

ВИСНОВОК
на проект Закону України «Про внесення змін до
Кримінального кодексу України та Кодексу України про
адміністративні правопорушення щодо посилення
відповідальності
за правопорушення у сфері містобудування»

Метою законопроекту, як зазначено в пояснювальній записці до нього, є **підвищення ефективності інституту відповідальності** за адміністративні та кримінальні правопорушення у сфері містобудівної діяльності.

Для досягнення вказаної мети у законопроекті **пропонується:**

- 1) доповнити Особливу частину Кримінального кодексу України (далі – КК) новим розділом XXI «Кримінальні правопорушення у сфері містобудівної діяльності» та встановити кримінальну відповідальність за:
 - порушення вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності (ст. 448 КК у редакції проекту);
 - порушення вимог законодавства під час планування і забудови територій (ст. 449 КК у редакції проекту);
 - самочинне (самовільне) будівництво (ст. 450 КК у редакції проекту);
- 2) внести зміни до ст.ст. 197-1, 275 КК у зв'язку із доповненням кримінального законодавства новими складами кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 448–450 КК (у редакції проекту);
- 3) віднести відповідальних виконавців окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури, до осіб, які надають публічні послуги (ст.ст. 365-2, 368-4 КК у редакції проекту);
- 4) передбачити підстави для застосування спеціальної конфіскації при самочинному (самовільному) будівництві (ч. 1 ст. 96-1 КК у редакції проекту);
- 5) внести зміни до ст.ст. 96, 96-1, 188-42 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) шляхом збільшення штрафних санкцій за правопорушення у сфері містобудівної діяльності, а також передбачити особливості розгляду справ про адміністративні

правопорушення у вказаній сфері (ст.ст. 244-6, 255 КУпАП у редакції проекту).

Головне управління, проаналізувавши поданий законопроект, вважає за необхідне зазначити наступне.

Частина 1 Щодо змін до Кримінального Кодексу

1.

Доповнення Особливої частини КК новим розділом XXI «Кримінальні правопорушення у сфері містобудівної діяльності», на наш погляд, **є юридично необґрунтованим**, оскільки містобудівна діяльність є одним із видів законної господарської діяльності, за порушення порядку здійснення якої вже передбачена кримінальна відповідальність у розділі VII «Кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності» Особливої частини КК.

З огляду на це вважаємо, що у випадку наявності об'єктивної необхідності встановлення кримінальної відповідальності за діяння, які, на думку суб'єктів права законодавчої ініціативи, не охоплюються нормами чинного КК, **відповідні зміни доцільніше було б вносити саме до розділу VII Особливої частини КК.**

У протилежному випадку може створитися небезпечний прецедент безпідставного розширення Особливої частини КК новими розділами, у яких будуть міститися кримінальні правопорушення у конкретних сферах господарської діяльності (фармацевтичній, туристичній та ін.).

Крім того, зі змісту законопроекту та супровідних документів до нього незрозуміло, **чому кримінальні правопорушення у сфері містобудівної діяльності мають міститися у розділі, наступному за розділом XX «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» Особливої частини КК.**

2.

У ст.ст. 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги», 368-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» КК (у

редакції проекту) пропонується виокремити серед переліку осіб, які надають публічні послуги, ***відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури.***

При цьому, **зі змісту проекту Закону** України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування державного регулювання у сфері містобудування» (реєстр. № 3875 від 16.07.2020; далі – проект № 3875), положення якого невід'ємно взаємопов'язані з аналізованим проектом, **незрозуміло, яка саме категорія осіб охоплюється поняттям «відповідальний виконавець окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури».**

Зокрема, аналіз положень проекту № 3875 дає підстави виділяти не тільки відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури, а й, наприклад, ***відповідальних за проведення авторського і технічного нагляду*** (див. ч. 7 ст. 37 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» у редакції проекту № 3875), ***архітекторів, проектувальників, інженерів-консультантів*** (див. ч. 1 ст. 41 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» у редакції проекту № 3875) та ін.

