



АПАРАТ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Головне юридичне управління

01008, м.Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.:255-20-76

До реєстр. № 3475
(друге читання)

ЗАУВАЖЕННЯ до проекту Закону України про адміністративну процедуру (реєстр. № 3475)

У Головному юридичному управлінні розглянуто проект Закону України про адміністративну процедуру, підготовлений Комітетом Верховної Ради України з питань організації державної влади, місцевого самоврядування, регіонального розвитку та містобудування до розгляду у другому читанні.

У законопроекті, як зазначено в пояснювальній записці, зроблено спробу створити загальний нормативно-правовий акт для запровадження якісно нового рівня законодавчої регламентації процедур зовнішньо-управлінської діяльності органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та інших суб'єктів, які законом уповноважені здійснювати владні управлінські функції, та захисту прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб у відносинах із державою.

Однак, в результаті аналізу тексту законопроекту можна дійти висновку, що низка його положень не враховує вимог Конституції України, не узгоджується з положеннями інших законодавчих актів, зміни до яких проектом не вносяться, а також не містить завершених механізмів правового регулювання.

1. Насамперед слід зазначити, що преамбула закону - це передмова, вступна частина, в якій наголошується на мотивах законодавця, історичному контексті чи інших обставинах, які слугують причиною прийняття закону та/або мають братися до уваги в подальшому правозастосуванні чи тлумаченні змісту закону для розуміння завдань, які ставить перед собою законодавець, та обраних ним у законі способів їх досягнення. При цьому преамбула не повинна містити норм права.

Натомість **преамбула** поданого на розгляд проекту містить положення, що фактично дублюються зі змістом частини першої статті 1 проекту, якою визначений предмет регулювання та сфера дії Закону.

У зв'язку з цим зміст преамбули проекту слід доопрацювати з урахуванням її законодавчого призначення, який притаманний цій структурній частині законопроекту.

2. Згідно з пунктом 1 частини другої **статті 1** проекту «дія цього Закону не поширюється на відносини, що виникають під час розгляду звернень осіб, що містять пропозиції, рекомендації про формування державної та регіональної політики, вирішення питань місцевого значення (місцевої політики), а також щодо врегулювання суспільних відносин».

Однак, ні Конституція України, ні закони України не містять такого терміну як «регіональна політика» та не дають його визначення.

Натомість низка законів містить термін «державна регіональна політика» (закони України «Про засади зовнішньої і внутрішньої політики України», «Про державну регіональну політику», «Про стимулювання розвитку регіонів» тощо).

Більш того, з огляду на унітарний (а не федеративний) устрій України спроба запровадження у законодавчий обіг такої юридичної категорії як «регіональна політика», а тим більше як самостійний об'єкт - шляхом перерахування поряд з терміном «державна політика» є неправомірним та не випливає з положень Конституції України.

Те ж саме стосується терміну «місцева політика», який, до того ж, не узгоджується з частиною першою статті 140 Конституції України.

Водночас контекстний зміст, який, на нашу думку, був закладений у терміні «регіональна політика», охоплюється словосполученням «вирішення питань місцевого значення», про що йдеться в цьому ж пункті.

У зв'язку з цим у пункті 1 частини другої статті 1 проекту слова «та регіональної» та «місцева політика» пропонуємо виключити.

3. Відповідно до редакції **пункту 2 частини другої статті 1** проекту дія зазначеного Закону не поширюється на відносини, що виникають під час «судового провадження». За такого законодавчого підходу провадження у справах про адміністративні правопорушення, що розглядаються адміністративними комісіями при виконавчих комітетах сільських, селищних, міських рад, виконавчими комітетами (а в населених пунктах, де не створено виконавчих комітетів, - виконавчими органами, що виконують їх повноваження), органами Національної поліції, органами державних інспекцій та іншими органами (посадовими особами), уповноваженими на те Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі - КУпАП), має здійснюватися з дня набрання чинності Законом України «Про адміністративну процедуру» відповідно до його положень.

Аналіз змісту положень законопроекту дозволяє дійти висновку, що він одночасно:

1) містить положення щодо здійснення провадження у справах про адміністративні правопорушення, які натеper відсутні у КУпАП;

2) не містить положень, відповідно до яких наразі здійснюється провадження у справах про адміністративні правопорушення згідно з КУпАП;

3) не узгоджуються в низці положень з відповідними положеннями загальної частини КУпАП та інших законів України, що регулюють відносини, пов'язані із адміністративною відповідальністю.

Запропонований законопроектом несистемний підхід не дає однозначної відповіді на цілу низку питань, зокрема:

1) в якому порядку відбуватиметься розгляд справ про адміністративне правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксоване в автоматичному режимі, а також про порушення правил зупинки, стоянки, паркування транспортних засобів, зафіксоване в режимі фотозйомки (відеозапису);

2) які особи матимуть право на оскарження постанови по справі про адміністративні правопорушення та які строки такого оскарження;

3) можливість перегляду постанови по справі за нововиявленими обставинами;

4) перегляд постанови по справі про адміністративне правопорушення у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом;

5) як регулюватимуться питання адміністративної відповідальності юридичних осіб, провадження по справах щодо яких здійснюється за окремими законами тощо.

У зв'язку з цим, з огляду на вітчизняну адміністративно-правову доктрину належна реалізація положень поданого законопроекту потребує концептуального осмислення щодо одночасного внесення відповідних змін до КУпАП та інших законодавчих актів України, які регулюють правовідносини, пов'язані із адміністративною відповідальністю (зокрема Митний кодекс України, Податковий кодекс України, Господарський кодекс України тощо).

З огляду на положення частини восьмої статті 90 Регламенту Верховної Ради України, такі зміни мали б викладатися у розділі «Перехідні положення» цього законопроекту або в одночасно внесеному його ініціатором окремому законопроекті. Натомість всупереч зазначеному положенню Регламенту пунктом 8 розділу IX проекту Кабінету Міністрів України надається доручення «протягом дванадцяти місяців з дня опублікування цього Закону ... подати на розгляд Верховної Ради України пропозиції щодо приведення законодавчих актів України у відповідність із цим Законом».

Відтак, здійснення системного аналізу законопроекту за відсутності відповідних законопроектів про внесення змін до інших законів, що регулюють суміжні суспільні відносини, видається неможливим.

4. До статті 2 проекту (щодо визначення термінів):

1) у **пункті 1 частини першої** розкривається визначення поняття «адміністративний орган», під яким розуміється «орган виконавчої влади, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування,

їх посадова особа, інший суб'єкт, який відповідно до закону уповноважений здійснювати функції публічної адміністрації».

Варто зауважити, що у Кодексі адміністративного судочинства України (далі - КАСУ) вживається термін «суб'єкт владних повноважень», визначення якого розкривається у пункті 7 частини першої статті 4 КАСУ і розуміється як - «орган державної влади (у тому числі без статусу юридичної особи), орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними публічно-владних управлінських функцій...».

Звертаємо увагу на те, що редакцією пункту 1 частини першої статті 2 проекту, що була прийнята у першому читанні, поняття «адміністративний орган», визначалося як «орган виконавчої влади... уповноважений здійснювати публічно-владні управлінські функції».

Вважаємо, що термінологія пункту 1 частини першої статті 2 проекту в редакції першого читання є більш прийнятною та такою, що узгоджується з чинним законодавством та напрацьованою судовою практикою, порівняно з редакцією цієї ж норми, підготовленої до другого читання, і яка не враховує термінології КАСУ.

Зазначе зауваження стосується також і прембули та частини першої статті 1 проекту, в яких також вживається формулювання «функції публічної адміністрації».

