

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р. Видається щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію Серія КВ № 23026-12866ПР Передплатний індекс 74424

DOI: 10.33498/loiu-2019-08 ISSN 1026-9932

Адреса редакції вул. Багговутівська, 17–21 м. Київ, 04107, Україна тел.: +380(44) 537-51-10
Головний редактор доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua> Голова Редакційної ради доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України РУСЛАН СТЕФАНЧУК
E-mail: editor.pravoua@gmail.com
Офіційна сторінка у Facebook: <https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук (наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США) (Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща) (листопад 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США) (Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Бази даних періодичних видань Ulrichsweb (Ulrich’s Periodicals Directory) (США) (з 2002 р.)

ВИДАВЕЦЬ
© Юридичне видавництво “ПРАВО УКРАЇНИ”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь Тацій, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій Шемшученко, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. Батлер (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій Битяк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав Борисов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Гончаренко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Денисов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Крупчан, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена Лукашева, д. юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь Нор, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій Оборотов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Віталій Опришко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола Панов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Притика, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро Рабинович, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селіванов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола Селівон, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан Сулейменов, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван Тимченко, к. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир Тихий, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Шаповал, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Олександр Святоцький (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Руслан Стефанчук (голова), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ірина Венедиктова (перш. заст. голови), д. юрид. наук, проф.; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоець (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Резнікова (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя Антонюк, к. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, к. юрид. наук; Сергій Балашенко, д. юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген Бараш, д. юрид. наук, проф.; Олександр Батанов, д. юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бєвзенко, д. юрид.

наук, проф.; НАЗАР БОБЕЧКО, д. юрид. наук, доц.; АНТОНІНА БОБКОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; АНДРІЙ БОЙКО, д. юрид. наук, проф.; ІГОР БОЙКО, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР БРЬОСТЛ (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); ВОЛОДИМИР БУРДІН, д. юрид. наук, проф.; ГАННА БУЯДЖИ, к. юрид. наук; ВАЛЕНТИНА ВАСИЛЬЄВА, д. юрид. наук, проф.; МАРСЕЛО ГАЛУППО (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); ДАНИЛО ГЕТМАНЦЕВ, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ ГЕТЬМАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СЕРГІЙ ГОЛОВАТИЙ, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; ВІКТОР ГРИЩУК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ГУДИМА, к. юрид. наук., доц.; БОРИС ГУЛЬКО, засл. юрист України; НАТАЛІЯ ГУТОРОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; АНАТОЛІЙ ДОВГЕРТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР ДРОЗДОВ, к. юрид. наук, доц.; ВІКТОР ЄРМОЛАЄВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ВОЛОДИМИР ЖУРАВЕЛЬ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ДМИТРО ЗАДИХАЙЛО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ДЖОЗЕФ ЗІГЕЛЕ (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); АЛІЄВ АМІР ІБРАГІМ, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); ТЕТЯНА КАГАНОВСЬКА, д. юрид. наук, проф.; ІВАН КАЛАУР, д. юрид. наук, проф.; ОКСАНА КАПЛІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НІНА КАРПАЧОВА, к. юрид. наук, доц.; ВАСИЛЬ КИСІЛЬ, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕНА КІБЕНКО, д. юрид. наук, доц.; ВІКТОР КОЛІСНИК, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ КОЛОДІЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВЯЧЕСЛАВ КОМАРОВ, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ТЕТЯНА КОРНЯКОВА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР КОСТЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ОЛЕКСІЙ КОТ, д. юрид. наук; ОЛЕНА КОХАНОВСЬКА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; СТАНІСЛАВ КРАВЧЕНКО; ВОЛОДИМИР КРАВЧУК, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСІЙ КРЕСІН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПАВЛО КУЛИНИЧ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ІРИНА КУЯН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ЯРОСЛАВ ЛАЗУР, д. юрид. наук, доц.; ВАСИЛЬ ЛЕМАК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ЛЕОНІД ЛОБОЙКО, д. юрид. наук, проф.; ДМИТРО ЛУК'ЯНОВ, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ЛУСПЕНИК, к. юрид. наук., доц.; БОГДАН ЛЬВОВ, к. юрид. наук; РОМАН МАЙДАНИК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СЕРГІЙ МАКСИМОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; АНДРІЙ МЕЛЕШЕВИЧ, д. філософії (Ph.D.), доц.; РОМАН МЕЛЬНИК, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР МЕРЕЖКО, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ МІНЧЕНКО, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ЛІДІЯ МОСКВИЧ, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ МУЗИКА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НАТАЛІЯ ОНІЩЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ОЛЕСЯ ОТРАДНОВА, д. юрид. наук, доц.; НАТАЛІЯ ПАРХОМЕНКО, д. юрид. наук, проф.; ПЕТРО ПАЦУРКІВСЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ПЕТРИШИН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; РОМАН ПЕТРОВ, д. юрид. наук, проф.; ПИЛИП ПИЛИПЕНКО, д. юрид. наук, проф.; МИКОЛА ПОГОРЕЦЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ ПОГРІБНИЙ,

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д. юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, к. юрид. наук; Наталя Рассказова, к. юрид. наук, доц. (Росія); Михайло Савчин, д. юрид. наук, проф.; Ірина Сениота, д. юрид. наук, доц.; Світлана Сербогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д. юрид. наук; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, к. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хірохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук; Олег Ткачук, д. юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халілов, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д. юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА”

ВСТУПНЕ СЛОВО 11

*I. Загальні засади господарського права та проблеми участі держави
в регулюванні господарської діяльності*

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко
Охоронна функція господарського права..... 15

Володимир Устименко, Тетяна Гудіма
Міграція, монетарна політика та сталий розвиток:
господарсько-правовий вимір 31

Руслан Джабраїлов, Веста Малолітнева
Публічні закупівлі як засіб державного регулювання
господарської діяльності та реалізації цілей сталого розвитку..... 47

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко
Види організаційно-господарських відносин..... 65

Валентин Щербина
Господарсько-правова відповідальність у доктрині
господарського права України та її законодавче закріплення..... 81

Ольга Шаповалова
Принципи інституціоналізації цифрової інфраструктури контролю
у сфері господарювання 94

Валерія Радзивілюк
Концептуальні зміни цільової спрямованості новітнього законодавства
про банкрутство 107

II. Проблеми корпоративного права

Андрій Смітюх
Корпоративний пай (частка), неоформлений як цінний папір,
як об'єкт речових прав і правовідносин 120

Валерія Поєдинок
“Корпоративна соціальна відповідальність” та “бізнес і права людини”:
співвідношення концепцій..... 132

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 8 • 5-7

ЗМІСТ

ІРИНА ЛУКАЧ

Принцип пропорційності частки в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю праву на управління 145

ОЛЕКСАНДРА КОЛОГОЙДА, ОКСАНА МАЛЕНКО

Правові аспекти оцінки ринкової вартості акцій у процедурах *squeeze-out* та *sell-out*. 156

III. Проблеми правового регулювання в окремих галузях господарювання

АНАСТАСІЯ ПОПОВА

Поняття, ознаки та види господарських правовідносин на ринках небанківських фінансових послуг 181

ВІКТОРІЯ МІЛАШ

Законодавчі дефініції термінів “зовнішньоекономічна діяльність” і “зовнішньоекономічний договір”: подальший розвиток чи поглиблення дефекту. 195

ВІКТОРІЯ РЕЗНІКОВА, ІРИНА КРАВЕЦЬ

Поняття, види та склад торговельно-посередницьких правовідносин 210

Висновки та рекомендації з актуальної теми 229

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

“Національна доктрина господарського права” 242

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

АННА ДОЛІВА-КЛЕПАЦЬКА, ІРИНА БУТИРСЬКА

Право на справедливий суд: окремі питання застосування у Республіці Польща 243

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

МИКОЛА САМБОР

Конституційні форми здійснення права на мирні зібрання: збори, мітинги, походи, демонстрації 255

ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ

МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО

Ще раз до питання щодо рівня наукових наробок: запрошення до дискусії. 268

ПЕРСОНАЛІЇ

ВІКТОР АКУЛЕНКО
Етюди до портрета професора Володимира Денисова
в енциклопедичному інтер'єрі
(до 70-річчя Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України та виходу в світ
“Енциклопедії міжнародного права” в трьох томах)..... 284

RATIO DECIDENDI – ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Практика Європейського суду з прав людини

Витяг із рішення Європейського суду з прав людини
від 27 червня 2019 року
у справі “ТОВ ‘Світ розваг’ та інші проти України”
(переклад неофіційний) 297

Правові позиції Верховного Суду

Адміністративна юрисдикція

Про реалізацію дискреційних повноважень адміністративного органу
та врахування обсягу таких повноважень 300

Актуальна тема наступного номера:
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА
КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА”

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“THE NATIONAL DOCTRINE OF ECONOMIC LAW”

INTRODUCTORY WORD 11

*I. General Foundations of Economic Law and Issues of the State’s Involvement
in Economic Activity Regulation*

IRYNA KOVAL, YULIYA PAVLYUCHENKO
Protective Function of Economic Law 15

VOLODYMYR USTYMENKO, TETYANA HUDIMA
Migration, Monetary Policy and Sustainable Development:
the Economic-Law Dimension 31

RUSLAN DZHABRAILOV, VESTA MALOLITNEVA
Public Procurement as an Instrument of Economic Activity Regulation
by the State and Implementation
of Sustainable Development Objectives 47

ANTONINA BOBKOVA, ANDRII ZAKHARCHENKO
Types of Organizational and Economic Relations 65

VALENTYN SHCHERBYNA
Economic-Law Responsibility in the Economic-Law Doctrine of Ukraine
and its Legislative Consolidation 81

OLGA SHAPOVALOVA
Principles of Institutionalization of the Digital Control Infrastructure
in the Domain of Economic Activities 94

VALERIA RADZYVILIUK
Conceptual Changes in the Targeted Focus
of the Most Recent Bankruptcy Legislation 107

II. Issues of Corporate Law

ANDRII SMITIUKH
Corporate Equity Interest (Stake) not Registered as Security
as an Object of Rights in Rem and Legal Relations 120

VALERIA POIEDYNOK
“Corporate Social Responsibility” and “Business and Human Rights”:
Correlation of Concepts 132

TABLE OF CONTENTS

IRYNA LUKACH
The Principle of Proportionality of the Share in a Limited Liability
Company's Authorized Capital to the Right of Control 145

OLEKSANDRA KOLOHOIDA, OKSANA MALENKO
Legal Aspects of Share Market Value Assessment
in the Squeeze-Out and Sell-Out Procedures 156

III. Issues of Legal Regulation in Some Sectors of Economic Activity

ANASTASIYA POPOVA
The Concept, Features and Types of Economic-Law Relations
on the Markets of Non-Banking Financial Services 181

VIKTORIYA MILASH
Legislative Definitions of Terms "Foreign Economic Activity"
and "Foreign Economic Contract":
Further Development or Aggravation of the Defect 195

VIKTORIYA REZNIKOVA, IRYNA KRAVETS
The Concept, Types and Composition of Legal Relations
of Trade Intermediary 210

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC 229

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC
"The National Doctrine of Economic Law" 242

CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ANNA DOLIWA-KLEPACKA, IRYNA BUTYRSKA
Right to a Fair Trial: Some Issues of Its Application
in the Republic of Poland 243

CONSTITUTIONAL LAW

MYKOLA SAMBOR
Constitutional Forms of Exercising the Right to Peaceful Assembly:
Rallies, Meetings, Campaigns, Demonstrations 255

DISCUSSIONS AND DEBATES

MYKOLA KUCHERIAVENKO
Once Again on the Issue of the Level of Scientific Researches:
an Invitation to Discussion 268

TABLE OF CONTENTS

PERSONALITIES

VICTOR AKULENKO

Essays to the Portrait of Professor Volodymyr Denysov
in an Encyclopedic Interior
(to the 70th Anniversary of V. M. Koretskyi Institute of State
and Law of the National Academy of Sciences of Ukraine
and Publication of the Encyclopedia of International Law
in Three Volumes 284

RATIO DECIDENDI – CASE LAW UNITY AND STABILITY

Case Law of the European Court of Human Rights

Abstract of ECHR Judgment of June 27, 2019
in the Case of Svit Rozvag, TOV and others v. Ukraine
(Non-Official Translation) 297

Legal Positions of the Supreme Court

Administrative Jurisdiction

On Exercising of Discretionary Powers of an Administration Body
and Taking the Scope of Such Powers into Account 300

www.pravolia.com.ua

Central Topic of the Next Issue:
“THE NATIONAL DOCTRINE OF THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE”

ПРАВО



Актуальна тема номера:
“Національна доктрина господарського права”



Валентин Щербина

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
професор кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ВСТУПНЕ СЛОВО

Правова доктрина загалом визначається здебільшого як зумовлена духовним й інтелектуальним розвитком, станом моральності та політико-правової культури суспільства, як цілісна і гармонійна система принципів, поглядів, уявлень, ідей, концепцій і модельних норм щодо права і його розвитку, які слугують теоретичним стрижнем та концептуальною основою державотворчої, правотворчої, правозастосовної та правотлумачної діяльності. Ступінь і форми впливу правової доктрини на правове та економічне життя суспільства залежать від стану розвитку правової системи, наявних правових традицій, характеру системи джерел права. У більшості сучасних правових систем правова доктрина має значення авторитетного (переконливого) джерела права і використовується насамперед як додатковий засіб для обґрунтування юридично значущих рішень. Тож схвальним є те, що юридичний журнал “Право України” цьогорічний цикл номерів присвячує національній правовій доктрині.

© Валентин Щербина, Вікторія Резнікова, 2019

Національна доктрина господарського права – це, зі свого боку, цілісна і логічно узгоджена сукупність визнаних академічною спільнотою правників-господарників ідей та наукових поглядів на господарське право як самостійну комплексну галузь права, що є основою професійної правосвідомості і концептуальним підґрунтям нормотворчої, правозастосовної, правотлумачної діяльності в нашій країні.

Потреби законодавчого забезпечення економічної політики, розвиток товарно-грошових та інших господарських відносин, розквіт електронної комерції, поява криптовалют і впровадження старт-контрактів, стрімкий розвиток інноваційних технологій, потреба залучення іноземних інвестицій, прагнення держави до забезпечення поєднання державного регулювання і ринкової саморегуляції економіки тощо зумовлюють необхідність активізації господарсько-правових досліджень.

Національна доктрина господарського права отримала відчутний поштовх до розвитку зі здобуттям незалежності, що супроводжувалося проведенням численних комплексних господарсько-правових досліджень. За ці роки було закладено основи нового правового порядку для ринкової економіки держави. Серйозним поштовхом і стимулом для розвитку науки та законодавства стало прийняття в 2003 р. Господарського кодексу України.

На часі рекодифікація господарського законодавства, його якісне оновлення з орієнтацією на вже апробовані на ефективно впроваджені кращі європейські зразки. Суспільство та економіка країни потребують прийняття якісно нового, сучасного кодифікованого акта господарського законодавства (Комерційного кодексу), що був би спроможний забезпечити ефективне врегулювання як підприємництва (комерційної діяльності), так і некомерційного господарювання. Цей кодекс в умовах зростаючої множинності актів господарського законодавства має бути стрижнем, фундаментом, оскільки його норми матимуть не тільки безпосереднє регулятивне, а й системоутворююче, методологічне значення для формування широкого кола нормативно-правових актів як у сфері господарювання, так і щодо інших сфер. Він покликаний стати концептуальною основою узгодження державних, місцевих і приватних інтересів у сфері господарювання, забезпечувати взаємодію в межах єдиного правового й господарського порядку цілої низки фундаментальних господарсько-правових інститутів. Якісне оновлення та поглиблення кодифікації господарського законодавства має відбуватися, безумовно, на базі Господарського кодексу України.

