу. Преміювання сільських, селищних і міських голів, голів районних і районних у містах рад, їх заступників, встановлення їм надбавок, надання матеріальної допомоги здійснюється у порядку та розмірі, установлених цією постановою, у межах затверджених видатків на оплату праці. Рішення про зазначені виплати приймається відповідною радою.

При цьому, колегія суддів вважає, що отримання грошової винагороди у формі зарплати та її складових – премії, надбавки, за своєю суттю не може виступати мотивом вказаних вище правопорушень, пов'язаних з корупцією, оскільки право «на зарплату, не нижчу від визначеної законом», законодавчо закріплене у ст.43 Конституції України, а згідно ч.1 і ч.2 ст.1 ЗУ «Про оплату праці» заробітна плата – це винагорода, обчислена у грошовому виразі, яку за трудовим договором роботодавець виплачує працівникові за виконану ним роботу, і її розмір залежить від складності та умов виконуваної роботи, професійно-ділових якостей працівника, результатів його праці та господарської діяльності підприємства.

Відповідно до ст.2 ЗУ «Про заробітну плату», структура зарплати складається з основної зарплати (це винагорода за виконану роботу відповідно до встановлених норм праці і відрядних розцінок для робітників та посадових окладів для службовців), додаткової зарплати (це винагорода за працю понад встановлені норми, за трудові успіхи та винахідливість і за особливі умови праці), інших заохочувальних та компенсаційних виплат (це виплати у формі винагород за підсумками роботи за рік, премії за спеціальними системами і положеннями, виплати в рамках грантів, компенсаційні та інші грошові і матеріальні виплати, які не передбачені актами чинного законодавства, або які провадяться понад встановлені зазначеними актами норми).

Таким чином, питання оплати праці, на переконання апеляційного суду, належить виключно до трудових правовідносин, а отже не відноситься до сфери приватного інтересу працівника в розумінні ч.1 ст.1 ЗУ «Про запобігання корупції».

З огляду на викладене, приймаючи рішення № 1823-МР від 22.02.2017 Сумська міська рада діяла в межах закону, оскільки вирішення питання затвердження витрат на утримання виконавчих органів ради на пленарних засіданнях є дискреційними повноваженнями міської ради та міського голови, за пропозицією якого таке питання розглядалося, та який наділений правом на участь в голосуванні за прийняття рішення під час засідання ради.

Той факт, що розпорядження Лисенка О.М. про затвердження Порядку щомісячного преміювання працівників апарату та виконавчих органів Сумської міської ради на 2017 рік № 17 від 13.01.2017 було прийнято перед прийняттям рішення № 1823-МР від 22.02.2017, жодним чином не свідчить про наявність у нього приватного інтересу, оскільки в Сумській міській раді чинне положення про преміювання відсутнє, а вказане розпорядження Сумського міського голови було винесене виключно з метою стимулювання сумлінного та якісного виконання посадовими особами виконавчих органів Сумської міської ради своїх посадових обов'язків, ініціативного і творчого підходу до вирішення поставлених завдань, забезпечення належного рівня трудової та виконавської дисципліни.

Не може на думку апеляційного суду вказувати на наявність в діях Лисенка О.М. приватного інтересу той факт, що проект рішення № 1823-МР від 22.02.2017 не оприлюднювався, оскільки це питання стосується виключно дотримання Регламенту роботи Сумської міської ради, що не є предметом дослідження при судовому розгляді даної справи.

Згідно усталеної судової практики ЄСПЛ (п.31, рішення по справі «Ракевич проти Росії» (Rakevich v. Russia); п.109, рішення по справі «Церква Бессарабської Митрополії та інші проти Молдови» (Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova); п.53, рішення по справі «Єлоєв проти України» (Yeloyev v. Ukraine) та п.19, рішення по справі «Новік проти України» (Novik v. Ukraine), за вказаних вище обставин слід також враховувати і принцип правової визначеності, який є складовою принципу верховенства права і згідно якого «закон має бути доступним та передбачуваним, що стосується його наслідків, тобто вираженням із достатньою точністю, щоб дати змогу особі в разі необхідності регулювати його положеннями свою поведінку».

Аналогічним рішенням від 14.10.2010 у справі «Щокін проти України» (Shchokin v. Ukraine), ЄСПЛ визначено концепцію якості закону, зокрема з вимогою, щоб він був доступним для заінтересованих осіб, чітким та передбачуваним у своєму застосуванні. Відсутність у національному законодавстві необхідної чіткості і точності порушує вимогу «якості закону». В разі, коли національне законодавство припустило неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов'язків осіб, національні органи зобов'язані застосовувати найбільш сприятливий для осіб підхід, тобто вирішення колізій у законодавстві завжди тлумачиться на користь особи, в даному конкретному випадку на користь Лисенка О.М.