Крім того, на нашу думку, визначення похідного терміну «функції публічної адміністрації» без визначення основного терміну «публічна адміністрація» є несистемним і не враховує вимогу юридичної визначеності тексту закону як складової принципу верховенства права (стаття 8 Конституції України);

2) згідно з **пунктом 3 частини першої** термін «адміністративний акт» визначається як «рішення або юридично значима дія індивідуального характеру». Тобто під зазначеним терміном у тексті проекту розуміється і рішення і дія. Однак водночас у тексті проекту вживається також термін «рішення, дія чи бездіяльність» (наприклад, частина перша статті 18 проекту). Відтак суб'єкт застосування таких правових норм змушений буде сам приймати рішення чи йдеться в тому чи іншому випадку саме про адміністративний акт, чи то мова йде про щось інше. Таким чином, в зазначеній частині проект не враховує вимогу однаковості термінології, що суттєво впливає на юридичну визначеність та ясність закону (принцип верховенства права, гарантований статтею 8 Конституції України);

5. Основним Законом Держави Україну проголошено демократичною, правовою державою, в якій визнається і діє принцип верховенства права; Конституція України має найвищу юридичну силу; закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй (стаття 1, частини перша – друга статті 8). При цьому, як зазначив Конституційний Суд України у Рішенні від 26 квітня 2018 року № 4-рп/2018, Верховна Рада України, здійснюючи законодавче регулювання

суспільних відносин, зобов'язана забезпечити верховенство Конституції України.

Неодноразово Конституційний Суд України у своїх рішеннях наголошував і на тому, що верховенство права – це панування права у суспільстві; верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо (абзац другий підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004). Неодмінним елементом принципу верховенства права, як відзначив єдиний орган конституційної юрисдикції, є юридична визначеність, яка вимагає від законодавця чіткості, зрозумілості, однозначності правових норм, їх передбачуваності (прогнозованості) для забезпечення стабільного правового становища людини, оскільки інше не може забезпечити їх однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005, абзац дев'ятий підпункту 4.3 пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 27 лютого 2018 року № 1-р/2018); юридичною визначеністю обумовлюється втілення легітимних очікувань, тобто досягнення бажаного результату шляхом вчинення правомірних дій з огляду на заздалегідь передбачені ймовірні наслідки (абзац третій підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Першого сенату від 5 червня 2019 року № 3-р(І)/2019).

Проте окремі положення законопроекту порушують принцип правової визначеності (як елемент верховенства права, обов'язок дотримання якого встановлено статтею 8 Конституції України), що не сприятиме їх однозначному правозастосуванню та може призвести до порушення інших положень Основного Закону України.

Так, зокрема, **стаття 4** проекту визначає принципи адміністративної процедури. При цьому до зазначених принципів віднесено:

«1) верховенство права, у тому числі законності та юридичної визначеності;

2) рівність перед законом;

3) обґрунтованість та визначеність;

4) безсторонність (неупередженість) адміністративного органу;

5) добросовісність і розсудливість;

6) пропорційність;

7) відкритість;

8) своєчасність і розумний строк;

9) ефективність;

10) презумпція правомірності дій та вимог особи;

11) офіційність;

12) гарантування права особи на участь в адміністративному провадженні;

13) гарантування ефективних засобів правового захисту».

Зміст цих принципів визначено іншими статтями розділу I законопроекту.

Водночас відповідно до теорії права, документів Європейської комісії «За демократію через право» (зокрема, доповіді «Верховенство права»¹) та вищезазначених численних рішень Конституційного Суду України принцип «верховенства права» включає такі складові, як верховенство Конституції, законність, обмеження дискреційних повноважень, рівність у правах (рівноправності) та рівність всіх перед законом, правова (юридична) визначеність, захист довіри, правова передбачуваність, пропорційність, справедливість та розмірність, незалежність суду і суддів, судовий контроль над втручанням у право кожної людини на свободу, ефективність права на судовий захист.

Натомість згідно з проектом пункти 2, 3, 5, 6, 13 частини першої статті 4 проекту сформульовано як самостійні принципи, а не як складові принципу верховенства права. Наслідком такого підходу є неналежна юридична визначеність змісту положень проекту, що є якраз неприйнятним з огляду на принцип верховенства права. Так, наприклад, пункти 1 і 3 одночасно передбачають принцип визначеності, а відтак оцінка співвідношення між ними віддано на розсуд правозастосування.

З огляду на зазначене стаття 4 проекту, а також статті 5-20 проекту (де розкрито зміст зазначених принципів) потребує суттєвого доопрацювання, в тому числі шляхом об'єднання.

Так само не дотримано зазначених вимог статті 8 Конституції України у:

1) **пункті 4 частини першої статті 2, частині другій статті 7, частині третій статті 8** та інших положеннях проекту, в яких використовується формулювання «в необхідних випадках», «користуються додатковими гарантіями, передбаченими законом», «крім випадків, визначених законом». При цьому, однак, тлумачення змісту зазначених положень залишається на розсуд особи, яка їх застосовуватиме, оскільки не зрозуміло, про які закони, випадки та гарантії йдеться;

2) **статті 10** проекту щодо зобов'язання адміністративного органу діяти «добросовісно», керуватись «здоровим глуздом, логікою та загальноприйнятими нормами моралі» та щодо особи, яка зобов'язана здійснювати надані їй права «добросовісно» та «не зловживати ними» (ці поняття носять оціночний характер, отже, на практиці можуть по-різному тлумачитись);

3) **статті 14** проекту щодо організації розгляду та вирішення справ, з найменшими витратами коштів та інших ресурсів у простий та ефективний спосіб та щодо вчинення процедурних дій, що є достатніми та необхідними для належного вирішення справи (ці поняття носять оціночний характер, отже, на практиці можуть по-різному тлумачитись);

4) **частині другій статті 19** проекту, якою надається право відповідним особам користуватися послугами перекладача з посиланням на встановлений

¹ CDL-AD(2011)003rev

законом порядок. При цьому назва закону, який містить цей порядок, у проекті не вказана;

5) **пункті 3 частини четвертої статті 21** проекту щодо «обставин, які мають істотне значення», оскільки зазначене положення має оціночний характер;

6) **частині дев'ятій статті 21** законопроекту, відповідно до якої «у разі недосагнення адміністративними органами згоди щодо компетенції та відсутності органу, який є органом вищого рівня для таких адміністративних органів, будь-який адміністративний орган або особа має право звернутися до суду для встановлення органу, компетентного вирішувати відповідну справу». Однак натеper відповідне повноваження суду законодавчими нормами не визначено. Тобто, створюється ситуація, за якої одним законодавчим актом передбачено зазначене право особи чи адміністративного органу, але відсутнє процесуальне законодавче положення, яке б забезпечувало здійснення цього права. При цьому наголошуємо, що основною функцією та виключною компетенцією судів є здійснення правосуддя (стаття 124 Конституції України), а не "встановлення органу, компетентного вирішувати відповідну справу". У Рішенні від 23 грудня 1997 року № 7-зп Конституційний Суд України зауважив, що Конституція України має найвищу юридичну силу (частина друга статті 8 Конституції України). Верховенство конституційних норм поширюється на всі сфери державної діяльності, в тому числі і на законотворчий процес. Верховна Рада України, приймаючи закони, не має права допускати невідповідностей щодо будь-яких положень, прямо закріплених в Конституції України;

7) **пункті 4 частини першої статті 23** проекту, яким передбачено, що посадова особа адміністративного органу, яка розглядає справу, не може брати участі в адміністративному провадженні та підлягає відводу (самовідводу), якщо вона бере участь в одному й тому самому судовому провадженні з учасником адміністративного провадження або його представником. Проте наведене положення не дає змоги однозначно встановити, про яке ж "одне й те саме судове провадження" йдеться, оскільки розгляд публічно-правового спору в суді з урахуванням принципу ефективності (пункт 9 статті 4 проекту) має виключати можливість одночасного розгляду однопредметної справи за правилами адміністративного оскарження;

8) **частині третій статті 24** проекту щодо збільшення строку для прийняття рішення про відвід та визначення іншої уповноваженої на розгляд справи посадової особи чи про відмову у відводі з відповідним обґрунтуванням у разі «наявності обґрунтованих причин», оскільки зазначене положення має оціночний характер;

9) **частині першій статті 25** проекту, згідно з якою « правонаступництво адміністративного органу – це повний або частковий перехід компетенції (функцій, повноважень та відповідальності) від одного адміністративного органу до іншого, що здійснюється в порядку, визначеному законом». Водночас наведене положення не враховує того факту, що до правонаступництва адміністративного органу слід відносити не тільки перехід