Світова історія розвитку комерційного (господарського) законодавства свідчить, що закони у вигляді комерційних (підприємницьких,

торгових, економічних) приймаються і діють в державах різних регіонів світу – у Північній та Центральній Америці (США, Панама), в Європі (Австрія, Естонія, Іспанія, Латвія, Нідерланди, Німеччина, Словаччина, Туреччина, Франція, Чехія), у Східній та Південно-Східній Азії (Корея, Таїланд, Японія) тощо. Цілком очевидно, що норми цих кодексів, чимало з яких було прийнято протягом останніх 20–30 років, покликані врегулювати не торговельні відносини у вузькому їх розумінні, а відносини у сфері економіки (підприємництва, господарювання) з позицій поєднання, взаємоузгодження приватних та публічних інтересів. Останніми прикладами спеціального регулювання господарських (підприємницьких) відносин є: у 2013 р. – Кодекс господарського права Бельгії, у 2015 р. – Підприємницький кодекс Республіки Казахстан. Парламент Іспанії з 2014 р. розглядає проєкт нового Комерційного кодексу.

Загальновідомим є також і те, що окремим предметом правового регулювання господарські (підприємницькі, торговельні, комерційні, купецькі тощо) відносини стали, постаючи з часів Візантійської імперії (Книга Єпарха), а на території українських земель, зокрема, з “Руської правди” (XI–XIV ст.), Магдебурзького права (XIV ст. – початок XVIII ст.), промислового права (з початку XVIII ст. і до початку XX ст.), і залишаються дотепер у більшості країн світу.

Специфіка господарських відносин вимагає комплексного застосування публічно-правових і приватноправових засад та інструментів у правовому регулюванні таких відносин. На перший план сьогодні виходить проблема вже не співвідношення, а саме конструктивного поєднання (балансу), взаємоузгодження публічних і приватних інтересів у державному регулюванні господарської діяльності.

Останніми роками на тлі цього пошквалилися доктринальні дискусії щодо галузевої належності відносин, які виникають у сфері господарювання. Це зумовлюється передусім якісним розвитком економіки, трансформацією, модернізацією усіх економічних процесів, що, зі свого боку, призводить до появи нових відносин, які потребують нагальної правової регламентації, а відповідно – і наукового їх дослідження, аналізу, вивчення. Водночас існуючі – зазнають істотних змін. Наприклад: розвиток цифрової економіки, електронної комерції, поява нових видів господарської діяльності та організаційно-правових форм господарювання, модернізація способів та форм укладення господарських договорів, їхніх видів, формування повноцінного ринку електронних довірчих послуг тощо. Вчені-господарники стикаються з новітніми викликами, на які необхідно давати обґрунтовані та стратегічні відповіді, що могли б закласти підвалини становлення в Україні таких ґрунтовних підходів,

які відповідали б динаміці суспільних відносин та одночасно володіли б гнучкістю до сприйняття економічних і соціальних реалій.

У контексті динамічного розвитку господарських відносин виникає низка питань, які не можна розглядати у межах протистояння окремих правових шкіл господарників, цивілістів та адміністративістів. Час усвідомити, що жодна галузь законодавства (права) не може бути монополістом у регулюванні суспільних відносин у певній сфері. Прикладом тому є земельне, водне, екологічне, сімейне та інші галузі законодавства, що регулюють особисті немайнові та майнові відносини, які мають певні особливості, що зумовлюють їх самостійний характер і відмінність від цивільних відносин. Кінцеве завдання полягає не в тому, щоб скасувати, врешті-решт, Господарський кодекс України чи домогтися поступового вихолощення сутності господарського права. Сьогодні на законодавчому рівні за участю вчених та за допомогою національної правової доктрини необхідно забезпечити насамперед високу якість регулювання відносин, які становлять основу розвитку країни, зокрема й у царині економіки, бізнес-середовища. В іншому разі наука стикається з проблемою заперечення природного стану розвитку речей, упорядкованого ще з часів появи права як такого. Складно заперечувати відому істину – право є регулятором суспільних відносин, тому воно у своїй природі обумовлене потребами людини, суспільства, видозмінюється відповідно до потреб людства. Це вказує на об'єктивну обумовленість належного правового регулювання у тій чи іншій сфері, зокрема й у сфері господарювання, робить його залежним від середовища.

На сторінках цього номера юридичного журналу “Право України” провідні вчені аналізують чимало проблем господарського права, пропонують шляхи їхнього вирішення та вносять конкретні пропозиції щодо удосконалення господарського законодавства, розгортаються жваві дискусії, завдяки яким і розвивається національна доктрина господарського права.

I. Загальні засади господарського права та проблеми участі держави в регулюванні господарської діяльності

DOI: 10.33498/opus-2019-08-015



Ірина Коваль

докторка юридичних наук, доцентка,
завідувачка кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету
імені Василя Стуса
(Вінниця, Україна)
Koval@donnu.edu.ua



Юлія Павлюченко

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри господарського права
Донецького національного університету
імені Василя Стуса
(Вінниця, Україна)
Pavluchenko@donnu.edu.ua

УДК 346.9

ОХОРОННА ФУНКЦІЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Анотація. Завдання держави щодо належного упорядкування та ефективного розвитку господарських відносин обумовлює потребу в існуванні сукупності правових норм, здатних врегулювати зазначені відносини, які утворюють галузь господарського права. При цьому процеси інноваційних перетворень у суспільному виробництві призводять до ускладнення і зміни господарських зв'язків, що відображається на меті правового регулювання господарських відносин задля забезпечення більш високого рівня їх розвитку. З урахуванням цього існує потреба у переосмисленні змісту функцій господарського права, зокрема охоронної функції.

Мета статті полягає у розкритті змісту й особливостей реалізації охоронної функції господарського права.

У процесі дослідження проаналізовано наукові погляди щодо функцій права, їх особливостей, видів функцій права та значення. Крім того, зроблено висновок про

© Ірина Коваль, Юлія Павлюченко, 2019

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко

взаємообумовленість і взаємозв'язок мети та функцій господарського права у вирішенні завдання щодо утвердження і зміцнення суспільного господарського порядку в економічній системі.

Доводиться, що тлумачення охоронної функції господарського права переважно в контексті захисту порушених прав суб'єктів господарської діяльності призводить до звуженого розуміння цього напрямку впливу господарсько-правових норм. З урахуванням того, що господарські відносини становлять результат тісного перетинання та взаємодії приватних і публічних інтересів учасників відносин у сфері господарювання, обстоюється думка, що саме цим визначається зміст охоронної функції господарського права та її призначення максимально забезпечити належне дотримання, виконання, використання, застосування відповідних правових норм.

Обґрунтовується, що для ефективної охорони господарських відносин і забезпечення правопорядку в економіці охоронні господарсько-правові норми мають регламентувати: 1) заходи й умови попередження господарських правопорушень; 2) підстави, форми і способи захисту прав учасників відносин у сфері господарювання; 3) підстави, заходи і порядок застосування заходів господарсько-правової відповідальності. Для розкриття особливостей реалізації охоронної функції господарського права охарактеризовано заходи попередження господарських правопорушень (превентивну (попереджувальну) складову), захист прав та законних інтересів учасників відносин у сфері господарювання (центральної складової) та застосування господарсько-правової відповідальності як складові охоронної функції господарського права.

На підставі проведеного дослідження зроблено висновок, що охоронна функція господарського права становить вплив господарсько-правових норм на відносини у сфері господарювання, який здійснюється через диспозитивні й імперативні засоби правового регулювання, які забезпечують впорядкування господарських відносин на основі поєднання індивідуального підприємницького (майнового) інтересу з загальносуспільними і державними потребами.

Ключові слова: функції права; охоронна функція господарського права; превенція; захист прав і законних інтересів; господарсько-правова відповідальність.

Завдання держави щодо належного упорядкування та ефективного розвитку господарських відносин обумовлює потребу в існуванні сукупності правових норм, здатних врегулювати зазначені відносини. Така сукупність норм формує відповідне правове утворення – галузь права “господарське право”. Змістовне наповнення господарського права має будуватися з урахуванням мети цієї галузі права, адже спрямованість правового регулювання є важливим параметром (критерієм) оцінки його ефективності. З позиції теорії ефективності правового регулювання такий його стан охоплює сумарну ефективність всіх юридичних засобів, що використовуються для досягнення соціально-економічної мети. Відповідно, ефект правового регулювання визначається з огляду на те, в якому напрямі і якою мірою вдалося

здійснити правовий вплив на суспільні відносини, як змінилась їхня динаміка і зміст¹.

Загальносвітові процеси інноваційних перетворень у суспільному виробництві, які останнім часом набирають швидких обертів і в Україні, призводять до ускладнення і зміни господарських зв'язків у механізмі господарювання, що, зі свого боку, обумовлює необхідність якісної модернізації правового регулювання господарських відносин з метою забезпечення більш високого рівня їхнього розвитку. Успішна реалізація такого завдання значною мірою залежить від застосування відповідних засобів і прийомів правового впливу на ці відносини, що безпосередньо пов'язано з функціями господарського права, зокрема з охоронною функцією.

Законодавче підґрунтя виділення охоронної функції господарського права становлять норми Господарського кодексу України (далі – ГК України², статті 5, 20, 49, 147 та ін.) та інших законів, які визначають окремі нормативні засади змісту й особливостей реалізації цієї функції.

Дослідження функцій господарського права має як важливе теоретико-методологічне значення з огляду на необхідність осмислення і юридичної оцінки змісту й ефективності охорони господарських відносин, так і прикладну цінність, адже право знаходить своє зовнішнє вираження у відповідній формі, перш за все, у системі законодавства, яке має відповідати потребам часу.

У національній юридичній доктрині проблематика функцій права в контексті сучасних поглядів досліджена у працях В. Ковальського, О. Петришина, Ю. Рудика, О. Скакун та інших авторів. У господарсько-правових дослідженнях види функцій господарського права не отримали концептуальної розробки. Спеціальні дослідження, присвячені місцю охоронної функції серед функцій господарського права, її змістовному наповненню, взагалі відсутні.

Метою дослідження є розкриття змісту й особливостей реалізації охоронної функції господарського права.

Загальновизнаною є теза про те, що саме через функції права розкривається його мета. Мета господарсько-правового регулювання в концентрованому вигляді полягає в утвердженні та зміцненні суспільного господарського порядку в економічній системі. Вона реалізуються завдяки виконанню господарсько-правовими нормами відповідних функцій, притаманних праву загалом і цій його складовій зокрема. Взагалі характеристика функцій права тісно пов'язана з його цінністю, роллю, яку

¹ В Прозоров, *Качество и эффективность хозяйственного законодательства в условиях рынка* (Юрид лит 1991) 107.

² Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 13.07.2019).

воно виконує в організації суспільного життя. При цьому аксіологічне значення права дослідники розкривають, як правило, залежно від типу праворозуміння, але у будь-якому разі загально визнаною є його ціннісна оцінка як засобу встановлення стабільності і правопорядку в суспільстві. Сутність господарського права, як зазначає В. Мамутов, полягає у тому, що воно є інструментом, засобом забезпечення порядку в господарському обороті, стабільних “правил гри” в економіці, адекватних економічним реаліям. Зміст господарського права як системи правового регулювання становлять юридичні норми – “правила гри”, різні комбінації норм, які утворюють юридичні конструкції, що забезпечують цілеспрямований вплив на поведінку суб’єктів господарювання³.

У цьому ракурсі право, будучи соціальним явищем, виконує низку соціальних функцій, зокрема: інтегративну, функцію комунікації, соціального контролю тощо⁴, і похідних від них спеціально-юридичних функцій, основними з яких вважаються регулятивна й охоронна. При цьому, як справедливо зауважує М. Байтін, абсолютизувати будь-яке розмежування функцій права не потрібно, враховуючи насамперед той факт, що в реальному житті всі вони тісно переплетені й “незримо” присутні під час реалізації кожної функції. Усі напрями впливу права на суспільні відносини перебувають у гармонійній взаємодії та відображають складний характер процесу правового регулювання⁵.

Поняття “функція права”, як зазначає В. Ковальський, охоплює філософсько-правові, загальноправові та галузеві трактування. Філософське трактування функції права спирається на опосередкування цього поняття категоріями узагальнюючого змісту, якими є світоглядні, ідейні, соціологічні категорії права (“сенса права”, “справедливість права”, “примусове право”, “регулятивне право”, “моральність права”, “образ права” тощо)⁶.

Під функціями права в теорії права розуміють вплив, напрями впливу права на суспільні відносини. Функції права мають низку особливостей: 1) визначають напрямок (вектор) необхідного впливу права на об’єктивну реальність; 2) зумовлені сутністю права та потребами соціального розвитку (соціальним призначенням); 3) характеризуються організаційними зв’язками права й об’єктивної реальності; 4) проявляються через безпосередній процес правового впливу на об’єктивну реальність (або активність дії права); 5) відображають риси динамічного та статичного регулювання⁷.

³ В Мамутов (ред), *Хозяйственное право* (Юринком Интер 2002) 20.

⁴ Ю Сорокина, ‘К вопросу о ценности права’ [2007] 2(22) *Философия права* 12.

⁵ Н Матузов та А Малько (ред), *Теория государства и права: курс лекций* (Юристь 2007) 158-61.

⁶ В Ковальський, ‘Функції права: ціннісний та сутнісний виміри’ (2012) 3 *Альманах права* 58.

⁷ Ю Рудик, ‘Сучасні погляди на поняття “функція права”’ (2009) *Актуальні проблеми держави і права* 233.

Види функцій права як у загальноюридичному, так і в галузевих вимірах визначаються по-різному. У науці господарського права система і зміст функцій господарського права ще не отримали цілісного наукового обґрунтування. Ці питання розглядаються здебільшого у навчальній літературі при висвітленні загальних положень про предмет, метод, систему господарського права. Охоронна функція розглядається як самостійна функція господарського права поряд із регулятивною, попереджувально-виховною, стимулюючою. Такий підхід загалом відповідає загальнотеоретичним уявленням про охоронну функцію права як окрему серед основних юридичних (спеціальних) функцій права⁸.

У юридичній літературі зміст охоронної функції господарського права тлумачиться переважно в контексті захисту порушених прав суб'єктів господарської діяльності. Зазначається, що ця функція сприяє виробленню у праві як регуляторі суспільних взаємозв'язків цінних для особи та суспільства якостей: стабільності, детальної та зрозумілої регламентації, чітких процедур в охоронному режимі⁹.

Захист прав дійсно становить центральний елемент охоронної функції права взагалі і господарського права зокрема. Водночас призначення цього напряму впливу господарсько-правових норм є ширшим. Це пов'язано з тим, що господарське право забезпечує вплив на суспільні відносини завдяки системній дії регулятивної та охоронної функцій, їхнього взаємозв'язку. Якщо регулятивна функція забезпечує бажане для суспільства упорядкування господарських відносин, визначення активної або пасивної поведінки суб'єктів права шляхом закріплення їхніх прав, свобод, компетенції органів державної влади тощо, то охоронний блок функцій господарського права має максимально забезпечити належне дотримання, виконання, використання, застосування відповідних правових норм.

Водночас охоронна функція господарського права має особливості, обумовлені предметом регулювання цієї галузі права. Господарські відносини, які одночасно є і предметом регулювання, і об'єктом охорони, становлять результат тісного перетинання та взаємодії приватних і публічних інтересів учасників відносин у сфері господарювання. Ці інтереси можуть бути реалізовані з максимальною повнотою лише за умови належного врахування такої взаємодії в процесі впливу на ті чи інші господарські зв'язки, забезпечуючи тим самим необхідний рівень правопорядку в господарському житті. Правові засоби, котрі мають забезпечити

⁸ М Цвік та О Петришин (ред), *Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів* (Право 2009) 156.

⁹ О Андреева та інші, *Господарське право України: підручник, ч 1* (2-ге вид, Харків нац ун-т внутр справ 2016) 36.

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко

належне функціонування зазначених відносин, мають конструюватися, враховуючи необхідність узгодження інтересів учасників цих відносин, попередження та нейтралізацію ймовірних конфліктів між ними. У бажаному (ідеальному) варіанті охоронюваний правом публічний інтерес має бути спрямований на отримання блага необмеженою кількістю приватних суб'єктів і, навпаки, задоволення законного індивідуального інтересу кожним суб'єктом повинно призводити до забезпечення “спільного блага”¹⁰. Ця залежність має об'єктивне походження, природа якого зумовлена діалектичною єдністю публічного і приватного права.