В іншій справі «Стіл та інші проти Сполученого Королівства» (Steel and others v. the United Kingdom), рішення від 23.09.1998 (п.54) ЄСПЛ наголосив, що «Конвенція вимагає, щоб усе право, чи то писане, чи неписане, було достатньо чітким, щоб дозволити громадянинові, якщо виникне потреба з належною порадою, передбачати певною мірою за певних обставин наслідки, які може спричинити певна дія».

КС України в своєму рішенні від 29.06.2010 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини також зазначив, що «одним із елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями» (абз.3 п.п.3.1 п.3), а у рішенні від 22.09.2005 № 5-рп/2005 той же Суд вказав, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абз.2 п.п.5.4 п.5).

У зв'язку з викладеним, при встановленні факту наявності або відсутності реального конфлікту інтересів підлягають врахуванню в обов'язковому порядку Методичні рекомендації щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів НАЗК, до повноважень якого у відповідності до вимог п.15 ч.1 ст.11 ЗУ «Про запобігання корупції» й належить надання роз'яснень, методичної та консультативної допомоги з питань застосування актів законодавства з питань етичної поведінки, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та порівняних до них осіб.

Зокрема, згідно вказаних рекомендацій НАЗК, «при прийнятті міською радою рішення про стимулюючі виплати керівництву міської ради, керівникам, заступникам керівників і працівникам виконавчих органів міської ради, яким встановлюється лише граничний рівень надбавки за високі досягнення у праці або за виконання особливо важливої роботи та премії, у міського голови та депутатів міської ради приватний інтерес (який є одним з обов'язкових складових для встановлення наявності реального конфлікту інтересів) відсутній, оскільки конкретні розміри стимулюючих виплат таким рішенням для відповідної посадової особи не визначаються, воно не є остаточним для виплати відповідної надбавки та премії, а їх конкретний розмір встановлюється окремими актами відповідно міської ради (керівника)».

Будь-яких підстав не брати до уваги зазначені рекомендації апеляційний суд не вбачає, оскільки незважаючи на те, що рішення НАЗК про їх затвердження було прийнято після ухвалення Сумською міською радою рішення № 1823-МР від 22.02.2017, така обставина ніяким чином не впливає на можливість їх використання до відносин, що виникли раніше, оскільки вони тлумачаться на користь особи. При цьому, враховуючи п. «е» ч.5 Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади, затвердженого постановою КМУ № 731 від 28.12.1992, рекомендації НАЗК державній реєстрації не підлягають, як про це необгрунтовано дійшла висновку суддя суду першої інстанції.

Крім того, апеляційний суд вважає, що прийняття Сумською міською радою рішення № 1823-МР від 22.02.2017 при відсутності чинного положення про преміювання не протирічить вказаним рекомендаціям НАЗК, оскільки в даному випадку вирішальним є факт голосування міським головою за рішення про стимулюючі виплати без визначення їх конкретних розмірів та відсутність при цьому приватного інтересу.

Також апеляційний суд не може погодитися з висновками судді суду першої інстанції про те, що голос Лисенка О.М. став вирішальним під час ухвалення рішення № 1823-МР від 22.02.2017, оскільки це не знайшло свого підтвердження під час апеляційного розгляду справи, з матеріалів якої вбачається, що 22.02.2017 на пленарному засіданні XXI сесії Сумської міської ради VII скликання після постановлення на голосування проекту рішення «Про внесення змін та доповнень до рішень Сумської міської ради від 11.12.2015 року № 61-МР, від 27.01.2016 року № 291-МР», відповідно до даних електронної системи «Рада-В» були зареєстровані 32 особи, а саме – 31 депутат та міський голова. За результатами голосування рішення було прийнято, при цьому голосування відбулося таким чином: 10 депутатів не голосувало, а 22 особи проголосували «за» (21 депутат та міський голова).

При цьому, матеріали справи не містять жодного доказу, що саме голос Лисенка О.М. став вирішальним під час прийняття рішення, а не голос будь-якої іншої особи із числа 21 депутата, оскільки підрахунок голосів здійснюється за допомогою лічильної системи, в той час як матеріали справи не містять даних щодо послідовності голосування депутатів та міського голови.

Враховуючи зазначені вище обставини, апеляційний суд вважає, що під час розгляду та прийняття рішення № 1823-МР від 22.02.2017 у Лисенка О.М. не було реального конфлікту інтересів між його приватним інтересом та службовими повноваженнями Сумського міського голови, який би впливав на

16910
об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень.