компетенції, але й перехід майна, прав та обов'язків, що є правонаступництвом у сфері приватного права. При цьому недосконалість окремих законодавчих положень призводить до того, що усунення правової невизначеності здійснюється судом шляхом тлумачення норм законів. Так, зокрема у постанові від 11 жовтня 2019 року у справі № 812/1408/16 Верховний Суд (позиція не є поодинокую) зазначив таке: «Публічне правонаступництво органів державної влади є окремим, особливим видом правонаступництва, під таким терміном розуміється перехід в установлених законом випадках прав та обов'язків одного суб'єкта права іншому. ... Отже, правонаступництво у сфері управлінської діяльності органів державної влади (публічне правонаступництво) передбачає повне або часткове передання (набуття) адміністративної компетенції одного суб'єкта владних повноважень (суб'єкта публічної адміністрації) до іншого або внаслідок припинення первісного суб'єкта, або внаслідок повного чи часткового припинення його адміністративної компетенції». Таким чином, у наведеному положенні законопроекту слід вказати, що йдеться саме про «публічне правонаступництво» задля дотримання вимог щодо ясності і недвозначності правової норми;

10) частині першій статті 60 проекту, згідно з якою «якщо задоволення заяви не потребує додаткових документів та відомостей, залучення учасників адміністративного провадження чи осіб, які сприяють розгляду справи, проведення експертизи чи вчинення інших підготовчих дій, справа повинна бути вирішена невідкладно, крім випадку, якщо невідкладне вирішення справи впливає на об'єктивність і законність рішення або потребує невиправданих витрат часу та інших ресурсів». Однак зазначена редакція, на нашу думку, не дозволяє зробити однозначний висновок, яким чином «невідкладне вирішення справи» може потребувати невиправданих витрат часу», оскільки поняття «невідкладний» уже свідчить про обмежені часові рамки;

11) статті 77 законопроекту, частиною третьою якої визначено, що «нікчемний адміністративний акт не набирає чинності». Однак, по-перше, зазначена стаття проекту не містить визначення поняття «нікчемності адміністративного акта», по-друге, зазначене положення не узгоджується з частиною четвертою цієї ж статті проекту, згідно з якою нікчемність адміністративного акта встановлюється самим адміністративним органом або ж судом, а отже такий акт вже мав бути чинним. По-третє, у проекті відсутні положення про те, як співвідноситься встановлення нікчемності акта із можливим його скасуванням (пункт 5 частини першої статті 76 проекту). По-четверте, системний аналіз положень законопроекту не дає змоги встановити, якими будуть правові наслідки «нікчемності акта», якщо він вже був виконаний повністю або частково;

12) частині другій статті 79 проекту, якою передбачено, що «до складу комісії з розгляду скарг, крім посадових осіб адміністративного органу можуть включатися представники інститутів громадянського суспільства у кількості, що не перевищує третини від її загального складу». Однак дефініція терміну «інститут громадянського суспільства» у законопроекті не визначена, що

може призводити до множинності його тлумачення, а отже, і різного правозастосування;

13) **статті 92** проекту, якою передбачено, що «адміністративний акт, прийнятий на користь особи, який не потребує дій адміністративних органів, виконується (реалізується) особою добровільно». З нашої точки зору, доцільно було б уточнити строки добровільного виконання адміністративного акта;

14) **частини третьої статті 96** проекту, згідно з якою «у разі повторного невиконання адміністративного акта у новопризначений строк без поважних причин адміністративний орган у тому самому порядку може одноразово накласти на зобов'язану особу - адресата адміністративного акта грошове стягнення у тому самому або подвійному розмірі». Таким чином, у цьому випадку за відсутності критеріїв, визначених законом, адміністративний орган отримає необмежену дискрецію щодо визначення розміру штрафу, що може бути використано для корупційних дій;

15) **статті 97** проекту, з тексту якої не зрозуміло, який «безпосередній вплив» може застосовувати до зобов'язаної особи адміністративний орган;

16) **пункту 5 розділу IX** проекту, згідно з яким «адміністративні акти, прийняті після набрання чинності цим Законом, оскаржуються за правилами адміністративного оскарження у порядку, визначеному цим Законом». Однак, не зрозуміла мета такого припису, оскільки після набрання чинності проектом як законом всі правовідносини мають відбуватися на його підставі та у визначеному ним порядку. Натомість, на нашу думку, проект мав би визначити у цьому розділі як будуть оскаржуватися адміністративні акти, прийняті до набрання цим законом чинності;

17) **численних інших статтях** проекту, які містять посилання на інші закони, однак без вказання їх назви незрозуміло, до якого саме закону вони відсилають. Це стосується, зокрема, формулювань: *“в порядку, визначеному законом”*, *“крім випадків, передбачених законом”*, *“якщо інше не передбачено законом”* (ст. ст. 7, 8, 19, 26, 35, 41, 54, 78, 82, 89, 92, 95 тощо).

6. Відповідно до статті 9 проекту, якою визначається один з принципів адміністративної процедури – принцип рівності перед законом, дія зазначеного принципу не поширюється на всіх потенційних учасників адміністративної процедури, оскільки не передбачає здійснення адміністративного провадження на засадах рівності перед законом всіх громадських об'єднань, що не мають статусу юридичної особи.

7. У **частині другій статті 19** проекту передбачено право осіб, які не володіють або недостатньо володіють державною мовою чи мають вади слуху, користуватися послугами перекладача в порядку, встановленому законом.

На нашу думку, такі положення мають декларативний характер, оскільки проект не вирішує інших питань, пов'язаних із залучення перекладача, зокрема щодо його статусу та ролі в адміністративному провадженні, його прав та обов'язків, наслідків за завідомо неправдивий переклад та ухилення від виконання обов'язків тощо.

Це свідчить також про незавершеність правового механізму регулювання певних відносин, наслідком чого може стати ускладненість або неможливість практичної реалізації норм закону суб'єктами правозастосування.

Це саме зауваження стосується і положень проекту щодо експертів, спеціалістів, свідків (статті 29, 56, 57 проекту).

8. Частиною четвертою статті 24 проекту передбачено, що «рішення про відвід не приймається, якщо визначити іншу уповноважену на розгляд справи посадову особу неможливо. У такому разі розгляд та вирішення справи здійснюються під зовнішнім контролем відповідно до Закону України «Про запобігання корупції».

Слід зазначити, що відповідно Закону України «Про запобігання корупції» інститут зовнішнього контролю застосовується під час врегулювання конфлікту інтересів. Статтею 29 цього Закону передбачено, що зовнішнє врегулювання конфлікту інтересів здійснюється, зокрема шляхом застосування **зовнішнього контролю за виконанням** особою відповідного завдання, вчиненням нею певних дій чи прийняття рішень.

Такий контроль здійснюється у формах:

1) перевірка працівником, визначеним керівником органу, підприємства, установи, організації, стану та результатів виконання особою завдання, вчинення нею дій, змісту рішень чи проектів рішень, що приймаються або розробляються особою або відповідним колегіальним органом з питань, пов'язаних із предметом конфлікту інтересів;

2) виконання особою завдання, вчинення нею дій, розгляд справ, підготовка та прийняття нею рішень у присутності визначеного керівником органу працівника;

3) участь уповноваженої особи Національного агентства в роботі колегіального органу в статусі спостерігача без права голосу.

З огляду на викладене, втілення подібного підходу до врегулювання діяльності адміністративного органу під час розгляду та вирішення адміністративної справи, на нашу думку, видається сумнівним, оскільки виникає питання, в який спосіб він може бути реалізований на практиці.

9. Відповідно до статті 27 проекту одним з учасників адміністративного провадження є заінтересована особа – будь-яка особа, право, свободу чи законний інтерес якої негативно зачіпає або може зачіпати адміністративний акт.

Відповідно до частин другої – четвертої статті 49 проекту «заінтересована особа може залучатися до участі в адміністративному провадженні адміністративним органом за його ініціативою або за клопотанням іншого учасника адміністративного провадження. Будь-яка особа, право, свобода чи законний інтерес якої зачіпається справою, може клопотати про отримання статусу заінтересованої особи. Рішення про надання чи відмову в наданні особі статусу заінтересованої особи приймається адміністративним органом, про що повідомляється такій особі та зазначається у матеріалах справи».

При цьому проектом не визначається строк, протягом якого адміністративний орган має розглянути таке клопотання, оскільки статтею 50 проекту визначається тільки строк розгляду клопотань, поданих учасниками адміністративного провадження.