У врахуванні та досягненні єдності господарських інтересів регулююча та охоронна функції господарського права істотно доповнюють одна одну, особливо в умовах ускладнення господарських відносин, появи нових учасників цих відносин із власними інтересами, можливих змін публічних інтересів залежно від соціально-економічної ситуації.

У теорії права доведено, що охоронна функція права проявляється у встановленні правом норм, спрямованих на охорону суспільно значущих відносин у різних сферах суспільного життя і викорінення шкідливих та небезпечних для суспільства варіантів поведінки. Здійснення охоронної функції складається з двох частин, а саме: забезпечення охорони суспільних відносин і викорінення небажаних для суспільства явищ. Охоронна функція права реалізується за допомогою його спеціальних охоронних норм, які встановлюють заборони на вчинення протиправних діянь і відповідні санкції за їх вчинення. Ефективність цієї функції визначається кількістю суб'єктів права, які підпорядковуються приписам охоронних норм права і не порушують їх¹¹.

Для ефективної охорони господарських відносин і забезпечення правопорядку в економіці охоронні господарсько-правові норми мають регламентувати:

- 1) заходи й умови попередження господарських правопорушень;
- 2) підстави, форми і способи захисту прав учасників відносин у сфері господарювання;
- 3) підстави, заходи і порядок застосування заходів господарсько-правової відповідальності.

Превентивна (попереджувальна) складова охоронної функції господарського права взаємопов'язана і тісно переплетена з регулятивним напрямом дії господарського права, який проявляється у встановленні позитивних правил розвитку господарських відносин (створення сприятливого правового “клімату” в економічній сфері). Такий взаємозв'язок функцій

www.pravolia.com.ua

¹⁰ И Науменко, ‘Основные принципы соотношения публичных и частных интересов в гражданское право’ [2009] 2(16) Ленинградский юридический журнал 198.

¹¹ Цвік та Петришин (н 8) 156.

відображує єдність, цілісність господарсько-правового регулювання та відповідає загальним принципам функціонування права. Як підкреслює В. Ковальський, закономірності реалізації права полягають у тому, що, по-перше, всі функції мають діяти одночасно (стабільність функціонування); по-друге, вони мають діяти кумулятивно, спрямовано (узгодженість функціонування); по-третє, асинхронна дія в соціумі потребує постійного коригування (координованість функціонування); по-четверте, кожна з функцій діє в певному соціально-правовому просторі, у певних межах (субординованість функціонування)¹².

Заходи попередження господарських правопорушень мають значний потенціал в охороні господарських відносин. Призначення превенції полягає в запобіганні правовим конфліктам і мінімізації негативних наслідків, упередженні дійсних і потенційних перешкод у здійсненні прав суб'єктів господарювання. Як відомо, набагато вигідніше для учасників господарських відносин і держави своєчасно запобігти правопорушенню, ніж застосовувати механізм державно-примусового впливу в разі його вчинення.

У науковій (переважно кримінологічній) літературі існує величезна кількість поглядів, навіть протилежних один одному, стосовно вживання та співвідношення превентивних термінів (“превенція”, “запобігання”, “попередження”, “профілактика” й іноді “припинення”, “відвернення”, “унікнення”, “недопущення”)¹³. Ці поняття мають походження з різних мов, тому, не вдаючись в етимологію цих слів, слід визнати, що спільним для них є створення умов для недопущення неправомірних дій.

Попередження (запобігання) господарським правопорушенням має проявлятися у двох площинах: 1) створення умов для недопущення вчинення господарських правопорушень (стадія правотворчості і реалізації права); 2) попередження (припинення) дій, які створюють реальну загрозу вчинення правопорушення (стадія реалізації і застосування права).

Законодавчі засади превентивної складової охоронної функції господарського права втілюються, зокрема, в нормі ст. 20 ГК України, яка вказує на спосіб захисту ‘припинення дій, що порушують право або створюють загрозу його порушення’¹⁴, та спеціальній нормі ч. 2 ст. 432 Цивільного кодексу України щодо спеціального способу захисту прав

¹² В Ковальський, ‘Охоронна функція права як соціальний правовий феномен’ (автореф дис д-ра юрид наук, Інститут законодавства Верховної Ради України 2011) 9.

¹³ Ю Батан, ‘Вплив превентивного механізму права на неправомірну поведінку’ в Козаченко О та Стрельцов Є (ред), *Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані: монографія* (Ліон 2016) 625-42.

¹⁴ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 13.07.2019).

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко

інтелектуальної власності – ‘застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів’¹⁵.

За допомогою подібних превентивних заходів створюються умови для забезпечення правопорядку, зокрема, на одному з найбільш важливих для економіки товарних ринків – аграрному ринку. Так, згідно зі ст. 34 Закону України “Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів”¹⁶ забороняється забій тварин, які не супроводжуються ветеринарним документом, що засвідчує здоров’я тварин; а в ч. 4 ст. 36 цього ж Закону закріплено, що на агропродовольчому ринку харчовий продукт, який є непридатним для споживання людиною і становить безпосередню загрозу для її здоров’я, підлягає негайному вилученню власником та утилізації або знищенню відповідно до закону. Прикладами попередження господарських правопорушень під час виконання договорів поставки сільськогосподарської продукції є положення статей 268, 273 та 274 ГК України.

Відповідні положення містяться і в міжнародних угодах, які покладають на Україну певні зобов’язання, зокрема щодо *запобігання порушенням будь-якого права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів відносно інкримінованого порушення* (ст. 50 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності)¹⁷.

Ефективність реалізації заходів щодо попередження порушень безпосередньо залежить від повноти й чіткості закріплення цих засобів у матеріальних нормах господарського законодавства. У зв’язку з цим справедливим є твердження О. Беяневич, яка, досліджуючи особливості превентивного захисту в господарському судочинстві, дійшла висновку про відсутність кореляції між процесуальними запобіжними заходами й відповідними способами захисту права¹⁸. В авторському законодавстві прямо передбачено, що при створенні загрози неправомірного використання об’єктів авторського і суміжних прав правовласники мають право вимагати припинення підготовчих дій до порушення авторського і суміжних прав (п. “д” ч. 2 ст. 52 Закону України “Про авторське право і суміжні права”¹⁹).

¹⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 13.07.2019).

¹⁶ Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів: Закон України від 23 грудня 1997 р. № 771/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 19. Ст. 98.

¹⁷ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 р. *Офіційний вісник України*. 2010. № 84. Ст. 2989.

¹⁸ О. Беяневич, ‘Проблема превентивного захисту прав у господарському судочинстві та його меж’ (2011) 11 Українське комерційне право 34.

¹⁹ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1997 р. № 771/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.

Захист прав та законних інтересів учасників відносин у сфері господарювання становить центральну складову охоронної функції господарського права. Стан правової захищеності прав учасників економічних відносин безпосередньо впливає на забезпеченість правопорядку в економіці.

Захист прав і законних інтересів учасників відносин у сфері господарювання доцільно розглядати в контексті *реалізації охоронної функції господарського права* як такий стан упорядкування економічних відносин, який характеризується усуненням перешкод у здійсненні прав і законних інтересів учасників цих відносин і ліквідацією їхніх наслідків, що забезпечується застосуванням управненою особою або компетентним юрисдикційним органом забезпечених державним примусом заходів майнового та (або) організаційно-правового впливу на становище особи, що порушує, не визнає, оспорує права й охоронювані законом інтереси учасників економічних відносин.

Господарсько-правове регулювання захисту прав має забезпечуватися регламентацією в національному законодавстві як загальних положень щодо підстав, форм і способів захисту прав та законних інтересів учасників відносин у сфері господарювання, так і особливостей конкретних підстав захисту (правопорушення, невизнання прав, оспорування прав) і спеціальних способів захисту окремих господарських прав та інтересів. Таке регулювання має здійснюватися з метою повного, системного й узгодженого відображення у господарському і господарсько-процесуальному законодавстві вказаних положень.

Слід врахувати, що господарсько-правовий захист має багатозначний зміст і спрямований на: а) відновлення становища учасників економічних відносин (шляхом визнання належного йому права, компенсації понесених майнових і немайнових втрат тощо); б) здійснення організаційно-правового та (або) майнового впливу на особу, що створює перешкоди в належному здійсненні прав й охоронюваних законом інтересів учасників економічних відносин; в) забезпечення правопорядку (викорінення шкідливих, небезпечних, небажаних для розвитку національної економіки й суспільства діянь).

Правопорушення у сфері господарювання є доволі розповсюдженим явищем, незважаючи на численні приписи господарського законодавства діяти відповідно до встановлених вимог, дотримуватися правил здійснення господарської діяльності, належним чином виконувати взяті господарські зобов'язання (ст. 193 ГК України). Господарські правопорушення негативно впливають на рівень захищеності прав та інтересів учасників господарських правовідносин, віддаляють сферу господарю-

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко

вання від встановлення правопорядку, знижують позитивний регулюючий вплив норм господарського права. Найбільш ефективний засіб боротьби з господарськими правопорушеннями – *господарсько-правова відповідальність*. Її застосування є наступною складовою охоронної функції господарського права.

Господарсько-правова відповідальність відіграє важливу роль у здійсненні охоронної функції господарського права, що впливає з мети і функцій цієї відповідальності, сформульованих у науці та певною мірою відображених у господарському законодавстві. Згідно з ч. 2 ст. 216 ГК України застосування господарських санкцій має гарантувати захист порушених прав і законних інтересів громадян, організацій та держави і забезпечувати правопорядок у сфері господарювання. Отже, мету господарсько-правової відповідальності можна визначати у вузькому (як гарантування захисту учасників господарських відносин шляхом перекладання негативних наслідків правопорушення з потерпілої сторони на правопорушника) та у широкому значенні (як засіб забезпечення правопорядку у сфері господарювання)²⁰.

У найбільш загальному розумінні юридичну відповідальність можна розглядати як реакцію держави на неправомірну поведінку учасників правовідносин. Негативна реакція держави проявляється у закріпленні підстав, заходів юридичної відповідальності (санкцій) і порядку їхнього застосування, правозастосовної діяльності уповноважених органів щодо застосування заходів юридичної відповідальності, що у сукупності має сприяти виконанню юридичною відповідальністю низки функцій. При цьому у теорії права сформовано позицію, що функції юридичної відповідальності здійснюють специфічний вплив на суспільні відносини, який сприяє досягненню мети правового регулювання певної сфери суспільних відносин²¹. Погоджуючись із цим, можна додати, що юридична відповідальність, виконуючи покладені на неї функції, здійснює істотний вплив на особу, суспільство і державу.

Зазначене дає дослідникам підставу розглядати функції юридичної відповідальності в аспекті конкретних проявів функцій права. Наприклад, серед усіх функцій юридичної відповідальності М. Кельман на перше місце поставив функцію загального попередження правопорушень, на підставі чого зробив висновок, що інститут юридичної відповідальності бере участь у реалізації охоронної функції права²². Натомість В. Копейчиков виділяв дві основні функції відповідальності, а саме: виховну і

www.pravoua.com.ua

²⁰ Бобкова А (общ ред), *Хозяйственный кодекс Украины: научно-практический комментарий* (Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н Н 2008) 679.

²¹ Л Головин, 'Отношения юридической ответственности в плане теории правоотношений' (1994) 2 Юрист 19.

²² М Кельман, *Теория права* (Ин-т внутр справ при НАВСУ 1998) 272-3.

правоохоронну, поділяючи останню на каральну та правовідновлюючу²³. У навчальній літературі охоронну функцію юридичної відповідальності характеризують як таку, що спрямована на захист позитивних суспільних відносин шляхом нормативно встановлених відповідних механізмів притягнення винних осіб до відповідальності у разі порушення норм права²⁴. Отже, юридична відповідальність через покладені на неї функції забезпечує виконання охоронної функції права.

Господарсько-правовій відповідальності як галузевому виду юридичної відповідальності певною мірою властиві всі функції останньої. Також на неї покладено виконання власних функцій, обумовлених сферою, метою застосування відповідальності, загальною метою правового регулювання господарських відносин. При цьому функції господарсько-правової відповідальності визначаються як основні напрями її діяльності, соціально-економічний результат, який досягається через застосування господарсько-правової відповідальності²⁵.

Незважаючи на різні погляди дослідників на перелік функцій господарсько-правової відповідальності, все ж вони погоджуються, що цій відповідальності властиві компенсаційно-відновлювальна, стимулююча (попереднього стимулювання) та сигналізаційна функції. Так, Г. Пронська зазначала, що господарсько-правова відповідальність, здійснюючи стимулювання правомірної поведінки, попереджає правопорушення у майбутньому, а саме стимулювання має приватний і загальний характер. Вона підкреслювала, що загальна превенція – це навчання на чужому досвіді, а приватна – на власному, та наголошувала, що від цього виграють і боржник, і кредитор, і держава загалом²⁶. Отже, виконання господарсько-правовою відповідальністю стимулюючої функції допомагає у здійсненні охоронної функції господарського права.

Певним охоронним потенціалом наділені й інші функції цієї відповідальності. Так, компенсаційно-відновлювальна функція, що полягає у відновленні майнових втрат, спричинених правопорушенням, та сигналізаційна функція, яка інформує про існуючі недоліки у діяльності правопорушника, які йому потрібно виправити і врахувати іншим при співпраці з ним, безумовно, сприяють виконанню господарським правом охоронної функції.

У контексті окреслених функції господарсько-правової відповідальності варто звернути увагу на існуючі напрями у її розумінні як по-

²³ Копейчиков В (заг ред), *Загальна теорія держави і права: навчальний посібник* (Юрінком Інтер 2000) 205.

²⁴ О Іваненко, 'Сутність юридичної відповідальності та роль правоохоронних органів у її забезпеченні' (автореф дис канд юрид наук, Київський нац ун-т внутр справ 2007) 12.

²⁵ Г Пронська, *Вибране* (Освіта України 2013) 651.

²⁶ Там само 659.

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко

зитивної (проспективної) та негативної (ретроспективної) відповідальності. Під позитивною відповідальністю розуміють обов'язок правомірно діяти, відповідально ставитися до своїх зобов'язань, вона існує у звичайних правовідносинах і не пов'язана з правопорушенням. Натомість за ретроспективного підходу до розуміння відповідальності вона визначає негативні наслідки протиправної поведінки і є покаранням за правопорушення²⁷. У чинному законодавстві можна знайти підтвердження обох трактувань господарсько-правової відповідальності (ч. 5 ст. 23, ч. 5 ст. 24, ч. 3 ст. 32, ч. 6 ст. 36, ч. 8 ст. 69, статті 274, 303, 308, 313, 314 та багато інших ГК України). Цілком очевидно, що позитивній відповідальності більше властива стимулююча функція, а ретроспективній – дві інші.

Також викладене дає змогу зробити висновок, що господарсько-правова відповідальність тісно пов'язана з виділеними вище превентивною (попереджувальною) складовою охоронної функції господарського права та захистом прав і законних інтересів учасників відносин у сфері господарювання. Якщо превентивні заходи не спрацювали і вчинено господарське правопорушення, то в дію приводиться механізм господарсько-правової відповідальності, заходи якої визнано способами захисту порушених прав і законних інтересів (ст. 20 ГК України). Так само, як захист порушених прав та законних інтересів, господарсько-правова відповідальність спрямована на їх відновлення, але водночас застосування її заходів має найбільш відчутний негативний ефект майнового або організаційного характеру для порушника.

Особливостями господарсько-правової відповідальності є, по-перше, те, що підстави її застосування, звільнення від неї, заходи відповідальності можуть визначатися не тільки законом, а й домовленістю сторін (наприклад, у господарському договорі), по-друге, існує можливість вибору порядку застосування санкцій, якщо інше не передбачено законом. Ці особливості є проявом поєднання імперативних і диспозитивних засад господарсько-правового регулювання, які забезпечують необхідну свободу поряд із помірними обмеженнями прав суб'єктів господарювання у прийнятті рішень у конкретних умовах з урахуванням власних інтересів, і, відповідно, підвищують ступінь виконання охоронної функції господарського права.