Ретельно дослідивши та перевіrivши в ході апеляційного розгляду усі наявні в справі докази, апеляційний суд приходить до переконання про відсутність в діях Лисенка О.М. складів правопорушень, пов'язаних з корупцією, передбачених ч.1 ст.172-7 і ч.2 ст.172-7 КУпАП, за обставин, викладених як у протоколах про адміністративні правопорушення, так і постанові судді, оскільки належних, достовірних і допустимих доказів, яких було б достатньо для визнання його винуватим у вчиненні даних правопорушень під час апеляційного розгляду встановлено не було.

При цьому, всі можливості для усунення сумнівів були вичерпані, а сукупність зібраних та проаналізованих по справі доказів не дозволяє їх спростувати у категоричній формі та зробити беззаперечний і однозначний висновок про вчинення Лисенком О.М. дій, направлених на порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів (не повідомлення про наявність реального конфлікту інтересів та прийняття рішення в умовах реального конфлікту інтересів).

Відповідно до ст.8 Конституції України, в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Норми Конституції є нормами прямої дії, а згідно ч.2 ст.62 Конституції України, усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться виключно на її користь, тобто суд може притягнути особу до відповідальності лише на тих доказах, які спростовують усі розумні сумніви щодо вини особи. Докази, що викликають такі сумніви, суд має вмотивовано відхилити у своїй постанові.

Зазначене узгоджується і з правовою позицією ЄСПЛ, згідно якої «доказування, зокрема, має впливати із сукупності ознак чи неспростованих презумпцій, достатньо вагомих, чітких та узгоджених між собою, а за відсутності таких ознак не можна констатувати, що винуватість особи доведено поза розумним сумнівом» (рішення від 14.02.2008 у справі «Кобець проти України» (Kobets v. Ukraine), п.43 (з відсиланням на п.282 рішення у справі «Авшар проти Туреччини» (Avsar v. Turkey)). Розумним є сумнів, який ґрунтується на певних обставинах та здоровому глузді, впливає зі справедливого та зваженого розгляду усіх належних та допустимих відомостей, визнаних доказами, або з відсутності таких відомостей і є таким, який змусив би особу втриматися від прийняття рішення у питаннях, що мають для неї найбільш важливе значення.

З огляду на викладене, доводи апеляційних Лисенка О.М. та його захисника Молібог Ю.М. в цих частинах є обґрунтованими і заслуговують на увагу, а постанова судді – підлягає скасуванню у зв'язку з неправильним застосуванням норм матеріального права.

Що стосується доводів апеляційної скарги Лисенка О.М. про те, що під час закриття провадження у справі через закінчення строків накладення стягнення вина встановлюватися не повинна, то вони є необґрунтованими і задоволенню не підлягають, оскільки відповідно до ч.3 ст.38 КУпАП, адміністративне стягнення за вчинення правопорушення, пов'язаного з корупцією, може бути накладено протягом трьох місяців з дня його виявлення, але не пізніше двох років з дня його вчинення.

Зі змісту наведеної правової норми та її аналізу вбачається, що закриття провадження на підставі ч.3 ст.38 і п.7 ч.1 ст.247 КУпАП можливе за одночасної наявності таких умов: 1) вчинення (виявлення) адміністративного правопорушення; 2) сплив встановленого законом трьохмісячного строку, перебіг якого розпочинається з дня виявлення правопорушення, але не пізніше двох років з дня його вчинення.

Слід зазначити, що під строком розуміють тривалість часу, з початком перебігу або із спливом якого правові норми пов'язують настання певних юридичних наслідків. При цьому строк розглядається у двох формах існування: позитивній (коли юридичні наслідки пов'язуються із спливом строку) і негативній (коли юридичне значення має саме перебіг строку).

Як вбачається зі змісту п.7 ч.1 ст.247 КУпАП, законодавець розглядає встановлений трьохмісячний строк у його позитивній формі, адже передбачає такі правові наслідки його спливу як закриття провадження у справі про адміністративне правопорушення. При визначенні початку перебігу вказаного строку законодавець використовує суб'єктивні та об'єктивні критерії. Використання об'єктивного критерію передбачає обчислення строку з моменту вчинення правопорушення, суб'єктивного – з моменту, коли уповноважена особа отримала чи повинна була отримати інформацію щодо порушення належного їйому права, свободи чи охоронюваного законом інтересу. При цьому, для обчислення встановленого законом строку для накладення стягнення та закриття провадження у справі у зв'язку з його спливом необхідним є встановлення факту вчинення правопорушення – протиправної, винної дії чи бездіяльності.