Крім цього, у разі відмови в задоволенні клопотання адміністративний орган зобов'язаний невідкладно поінформувати про це з обов'язковим зазначенням мотивів такої відмови тільки учасника адміністративного провадження (частина друга статті 50).

Таким чином, проект містить прогалину, оскільки не визначає строку, у який адміністративний орган має прийняти рішення про надання чи відмову в наданні особі статусу заінтересованої особи на клопотання такої особи, а також не покладає на нього зобов'язання поінформувати таку особу у разі відмови в задоволенні клопотання.

10. Проектом передбачається залучення до участі в адміністративному провадженні свідка, експерта, спеціаліста, перекладача (**стаття 29 проекту**), а також запроваджується інститут доказів, зокрема, дослідження адміністративним органом обставин справи, визначаються види засобів доказування (наприклад, пояснення учасників провадження, свідків, висновки або пояснення експертів, консультації або роз'яснення спеціалістів, огляд на місці та огляд речей (**статті 52 - 58 проекту**)).

До того ж, як вбачається і з інших статей проекту, у ньому зроблено спробу унормування процедур адміністративного провадження, які є схожими та наближеними до судового процесу. Зокрема, це стосується відводів посадової особи, витребування документів, залучення до участі в адміністративному провадженні осіб, які сприяють розгляду справи, заінтересованих осіб, збирання доказів, оцінка допустимості, достатності доказів, призначення експертизи, залишення заяви без руху тощо.

Однак, передбачивши у положеннях проекту такі засоби доказування як пояснення свідків, висновки або пояснення експертів, консультації або роз'яснення спеціалістів у проекті поза увагою залишились питання правового статусу цих осіб, що свідчить про односторонній підхід до унормування порушених питань.

Наприклад, якщо взяти до уваги процесуальний статус експерта та спеціаліста у судочинстві, то у процесуальних кодексах передбачено хто може бути експертом, спеціалістом, випадки, коли експерт може відмовитись від надання висновку, права та обов'язки експерта та спеціаліста, характеристика та вимоги до висновку експерта, питання, з яких має бути проведена експертиза або які можуть бути поставлені спеціалісту, оцінка висновку експерта, випадки призначення додаткової або повторної експертизи, дослідження висновку експерта, попередження про кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених обов'язків тощо.

Крім того, необхідно враховувати й те, що нині за завідомо неправдиве показання свідка, завідомо неправдивий висновок експерта, спеціаліста,

складені для надання або надані відповідному органу, а також відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків передбачена кримінальна відповідальність.

Однак проектом не передбачено положень щодо наслідків досліджених доказів у разі завідомо неправдивого показання свідка, завідомо неправдивого висновку експерта, спеціаліста чи відмови від давання показань, відмови від виконання покладених обов'язків експертом чи перекладачем. У зв'язку з цим поданий висновок експерта, роз'яснення спеціаліста чи пояснення свідка викликатиме сумнів з приводу їх достовірності та правдивості, в наслідок чого нівелюється сама ідея запровадження в адміністративну процедуру пояснень свідків, проведення експертизи, надання консультацій спеціаліста.

11. Відповідно до речення другого **частини першої статті 31** законопроекту «особа не має права брати участь в адміністративному провадженні або у вчиненні окремих процедурних дій через її представника у разі, якщо законом передбачена особиста участь такої особи». Однак наведене положення суперечить положенням Конституції та законів України. Так, згідно зі статтею 131² Конституції України «для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура». Водночас відповідно до частини першої статті 59 Конституції України «кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав». Пунктом 2 частини першої статті 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено, що «адвокатська діяльність – незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту». А пунктом 9 частини першої статті 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що «представництво – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні». До того ж частиною першою статті 237 Цивільного кодексу України визначено, що представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє».

Таким чином, представництво особи в органах державної влади чи місцевого самоврядування є видом професійної правничої допомоги, яка гарантована Конституцією України.

Крім того, Конституційний Суд України у резолютивній частині Рішення від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009 зазначив таке:

«1. Положення частини першої статті 59 Конституції України «кожен має право на правову допомогу» треба розуміти як гарантовану державою

можливість будь-якій особі незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує.

2. Положення частини другої статті 59 Конституції України «для ... надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» в аспекті конституційного звернення треба розуміти так, що особа під час допиту її як свідка в органах дізнання, досудового слідства чи дачі пояснень у правовідносинах з цими та іншими державними органами має право на правову (юридичну) допомогу від обраної за власним бажанням особи в статусі адвоката, що не виключає можливості отримання такої допомоги від іншої особи, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень».

Таким чином, визначені законопроектом обмеження щодо участі особи в адміністративному провадженні через її представника у разі, якщо законом передбачена особиста участь такої особи, фактично позбавляє особу права на правову допомогу, чим не узгоджується із положенням Конституції та законів України, а також не враховує позиції єдиного органу конституційної юрисдикції України. При цьому зауважуємо, що окрема процедурна дія може бути вчинена у випадку, визначеному законом, лише за особистої участі особи, однак наявність адвоката не повинна виключатися.

Аналогічні зауваження стосуються абзацу другого **частини першої статті 59** законопроекту.

12. У частині сьомій статті 32 проекту передбачено, що якщо час отримання запрошення, надісланого поштою чи електронною поштою, не зафіксовано, воно вважається отриманим особою на п'ятий день з дня відправлення, крім випадків, коли наявна інформація, що запрошення не надійшло або надійшло пізніше. Якщо особа заявляє про неотримання запрошення, надісланого поштою чи електронною поштою, або про отримання його **пізніше ніж на п'ятий день** відправлення, на адміністративний орган покладається обов'язок доказування факту і часу отримання запрошення особою.

Наведена редакція не враховує те, що на практиці таке положення може призводити до порушення прав учасників адміністративного провадження та порушення принципу гласності, що передбачений статтею 12 проекту, що не виключає виникнення ситуації, за якої можливі зловживання службових осіб адміністративного органу щодо фіксування часу отримання запрошення електронною поштою.

Тому, на нашу думку, у статті 32 проекту слід також перебачити, що у разі направлення повідомлення особі електронною поштою, вона повинна протягом визначеного проектом терміну підтвердити отримання такого повідомлення. Текст такого підтвердження роздруковується та приєднується до матеріалів справи і вважається належним повідомленням.

Звертаємо також увагу на те, що частиною другою статті 32 проекту передбачено здійснення запрошення за допомогою телефона. Проте, у положеннях проекту відсутні норми про фіксацію (підтвердження) отримання такого запрошення.

13. Положення частини першої статті 40 законопроекту, згідно з яким «законодавством можуть бути встановлені додаткові вимоги до змісту заяви», не узгоджується з частиною другою статті 19 Конституції України, якою визначено, що «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України».

Так само не дотримано вимог частини другої статті 19 Конституції України у положеннях:

1) **частини другої статті 10, частини першої статті 22, частини другої статті 29, частини шостої статті 34, частин другої та четвертої статті 39, статті 40, частини третьої статті 41, частини першої статті 43, частини другої статті 48, частини першої статті 49, частини другої статті 52, частин першої, шостої статті 53, частини п'ятої статті 79 та інших статей проекту,** якими визначається обсяг повноважень адміністративного органу чи спосіб їх здійснення таким органом;

2) **частини сьомої статті 53 проекту,** якою передбачено, що якщо законодавством не визначено докази та/або засоби доказування, якими можуть підтверджуватися обставини справи, адміністративний орган на власний розсуд визначає належність, допустимість, достовірність та достатність зібраних ним чи наданих учасниками адміністративного провадження доказів. Зауважуємо, що широкі дискреційні повноваження органів державної влади та їх посадових осіб часто призводять до порушень прав і свобод громадян, створюють ґрунт для корупції та інших зловживань;

3) **частин другої та третьої статті 95** проекту, відповідно до якої «адміністративний орган має право» на вчинення певних дій. Оскільки адміністративний орган здійснює повноваження, а не має права, слова «має право» варто замінити словом «може». Те ж саме стосується частини першої статті 59, частини третьої статті 73 проекту;

14. Частиною четвертою статті 51 проекту передбачено, що «адміністративний орган за можливості забезпечує для учасників адміністративного провадження безоплатний віддалений доступ у режимі реального часу до всіх матеріалів справи, що зберігаються в електронній формі, у тому числі з використанням засобів Єдиного державного вебпорталу електронних послуг». Зазначене положення не узгоджується з частинами першою та третьою цієї ж статті проекту, якою передбачено, що:

1) адміністративний орган під час здійснення та після завершення адміністративного провадження надає його учаснику можливість ознайомлюватися з матеріалами справи (крім відомостей, які відповідно до закону віднесено до інформації з обмеженим доступом);

2) право ознайомлюватися з матеріалами справи, одержувати копії документів та відомостей, передбачених цією статтею, може бути обмежено лише за умови та протягом терміну дії обмеження доступу до таких документів чи відомостей згідно із законодавством про захист інформації. Документи, що містять персональні дані, комерційну чи професійну таємницю, можуть бути надані лише у тому обсязі, що є об'єктивно необхідним для розгляду адміністративної справи або захисту прав його учасників.