Зазначена функція господарського права у контексті господарсько-правової відповідальності проявляється через закріплення у законах відповідних норм права. При цьому ефективність охоронної функції господарського права більша, якщо норми права містять диспозицію і санк-

www.pravoua.com.ua

²⁷ Мамутов (н 3) 858-9.

цію, оскільки на законодавчому рівні одразу встановлено як підставу, так і заходи відповідальності. Прикладами норм права з такою структурою можна назвати норму ст. 274 ГК України, якою закріплено конкретні порушення договору контрактації сільськогосподарської продукції та господарські санкції; норму пп. 3.3.4 п. 3.3 ст. 3 Закону України “Про державну підтримку сільського господарства”, що встановлює підставу та санкцію за порушення цінової дисципліни щодо об’єктів державного цінового регулювання²⁸. Натомість диспозитивні норми щодо відповідальності, зокрема господарсько-правової, як правило, не конкретизовані в інших нормативно-правових актах, тому ступінь сприяння виконанню охоронної функції права доволі низький. Прикладом може бути така норма ст. 18 Закону України “Про оптові ринки сільськогосподарської продукції”: ‘Особи, винні в порушенні вимог цього Закону, несуть відповідальність згідно із законом’²⁹.

У сфері застосування господарсько-правової відповідальності є певні проблемні моменти, як-от: відсутність важелів забезпечення дотримання досудового порядку реалізації господарсько-правової відповідальності та виконання рішень, прийнятих за його результатами; низький відсоток виконання рішень щодо застосування господарських санкцій. Ці проблеми заважають виконанню функцій цієї відповідальності та створюють уявлення щодо її необов’язковості. Це здійснює негативний вплив на ефективність охоронної функції права, а тому вимагає відповідного законодавчого врегулювання.

Висновки. Охоронна функція господарського права становить вплив господарсько-правових норм на відносини у сфері господарювання, який здійснюється шляхом попередження господарських правопорушень, застосування способів захисту прав учасників відносин у сфері господарювання, зокрема й заходів господарсько-правової відповідальності, на підставі поєднання диспозитивних й імперативних засад регулювання, які забезпечують такий стан впорядкування господарських відносин, який є результатом взаємоузгодження індивідуального підприємницького інтересу із загальносуспільними і державними потребами в підтримці й утвердженні господарського правопорядку.

Зміст охоронної функції господарського права становлять засоби правового впливу, які охоплюють превентивну (попереджувальну) протидію правопорушенням у сфері господарювання, припинення правопорушень, інших перешкод у здійсненні прав та обов’язків учасниками

²⁸ Про державну підтримку сільського господарства: Закон України від 24 червня 2004 р. № 1877-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 49. Ст. 527.

²⁹ Про оптові ринки сільськогосподарської продукції: Закон України від 25 червня 2009 р. № 1561-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1561-17>> (дата звернення: 13.07.2019).

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко

відносин у сфері господарювання, застосування до порушників заходів захисту і господарсько-правової відповідальності.

Ефективність впливу правоохоронного інструментарію господарського права на суспільні відносини залежить не тільки від того, наскільки адекватно відтворюються у відповідних правових нормах моделі поведінки, забороненої законом, інтереси учасників цих правовідносин, способи подолання можливих конфліктів правових інтересів, а й від стану реалізованості правових приписів у реальному господарському житті шляхом їх дотримання, використання, виконання учасниками господарських відносин і застосування юрисдикційними органами.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Andrieieva O ta inshi, *Hospodarske pravo Ukrainy [Commercial Law of Ukraine]* (Kharkiv nats un-t vnutr sprav 2016) (in Ukrainian).
2. Kelman M, *Teoriia prava [The Theory of Law]* (In-t vnutr sprav pry NAVSU 1998) (in Ukrainian).
3. Prozorov V, *Kachestvo i jeffektivnost' hozjajstvennogo zakonodatel'stva v uslovijah rynku [The Quality and Efficiency of Economic Legislation in the Market Conditions]* (Juridicheskaja literatura 1991) (in Russian).
4. Pronska H, *Vybrane [Selected]* (Osvita Ukrainy 2013) (in Ukrainian).

Edited books

5. Batan Yu, 'Vplyv preventyvnoho mekhanizmu prava na nepravomirnu povedinku' ['Influence of the Preventive Mechanism of the Law on Unlawful Behavior'] v Kozachenko O ta Streltsov Ye (red), *Pravovyi vplyv na nepravomirnu povedinku: aktualni hrani [Legal Influence on Unlawful Behavior: Actual Faces: Monograph]* (Ilion 2016) (in Ukrainian).
6. Bobkova A (pod obshch red), *Hozjajstvennyj kodeks Ukrainy: nauchno-prakticheskij kommentarij [Economic Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary]* (Yzdatel FL-P Vapniarchuk N N 2008) (in Russian).
7. Kopieichykov V (red), *Zahalna teoriia derzhavy i prava: navchalnyi posibnyk [General Theory of State and Law: Tutorial]* (Yurinkom Inter 2000) (in Ukrainian).
8. Mamutov V (red), *Hozjajstvennoe pravo [Commercial Law]* (Jurinkom Inter 2002) (in Russian).
9. Matuzov N i Mal'ko A (red), *Teoriya gosudarstva i prava: kurs lekcij [Theory of State and Law course of Lectures]* (Jurist 2007) (in Russian).
10. Tsvik M ta Petryshyn O (red), *Zahalna teoriia derzhavy i prava: pidruchnyk dlia studentiv yurydychnykh vyshchykh navchalnykh zakladiv [General Theory of State and Law: a Textbook for Law Students]* (Pravo 2009) (in Ukrainian).

Journal articles

11. Belianevych O, 'Problema preventyvnoho zakhystu prav u hospodarskomu sudochynstvi ta yoho mezh' ['The Problem of Preventive Protection of Rights in Economic Justice and its Boundaries'] (2011) 11 *Ukrainske komertsiine pravo* 34 (in Ukrainian).
12. Golovin L, 'Otnosheniya juridicheskoy otvetstvennosti v plane teorii pravootnoshenij' ['Relationship of Legal Responsibility in Terms of the Theory of Legal Relationships'] (1994) 2 *Jurist* 19 (in Russian).
13. Kovalskyi V, 'Funktsii prava: tsinnisnyi ta sutnisnyi vymiry' ['Functions of Law: Value and Meaning dimensions'] (2012) 3 *Almanakh prava* 58 (in Ukrainian).
14. Naumenko I, 'Osnovnye principy sootnosheniya publichnyh i chastnyh interesov v grazhdanskoe prave' ['The Basic Principles of the Relationship of Public and Private Interests in Civil Law'] [2009] 2(16) *Leningradskij juridicheskij zhurnal* 198 (in Russian).
15. Rudyk Yu, 'Suchasni pohliady na poniattia "funktsiia prava"' ['Modern Views on the Concept of "the Function of Law"'] (2009) *Aktualni problemy derzhavy i prava* 233 (in Ukrainian).
16. Sorokina Ju, 'K voprosu o cennosti prava' ['On the Question of the Value of Law'] (2007) 2 *Filosofija prava* 12 (in Russian).

Thesis

17. Ivanenko O, 'Sutnist yurydychnoi vidpovalnosti ta rol pravookhoronnykh orhaniv u yii zabezpechenni' ['Essence of Legal Liability and Role of Law-Enforcement Body in Ensuring it'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Kyivskiy natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav 2007) (in Ukrainian).
18. Kovalskyi V, 'Okhoronna funktsiia prava yak sotsialnyi pravovy fenomen' ['The Protective Function of Law as a Social Legal Phenomenon'] (avtoref dys doct yuryd nauk, Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy 2011) (in Ukrainian).

Iryna Koval
Yuliya Pavlyuchenko

PROTECTIVE FUNCTION
OF ECONOMIC LAW

ABSTRACT. The State's task to appropriately streamline and efficiently develop economic relations necessitates the availability of a body of legal provisions which can regulate these relations and form the branch of economic law. At the same time, the processes of innovative transformations in public production result in the complication and change of economic relations, and this affects the purpose of legal regulation of economic relations for the sake of ensuring a higher level of their development. With this in mind, there is a need to take a new look at the content of the functions of economic law, in particular, its protective function.

The purpose of the article is to elucidate the content and the specific features pertaining to implementation of the protective function of economic law.

In the course of the research, the author analyzes scientific views on the functions of law, their characteristics, types of functions of law and importance. Furthermore, the author makes a conclusion that the objective and the functions of economic law are interdependent and interrelated in the context of resolving the issue of establishment and enhancement of the social economic order in the economic system.

Ірина Коваль, Юлія Павлюченко

The author substantiates that if the protective function of economic law is interpreted mainly in the context of protection of violated rights of business entities, this results in a narrowed understanding of this line of the impact made by economic law provisions. Given that economic relations are the result of close intersection and interaction of private and public interests of participants to relations in the economic activity domain, the author argues that this is what determines the content of the protective function of economic law and its objective to maximally ensure the appropriate observance, implementation, use, and application of relevant legal provisions.

It is substantiated that for the efficient protection of economic relations and for ensuring the rule of law in economy, the economic law provisions of protection should regulate: 1) measures and conditions for prevention of economic offenses; 2) grounds, forms and methods to protect the rights of participants to relations in the economic activity domain; 3) grounds, measures and procedure for using measures of liability under economic law. With a view to elucidating the specific features of the protective function of economic law, the author characterizes the measures for prevention of economic offences (preventive component), protection of rights and legitimate interests of participants to relations in the economic activity domain (central component) and application of liability under economic law as a component of the protective functions of economic law.

Based on the conducted research, the author makes a conclusion that the protective function of economic law is the impact of economic law provisions on the relations in the economic activity domain exerted through the dispositive and imperative methods of legal regulation which ensure the streamlining of economic relations through a combination of the individual business (property) interest and the common social and public needs.

KEYWORDS: functions of law; protective function of economic law; prevention; protection of rights and legitimate interests; liability under economic law.



Володимир Устименко

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАН України,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений юрист України,
директор Інституту економіко-правових досліджень
НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1094-422X>
v.a.ustymenko@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-08-031

Тетяна Гудіма

кандидатка юридичних наук,
старша наукова співробітниця відділу проблем модернізації
господарського права та законодавства
Інституту економіко-правових досліджень НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1509-5180>
tsgudima@gmail.com



УДК 346.512

МІГРАЦІЯ, МОНЕТАРНА ПОЛІТИКА ТА СТАЛИЙ РОЗВИТОК: ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

АНОТАЦІЯ. Міграційні процеси в світі набирають обертів. Про це свідчать численні доповіді, прийняття стратегічних документів на рівні країн тощо. Водночас замало уваги приділяється аналізу впливу грошових переказів мігрантами в Україну, їхня роль у зміцненні економічних засад функціонування суспільства, зокрема становлення господарського правового порядку.

Метою статті є більш глибокий аналіз сучасної правової політики України, дефекти у творенні та реалізації якої обумовлюють незначний рівень реалізації заходів із державного прогнозування впливу грошових переказів мігрантів на економічний та соціальний розвиток країни.

В умовах погіршення стану вітчизняної економіки, сальдо платіжного балансу країни, зниження рівня життя українців та посилення еміграційних процесів, цей вид фінансових інвестицій має справляти позитивний вплив на сталий розвиток держави-реципієнта. Сучасні дослідження надають неоднозначні результати такого взаємозв'язку зі сталим розвитком країни. Все більше даних свідчать про пастку грошових переказів, яка, навпаки, призводить не тільки до зниження темпів зростання, а й до ще більшого посилення еміграційних процесів.

Зважаючи на неоднозначний вплив такого виду інвестицій на сталий економічний розвиток та з метою мінімізації можливих негативних наслідків від збільшення або, навпаки, скорочення їхньої кількості, державні органи мають здійснювати

© Володимир Устименко, Тетяна Гудіма, 2019

Володимир Устименко, Тетяна Гудіма

оцінку, прогнозування означених процесів та розробку стратегічних планів щодо них. Утім, сьогодні механізм застосування такої форми управління економікою є недосконалим. Перекази громадян значно перевищують обсяг прямого інвестування та становлять загрози для сталого економічного розвитку країни. А тому вирішення назрілих проблем у різних секторах економіки України має здійснюватися на програмно-прогнозній основі з урахуванням стратегічного курсу розвитку держави. З метою удосконалення законодавства у цій сфері доцільно доповнити його положеннями, які визначали б перелік учасників прогнозування, та розроблення програм економічного і соціального розвитку.

Важливого значення у попередженні негативного впливу грошових переказів також набувають комплексні заходи, зокрема щодо підвищення якості матеріальної інфраструктури, вдосконалення системи освіти і скорочення витрат на ведення бізнесу, підвищення конкурентоспроможності галузей, які стикаються з іноземною конкуренцією. Монетарна політика Центрального банку України може відігравати активну роль у стимулюванні створення нових підприємств завдяки впровадженню пільгових кредитних програм, зокрема й шляхом спрямування переказів у відповідні галузі. Доцільним також є перегляд умов режиму таргетування інфляції та ефективного розподілення бюджетних коштів.

Ключові слова: грошові перекази; прогнозування; сталий розвиток країни; монетарна політика.

Міграційні процеси в світі набирають обертів. Як свідчать автори доповіді Римського клубу “Капіталізм, недалекоглядність, населення і руйнування планети”¹, у 2017 р. налічувалося 60 млн біженців. Найновіші прогнози передбачають, що понад 50 млн людей щороку будуть змушені залишити свої домівки та мігрувати.

З урахуванням таких світових тенденцій Урядом України 12 липня 2017 р. була схвалена Стратегія державної міграційної політики України на період до 2025 року (розпорядження Кабінету Міністрів України № 482-р)², в якій визначено трудову міграцію як найбільш масовий міграційний потік, що має різнобічний вплив на українське суспільство; окреслені напрями зусиль держави щодо зменшення негативних наслідків міграції; а також створення сприятливих умов для повернення трудових мігрантів.

На проблему трудової та іншої міграції з нашої країни звертав увагу і нинішній Президент України в своїй інавгураційній промові. Водночас питання грошових переказів мігрантами в Україну, їхньої ролі у зміцненні економічних засад функціонування суспільства, залучення досить

www.pravoh.com.ua

¹ Ернст Ульріх фон Вайцеккер та Андре Війкман, *Come On! Капіталізм, недалекоглядність населення і руйнування планети. Доповідь Римському клубу* (Сірош Ю пер з англ, Саміт-Книга 2019) 276.

² Стратегія державної міграційної політики України на період до 2025 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 12 липня 2017 р. № 482-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/482-2017-%D1%80>> (дата звернення: 23.05.2019).

потужного інвестиційного потенціалу таких коштів, на жаль, залишилося поза увагою.

За даними Національного банку України (далі – НБУ), у 2018 р. приватні перекази з-за кордону (включно з грошима, переданими через неформальні канали) в країну становили 9,3 млрд доларів, що в чотири рази перевищило обсяг прямих іноземних інвестицій³. В умовах занепаду вітчизняної економіки, погіршення сальдо платіжного балансу країни, зниження рівня життя українців та посилення еміграційних процесів, цей вид фінансових інвестицій, як вбачається, має справляти суттєвий вплив на сталий розвиток держави-реципієнта. Зокрема, на думку представників наукової спільноти та практиків, перекази в Україну сприяють стабілізації курсу національної валюти та цін (особливо в умовах режиму таргетування інфляції), зменшенню бідності, згладжуванню споживання та макроекономічної стабільності. Ці кошти вважаються більш ефективним засобом розвитку країн третього світу, ніж міждержавні проекти у цій сфері. Саме тому, за позицією експертів, монетарна політика НБУ має бути спрямована на стимулювання переказів із-за кордону.

Така позиція здається обґрунтованою, оскільки перекази в країнах, що розвиваються, позитивно впливають на добробут сімей, які їх отримують, збільшують споживання та посилюють мінливість бізнес-циклів. Утім, сучасні дослідження надають неоднозначні результати щодо їхнього взаємозв'язку зі сталим розвитком країни. Все більше даних свідчить про пастку грошових переказів, яка, навпаки, призводить не тільки до зниження темпів зростання, а й до ще більшого посилення еміграційних процесів. Порівняно з фінансовими потоками від такої сфери, як, наприклад, туризм, де можна очікувати чіткого зв'язку з економічним зростанням, подібного зв'язку не вдається безпосередньо простежити між грошовими переказами та макроекономічними змінними.