У зв'язку зі зазначеним, **варто було б або запропонувати визначення поняття відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури, ознаки якого давали б однозначну відповідь для суб'єктів правозастосування про визнання тієї чи іншої особи такою, що провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, або конкретизувати перелік осіб, які є вищезазначеними відповідальними виконавцями.**

Принагідно звертаємо увагу на те, що у диспозиції ч. 1 ст. 368-4 КК (у редакції проекту) словосполучення ***«відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури»*** запропоновано розмістити після слів ***«третейського судді».***

У результаті такої ініціативи відбувається роз'єднання слів ***«третейського судді»*** та ***«під час виконання цих функцій».***

А, отже, з буквального тлумачення запропонованої юридичної конструкції ***«третейського судді, відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури, (під час виконання цих функцій)»*** складається враження, що слова ***«(під час виконання цих функцій)»*** віднесені виключно до відповідального виконавця окремих видів робіт (послуг), пов'язаних із створенням об'єктів архітектури, **та не стосуються усіх інших осіб**, які надають публічні послуги, хоча й так зрозуміло, що вказаний відповідальний виконавець може бути віднесений до

категорії осіб, які надають публічні послуги, у зв'язку з реалізацією ним професійної діяльності, пов'язаної зі наданням відповідних послуг.

3.

Звертаємо увагу на те, що запропонований спосіб формулювання **обов'язкових ознак складів кримінальних правопорушень**, передбачених ст.ст. 448-450 КК (у редакції проекту), **не відповідає вимогам законодавчої техніки кримінального закону**.

Так, наприклад, ст. 448 КК (у редакції проекту) містить 9 частин, при цьому, для позначення обтяжуючих обставин використовуються словосполучення «**Те саме діяння**, якщо воно спричинило...Ті самі дії, вчинені...виключає об'єктивну можливість з'ясувати, до якого саме складу кримінального правопорушення належать відповідні обставини.

Якщо ж автори законопроекту вважали за необхідне такі однакові за змістом обставини як «спричинення загибелі людей, майнова шкода в особливо великому розмірі або інші тяжкі наслідки» (див. ч. ч. 2, 4, 6 ст. 448 КК у редакції проекту), визнати обтяжуючими, варто було б розглянути можливість об'єднання їх для позначення в якості кваліфікуючих ознак відповідних складів кримінальних правопорушень у межах однієї частини ст. 448 КК (у редакції проекту).

Аналогічне зауваження стосується й запропонованого ідентичного тексту приміток до ст. ст. 448 та 449 КК (у редакції проекту).

Окрім того, **аналіз санкцій відповідних частин ст. 448 КК (у редакції проекту) дає підстави стверджувати, що їх диференціація для позначення ступеня тяжкості того чи іншого кримінального правопорушення відсутня**.

Скажімо, **співставлення санкцій ч. ч. 3 та 5 ст. 448 КК (у редакції проекту) свідчить про те, що вони передбачають однакові за видом та розміром покарання (у виді штрафу від двох тисяч до восьми тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправних робіт на строк до двох років, або обмеження волі на строк до трьох років), а, отже, й виокремлення в якості самостійних складів такої кількості відповідних кримінальних правопорушень не несе жодного змістовного навантаження**.

На підтвердження цього варто зазначити також, що суспільно небезпечні наслідки від запропонованих суспільно небезпечних діянь у

переважній більшості є однаковими (середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження, заподіяння майнової шкоди у великому чи особливо великому розмірах, загибель людей, інші тяжкі наслідки), та по суті є «результатом» того чи іншого **порушення вимог законодавства у сфері містобудування**.

А, отже, **замість виокремлення такої кількості різновидів порушень вимог законодавства у сфері містобудування, що призводять до вищевказаних наслідків, варто було б сформулювати загальну норму**, під дію якої підпадали б, наприклад, експлуатація об'єктів будівництва, не прийнятих в експлуатацію, що за класом наслідків (відповідальності) належать до об'єктів з середніми наслідками (СС2) та значними (СС3), незабезпечення замовником будівництва здійснення авторського нагляду та технічного нагляду, якщо такий нагляд є обов'язковим згідно з вимогами законодавства, тощо.