Крім цього, частина четверта статті 51 проекту, у якій не передбачено, що для учасників адміністративного провадження забезпечує віддалений доступ до всіх матеріалів справи крім відомостей, які відповідно до закону віднесено до інформації з обмеженим доступом, не узгоджується з положеннями Конституції України, якими встановлено, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (частини перша і друга статті 32).

Аналіз зазначених положень Основного Закону України, правових позицій Конституційного Суду України дає підстави для висновку, що «втручання у конституційне право особи на приватне і сімейне життя (шляхом збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди) допускається у виняткових випадках і вважатиметься законним у разі наявності підстави в національному законі, а також за умови, що такий закон відповідатиме принципу верховенства права, закріпленому в частині першій статті 8 Конституції України» (абзац шостий підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення від 11 жовтня 2018 року № 7-р/2018).

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях визначив чітку правову позицію, що захист персональних даних має основоположну важливість для здійснення особою свого права на повагу до приватного та сімейного життя, гарантованого статтею 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. Тому національне законодавство повинно забезпечити належні гарантії для запобігання будь-якому використанню персональних даних, що не відповідає гарантіям цієї статті (рішення у справі «S. і Марпер проти Сполученого Королівства» №№ 30562/04 та 30566/04 від 4 грудня 2008 року).

15. Абзацом другим частини першої статті 59 проекту передбачено, що «у справі, що стосується великої кількості осіб з однаковими інтересами, адміністративний орган може звернутися до таких осіб з вимогою призначити спільного представника. Якщо протягом встановленого адміністративним органом строку така вимога не буде виконана, адміністративний орган має

право призначити з кола таких осіб спільного представника на власний розсуд».

На нашу думку, зазначені положення, по-перше, свідчать про обмеження прав особи щодо особистої участі (самопредставництво) в адміністративному провадженні, що не враховує вимог положень статей 22 Конституції України, якими гарантується, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. По-друге, такі положення не узгоджуються із частиною першою статті 31 проекту, за якою особа може брати участь в адміністративному провадженні особисто. По-третє, виникає питання, за якими критеріями (ознаками) керівник адміністративного органу визначатиме спільного представника.

16. Стаття 62 законопроекту передбачає розгляд і вирішення справи в автоматичному режимі. При цьому у статті зазначено, що у випадках та в порядку, визначених законом, адміністративне провадження повністю або частково здійснюється адміністративним органом в автоматичному режимі (за допомогою програмних засобів без втручання людини). Адміністративний орган зобов'язаний вживати заходів для розгляду справ в автоматичному режимі. При цьому «адміністративний орган несе відповідальність за адміністративні акти, прийняті в автоматичному режимі».

Однак з тексту статті не зрозуміло:

- 1) про які саме випадки і про який закон йдеться;
- 2) яких заходів має вживати адміністративний орган;
- 3) яким нормативно-правовим актом передбачена відповідальність адміністративного органу за адміністративні акти, прийняті в автоматичному режимі. При цьому не визначено також вид відповідальності, перелік порушень і компенсаторні механізми.

На нашу думку, положення частини першої статті 62 законопроекту, відповідно до якої «у випадках та в порядку, визначених законом, адміністративне провадження повністю або частково здійснюється адміністративним органом в автоматичному режимі (за допомогою програмних засобів без втручання людини)», суперечить нормам Конституції України, за якими «органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України» (частина друга статті 6) та «органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» (частина друга статті 19).

Наведений висновок закономірно випливає з того факту, що Конституція та закони України надають відповідні повноваження саме органам державної влади (органам місцевого самоврядування) та їх посадовим особам, наслідком яких є, зокрема прийняття відповідних адміністративних актів. Відтак, передбачення можливості приймати відповідний акт в автоматичному режимі без втручання посадової особи чи органу у його прийняття суперечитиме

згаданим вимогам Конституції України. Якщо ж йдеться лише про формування відповідного проекту рішення органу державної влади чи місцевого самоврядування, з подальшими його перевіркою та затвердженням посадовою особою чи органом загалом, то це слід відобразити в законопроекті.

Крім того, згідно з частиною другою статті 58 Конституції України ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Таким чином встановлення відповідальності за правомірну діяльність не відповідає зазначеному конституційному припису.

17. Потребують узгодження між собою частини перша – третя статті 64 проекту, у яких визначаються підстави та порядок зупинення адміністративного провадження. Так, за пунктом 5 частини першої статті 64 адміністративний орган зупиняє адміністративне провадження (імперативно) у разі звернення усіх учасників адміністративного провадження у справі за скаргою з клопотанням про надання часу для примирення (до закінчення строку, про який учасники заявили у клопотанні). За пунктом 5 частини другої статті 64 адміністративний орган може зупинити адміністративне провадження у випадку клопотання (спільна заява) про надання часу для примирення.

Крім цього, невиправданим видається положення частини третьої статті 64 проекту, відповідно до якого у разі якщо особа бере участь у провадженні через свого представника, адміністративний орган не може зупинити адміністративне провадження у випадках призначення адміністративним органом експертизи – до одержання її результатів; клопотання (спільна заява) про надання часу для примирення; виникнення інших обставин, що перешкоджають вирішенню справи.

При цьому до підстав зупинення адміністративним органом адміністративного провадження віднесено об'єктивну неможливість розгляду цієї справи до вирішення іншої справи, яка розглядається судом або іншим адміністративним органом (до набрання законної сили рішенням суду або вирішення питання адміністративним органом в іншій справі) (пункт 4 частини першої статті 64 проекту).

Враховуючи, що:

1) відповідно до пункту 3 частини першої статті 45 проекту не підлягає розгляду заява, в якій порушено питання, яке, станом на день подання заяви до адміністративного органу, розглядається судом або щодо якого ухвалено судове рішення про відмову в задоволенні вимог заявника, крім випадків зміни істотних для вирішення справи обставин (умов);

2) відповідно до пункту 4 частини другої статті 65 адміністративне провадження закривається у разі якщо з того самого питання є судове рішення, що набрало законної сили;

3) відповідно до пункту 5 частини першої, частини другої статті 76, проекту адміністративний акт втрачає чинність внаслідок, зокрема, його скасуванням судом (якщо його виконання не призвело до настання незворотних правових наслідків);

видається доцільним доповнити частину першу статті 64 проекту та віднести також до підстав зупинення адміністративним органом адміністративного провадження відкриття провадження з того самого питання судом. Це дозволить уникнути зайвих витрат коштів та інших ресурсів і відповідатиме принципу ефективності, передбаченому пунктом 9 частини першої статті 1 та визначеному у статті 14 проекту.

Крім того, однією з підстав для закриття адміністративного провадження, незалежно від понесених адміністративним органом витрат на момент його закриття, є відмова учасника, за ініціативою якого розпочато адміністративне провадження, від розгляду його заяви або скарги (частина перша статті 65 проекту), однак у проекті не передбачено джерел фінансування понесених витрат у такому випадку.

18. Відповідно до **пунктів 6 і 7 частини другої статті 65** проекту адміністративне провадження закривається, якщо адміністративний орган, за ініціативою якого було відкрито провадження, вважає, що питання, з якого воно було відкрито, або його мета стали неможливими, а також в інших випадках, передбачених законом.