Зважаючи на неоднозначний вплив такого виду інвестицій на сталий економічний розвиток та з метою мінімізації можливих негативних наслідків від збільшення або, навпаки, скорочення їхньої кількості, державні органи мають здійснювати стратегічне прогнозування означених процесів, інакше недооцінка ситуації може стати викликом національної безпеки держави. Водночас відсутність стратегічних прогнозів у багатьох випадках призводить до неузгодженості державних програм і концептуальних документів та, як наслідок, неможливості прямування обраним вектором економічного розвитку⁴. Відповідно до ст. 11 Господарсь-

³ 'Перерахунок даних щодо приватних грошових переказів в Україну за 2015-2017 роки' (Національний банк України) <<https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=66364144>> (дата звернення: 23.05.2019).

⁴ В Мамутов та А Ющик, 'Без общегосударственного планирования экономику и страну не поднять. (О новом подходе и проблемам государственного управления)' (*Голос Украины*, 23 июня 2010) 8.

Володимир Устименко, Тетяна Гудіма

кого кодексу України (далі – ГК України)⁵ прогнозування та планування визначено однією з основних форм державного управління економікою. Утім, сьогодні недосконалим є механізм її застосування, зокрема в досліджуваних відносинах.

Дослідженню різних аспектів міграції присвятили свої дослідження представники переважно економічної та соціальної наук: Л. Курій, Е. Лібанова, Н. Мельникова, С. Пірожков, О. Поліщук, В. Табунчик, Л. Томашик, Ю. Цевух. На необхідність заохочення грошових переказів трудових мігрантів звертали увагу О. Малиновська, Н. Побулавець та ін. Водночас нині практично відсутні правові дослідження з цієї тематики. Зазвичай вчені закликають до імплементації різних міжнародних документів або підтримують позиції зарубіжних учених і практиків щодо необхідності стимулювання НБУ переказів із-за кордону без врахування структури економіки України, побутового менталітету населення, і що найголовніше, аналізу можливих негативних наслідків. Це унеможлиблює чітке бачення ситуації, а також розробку та застосування відповідних заходів для їхнього попередження. У зв'язку з цим актуальним є здійснення подальшого аналізу щодо встановлення взаємозв'язку між переказами з-за кордону і сталим економічним розвитком, оцінки можливих негативних наслідків від таких інвестицій для економіки країни та розробка відповідних правових заходів, спрямованих на їхню мінімізацію.

Зі свого боку на необхідність вдосконалення правового регулювання відносин із прогнозування і планування економічного та соціального розвитку звертали увагу О. Віхров, Р. Джабраїлов, Д. Задихайло, В. Мамутов, О. Ющик та ін.

Метою дослідження є більш глибокий аналіз сучасної правової політики України, дефекти у творенні та реалізації якої обумовлюють незначний рівень реалізації заходів із державного прогнозування впливу грошових переказів мігрантів на економічний і соціальний розвиток країни.

Збільшення міграційних потоків, зумовлене отриманням безвізового режиму перетину кордонів із Європейським Союзом, анексією Криму та подіями на сході України, призвели до стрімкого зростання обсягів грошових переказів у нашу країну. Ці фінансові ресурси стали настільки значною частиною платіжного балансу України, що на початку 2019 р. НБУ вдосконалив методіку їхнього обчислення. Відтепер НБУ враховує не лише офіційні транзакції через банки та міжнародні платіжні системи, а й інформацію від центральних банків і фінансових органів інших

www.pravoua.com.ua

⁵ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 15.05.2019).

країн – так звану “дзеркальну статистику”. Вона дає змогу враховувати перекази грошей неофіційними каналами⁶.

За позицією вчених та практиків, ці фінансові ресурси не тільки вагомо впливають на добробут окремої категорії громадян чи родин, до яких надходять, вони є рушійною силою короткострокового економічного зростання, яке, зі свого боку, може також призвести до більш довгострокового зростання, коли підприємства розширюють свою діяльність для задоволення підвищеного попиту⁷. Надходження міграційних переказів також позитивно впливає і на макроекономічну стабільність, готівковий валютний ринок (стабілізує курс гривні відносно іноземних валют і, як наслідок, сприяє ціновій стабільності) та розвиток фінансово-банківської системи⁸.

У зв'язку з цим на міжнародному та вітчизняному рівні активно обговорюється необхідність стимулювання таких інвестицій центральними банками. Зокрема, у “Цілях сталого розвитку ООН”⁹ одним із завдань сформульовано зниження комісійних витрат за їхнє здійснення до показника нижче 3 %. Міграційний пакт ООН¹⁰ пропонує план і називає сучасні технічні рішення з досягнення цієї мети¹¹. Вчені звертають увагу на доцільність НБУ на основі вивчення зарубіжного досвіду розробити й рекомендувати комерційним банкам стратегію роботи в сфері переказів мігрантів, зокрема, виробити базові орієнтири щодо депозитних послуг (вищі відсотки під накопичувальні рахунки на основі переказів)¹².

Водночас виникають певні сумніви щодо обґрунтованості встановлення такого механізму.

Національна модель ринкової економіки є організацією економічного життя суспільства, розбудованою на засадах ринкової координації учасників економічних відносин. Її основу становлять відповідні закріплені на законодавчому рівні системоутворюючі чинники, серед яких право на

⁶ ‘Національний банк удосконалив методику підрахунку обсягу приватних грошових переказів в Україну та уточнив їх оцінки за 2015-2017 рр.’ (*Національний банк України*) <https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=66326691&cat_id=55838> (дата звернення: 23.05.2019); Перерахунок даних щодо приватних грошових переказів в Україну за 2015-2017 роки (н 3).

⁷ В Куценко, ‘Детермінанти трудової міграції населення України’ [2011] 3(54) Науковий вісник Національного університету ДПС України (економіка, право) 11-9.

⁸ *Українське суспільство: міграційний вимір: національна доповідь* (Інститут демографії та соціальних досліджень ім М В Птухи НАН України 2018) 396.

⁹ Преобразование нашего мира: повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года: резолюция, принята Генеральной Ассамблеей 25 сентября 2015 г. № A/70/L.1 <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=R> (дата звернення: 23.05.2019).

¹⁰ Глобальный договор о безопасной, упорядоченной и легальной миграции. Марракеш, Марокко, 10 и 11 декабря 2018 года <<https://undocs.org/ru/A/CONF.231/3>> (дата звернення: 23.05.2019).

¹¹ ‘Про що насправді йдеться у міграційному пакті ООН’ (*Deutsche Welle*) <<https://www.dw.com/uk/про-що-насправді-йдеться-у-міграційному-пакті-оон/a-46663258>> (дата звернення: 23.05.2019).

¹² ‘Перекази мігрантів з-за кордону та можливі заходи щодо їх заохочення та ефективного використання: Аналітична записка’ (*Національний інститут стратегічних досліджень*) <<http://old2.niss.gov.ua/articles/1276>> (дата звернення: 23.05.2019).

свободу підприємницької діяльності, свобода і захист вільного ціноутворення¹³. Дії Центрального банку щодо зобов'язання зниження вартості послуги переказу можна розцінювати як такі, що суперечать принципу ринкової економіки (які, зокрема, закріплені і гарантуються ст. 6 ГК України, ст. 42 Конституції України¹⁴). Банки як суб'єкти господарювання мають законне право самостійно встановлювати вартість власних послуг. Особливо в умовах таргетування інфляції, коли вони (банки) не можуть повноцінно заробляти на кредитуванні через постійне підвищення облікової ставки НБУ (інструмента таргетування інфляції).

Слід зауважити, що сьогодні комісійні доходи банків становлять майже одну третину загального доходу від банківської діяльності¹⁵. А враховуючи той факт, що за останні 5 років із причини “погіршення фінансового стану” банківський ринок покинуло понад 100 банківських установ¹⁶, обмеження їхньої діяльності та зобов'язання зменшувати власні доходи вбачається необґрунтованим кроком із боку державних установ. Тим паче названі суб'єкти господарювання спроможні самостійно впливати на вирівнювання фінансового ринку за потреби та з урахуванням можливих ризиків для власної діяльності. Зокрема, вони правоможні приймати рішення щодо зниження комісійних витрат за переказ коштів, підвищення депозитних ставок тощо, у разі дефіциту іноземної валюти на банківському ринку України.

Центральний банк, зі свого боку, зобов'язаний сприяти стабілізаційним процесам в економіці з урахуванням інтересів суспільства, замість підвищення ризиків у банківській діяльності, та здійснення власних повноважень в інтересах окремих суспільних груп. Саме така формула балансу між основними інститутами економічної влади та суб'єктами господарювання, як її декларує Основний Закон та ст. 5 ГК України, є базисом і головною умовою правового господарського порядку. Інакше кажучи, будь-які дії Центрального банку повинні бути економічно обґрунтованими і відповідати нормам закону та вектору країни – сталому економічному розвитку.

Слід зазначити, що дослідження спрямовані на глибокий аналіз взаємозв'язку між грошовими переказами й економічним зростанням, все частіше демонструють негативний вплив таких інвестицій на економіку

¹³ Д. Задихайло, ‘Модель національної економіки в координатах балансу економічної влади (правовий аспект)’ (2018) 1 Економічна теорія та право 124-36.

¹⁴ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 15.05.2019).

¹⁵ ‘Звіт про фінансову стабільність, схвалений Комітетом з фінансової стабільності Національного банку України 14 червня 2019 року’ (Національний банк України) <<https://bank.gov.ua/control/uk/index>> (дата звернення: 23.05.2019).

¹⁶ ‘Реорганізація та ліквідація’ (Національний банк України) <https://bank.gov.ua/control/uk/publish/printable_article?art_id=75535&showTitle=true> (дата звернення: 23.05.2019).

країни. Зокрема, такі інвестиції сприяють зниженню темпів зростання і збільшенню залежності від коштів із-за кордону.

Показовим у цьому контексті можна вважати досвід Лівану, який за останні кілька десятиліть пережив громадянську війну і міграційну кризу та є одним із провідних одержувачів коштів із-за кордону, як в абсолютному, так і у відносному вираженні. Протягом останніх десяти років обсяг грошових переказів у країну становить понад 7 млрд грн на рік¹⁷, що в середньому дорівнює 14 % внутрішнього валового продукту (далі – ВВП)¹⁸. За даними Міжнародного валютного фонду, таким способом у 2016 р. Ліван отримав у розрахунку 1 500 доларів на людину (більше, ніж у будь-якій іншій країні світу). Це дає змогу дійти висновку про те, що грошові перекази дійсно відіграють провідну роль в економіці країни. Крім того, грошові перекази є джерелом іноземної валюти, яке більш ніж на половину перевищує обсяг експорту товарів країни та допомагає Лівану підтримувати стабільний обмінний курс національної валюти в умовах значного державного боргу¹⁹.

Незважаючи на це, не можна стверджувати, що такі кошти слугують двигуном сталого економічного зростання. Рисунок 1 наочно демонструє відсутність взаємозв'язку між обсягом переказів і ВВП на душу населення та його зростання.

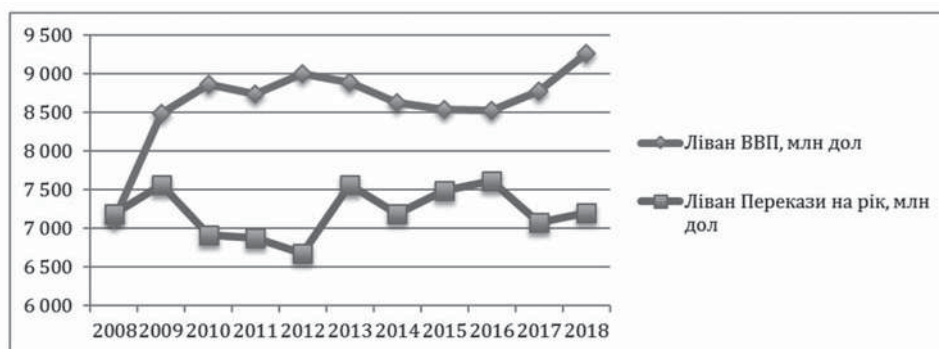


Рис. 1. Обсяг переказів із-за кордону та ВВП на душу населення. Ліван²⁰

¹⁷ 'Migration and remittances data' (The World Bank Group) <<http://www.worldbank.org/en/topic/migrationremittancesdiasporaissues/brief/migration-remittances-data>> (accessed: 20.05.2019).

¹⁸ 'Ливан – персональные денежные переводы к получению в текущих ценах (процент от ВВП)' (Knoema) <<https://knoema.ru/atlas/Ливан/topics/Экономика/Платежный-баланс-Счет-текущих-операций/Персональные-денежные-переводы-к-получению-в-текущих-ценах-percent-от-ВВП>> (дата звернення: 20.05.2019).

¹⁹ 'Ливан – Валовой государственный долг' (Knoema) <<https://knoema.ru/atlas/Ливан/topics/Экономика/Финансовый-сектор-Государственные-финансы/Государственный-долг>> (дата звернення: 20.05.2019);

²⁰ 'Чому перекази з-за кордону не допомагають, а шкодять економіці – дослідження МВФ' (Nachasi) <<https://nachasi.com/2018/09/18/chomu-perekazy-ne-dopomagayut>> (дата звернення: 20.05.2019).

²⁰ Складено за показниками Глобальної бази даних <<https://knoema.ru>> (дата звернення: 20.05.2019).

Приклад Лівану не є одиничним. Серед країн із найбільшими приходами грошових переказів (таких як Гаїті, Киргизстан, Індія, Гондурас, Непал, Тонга, Єгипет)²¹ відсутні приклади зростання ВВП на душу населення в обсягах, які перевищували б зростання у сусідніх країнах цього ж регіону. Безперечно, перекази не є єдиним можливим чинником таких процесів, як негативний вплив на економічний стан тієї чи іншої країни. Утім, вони можуть посилювати інші фактори, які уповільнюють сталий розвиток.

У наукових та експертних колах розповсюдженою є позиція, що добре освічене населення країни покращує економічний стан країни. За словами Міністра освіти і науки України Л. Гриневич, 'зупинити відтік молоді можна лише якістю освіти'²².

Повертаючись до досвіду Лівану, можливо наочно простежити помилковість такої позиції. За даними доповіді Всесвітнього економічного форуму 2013 р., країна займає 10-те місце за загальною якістю освіти, і 4-те в науці та математиці. У Лівані 41 національно акредитований університет, деякі з яких визнані на міжнародному рівні²³. За таких умов приток інвестицій до країни у вигляді переказів міг би стати катализатором високотехнологічного розвитку, зокрема стартовим капіталом для створення інноваційних підприємств. Утім, рейтинг Лівану за глобальним інноваційним індексом рік від року погіршується. Зокрема, за даними Всесвітньої організації інтелектуальної власності, у 2017 р. країна посіла 81-ше місце, в 2018 р. опустилася на 90-те²⁴. Обсяг цієї галузі в економіці країни та міжнародному ринку дуже низький (особливо порівняно з 2010 р.) (рис. 2).

Поясненням такому стану може бути те, що сім'ї, які отримують грошові перекази, витрачають ці кошти зазвичай на поточні потреби: одяг, їжу, різноманітні послуги, а також на товари імпортного виробництва. Замість започаткування власного бізнесу (або роботи на діючих підприємствах) молодь Лівану обирає міграцію за межі країни. Це призводить до суттєвого скорочення висококваліфікованої робочої сили. Серед причин, які змушують молодь мігрувати в інші країни, – відсутність привабливих можливостей працевлаштування у своїй країні²⁵.

²¹ Migration and remittances data (n 17).

²² 'Зупинити відтік молоді можна лише якістю освіти' (*Osvita.ua*) <<https://osvita.ua/vnz/59118>> (дата звернення: 20.05.2019).

²³ 'Образование в Ливане' (*Вікіпедія – свободная энциклопедия*) <https://ru.wikipedia.org/wiki/Образование_в_Ливане> (дата звернення: 20.05.2019).

²⁴ 'Global Innovation Index 2018' (*Всемирная организация интеллектуальной собственности*) <<https://www.wipo.int/publications/ru/details.jsp?id=4330>> (accessed: 25.05.2019).