Принагідно зауважимо, що запропоновані проектом **окремі склади кримінальних правопорушень «переобтяжені» зайвими ознаками**.

Наприклад, у диспозиції ч. 1 ст. 448 КК (у редакції проекту) йдеться про діяння у вигляді порушення **вимог законодавства у сфері містобудування, нормативних документів, обов'язковість застосування яких встановлена законодавством, під час будівництва**, хоча очевидно, що вимоги законодавства у сфері містобудування містяться у певних **нормативно-правових актах**, виконання яких для конкретних адресатів під час будівництва є обов'язковим.

При цьому, для позначення причинного зв'язку між суспільно небезпечним діянням та наслідками використовуються неприйнятні для кримінального законодавства конструкції **«у зв'язку з чим заподіяно»**, **«чим заподіяно»** (див., наприклад, ч. ч. 1, 5, 7 ст. 448 КК, ч. ч. 1-4 ст. 449 КК у редакції проекту), що **суттєво ускладнить встановлення останнього відповідними суб'єктами правозастосування**.

4.

Частиною 5 ст. 448 КК (у редакції проекту) пропонується передбачити кримінальну відповідальність за незабезпечення **замовником будівництва** здійснення авторського нагляду та технічного нагляду, якщо такий нагляд є обов'язковим згідно з вимогами законодавства, чим заподіяно середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження або майнову шкоду у великому розмірі.

Натомість, звернення до приписів п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» (у редакції проекту № 3875) дозволяє дійти висновку, що замовником будівництва визнається, зокрема, й **юридична особа**, яка є власником або користувачем земельної ділянки/земельних ділянок та/або власником об'єкта/об'єктів нерухомого майна, та реалізує право на забудову такої земельної ділянки.

Однак суб'єктом кримінального правопорушення може бути виключно фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ч. 1 ст. 18 КК).

При цьому, всі найважливіші інститути КК сформульовані з розрахунком на застосування їх саме до фізичної особи (див., наприклад, ст. ст. 23 «Вина», 50 «Поняття покарання та його мета», 65 «Загальні засади призначення покарання»).

5.

Зі змісту диспозиції ч. 7 ст. 448 КК (у редакції проекту) **складно зрозуміти, за що саме суб'єкти права законодавчої ініціативи пропонують встановити кримінальну відповідальність.**

Вочевидь, у даному випадку мала би йти мова про діяння у вигляді надання керівником проектної організації замовнику будівництва проектної документації для виконання будівельних робіт, що містить недостовірні/неповні дані.

Уточненню підлягають й обов'язкові ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 8 ст. 448 КК (у редакції проекту).

Так, буквальне тлумачення запропонованої норми дає підстави вважати, що йдеться нібито про встановлення кримінальної відповідальності за внесення до Єдиної державної електронної системи у сфері будівництва документів, що підлягають внесенню до цієї електронної системи.

6.

Сумнівною виглядає пропозиція об'єднання у межах одного складу кримінального правопорушення таких суспільно небезпечних наслідків як «заподіяння майнової шкоди у великому розмірі, особливо великому розмірі» (див. ч. ч. 1 – 4 ст. 449 КК у редакції проекту).

Диференціація розміру завданої внаслідок вчинення певного суспільно небезпечного діяння майнової шкоди у кримінально-правових нормах Особливої частини КК, як правило, здійснюється задля формулювання основних, кваліфікованих (особливо кваліфікованих) складів відповідних кримінальних правопорушень.

Позначення ж різних розмірів завданої майнової шкоди у межах одного складу кримінального правопорушення позбавлено сенсу.

7.