При цьому статтею 37 проекту визначений вичерпний перелік підстав, за наявності яких адміністративний орган ініціює адміністративне провадження, зокрема у разі: виконання адміністративним органом його повноважень, визначених законом; настання події, яка є визначеною законом підставою для прийняття адміністративного акта; порушення права, свободи чи законного інтересу особи або публічного інтересу, виявленого адміністративним органом.

Водночас запропонованими положеннями статті 65 проекту надаються повноваження адміністративному органу на свій розсуд здійснювати оцінку питань, які стали неможливими для розгляду та вирішення адміністративної справи, внаслідок чого він закриватиме адміністративне провадження.

На нашу думку, надання таких дискреційних повноважень адміністративному органу не забезпечує дотримання приписів частини другої статті 19 Конституції України та може призвести до свавілля та зловживань, виникненню конфлікту інтересів при здійсненні ним повноважень.

Що стосується закриття адміністративного провадження в інших випадках, передбачених законом, то, по-перше, вважаємо, що з метою недопущення маніпуляцій та зловживань з боку влади, у проекті доцільно передбачити вичерпний перелік підстав для закриття провадження адміністративним органом. По-друге, використане у нормі проекту формулювання «в інших випадках, передбачених законом» обумовлює правову невизначеність під час правозастосування.

19. Частиною третьою статті 79 проекту встановлено, що «у разі відсутності адміністративного органу вищого рівня скарга щодо прийнятого адміністративного акта, процедурних рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу подається до того самого адміністративного органу,

який прийняв адміністративний акт, вчинив процедурні дії та/або прийняв процедурне рішення чи допустив бездіяльність, що оскаржуються, якщо при ньому утворено комісію з розгляду скарг. Такий адміністративний орган має статус суб'єкта розгляду скарги».

На нашу думку, запропонований підхід до визначення інстанційності перегляду рішення, дії чи бездіяльності адміністративного органу має неоднозначний характер та є досить дискусійним.

Якщо взяти для порівняння судову систему, то відповідно до статті 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» інстанційність є одним із принципів побудови судоустрою. У судах судочинство здійснюється у декількох інстанціях, кожна з яких має свою особливість. Усі процесуальні кодекси передбачають розгляд справ у трьох судових інстанціях: першій, апеляційній та касаційній. Кожна наступна інстанція є судом вищої інстанції відносно судової інстанції, що раніше ухвалила рішення по справі.

З огляду на викладене, діяльність комісії з розгляду скарг, яка буде переглядати рішення свого ж адміністративного органу, як правило, викликатиме сумніви щодо об'єктивності та неупередженості такої комісії під час здійснення нею «квазі-судових» повноважень.

20. Положення **частини першої статті 91** законопроекту, за яким «майно та кошти, надані особі на підставі адміністративного акта, який відкликано, визнано недійсним із зворотною дією в часі, підлягають поверненню на підставі прийняття адміністративного акта відповідно до процедури, передбаченої цим Законом, з урахуванням положень Цивільного кодексу України», у контексті завдання шкоди шляхом вилучення певного майна, суперечить частині першій статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року, відповідно до якої «кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права» та рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «Стретч проти Сполученого Королівства» від 24 червня 2003 року, згідно з яким «самі по собі допущені органами влади порушення при передачі майна у власність особи не можуть бути безумовною підставою для повернення цього майна державі, якщо вони не допущені внаслідок винної, протиправної поведінки самого набувача майна». Тобто, йдеться про те, що у разі якщо особа набула у власність певне майно, скасування акта не може у всіх випадках призводити до завдання, зокрема, майнової шкоди такій особі. Як зазначив Конституційний Суд України у Рішенні від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005, конституційні принципи, на яких базується здійснення прав і свобод людини і громадянина в Україні, передбачають за змістом статей 1, 3, 6 (частина друга), 8, 19 (частина друга), 22, 23, 24 (частина перша) Основного Закону України правові гарантії, правову визначеність і пов'язану з ними передбачуваність законодавчої політики у певній сфері, необхідні для того, щоб учасники відповідних

правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано, тобто набуте право не може бути скасоване, звужене.

Відтак, це положення законопроекту не враховує законних очікувань особи та справедливого балансу інтересів сторін, а отже, не відображає дотримання вимоги пропорційності, що є складовою принципу верховенства права (стаття 8 Конституції України).

При цьому наведене положення також не узгоджується з частиною першою статті 3 законопроекту, за якою «адміністративна процедура визначається Конституцією України, цим та іншими законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та з урахуванням практики Європейського суду з прав людини».

Аналогічне зауваження стосується **пунктів 1 і 4 частини третьої, частини четвертої статті 88, частин другої і п'ятої статті 89 законопроекту.**

Разом із тим, у контексті положення пунктів 1 і 4 частини третьої статті 88 законопроекту, де йдеться, що *«правомірний адміністративний акт може бути відкликаний на шкоду особі, якщо: 1) це передбачено законом; ... 4) в публічних інтересах з відшкодуванням завданих особі збитків»*, зазначаємо, що сам факт «правомірності акта» не може вважатися беззастережним, оскільки натеper діє презумпція правомірності актів органів державної влади чи місцевого самоврядування до моменту їх скасування чи визнання протиправним та нечинним. Тому цілком прогнозованою видається ситуація, коли, прикриваючись публічним інтересом, буде відкликатися певний акт через те, що він має недоліки стосовно його чинності. А сама дискреція органу вирішувати, чи є «публічні інтереси» в конкретному випадку, може призвести до додаткових важелів впливу на осіб, яких стосується акт, в тому числі з корупційною метою.

Водночас зобов'язання особи повернути, зокрема нерухоме майно, власником якого вона стала внаслідок порушення принципу *«ultra vires»* органом державної влади чи місцевого самоврядування, не узгоджується з частиною четвертою статті 41 Конституції України, якою передбачено, що «ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним». Водночас примусове відчуження з питань суспільної необхідності слід законодавчо розмежувати з відкликанням правомірного адміністративного акта на шкоду особі.

Більше того, питання позбавлення права власності внаслідок скасування протиправного акта чи його відкликання належать до предмета правового регулювання закону з питань примусового відчуження об'єктів права приватної власності з мотивів суспільної необхідності (законна експропріація).

Крім того, згідно з **частиною п'ятою статті 89** законопроекту «у разі якщо з урахуванням переваги публічного інтересу протиправний адміністративний акт визнається недійсним на шкоду особі, такій особі

відшкодовуються завдані їй збитки, зважаючи на законний інтерес (довіру) особи щодо збереження чинності адміністративного акта». Тобто, наведеним положенням запроваджується можливість відкликання будь-яким органом державної влади чи місцевого самоврядування акта з одночасним позбавленням особи права власності на її майно. Фактично йдеться про додаткові випадки позбавлення права власності поза межами законної експропріації. А це не узгоджується із частиною п'ятою статті 41 Конституції України, за якою «примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану».

Встановлення ж законом додаткових способів позбавлення особи права власності, ніж законна експропріація, фактично позбавляє особу права вибору способу захисту порушеного права, про необхідність наявності якого свідчить і практика ЄСПЛ. В іншому випадку встановлення на законодавчому рівні лише ймовірного відшкодування грошових коштів за незаконне втручання у право власності не буде ефективним способом захисту порушеного права. Показовою у цьому контексті є справа № 3052/04 «Компанія «Дачія с.р.л.» проти Молдови (Dacia S.R.L. v. Moldova)», у якій ЄСПЛ зазначив таке:

«40. Суд вважає, що в цій справі найбільш прийнятною формою *restitutio in integrum* є повернення готелю та відповідної землі компанії-заявнику, а також виплата компенсації за будь-які додаткові збитки. Однак в разі, якщо повернення готелю і землі виявиться неможливим, Суд, у принципі, повинен визначити грошову вартість готелю, що підлягає виплаті державою-відповідачем компанії-заявнику замість готелю в разі необхідності». Відтак, ЄСПЛ задовольнив позов Компанії «Дачія с.р.л.» та зобов'язав Молдову повернути цій Компанії готель та земельну ділянку, а у випадку неможливості такого повернення – сплатити відповідну компенсацію.

Отже положення законопроекту щодо відкликання акта на шкоду особі з позбавленням її права власності не враховують конституційних вимог щодо правової визначеності як елементу верховенства права (стаття 8 Конституції України) та правової позиції Конституційного Суду України, за змістом якої конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному (пункт 3 мотивувальної частини Рішення від 3 жовтня 1997 року № 4-зп).