²⁵ 'Чому перекази з-за кордону не допомагають, а шкодять економіці – дослідження МВФ' (n 19).

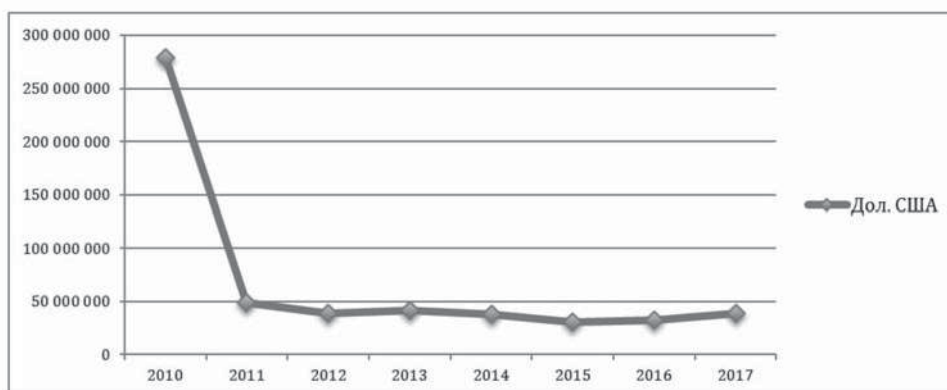


Рис. 2. Експорт високотехнологічних товарів у доларах. Ліван²⁶

Подібні процеси можна спостерігати і в Україні. Грошові перекази витрачаються переважно на споживання, купівлю нерухомості, імпорتنних товарів, зокрема й автомобілів. Це збільшує попит на такі товари і, як наслідок, спричиняє зростання цін та утворення так званих “мільних бульбашок” (особливо на ринку нерухомості). Зокрема, за даними Конфедерації будівельників України, ціни на житло в 2019 р. подорожчають приблизно на 20 % і цей процес уже відбувається. Серед факторів росту цін називають необхідність платити більше будівельникам, щоб вони не їхали до Європи²⁷.

Зростання цін, зі свого боку, поряд зі значними обсягами валюти та дефіцитом кваліфікованих кадрів призводить до того, що експорт стає менш конкурентоспроможним, а вітчизняне виробництво поступово зменшується. Інакше кажучи, країни, які отримують грошові перекази, починають залежати від експорту робочої сили, а не від товарів, вироблених цією робочою силою. Такий процес отримав назву “голландської хвороби” – це стан, коли економіка та бюджет країни впадають у залежність від експорту одного-двох різновидів сировини, який забезпечує лівову частку доходів держави; при цьому потреби населення у товарах і послугах задовольняються через імпорт, а власне виробництво розвивається слабо²⁸.

Підтвердження цьому можна наочно простежити на рисунках 3 і 4. Як видно, розрив між експортом та імпортом (на користь останнього)

²⁶ Складено за показниками Глобальної бази даних <<https://knoema.ru>> (дата звернення: 20.05.2019).

²⁷ ‘Квартирне питання: Наскільки зростуть ціни на житло в 2019 році?’ (112.ua) <<https://ua.112.ua/statji/kvartirne-pytannia-naskilky-zrostut-tsiny-na-zhytlo-v-2019-rotsi-476502.html>> (дата звернення: 20.05.2019).

²⁸ Юрій Соболев, ‘Пострадянська Росія’ (Дзеркало тижня, 4 березня 2011) <<http://www.dt.ua/newspaper/articles/76834>> (дата звернення: 20.05.2019).

Володимир Устименко, Тетяна Гудіма

стрімко збільшується на тлі збільшення обсягу переказів (рис. 4). При цьому за останні 5 років частка продукції агропромислового комплексу у структурі експортної виручки України зростає з 31 % у 2014 р. до 39,3 % у 2018 р. Основу експорту становить продукція рослинного походження – пшениця, кукурудза, ячмінь та соєві боби²⁹.

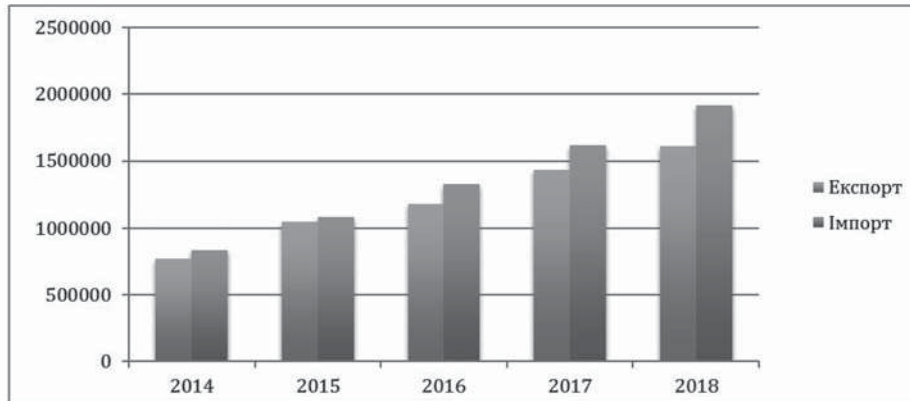


Рис. 3. Експорт. Імпорт. Україна³⁰

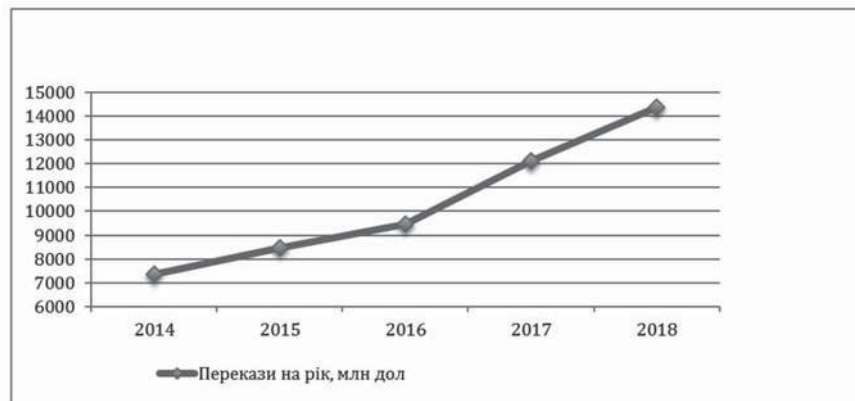


Рис. 4. Перекази в Україну, млн доларів³¹

Вихід із ситуації можливий за умови вжиття заходів зі стимулювання розвитку підприємств із високим рівнем доданої вартості та збере-

www.pravoua.com.ua

²⁹ 'Основні показники зовнішньої торгівлі в Україні' (Український клуб аграрного бізнесу) <http://ucab.ua/ua/doing_agribusiness/zovnishni_rinki/osnovni_pokazniki_zovnishnoi_torgivli_ukraini> (дата звернення: 20.05.2019).

³⁰ Складено за даними сайту МинфинМедиа <<https://index.minfin.com.ua/economy/gdp/eximp>> (дата звернення: 20.05.2019).

³¹ Там само.

ження конкурентоспроможності внутрішніх галузей. Зокрема, завдяки впровадженню Центральним банком програм пільгового кредитування для таких підприємств, зокрема й шляхом спрямування переказів у відповідні галузі. Не останню роль у цьому процесі відіграє перегляд умов режиму таргетування інфляції. Адже підвищення облікової ставки НБУ (інструмента режиму таргетування) призводить до подорожчання кредитів і робить їх практично недоступними, зокрема для переробних галузей (із високим рівнем доданої вартості).

Водночас слід звернути увагу і на причини заохочення грошових переказів з боку Уряду України, зокрема, збільшення податкової бази (якщо держава обкладає податками споживання (наприклад, через податки на додану вартість)), зменшення рівня бідності в країні тощо.

Прийняття юридичних актів щодо заохочення грошових переказів із-за кордону без чіткої стратегії розміщення їх у галузях, що сприяють економічному зростанню, можуть ускладнити вихід із пастки таких інвестицій. Відсутність чітких доказів зв'язку грошових переказів із підвищенням економічного зростання і відсутність прикладів країн, які пережили зростання завдяки збільшенню їхнього обсягу, вказують на те, що грошові перекази дійсно перешкоджають зростанню економіки.

Очевидно, з огляду на те, що грошові перекази підвищують добробут мільйонів сімей, їм не слід перешкоджати. Утім, слід пам'ятати, що позитивного ефекту для сталого розвитку країни від грошових переказів можна досягти не за умови їхнього стимулювання у будь-який спосіб, а за умови спрямування на продуктивне використання. Важливого значення набувають комплексні заходи, зокрема щодо підвищення якості інфраструктури, скорочення витрат на здійснення підприємницької діяльності тощо. Не останню роль у попередженні такого недоліку грошових переказів, як "голландська хвороба", є підвищення конкурентоспроможності галузей, які стикаються з іноземною конкуренцією.

Зі свого боку монетарна політика Центрального банку може відігравати активну роль у стимулюванні створення нових підприємств шляхом впровадження пільгових кредитних програм, зокрема й через спрямування переказів у відповідні галузі. Доцільним також є перегляд умов режиму таргетування інфляції та ефективне розподілення бюджетних коштів.

Загалом вирішення назрілих проблем у різних секторах економіки України має здійснюватися на програмно-прогнозній основі з урахуванням стратегічного курсу розвитку держави. Нині відповідна робота ведеться, і для цього є відповідне законодавче підґрунтя, зокрема, ГК України, Закон України "Про державне прогнозування та розроблен-

ня програм економічного і соціального розвитку України”³² тощо. Утім, є деякі недоліки.

Так, Прогноз економічного і соціального розвитку України на 2019–2021 роки³³ не містить інформації (аналізу) щодо ризиків від переказів із-за кордону та плану дій відносно такого виду інвестицій. У документі йдеться лише про необхідність коригування НБУ обсягів зовнішньої торгівлі з урахуванням перегляду статистичних даних та методології врахування приватних переказів.

Слід зазначити, що відповідно до ст. 1 Закону України “Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України” серед учасників державного прогнозування і розроблення програмних документів економічного та соціального розвитку не визначено НБУ – суб’єкта, який є відповідальним за цінову та фінансову стабільність, а також має сприяти стійким темпам економічного розвитку. Спробу усунення цього недоліку зроблено у законопроекті “Про державне прогнозування та стратегічне планування в Україні”³⁴. Утім, до сьогодні документ перебуває на розгляді у Верховній Раді України.

Вагомим недоліком є і те, що до процесу прогнозування економічного та соціального розвитку офіційно на законодавчому рівні не залучені представники академічної спільноти. Відповідно до Закону України “Про наукову та науково-технічну діяльність”³⁵ та Статуту Національної академії наук України³⁶ серед основних її завдань визначено підготовку наукових оцінок і прогнозів суспільно-політичного, соціально-економічного і культурного розвитку держави, її економічного стану, розроблення відповідних пропозицій і рекомендацій із цих питань.

Висновки. У підсумку виявляється, що з причини відсутності дієвого механізму реалізації такої форми державного управління, як прогнозування та планування, держава нівелює значущість переказів із-за кордону (як зазначалося, сьогодні вони значно перевищують обсяг прямого інвестування та загрожують сталому економічному розвитку країни).

З метою удосконалення законодавства у цій сфері доцільно доповнити її його положеннями, які визначали б Національний банк України та

³² Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України: Закон України від 23 березня 2000 р. № 1602-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1602-14>> (дата звернення: 20.05.2019).

³³ Про схвалення Прогнозу економічного і соціального розвитку України на 2019-2021 роки: постанова Кабінету Міністрів України від 11 липня 2018 р. № 546 <<https://www.kmu.gov.ua/ua/npras/pro-shvalennya-prognozu-ekonomichnogo-i-socialnogo-rozvitku-ukrayini-na-20192021-roki>> (дата звернення: 20.05.2019).

³⁴ Про державне прогнозування та стратегічне планування в Україні: проєкт закону від 16 березня 2010 р. <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=6198&skl=7> (дата звернення: 20.05.2019).

³⁵ Про наукову та науково-технічну діяльність: Закон України від 26 листопада 2015 р. № 848-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/848-19>> (дата звернення: 23.05.2019).

³⁶ Статут національної академії наук України, затверджений Загальними Зборами Національної академії наук України 5 квітня 2002 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001550-02/print>> (дата звернення: 23.05.2019).

Національну академію наук України серед учасників процесу прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку.

Прийнятним варіантом реалізації зазначених пропозицій було б внесення до законодавства таких змін:

1) у ГК України: п. 2 ст. 11 викласти в такій редакції: “Законом визначаються принципи державного прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України, система прогнозних і програмних документів, вимоги до їхнього змісту, а також загальний порядок розроблення, затвердження та виконання прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку, повноваження та відповідальність учасників, залучених до цього процесу. Зокрема, органів державної влади, Національної академії наук України, Національного банку України й органів місцевого самоврядування.”;

2) у Закон України “Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України” п. 5 ст. 1 викласти в такій редакції: “Учасники державного прогнозування та стратегічного планування економічного і соціального розвитку – Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Національний банк України, уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань економічної політики, інші центральні органи виконавчої влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування. До повноважень зазначених вище учасників, за винятком Національної академії наук України належать розроблення і затвердження документів державного прогнозування та стратегічного планування, забезпечення реалізації та контроль за їх виконанням.

До повноважень Національної академії наук України належать здійснення наукових оцінок і прогнозів суспільно-політичного, соціально-економічного і культурного розвитку держави, її економічного стану, розроблення відповідних пропозицій і рекомендацій з цих питань.”.

Впровадження запропонованих змін, на нашу думку, дасть змогу створити умови для ефективної реалізації такої форми державного управління, як прогнозування та планування, на шляху до забезпечення сталого економічного розвитку країни.

REFERENCES

Bibliography

Edited and translated books

1. *Ukrainske suspilstvo: mihratsiyni vymir: natsionalna dopovid [Ukrainian Society: Migration Dimension: National Report]* (Instytut demohrafii ta sotsialnykh doslidzhen im M V Ptukhy NAN Ukrainy 2018) (in Ukrainian).
2. Vaitsezker E ta Viikman A, *Come On! Kapitalizm, nedalekohliadnist naseleння i ruinuvannya planety. Dopovid Rymському клубу [Come On! Capitalism, Shortsightedness of the Population and Destruction of the Planet. Report to the Club of Rome]* (Sirosh Yu per z anhl, Samit-Knyha 2019) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Kutsenko V, 'Determinanty trudovoi mihratsii naseleння Ukrainy' ['Determinants of Labor Migration of Ukraine's Population'] [2011] 3(54) *Naukovyi visnyk Natsionalnoho universytetu DPS Ukrainy (ekonomika, pravo)* 11-9 (in Ukrainian).
4. Zadykhailo D, 'Model natsionalnoi ekonomiky v koordynatakh balansu ekonomichnoi vlady (pravovyi aspekt)' ['The National Economy Model in the Coordinates of the Economic Power Balance (Legal Aspect)'] (2018) 1 *Ekonomichna teoriia ta pravo* 124-36 (in Ukrainian).

Newspaper articles

5. Mamutov V ta Jushhik A, 'Bez obshhegosudarstvennogo planirovaniya jekonomiku i stranu ne podnjat'. (O novom podhode i problemam gosudarstvennogo upravlenija) ['Without the National-Level Planning There is No Chance to Revive the Economy and the Country. (On the New Approach to the Issues of Public Administration)'] (*Golos Ukrainy*, 23 ijunja 2010) 8 (in Russian).
6. Soboliev Yu, 'Postradianska Rosiia' ['Post-Soviet Russia'] (*Dzerkalo tyzhnia*, 4 bereznia 2011) <<http://www.dt.ua/newspaper/articles/76834>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).