Пропозиція встановлення кримінальної відповідальності за виробництво або виготовлення будівельних матеріалів, виробів, конструкцій, які не відповідають технічним регламентам, будівельним нормам, нормативним документам, обов'язковість застосування яких встановлена законодавством (ч. 5 ст. 449 КК у редакції проекту), за умови збереження в якості підстави для притягнення до адміністративної відповідальності за вчинення винною особою діяння у вигляді виробництва або виготовлення будівельних матеріалів, виробів, конструкцій, які підлягають обов'язковій сертифікації або показники безпеки яких наводяться в нормативних документах і підлягають підтвердженню відповідності шляхом сертифікації або декларування, але не пройшли їх (ч. 18 ст. 96-1 КУпАП у реакції проекту), призведе до колізії відповідних норм. Окрім того, відсутність чітких критеріїв для відмежування складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 5 ст. 449 КК (у редакції проекту), та складу адміністративного проступку, передбаченого ч. 18 ст. 96-1 КУпАП (у редакції проекту), **створює значні корупційні ризики**.

8.

Непритаманним для кримінального законодавства та таким, що може доволі широко тлумачитись суб'єктами правозастосування на практиці, слід визнати й поняття «істотності», вжите при конструюванні обов'язкових ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 450 КК (у редакції проекту).

Таке оціночне поняття як **«істотність порушення будівельних норм, нормативних документів, обов'язковість застосування яких встановлена законодавством»** у межах вказаного складу кримінального правопорушення негативно впливатиме на застосування даної кримінально-правової норми, оскільки **залежатиме виключно від розсуду відповідних компетентних осіб**.

Частина 1

Щодо змін до КУ про Адміністративні Правопорушення

1.

Законопроектом пропонується внести суттєві зміни до ст. 96-1 «Порушення законодавства під час планування і забудови територій» КУпАП (у тому числі, доповнити її трьома новими частинами).

Отже, за умови прийняття законопроекту, вказана стаття буде складатися з двадцяти частин, кожна з яких встановлюватиме відповідальність за окремі порушення в сфері планування і забудови територій.

З такою пропозицією навряд чи можна погодитися з огляду на таке.

1.1

Закони, якими встановлюється відповідальність за протиправні діяння, – це комплексі нормативно-правові акти, норми яких мають бути як можна більш універсальними.

Їх завданнями є охорона в сукупності всіх прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, прав і законних інтересів підприємств, установ і організацій, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням тощо, а не вирішення *деяких проблем окремих правовідносин*.

Правова система України не належить до систем прецедентного права.

Отже, норми про встановлення відповідальності, зокрема, адміністративної, мають бути побудовані таким чином, щоб доповнення КУпАП новим складом правопорушення (частиною статті або новою статтею) не тягнуло за собою доповнення його в подальшому цілою низкою нових складів, які, по-суті, мають майже ідентичні об'єктивні та суб'єктивні ознаки.

Тож, у випадку прийняття законопроекту, не виключено, що це може стати небезпечним прецедентом і КУпАП і надалі буде розширюватись за рахунок статей, які відрізнятимуться між собою лише сферою надання адміністративних або пов'язаних з ними послуг;

За усталеною практикою конструювання норм законодавства про адміністративні правопорушення **основним критерієм поділу статті на частини має бути рівень суспільної шкідливості вчинюваного діяння.**

Однак аналіз ст. 96-1 КУпАП (як у чинній редакції, так і у редакції проекту) свідчить про те, що **більшість передбачених у ній протиправних діянь за рівнем суспільної шкідливості не відрізняються одне від одного.**

З огляду на це вважаємо, що **у даному випадку більш доцільним було б згрупувати у невичерпний перелік найбільш поширені порушення у сфері планування та забудови територій у декількох частинах за суб'єктами, якими такі порушення вчиняються.**

У свою чергу, кваліфікуючою ознакою вказаних порушень можна було б встановити вчинення таких діянь особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення.

Також для встановлення адміністративної відповідальності для посадових осіб органів, що здійснюють управління у сфері містобудівної діяльності, можливе доповнення КУпАП статтею, що передбачала б відповідальність за порушення порядку надання адміністративних та інших послуг, в якій згрупувати найбільш поширені з них.