21. Статтею 93 проекту передбачено, зокрема, що «виконання адміністративного акта, спрямованого на виконання будь-якої дії чи утримання від будь-яких дій, може бути забезпечено адміністративним органом шляхом застосування до особи заходів впливу». При цьому такими заходами впливу визнаються:

- 1) вчинення дій за рахунок зобов'язаної особи – адресата адміністративного акта іншою особою;
- 2) накладення грошового стягнення за невиконання адміністративного акта;
- 3) безпосередній вплив, що здійснюється з підстав та у порядку, визначеному законом.

У цьому контексті варто зауважити, що за своєю природою заходи впливу є мірою відповідальності осіб. Діяння, які є злочинами або адміністративними правопорушеннями, та відповідальність за них мають визначатися виключно законами і такими законами в даному випадку є Кримінальний кодекс України та Кодекс України про адміністративні правопорушення.

Таким чином, наведені положення проекту не відповідають Конституції України, за якою засади цивільно-правової відповідальності, діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них визначаються виключно законом (КК України чи КУпАП) (пункт 22 частини першої статті 92); органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (частина друга статті 19).

З огляду на викладене, положення проекту щодо примусового виконання адміністративного акта адміністративним органом є неприйнятними та підлягають виключенню.

Згідно з правилами нормопроєктувальної техніки законопроект має містити чітко визначений перелік порушень норм Закону та положення, що відсилають до КК України та КУпАП (бланкетні норми).

22. Частиною п'ятою статті 96 проекту пропонується встановити, що «рішення адміністративного органу про накладення на зобов'язану особу - адресата адміністративного акта грошового стягнення є виконавчим документом та підлягає примусовому виконанню у порядку, встановленому законом про виконавче провадження». Інакше кажучи, таке рішення органу набуває статусу виконавчого документа.

Однак, відповідно до статті 1 Закону України «Про виконавче провадження» виконавче провадження, зокрема є завершальною стадією судового провадження і примусового виконання судових рішень.

Як відомо, суттєвим елементом для ефективного функціонування судової системи та системи державної влади в цілому є стандарти виконавчого провадження, які мають бути такими, щоб реально забезпечити на національному та європейському рівні одне з головних прав людини – право на справедливий суд у розумні строки, передбачене в частині першій статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Адже, ствердження, що суд ефективно захистив право, можливе лише тільки тоді, коли держава забезпечила повне і своєчасне його виконання.

Натомість, розширення переліку виконавчих документів, що підлягатимуть примусовому виконанню виконавцями та покладення на них

повноважень щодо здійснення примусового виконання рішень, про яке йдеться у статті 96 проекту, на нашу думку, може позначитися на ефективності та якості виконання судових рішень та утвердженню верховенства права в Україні у вимогах, які висуваються до процесу виконання рішень національних судів в європейських стандартах захисту прав людини, та/або призвести до їх зниження.

До того ж штучне розширення переліку рішень органів державної влади, пов'язаних, зокрема із застосуванням фінансових санкцій, інших заходів впливу, які підлягатимуть примусовому виконанню виконавцями також може призвести до перевантаження виконавців зростаючою кількістю проваджень, які він не спроможний буде виконати фізично.

Крім того, статтею 4 Закону України «Про виконавче провадження» встановлені вимоги до виконавчого документа. Однак вимог до виконавчого документа, зокрема щодо його змісту та оформлення, строку пред'явлення до виконання проект не містить, що не узгоджується із Законом України «Про виконавче провадження», не відповідає принципу юридичної визначеності, що є складовим конституційного принципу верховенства права, а тому ці положення проекту не можуть бути підтримані.

До того ж наведеними положеннями проекту не враховано й те що рішення адміністративного органу про застосування заходів впливу, яке підлягатиме примусовому виконанню, з урахуванням статті 55 Конституції України одночасно може бути оскаржено в судовому порядку.

Висловлені зауваження стосуються також і редакції абзацу другого частини третьої статті 96 проекту, яка фактично дублює зміст частини п'ятої статті 96 проекту.

Варто також зауважити, що у частині першій статті 96 проекту, відповідно до якої визначатиметься розмір стягнення, що накладається на зобов'язану особу у разі, коли нею адміністративний акт не виконано, розмір такого стягнення визначається у прив'язці до розміру мінімальної заробітної плати, в той час як у Кримінальному кодексі України та Кодексі України про адміністративні правопорушення розмір штрафу визначається у прив'язці до неоподаткованого мінімуму доходів громадян.

23. У частинах перших статей 93, 94, абзаці другому частини третьої статті 96 проекту вживається формулювання «законодавство про виконавче провадження».

Однак, термін "законодавство" є значно ширшим за поняття «закон», оскільки включає як закони, так і підзаконні акти. З огляду на це, а також враховуючи, що питання примусового виконання судових рішень та рішень інших органів регулюються Законом України «Про виконавче провадження», слова «законодавство про виконавче провадження», «закон про виконавче провадження» пропонуємо замінити словами «Законом України «Про виконавче провадження».

Одночасно звертаємо увагу, що у частині п'ятій статті 96 проекту також зроблено посилання на закон про виконавче провадження.

24. **Стаття 100** проекту присвячена оскарженню застосування заходів впливу. Частиною другою цієї статті встановлено, що рішення щодо скарги приймається органом розгляду скарги протягом десяти календарних днів з дня її отримання.

Таким чином із зазначених положень проекту вбачається оскарження рішення з цього питання лише в адміністративному порядку та не передбачено можливості його оскарження в суді. Такий підхід не узгоджується з конституційними гарантіями захисту прав судом, доступу до правосуддя, передбаченими статтями 55, 64, 124 Конституції України та не враховує приписи статті 22 Конституції України. На нашу думку, законодавець має забезпечити збереження існуючого обсягу прав і свобод громадян та гарантій їх додержання.

25. **Змінами до частини другої статті 3 Закону України «Про адміністративні послуги»** передбачено, що надання адміністративних послуг здійснюється відповідно до Закону України «Про адміністративну процедуру» та Закону України «Про адміністративні послуги».

Відтак, поширення сфери дії проекту Закону України «Про адміністративну процедуру» на суспільні відносини, пов'язані з наданням адміністративних послуг, та встановлення при цьому іншої процедури надання таких послуг, відмінної від передбаченої Законом України «Про адміністративні послуги» процедури, не враховує вимог щодо правової визначеності як елементу верховенства права (стаття 8 Конституції України) та правової позиції Конституційного Суду України, за змістом якої конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативними правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному (абзац п'ятий пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 3 жовтня 1997 року № 4-зп).

Так, законопроект відносить до адміністративних органів органи виконавчої влади, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, їхніх посадових осіб, іншого суб'єкта, який відповідно до закону уповноважений здійснювати функції публічної адміністрації.

При цьому законопроект визначає, що функції публічної адміністрації - це надання адміністративних послуг, здійснення інспекційної (контрольної, наглядової) діяльності, вирішення інших справ за заявою особи або за власною ініціативою адміністративного органу

Таким чином з положень законопроекту вбачається також і застосування адміністративної процедури при здійсненні державного нагляду (контролю), при цьому виникає аналогічна ситуація, як і з наданням адміністративних послуг (два однопредметні нормативно правові акти однакової сили, які за змістом суперечать один одному).

Також викликає питання застосування адміністративної процедури, передбаченої законопроектом, щодо порядку діяльності дозвільних органів,

уповноважених видавати документи дозвільного характеру, який вже врегульований Законом України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», та уніфікованого порядку ліцензування видів господарської діяльності, нагляду і контролю у сфері ліцензування, визначених Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності».

Зважаючи на визначення законопроектом терміну «адміністративна справа – справа, що стосується публічно-правових відносин щодо забезпечення реалізації права, свободи чи законного інтересу особи та/або виконання нею визначених законом обов'язків...» відповідна адміністративна процедура передбачена і у застосуванні адміністративно-господарських санкцій.