Websites

7. 'Global Innovation Index 2018' (*Vsemirnaya organizatsiya intelektualnoy sobstvennosti*) <<https://www.wipo.int/publications/ru/details.jsp?id=4330>> (accessed: 25.05.2019) (in English).
8. 'Migration and remittances data' (*The World Bank Group*) <<http://www.worldbank.org/en/topic/migrationremittancesdiasporaissues/brief/migration-remittances-data>> (accessed: 20.05.2019) (in English).
9. 'Chomu perekazy z-za kordonu ne dopomahaiut, a shkodiат ekonomitsi – doslidzhennia MVF' ['Why Remittances from Abroad Do Not Help but Harm the Economy – IMF Study'] (*Nachasi*) <<https://nachasi.com/2018/09/18/chomu-perekazy-ne-dopomahaiut>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
10. 'Kvartyrne pytannia: naskilky zrostut tsiny na zhytlo v 2019 rotsi' ['Housing Question: How Much Will Housing Prices Grow in 2019?'] (*112.ua*) <<https://ua.112.ua/statji/kvartyrne-pytannia-naskilky-zrostut-tsiny-na-zhytlo-v-2019-rotsi-476502.html>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
11. 'Livan – personal'nye denezhnye perevody k polucheniju v tekushhiih cenah (procent ot VVP)' ['Lebanon – Personal Remittances Receivable in Current Prices (Percentage of GDP)'] (*Knoema*) <<https://knoema.ru/atlas/Livan/topics/Jekonomika/Platezhnyj->

- balans-Schet-tekushhih-operacij/Personal'nye-denezhnye-perevody-k-polucheniju-v-tekushhih-cenah-percent-ot-VVP> (accessed: 20.05.2019) (in Russian).
12. 'Livan – Valovoj gosudarstvennyj dolg' ['Lebanon – Gross National Debt'] (*Knoema*) <<https://knoema.ru/atlas/Livan/topics/Jekonomika/Finansovyj-sektor-Gosudarstvennye-finansy/Gosudarstvennyj-dolg>> (accessed: 20.05.2019) (in Russian).
 13. 'Natsionalnyi bank udoskonalyv metodyku pidrakhunku obsiahu pryvatnykh hroshovykh perekaziv v Ukrainu ta utochnyv yikh otsinky za 2015-2017 rr.' ['The National Bank Has Improved the Methodology for Calculating the Volume of Private Money Transfers to Ukraine and Has Detailed Respective Estimates for 2015-2017'] (*Natsionalnyi bank Ukrainy*) <https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=66326691&cat_id=55838> (accessed: 23.05.2019) (in Ukrainian).
 14. 'Obrazovanie v Livane' ['Education in Lebanon'] (*Vikipediya – svobodnaja jenciklopedija*) <https://ru.wikipedia.org/wiki/Obrazovanie_v_Livane> (accessed: 20.05.2019) (in Russian).
 15. 'Osnovni pokaznyky zovnishnoi torhivli v Ukraini' ['Main Indices of Foreign Trade in Ukraine'] (*Ukrainskyi klub ahrarnoho biznesu*) <http://ucab.ua/ua/doing_agribusiness/zovnishni_rinki/osnovni_pokazniki_zovnishnoi_torgivli_ukraini> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
 16. 'Perekazy mihrantiv z-za kordonu ta mozhyvi zakhody shchodo yikh zaokhochennia ta efektyvnoho vykorystannia: Analychna zapyska' ['Remittances by Migrants from Abroad and Possible Measures for Their Encouragement and Efficient Use: An Analytical Note'] (*Natsionalnyi instytut stratehichnykh doslidzen*) <<http://old2.niss.gov.ua/articles/1276>> (accessed: 23.05.2019) (in Ukrainian).
 17. 'Pererakhunok danykh shchodo pryvatnykh hroshovykh perekaziv v Ukrainu za 2015-2017 roky' ['Recalculation of Data on Private Money Transfers to Ukraine for 2015-2017'] (*Natsionalnyi bank Ukrainy*) <<https://bank.gov.ua/doccatalog/document?id=66364144>> (accessed: 23.05.2019) (in Ukrainian).
 18. 'Pro shcho naspravdi ydetsia u mihratsiinomu pakti OON' ['What the UN Migration Pact Really Means'] (*Deutsche Welle*) <<https://www.dw.com/uk/pro-shcho-naspravdi-idsia-u-mihratsiinomu-pakti-oon/a-46663258>> (accessed: 23.05.2019) (in Ukrainian).
 19. 'Reorhanizatsia ta likvidatsia' ['Reorganization and Liquidation'] (*Natsionalnyi bank Ukrainy*) <https://bank.gov.ua/control/uk/publish/printable_article?art_id=75535&showTitle=true> (accessed: 23.05.2019) (in Ukrainian).
 20. 'Zupyntyty vidtik molodi mozna lyshe yakistiu osvity' ['Only the Quality of Education Can Stop the Outflow of Young People'] (*Osvita.ua*) <<https://osvita.ua/vnz/59118>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).

Volodymyr Ustymenko
Tetyana Hudima

MIGRATION, MONETARY POLICY
AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT:
THE ECONOMIC-LAW DIMENSION

ABSTRACT. Migration processes are gaining momentum on a global scale. This is evidenced by numerous reports, by strategic documents adopted at the country level etc. At the same time, there is insufficient coverage and analysis of the impact of the money

Володимир Устименко, Тетяна Гудіма

transferred by migrants to Ukraine, and its role in the enhancement of society's economic foundations, in particular, in the establishment of economic-law order.

The article aims at making a deeper analysis of today's legal policy of Ukraine which has defects of formulation and implementation entailing a low level of implementation of measures through which the State forecasts the impact of money transfers on the country's economic and social development.

Under the conditions of the deteriorating national economy and the decreasing payment balance of the country, worsening living standards of Ukrainians and increasing emigration processes, this type of financial investment should have a positive impact on the sustainable development of the recipient State. Modern studies give controversial results of such interrelation with sustainable development of the country. There is growing evidence of the remittance trap which, on the contrary, entails not only a slower growth but also a greater increase of emigration processes.

Given the ambiguous impact this type of investment has on sustainable economic development, and with a view to minimizing possible negative consequences of an increase or, conversely, a decrease in its amount, public authorities should assess and forecast these processes and develop strategic plans relating thereto. However, today there is imperfection in the mechanism by which such a form of economy management may be implemented. Remittances made by citizens significantly exceed direct investment and create threats to the country's sustainable economic development. Therefore, urgent problems in various sectors of the Ukrainian economy should be resolved on a program-forecast basis, with due regard for the strategic course of the country's development. In order to improve the legislation in this area, it is advisable to supplement it with provisions which would define the list of participants to forecasting and to the development of economic and social development programs.

Besides, an increasing importance for the prevention of a negative impact of remittances is seen in the comprehensive measures, in particular, those aimed at enhancement of the quality of material infrastructure, improvement of the education system and reduction of the cost of doing business, and also at boosting of the competitiveness of industries which encounter foreign competition. The monetary policy of Ukraine's Central Bank can play an active part in stimulating the establishment of new enterprises through the introduction of preferential lending programs, including by allocating remittances to relevant industries. It is also advisable to review the terms of the inflation targeting regime and efficient allocation of the budget funds.

KEYWORDS: money transfers; forecasting; sustainable development of the country; monetary policy.



Руслан Джабраїлов

доктор юридичних наук, доцент,
заступник директора з наукової роботи
Інституту економіко-правових досліджень НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4422-2102>
ruzaur13@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-08-047

Веста Малолітнева

кандидатка юридичних наук,
учена секретарка
Інституту економіко-правових досліджень НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9678-1750>
vestamalolitneva@gmail.com



УДК 346.542

ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ЗАСІБ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ЦІЛЕЙ СТАЛОГО РОЗВИТКУ

Анотація. Для виконання визначених законом функцій держава щорічно закуповує необхідні товари, роботи та послуги. Обсяги таких закупівель є значними, що дає державі широкі можливості впливати на економіку, особливо у тих галузях, де вона є домінуючим споживачем. Таким чином, публічні закупівлі можуть бути не лише у ролі закупівельного процесу, а й засобу державного регулювання господарської діяльності. Утім, в Україні нині відсутній науково обґрунтований підхід до визначення потенціалу публічних закупівель як комплексного засобу державного регулювання господарської діяльності, а отже, немає й оцінки потенційного впливу закупівель на економічний розвиток країни.

Метою статті є запровадження наукового підходу до публічних закупівель як до засобу державного регулювання господарської діяльності, який полягає у тому, що вони стають таким засобом за наявності відповідних підстав; дослідження особливостей публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності, зокрема характеру його впливу на діяльність учасників, який у деяких випадках виходить за межі лише непрямого засобу державного регулювання, що має важливе теоретичне та практичне значення.

© Руслан Джабраїлов, Веста Малолітнева, 2019

Руслан Джабраїлов, Веста Малолітнева

Встановлено, що основною метою регулювання публічних закупівель є забезпечення економічної ефективності, тобто досягнення найкращого результату за наявних ресурсів, що передбачає співвідношення ціни та якості. При цьому наголошено, що держава є особливим покупцем, враховуючи необхідність захисту публічних інтересів, внаслідок чого до закупівель інтегруються додаткові “горизонтальні” цілі за різними напрямками державної політики. Доведено, що у разі інтеграції таких цілей до функціональної мети, публічні закупівлі виступають самостійним засобом державного регулювання господарської діяльності, який слід віднести до непрямого засобу. При цьому у статті проведено детальний аналіз випадків, коли публічні закупівлі за характером впливу на господарську діяльність учасників, особливо у сферах, де держава як споживач має вирішальний вплив, можуть наблизитися до прямих засобів державного регулювання. Доведено теоретичну та практичну важливість розмежування публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності, та засобу, який наближається до прямого, особливо під час здійснення міжнародних закупівель.

Ключові слова: публічні закупівлі; регулювання; засоби державного регулювання; господарська діяльність; прямі засоби; непрямі засоби; предмет договору про закупівлю.

Для виконання своїх функцій держава закуповує товари, роботи та послуги за допомогою системи публічних закупівель, обсяги яких є значними. В Україні вони становлять приблизно 13 % внутрішнього валового продукту (далі – ВВП) щорічно¹. Важлива роль держави як покупця на ринку дає широкі можливості впливати на економіку, особливо у тих галузях, де вона є домінуючим споживачем, а отже, вплив може бути вирішальним і визначати масштаби виробництва й структуру доходів учасників закупівель. У контексті відносин покупець – продавець держава може використовувати свої можливості різними способами, наприклад, контролювати доступ на ринок закупівель шляхом заборони участі певним суб’єктам господарювання, зокрема іноземним. Може встановлювати вимоги до виконання договору про закупівлю з умовою, щоб до робіт були залучені особи з обмеженими можливостями або особи, які були тривалий час безробітними. Такі вимоги відображають використання публічних закупівель як засобу регулювання, а не просто закупівельний процес. Нині в Україні відсутній науково обґрунтований підхід до визначення потенціалу публічних закупівель як комплексного засобу державного регулювання господарської діяльності, а отже, немає й оцінки потенційного впливу закупівель на економічний розвиток країни.

Окремі аспекти проблематики правового регулювання публічних закупівель досліджували такі науковці, як Я. Петруненко, А. Олефір,

¹ ‘Реформа державних закупівель’ (Міністерство економічного розвитку і торгівлі України) <<http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=38c083f3-2571-466a-9583-3b43c2804ad9&title=ReformaDerzhavnikhZakupivel>> (дата звернення: 25.02.2019).

О. Юдіцький, В. Горин, О. Сидоренко, О. Критенко, О. Мельников та ін.

Метою дослідження є запровадження наукового підходу до публічних закупівель як до засобу державного регулювання господарської діяльності, який полягає у тому, що вони стають таким засобом за наявності відповідних підстав; вивчення особливостей публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності, зокрема характеру його впливу на діяльність учасників, який у деяких випадках виходить за межі лише непрямого засобу державного регулювання, що має важливе теоретичне та практичне значення.

З метою придбання товарів, робіт та послуг, необхідних для виконання визначених законом функцій, держава в особі замовників вступає у відносини з публічних закупівель, у межах яких виникають майново-господарські зобов'язання на підставі договорів про закупівлю, відповідно до яких учасник зобов'язаний поставити товар, виконати роботу чи надати послугу на користь замовника згідно з умовами договору, а замовник – провести оплату таких дій². У літературі такий підхід до закупівель називають “економічним”, коли вважається, що державний замовник має відповідати тесту ‘діє як приватний споживач, який шукає найкраще співвідношення ціна-якість’³.

При цьому слід брати до уваги особливість публічних закупівель – як правило, вони здійснюються державним коштом. Держава не є покупцем на ринку, як інші індивідуальні покупці, які мотивовані суто своїм особистим інтересом. У контексті публічних закупівель дуже важливо враховувати, що держава представлена значною кількістю різних органів влади, які перебувають в ієрархічному підпорядкуванні один щодо одного. У цьому випадку такі органи є, якщо говорити економічними категоріями, “агентами” держави, яка може бути охарактеризована як “принципал”⁴. Такі відносини агента та принципала можуть мати потенційні загрози саме у публічних закупівлях, адже їхні інтереси можуть не збігатися. Незважаючи на інтереси держави, агент може діяти, беручи до уваги лише власні мотиви, що, в підсумку, може призвести до виникнення корупційних практик і зайвих витрат. Отже, у випадку закупівель необхідні детальні процедурні правила, які забезпечували б спільність інтересів держави-принципала та її агентів.

У замовників, як правило, немає особистої зацікавленості в економічному використанні коштів. Це часто призводить до закупівель за зави-

² А Олефір, *Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти* (Юрайт 2012) 75.

³ P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford University Press 2004) 9.

⁴ Ibid 129.

щеними цінами або товарів низької якості, що веде до неефективного використання державних коштів. Таким чином, обґрунтовується необхідність додаткових правових механізмів, які сприяли б скороченню витрат у державному й комунальному секторах економіки⁵ та створенню умов, за яких державний замовник буде думати у контексті “ідеального” покупця, що обумовлює ціль регулювання публічних закупівель.

Тобто регулювання публічних закупівель полягає у виправленні інституційних провалів на ринку, які були описані вище. Крім того, підґрунтям для державного регулювання публічних закупівель вважаються так звані “провали ринку”, коли ринок не здатний виконувати одну або більше зі своїх функцій⁶, або ситуації, в яких суб’єкти господарювання не можуть або не мають стимулів виробляти блага в соціально оптимальних обсягах або з належною якістю⁷. Зокрема, В. Поединок у своїй праці “Провали ринку як об’єктивні підстави державного регулювання інвестиційної діяльності” у контексті регулювання інвестиційної діяльності ґрунтовно проаналізувала та наголосила на важливості концепції “провали ринку”, яка описує об’єктивні підстави державного регулювання господарської діяльності⁸. Досконала конкуренція передбачає, що учасники ринку лише приймають ціни, які запропоновані ринком, а не створюють їх. Коли хтось з учасників починає впливати на ціни, виникає загроза дисфункцій ринку. Зокрема, такі провали можуть бути наслідком природи товарів та послуг, які надає держава населенню. Значна кількість таких товарів або послуг не постачаються ринком, а якщо постачаються, то у невеликій кількості. Таким чином, такі товари виробляються безпосередньо державою. Утім, коли такі товари надаються населенню державою через закупівлі, вона може опинитися у не вигідній ситуації через незначну кількість виробників або постачальників на ринку. Як наслідок, держава вже не просто приймає ціни, які склалися на ринку, а повинна прийняти ціну від постачальників, які формують її, користуючись своєю ринковою владою. Відкриті торги для досягнення конкуренції навряд чи будуть ефективними, враховуючи обмежену кількість постачальників, утім, є можливість використання спеціальних процедур закупівель, наприклад, переговорних, які встановлюватимуть обмеження для зловживання такими виробниками своєю ринковою владою⁹.

⁵ О Мельников, ‘Особенности публичных закупок как объекта государственного регулирования экономики’ [2016] 1(52) Theory and Practice of Public Administration 133.

⁶ Р Мудрак, “Провали” ринку та права як фактори ризику продовольчого забезпечення домогосподарств’ (2015) 1 Інноваційна економіка 150.

⁷ М Бублій, ‘Теоретичні та методологічні основи організації державних закупівель’ [2011] 1(32) Теорія та практика державного управління 2.

⁸ В Поединок, ‘Провали ринку як об’єктивні підстави державного регулювання інвестиційної діяльності’ (2012) 90 Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка 35-8.