Наприклад: порушення граничних строків надання адміністративних та інших послуг; вимагання документів, подання яких не передбачено законодавством для отримання адміністративних та інших послуг; безпідставна відмова у наданні адміністративних або інших послуг тощо. Така норма може бути застосована **в будь-якій сфері суспільного життя** та не потребуватиме частих змін, а також сприятиме дотриманню принципів справедливості та співмірності накладеного стягнення вчиненому правопорушенню. Адже вона буде спільною для всіх посадових осіб будь-якого органу державної влади (органу місцевого самоврядування).

2.

У ч. 6 ст. 96-1 КУпАП (у редакції проекту) встановлюється відповідальність за «надання містобудівних умов та обмежень, які не відповідають на час їх надання містобудівній документації на місцевому рівні».

На наш погляд, **суб'єктивна сторона пропонованого складу правопорушення потребує додаткового уточнення.**

Зокрема, виходячи зі змісту даної норми, передбачене у ній правопорушення може бути виключно умисним. Проте, якщо у нормі прямо не вказується на обов'язковість умислу, то до адміністративної відповідальності за пропонованою ч. 6 ст. 96-1 КУпАП можуть бути притягнуті особи, які надали такі умови, наприклад, через технічні несправності в електронних базах та реєстрах, з чим напевно можна погодитися.

Натомість, у разі наявності в особи умислу на вчинення такого правопорушення, у певних випадках таке діяння може містити ознаки кримінального правопорушення, передбаченого як ст. 366 «Службове підроблення», так і ст. 367 «Службова недбалість» КК.

Звертаємо також увагу на те, що **у законопроекті ст. 96-1 КУпАП доповнюється новими частинами без визначення порядку нумерації тих частин, що є наразі чинними.**

Отже, при внесенні відповідних змін до тексту КУпАП, можуть бути значні непорозуміння із нумерацією кожної з 20 частин статті (починаючи з п'ятої).

3.

Потребують доопрацювання передбачені проектом зміни до ч. 15 чинної ст. 96-1 КУпАП (у проекті йдеться про ч. 16), якими пропонується словосполучення «державним нормам, стандартам, технічним умовам, проектним рішенням, а також тих, що підлягають обов'язковій сертифікації, але не пройшли її» замінити словами «вимогам технічних регламентів».

На нашу думку, текст цієї норми має бути узгоджений з абз. 14 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про основи містобудування» (в редакції проекту № 3975), відповідно до якої відповідальність за порушення законодавства в сфері містобудівної діяльності несуть особи винні, зокрема, у застосуванні будівельних матеріалів, виробів і конструкцій, що не **відповідають вимогам технічних регламентів, будівельних норм, нормативних документів, обов'язковість застосування яких встановлена законодавством.**

4.

Санкції, запропоновані проектом за правопорушення, передбачені ст. ст. 96, 96-1, 188-42 КУпАП (у редакції проекту), на наш погляд, є надто суворими (до 10 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) та не співмірними із рівнем суспільної шкідливості відповідних адміністративних правопорушень.

Адже **штраф, як стягнення за адміністративне правопорушення, не має компенсаторної функції.** Шкода, заподіяна за результатами вчинення адміністративного правопорушення, відшкодовується окремо (див. ст. 40 КУпАП).

Подібні розміри штрафів не передбачені навіть за вчинення кримінальні правопорушення, які мають схожий об'єкт посягання.

Для порівняння зазначимо, що розмір штрафу за кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 366 КК (складання, видача службовою особою завідомо неправдивих офіційних документів, внесення до офіційних документів завідомо неправдивих відомостей, інше підроблення офіційних документів) та ч. 1 ст. 367 КК (службова недбалість, тобто, невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків через несумлінне ставлення до них, **що завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам окремих юридичних осіб**) становить від **двох тисяч до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.**

Таким чином, **у проекті запроваджується хибна практика встановлення більш суворого покарання за скоєння адміністративного проступку, ніж за скоєння кримінального правопорушення.**

Узагальнюючий висновок

за результатами розгляду в першому читанні законопроект доцільно направити суб'єкту права законодавчої ініціативи на доопрацювання.

Керівник Головного управління

С. Тихонюк

Вик.: В. Попович, Є. Корнієнко, Т. Ругаєва