Відтак, слід зазначити, що відповідно до статті 20 Господарського кодексу України порядок захисту прав суб'єктів господарювання та споживачів (зокрема і шляхом застосування адміністративно-господарських санкцій) визначається цим Кодексом, іншими законами. Так, стаття 222 цього Кодексу визначає досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності.

Окремо, зазначаємо, що відповідно до частини другої статті 223 Господарського кодексу України строки застосування адміністративно-господарських санкцій до суб'єктів господарювання встановлюються цим Кодексом, що в свою чергу унеможливило одночасне застосування адміністративної процедури та встановлених відповідних строків, передбачених законопроектом.

26. У змінах до статті 9 Закону України «Про адміністративні послуги» пропонується виключити положення щодо визначення законом переліку та вимог до документів, необхідних для отримання адміністративної послуги (частина п'ята). Однак, таке ж положення передбачене пунктом 3 частини першої статті 5 цього ж Закону, до якої змін не передбачається, що свідчить про несистемний підхід у підготовці законопроекту.

Зважаючи, що адміністративні послуги, суб'єкт надання таких послуг, перелік та вимоги до документів, необхідних для отримання адміністративної послуги, платність або безоплатність, граничний строк надання, перелік підстав для відмови у наданні таких послуг визначаються законом відносно кожної окремої адміністративної послуги, вважаємо відповідні зміни недоцільними.

27. Пунктом 1 розділу IX «Прикінцеві та перехідні положення» проекту передбачено, що прийнятий Закон набере чинності через дванадцять місяців з дня його опублікування. Відповідно до пункту 8 розділу IX проекту Кабінету Міністрів України доручається протягом дванадцяти місяців з дня опублікування цього Закону подати на розгляд Верховної Ради України пропозиції щодо приведення законодавчих актів України у відповідність із цим Законом.

При цьому пунктом 3 розділу IX передбачено, що «до приведення законодавчих актів у відповідність із цим Законом вони застосовуються в частині, що не суперечить принципам цього Закону». Відтак зазначене положення надає суб'єкту правозастосування самостійно визначати застосовується чи не застосовується той чи інший законодавчий акт, **у тому числі і Основний Закон України, кодекси України**. Зазначене суперечить статті 8 Конституції України, за якою Основний Закон України має найвищу юридичну силу, та не узгоджується з вимогами статті 19 Конституції України щодо визначення способу здійснення повноважень органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами виключно Конституцією та законами України, а також не враховує правової позиції Конституційного Суду України, оскільки не містить достатніх і завершених правових механізмів реалізації положень, як того вимагає принцип правової держави (Рішення від 30 травня 2001 року № 7-рп/2001).

Крім цього, зазначений підхід не узгоджується з вимогами частини восьмої статті 90 Регламенту Верховної Ради України, за якою «якщо для реалізації положень поданого законопроекту після його прийняття необхідні зміни до інших законів, такі зміни мають викладатися в розділі «Перехідні положення» цього законопроекту або в одночасно внесеному його ініціатором окремому законопроекті. До законопроекту додається перелік законів та інших нормативних актів, прийняття або перегляд яких необхідно здійснити для реалізації положень законопроекту в разі його прийняття».

Це саме зауваження стосується і частини другої статті 19 Закону України "Про адміністративні послуги" в редакції, запропонованій проектом.

28. Пунктом 9 розділу IX «Прикінцеві та перехідні положення» проекту Кабінету Міністрів України доручається через 24 місяці з дня набрання чинності цим Законом поінформувати Верховну Раду України про стан виконання цього Закону.

Підтримуючи необхідність запровадження повноцінного парламентського контролю ефективності впровадження прийнятих законів, звертаємо увагу, що Верховна Рада України і Кабінет Міністрів України як органи державної влади мають діяти відповідно до частини другої статті 19 Конституції України: лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Наразі статтею 15 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» передбачено, що «порядок планування діяльності Верховної Ради України з підготовки проектів законів, що регулюють господарські відносини та адміністративні відносини між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, порядок розгляду цих проектів законів Верховною Радою України, порядок забезпечення принципу прозорості та врахування громадської думки у здійсненні Верховною Радою України державної регуляторної політики, а також порядок відстеження результативності та перегляду законів, що регулюють господарські відносини та адміністративні

відносини між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, визначаються законом про Регламент Верховної Ради України з урахуванням вимог цього Закону». А згідно із статтею 16 цього ж закону «Кабінет Міністрів України подає Верховній Раді України інформацію про здійснення державної регуляторної політики в системі органів виконавчої влади. Щорічні звіти Кабінету Міністрів України оприлюднюються шляхом їх опублікування в газетах «Голос України» та «Урядовий кур'єр».

Однак наразі ні Регламентом Верховної Ради України, ні Законом України «Про Кабінет Міністрів України» не визначено строки, порядок критерії та наслідки здійснення Верховною Радою України та Кабінетом Міністрів України оцінки стану виконання закону а також процедуру подання та розгляду відповідних звітів. Тому ефективне впровадження положення, передбаченого пунктом 3 розділу II «Прикінцеві положення» законопроекту, можливе за умови внесення відповідних змін до згаданих законів.

29. Законопроект потребує редакційного доопрацювання, оскільки містить окремі термінологічні неточності та неузгодженості. Так, зокрема:

1) у частині першій статті 27 відсутня позначка номера частини, що може ускладнити в майбутньому внесення змін до цієї статті;

2) у пункті 6 частини першої статті 2 законопроекту вживається словосполучення "значна кількість осіб", а в статтях 31, 59 та 75 – "велика кількість осіб";

3) низка положень проекту містить слово «будь-який» (у відповідному відмінку), яке не має самостійного правового навантаження, а отже має бути виключене. Йдеться, зокрема, про частину другу статті 9, частину другу статті 11, частину другу статті 15, частину дев'яту статті 21 та інші аналогічні положення проекту. Те ж саме стосується вживання слова «усі»;

4) у абзаці другому частини першої статті 43 проекту вжито словосполучення «норми законодавства», тоді як в цьому випадку краще вжити термін «вимоги законодавства»;

5) у частині другій статті 45 проекту йдеться про «рішення про припинення розгляду заяви», однак зазначена стаття називається «Заява, що не підлягає розгляду». Відтак зазначені слова варто замінити словами «рішення про відмову у прийнятті заяви до розгляду»;

6) у пункті 5 частини другої статті 65 йдеться про припинення діяльності не «громадського формування» а громадського об'єднання, що не має статусу юридичної особи;

7) у частині другій статті 67 очевидно мається на увазі територіальна юрисдикція відповідного адміністративного органу;

8) у пунктах 2 та 4 частини другої статті 78 законопроекту вжито словосполучення «визнання дії адміністративного органу протиправною», тоді як у частині сьомій статті 89 передбачено, що «акт визнається повністю або частково неправомірним»;

9) в частині другій статті 84 при здійсненні переліку вжито слово «тощо», яке не притаманне мові закону, а тому пропонуємо замінити його словами «вчинення інших процедурних дій»;

10) для більш точного та коректного відображення змісту пропонуємо у частині першій статті 89 проекту слова «попереднім адміністративним актом» замінити словами «адміністративним актом, що визнається недійсним». Останнє речення частини третьої цієї ж статті слід виключити як таке, що не містить норми права. У разі ж необхідності відтворення змісту цього речення в тексті проекту його слід викласти як норму права, а не як положення пояснювальної записки;

11) доцільно у частині першій статті 95 визначити зобов'язану особу як адресата адміністративного акта для узгодження термінології з частинами другою, четвертою статті 93, частинами першою, третьою, п'ятою статті 96 проекту.

Зважаючи на характер висловлених зауважень та необхідність суттєвого змістовного і техніко-юридичного доопрацювання тексту законопроекту вважаємо за доцільне рекомендувати головному комітету розглянути на своєму засіданні відповідно до частини шостої статті 118 Регламенту Верховної Ради України пропозиції (поправки) до законопроекту, підготовлені з урахуванням наданих висновків Головного управління.

Заступник Керівника
Головного юридично управління

С. МІШУРА



СЕДО ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Підписувач: МІШУРА СВІТЛАНА ІВАНІВНА
Сертифікат: 2B6C7DF9A3891DA104000000144D2C001BBD7501
Дійсний до: 03.04.2021 23:59:59

Апарат Верховної Ради України
№ 07/02-2021/94339 від 16.03.2021



439727