Таким чином, закриття провадження у справі за п.7 ч.1 ст.247 КУпАП можливе лише за умови встановлення судом факту вчинення особою винної протиправної дії чи допущення винної протиправної бездіяльності, що підпадає під ознаки правопорушення. Наявність можливого правопорушення, не доведеного та не підтвердженого належними та допустимими доказами, не може бути достатньою підставою для закриття провадження у справі.

Водночас слід зауважити, що однією з самостійних підстав для закриття провадження у справі законодавець визначає відсутність події і складу адміністративного правопорушення (п.1 ч.1 ст.247

КУпАП), тобто у разі, якщо факту вчинення правопорушення встановлено не буде, то провадження у справі підлягатиме закриттю на підставі п.1, а не п.7 ч.1 ст.247 КУпАП.

Є необґрунтованими і доводи апеляційної скарги захисника Молібог Ю.М. про скасування постанови судді через відсутність події правопорушень, оскільки з матеріалів справи вбачається, що сама подія (прийняття Сумською міською радою рішення № 1823-МР від 22.02.2017) мала місце, а тому така підстава для скасування судового рішення у передбачений законом спосіб відсутня.

Апеляційний суд не може прийняти до уваги доводи захисника також про те, що неучасть Лисенка О.М. в пленарному засіданні призвела б до втрати правомочності міської ради, а тому він зобов'язаний був голосувати, при цьому функція здійснення зовнішнього контролю у такому випадку повинна була бути покладена на сам колегіальний орган, який не прийняв жодного рішення з цього приводу, оскільки вони не ґрунтуються на законі.

Згідно абз.3 ч.2 ст.35 ЗУ «Про запобігання корупції», у разі якщо неучасть особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, прирівняної до неї особи, яка входить до складу колегіального органу, у прийнятті рішень цим органом призведе до втрати правомочності цього органу, участь такої особи у прийнятті рішень має здійснюватися під зовнішнім контролем. Рішення про здійснення зовнішнього контролю приймається відповідним колегіальним органом.

Відповідно до ч.1 ст.17 Розділу IV Регламенту роботи Сумської міської ради VII скликання правомочним складом міської ради є кількість депутатів, обраних до міської ради, повноваження яких визнано і не припинено в установленому законом порядку, яка становить не менш як дві третини від загального складу ради, а згідно ч.2 цієї статті загальний склад міської ради, визначений ЗУ «Про місцеві вибори» становить 42 депутата.

З матеріалів справи вбачається, що під час голосування за проект рішення № 1823-МР від 22.02.2017 участь приймали 31 депутат, що є більше ніж дві третини (28 депутатів) від загального складу ради, в тому числі і Сумський міський голова, а тому приймаючи вказане рішення засідання XXI сесії Сумської міської ради VII скликання було правомочним, внаслідок чого участь Лисенка О.М. як Сумського міського голови в голосуванні не повинна була здійснюватися під зовнішнім контролем міської ради.

Не заслуговують на увагу доводи апеляційної скарги Лисенка О.М. про те, що рішення № 1823-МР від 22.02.2017 стосується «міського голови», в той час як він обіймає посаду «Сумського міського голови», оскільки будь-яких сумнівів у тому, що в кожному випадку мається на увазі одна і та ж посада, й одна і та ж особа, такі відмінності не викликають.

На підставі викладеного, постанову судді суду першої інстанції про притягнення Лисенка О.М. до адміністративної відповідальності не можна вважати законною, обґрунтованою та належним чином вмотивованою, внаслідок чого це судові рішення підлягає скасуванню на підставі п.1 ст.247 КУпАП у зв'язку з відсутністю в діях Лисенка О.М. складів адміністративних правопорушень, передбачених ч.1 ст.172-7 та ч.2 ст.172-7 КУпАП, а провадження у справі – закриттю (п.3 ч.1 ст.284 КУпАП).

Керуючись ст.294 КУпАП України, –

п о с т а н о в и в:

Апеляційні скарги ЛИСЕНКА О.М. та захисника МОЛІБОГ Ю.М. задовольнити частково.

Постанову судді Зарічного районного суду м. Сум від 25 квітня 2018 року відносно **ЛИСЕНКА ОЛЕКСАНДРА МИКОЛАЙОВИЧА** скасувати через неправильне застосування суддею суду першої інстанції норм матеріального права, а провадження у справі закрити на підставі п.1 ч.1 ст.247 КУпАП у зв'язку з відсутністю в його діях складів адміністративних правопорушень, передбачених ч.1 ст.172-7 та ч.2 ст.172-7 КУпАП.

Постанова набирає законної сили негайно після її винесення, є остаточною й оскарженню не підлягає.

Суддя апеляційного суду

В.Ю.Рунов