⁹ Trepte (n 3) 113.

Тобто економічний підхід до публічних закупівель передбачає втручання у ринок лише з метою виправлення провалів, коли ринки не в змозі розподіляти ресурси ефективно. При цьому виправлення провалів ринку – це обмежена концепція, яка стосується тільки однієї мети державного регулювання – подолання диспропорцій та дисфункцій, що виникають у процесі самостійного функціонування ринкового економічного механізму. Втім, публічні закупівлі можуть розглядатися і як засіб для реалізації додаткових цілей, які, як правило, не охоплюються суто економічним підходом. Економічні цілі описують лише спрямованість державної політики на забезпечення ринкової ефективності шляхом виправлення ринкових провалів. Однак держава як покупець відрізняється від інших покупців на ринку – вона є покупцем та одночасно відповідальною за добробут людей. Результатом такої відповідальності є те, що у контексті публічних закупівель досягнення лише економічної ефективності навряд чи буде її єдиною метою, адже існує низка цільових орієнтирів, які перебувають поза межами концепції ефективності, наприклад, забезпечення сталого розвитку.

Пріоритетність тих чи інших цільових орієнтирів визначається логікою обраної моделі державної економічної політики¹⁰. У цьому контексті з'являється друга мета регулювання публічних закупівель, яка притаманна майже всім країнам, і полягає у реалізації “горизонтальних”, порівняно з першою метою закупівель, цілей відповідно до різних напрямів державної політики, зокрема екологічної та соціальної, які часто не пов'язані з функціональною метою, але які замовник обирає для посилення ролі своєї закупівлі. Якщо ціль закупівлі відповідає обов'язку замовника задовольнити потреби, наприклад, соціального характеру, які мотивовані суто економічними міркуваннями, зокрема придбання візків для людей з обмеженими можливостями, закупівлі не є засобом державного регулювання господарської діяльності.

Такий економічний підхід до закупівель, коли вони не становлять засіб державного регулювання господарської діяльності, можна охарактеризувати на прикладі позиції Європейського Союзу (далі – ЄС) у справі органу з вирішення спорів Світової організації торгівлі (далі – СОТ), коли ЄС розглядає публічні закупівлі у межах СОТ лише як закупівлі товарів, робіт і послуг, які необхідні для підтримки роботи та функцій держави. Таким чином, товари, які закупаються, мають бути використані або спожиті державними замовниками під час виконання адміністративних завдань або їх функцій, і ціль закупівлі має розумітися у контексті ситуації, в якій державні замовники не зможуть виконувати свої функції

¹⁰ Посидинок (н 8) 37.

без використання товару, який був придбаний¹¹. При цьому, з моменту введення “горизонтальних” цілей у публічні закупівлі товарів, робіт і послуг, без реалізації яких державні замовники, як правило, зможуть виконувати свої функції, закупівлі перетворюються вже на окремий самостійний засіб державного регулювання господарської діяльності поряд із державним замовленням і передбачають стратегічне їх використання. Такі цілі, як правило, не мають прямої економічної вигоди для замовника, а передбачають більш широку сферу впливу, наприклад, надання переваги під час оцінки тендерних пропозицій саме автомобілям, які на етапі користування мають менший рівень шкідливих викидів в атмосферне повітря, що спрямовано на охорону здоров’я населення держави та захист навколишнього середовища.

Дієвість публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності виявляється у тому, що завдяки цьому засобу забезпечується цілеспрямоване сприяння держави у реалізації цілей державної політики та розвитку важливих галузей економіки, особливо там, де держава як покупець має вирішальний вплив, тим самим опосередковано забезпечуючи ефективність національної економіки. В Україні станом на 2016 р. діяльність майже 3,5 тис. суб’єктів господарювання залежала від публічних закупівель, адже їхній дохід на 80 % і більше формувався завдяки участі в публічних закупівлях. Ці суб’єкти господарювання зайняті у понад 300 різних видах діяльності. Найбільш залежними від публічних закупівель є суб’єкти господарювання, що здійснюють свою діяльність у сфері будівництва, і у топ-10 категорій товарів, робіт та послуг у тендерах, які виграють залежні від закупівель суб’єкти господарювання, входять ремонт доріг, будівельні роботи, поточний ремонт, будівництво трубопроводів, ліній зв’язку та ін.¹². Деякі суб’єкти господарювання у більшій частині або повністю орієнтовані на публічні закупівлі, враховуючи їхню спеціалізацію, тобто виробляють товари або надають послуги, в яких може бути зацікавлена переважно держава. Зважаючи на це та значні обсяги закупівель, вони можуть сприяти трансформаційним змінам на ринку. Якщо попит держави є значним, то учасники матимуть стимули розробляти нову продукцію та процеси з метою задоволення її потреб¹³.

¹¹ Canada – certain measures affecting the renewable energy generation sector, Canada – measures relating to the Feed-in tariff program. Report of the Appellate Body. WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R. 2013 <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm> (accessed: 20.05.2019).

¹² На державній голці: який бізнес залежить від держзакупівель? (YouControl, 20.06.2018) <<https://youcontrol.com.ua/news/na-derzhavniy-holtsiyakyy-biznes-zalezhyt-vid-derzhzakupivel>> (дата звернення: 19.01.2019).

¹³ D Marron, ‘Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument’ [2003] 3(4) OECD Journal on budgeting 89.

Згідно з усталеним у науці господарського права підходом до поділу господарсько-правових засобів державного регулювання економіки, виділяють прямі та непрямі правові засоби. Особливість прямих засобів державного впливу на сферу господарювання полягає у тому, що їм властиво безпосередніми владними регуляторами примушувати суб'єкта господарювання діяти певним чином у господарському середовищі. Непрямі засоби – це ті регулятори економічного середовища, які стимулюють ефективне господарювання і додають економічної вигоди поведінці, яка є бажаною для суспільства й держави¹⁴. Як зазначає Я. Петруненко, непрямі засоби державного регулювання передбачають: суб'єкти господарювання добровільно беруть участь у стимулюючих заходах; державний вплив спрямований на підвищення економічної та соціальної ефективності саме діяльності суб'єктів господарювання у пріоритетних сферах, через яку опосередковано досягається оптимізоване витрачання державних коштів і зростання економічних показників у державі¹⁵. Слід погодитися з позицією А. Олефіра, який, розглядаючи публічні закупівлі у сфері охорони здоров'я, відносить їх до непрямого (економічного) методу державного регулювання господарських відносин. Цей метод взагалі не містить таку форму реалізації, як прямий наказ компетентного органу, що підлягає обов'язковому та однозначному виконанню господарськими організаціями¹⁶. Так, деякі автори зазначають, що прямі засоби регулювання передбачають, що суб'єкт господарювання не може здійснювати свою діяльність на ринку без задоволення заздалегідь визначених вимог. Вимога або перевага замовника закуповувати електроенергію тільки з відновлювальних джерел або службову форму тільки у певних суб'єктів господарювання, наприклад, які відповідають певним соціальним стандартам, не забороняє суб'єкту господарювання здійснювати свою діяльність на ринку. Навіть якщо вимога щось закуповувати є обов'язковою, вона все одно не становила б засіб регулювання в аспекті встановлення правил, які є обов'язковими для всіх суб'єктів господарювання. Якщо підприємство не бажає виробляти електроенергію з відновлювальних джерел енергії, то воно може і надалі пропонувати електроенергію на ринку, наприклад, із традиційних джерел енергії¹⁷.

Отже, з моменту реалізації як функціональної мети публічних закупівель, так і “горизонтальних” цілей державної політики, такі закупівлі

¹⁴ Р Шабанов та М Ждан, ‘Щодо поняття господарсько-правових засобів державного регулювання економіки за законодавством України’ (2016) 11 Підприємництво, господарство і право 87.

¹⁵ Я Петруненко, ‘Господарсько-правова природа засобів забезпечення ефективного використання державних коштів’ (2017) 3 Підприємництво, господарство і право 88.

¹⁶ Олефір (н 2) 201.

¹⁷ A Semple, ‘The link to the subject matter. A glass ceiling for sustainable public contracts?’ in B Sjaafjell and A Wiesbrock (eds), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder* (Cambridge University Press 2016) 72.

стають непрямим засобом державного регулювання господарської діяльності.

Утім, на практиці публічні закупівлі у деяких випадках наближаються до прямих засобів державного регулювання господарської діяльності, враховуючи характер впливу на суб'єктів господарювання. Хоча державні замовники не є суб'єктами організаційно-господарських повноважень в управлінні господарською діяльністю у межах процедур публічних закупівель, слід визнати, що реалізація “горизонтальних” цілей може справляти значний вплив на господарську діяльність суб'єктів господарювання, що відрізняється від непрямих засобів, особливо у галузях, де держава є домінуючим споживачем. Кваліфікуючою особливістю при цьому є вимоги, які виходять за межі предмета договору про закупівлю. Нижче наводяться найбільш поширені у практиці види таких вимог.

По-перше, це вимоги, що спрямовані на зміну поведінки учасників – суб'єктів господарювання, які не обмежені лише тим, що є необхідним для виконання конкретного договору про закупівлю. Серед яскравих прикладів можна вказати вимоги, які стосуються суб'єктів господарювання, що мали зв'язки з “небажаними” країнами. Наприклад, у штаті Массачусетс існувала заборона для замовників здійснювати закупівлю в учасників, які співпрацювали з суб'єктами господарювання із Бірми (нині – Республіка Союзу М'янма)¹⁸, що було обумовлено протестом проти режиму, який був встановлений у країні, зокрема військової диктатури, та порушення прав людей. У штаті прийнято рішення, щоб гроші платників податків не йшли на непрямі підтримку цього режиму¹⁹. Або яскравим прикладом є розробка та прийняття у Німеччині у 1998 р. декларації, яку мали підписувати учасники, що брали участь у закупівлях консультаційних та освітніх послуг. Цим самим вони гарантували, що не надають свої послуги, використовуючи технології саєнтології і не дозволяють своїм співробітникам брати участь у курсах та семінарах з саєнтології, що було обумовлено позицією органів влади щодо саєнтологічної організації як такої, що здійснює свою діяльність на основі принципів, які не відповідають фундаментальним цінностям демократичного суспільства, таким як право на життя та свобода висловлювань. Ця позиція ґрунтувалася на публікаціях, внутрішніх інструкціях і практиках прийому нових членів організації²⁰. Ті учасники, які відмовлялися підписувати декларацію, вважалися ненадійними, і замовник мав відмовляти їм в участі у закупів-

¹⁸ C Pitschas and H Priess, ‘The use of secondary policy criteria in public procurement procedures: the Burma case and the German Scientology declaration’ (2000) 5 Public Procurement Review 111-5.

¹⁹ Massachusetts Burma Procurement Law Challenged at WTO (*Public Citizen*) <<https://www.citizen.org/article/massachusetts-burma-procurement-law-challenged-at-wto>> (accessed: 27.05.2019).

²⁰ C Pitschas and H Priess, ‘Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration’ (2000) 4 Public Procurement Law Review 172.

лях. У Північній Ірландії, враховуючи історичні передумови релігійного та політичного поділу між католиками та протестантами, встановлені спеціальні вимоги, які забороняють дискримінаційні прояви на основі релігії. У 1989 р. було прийнято нормативно-правовий акт щодо справедливих умов праці, яким передбачався обов'язок роботодавця вживати заходів для забезпечення справедливої пропорції католиків та протестантів на робочому місці²¹. Пізніше у 1998 р. було прийнято новий нормативно-правовий акт, що є чинним і сьогодні, і яким збережено вимоги щодо забезпечення справедливих умов для працевлаштування як католиків, так і протестантів шляхом вжиття певних заходів, наприклад, розробки та прийняття практик суб'єктами господарювання, які заохочували б таку участь. Роботодавці, які не в змозі забезпечити реалізацію таких практик, можуть бути не допущені до участі у публічних закупівлях.

По-друге, це вимоги, які спрямовані насамперед не на зміну поведінки учасника закупівель, а на підтримку окремих груп суб'єктів господарювання, наприклад, малих та середніх підприємств, або підприємств, які, зокрема, засновані людьми з обмеженими можливостями, або які виробляють певний вид товарів (зокрема, "зелені" товари). Нині на федеральному рівні у США діють спеціальні програми з підтримки під час здійснення публічних закупівель у суб'єктів малого бізнесу, засновниками яких, наприклад, є ветерани – інваліди збройних сил США. Такі преференції, зокрема право виконувати договори про закупівлю лише малими суб'єктами господарювання, надаються залежно від вартості товарів або послуг, які плануються закуповувати²². Зі свого боку у Директивах ЄС про закупівлі передбачено правило, згідно з яким замовник може прийняти рішення щодо резервації права брати участь у процедурах публічних закупівель для спеціальних суб'єктів господарювання, які наймають людей з обмеженими можливостями, та суб'єктів господарювання, головною метою яких є соціальна і професійна інтеграція інвалідів та малозабезпечених осіб, або вони можуть забезпечувати виконання договорів про закупівлю у контексті захищених програм зайнятості, за умови, що принаймні 30 % працівників цих суб'єктів господарювання або програм становлять люди з обмеженими можливостями або представники малозабезпечених верств населення. До цієї категорії вимог можна віднести також всі вимоги, які передбачають обов'язок купувати лише у національних виробників або надання додаткових преференцій

²¹ C O'Conneide, 'The GB Disability rights commissions and strategic law enforcement: transcending the common law mind' in Lawson A and Gooding C (eds), *Disability Rights in Europe. From theory to Practice* (Hart Publishing 2005) 243.

²² 'Set-aside contracts for small businesses' (*U.S. Small Business Administration*) <<https://www.sba.gov/federal-contracting/contracting-guide/types-contracts#section-header-0>> (accessed: 20.05.2019).

їхнім пропозиціям порівняно з іноземними. Такі положення нині діють у низці країн, зокрема, у США²³, Китаї²⁴ та інших країнах світу. В Україні також була практика захисту вітчизняних виробників під час здійснення закупівель. У постанові Кабінету Міністрів України “Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”²⁵, яке втратило чинність, було передбачено зобов’язання першочергової закупівлі товарів, робіт і послуг у вітчизняних виробників або їхніх представників.

По-третє, це вимоги щодо застосування так званих офсетних договорів у сфері публічних закупівель, які є розповсюдженими у міжнародній практиці. Їхня сутність полягає у тому, що компанія, яка отримала, наприклад, договір про закупівлю на значну суму, зобов’язана частину отриманих коштів інвестувати в економіку країни, що має на меті компенсувати негативний ефект відпливу значних коштів державного чи місцевого бюджету за кордон. Тобто замовник може висувати зустрічні вимоги іноземному постачальнику-переможцю. Зустрічна вимога може полягати у встановленні умови, за якою іноземний постачальник повинен надати певну інформацію про технології, здійснювати підготовку спеціалістів, які будуть обслуговувати техніку, що закуповується. Зокрема, у 2003 р. американське підприємство *Lockheed Marteen*, яке здійснило продаж 48 літаків на суму понад 6 млрд доларів Республіці Польща, погодилося виконати цілий перелік зустрічних вимог. Компанія повинна була протягом 10 років надавати допомогу: створювати робочі місця, передавати технології тощо. Це надало перевагу американському підприємству перед конкурентами з Франції та консорціуму, до якого входили британська та шведська компанії²⁶.

Загалом у ЄС розмежування вимог, що пов’язані з предметом договору про закупівлі і не пов’язані з ним, відіграють вирішальну роль в особливостях правового регулювання відносин у сфері публічних закупівель, адже такі вимоги мають різний вплив на торгівлю. Європейська комісія визначає вимогу щодо пов’язаності з предметом договору закупівлі як фундаментальну умову, яка має братися до уваги, коли до закупівельного процесу включаються будь-які питання, які пов’язані з іншими на-

²³ ‘Buy American Act’ (*Government Contracts*) <<http://www.wingovernmentcontracts.com/buy-american-act.htm>> (accessed: 20.05.2019).

²⁴ The Government Procurement Law of the People’s Republic of China: Act of 29 June 2002 <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/06/content_1382108.htm> (accessed: 18.05.2019).

²⁵ Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти: постанова Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 р. № 921 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/921-2008-%D0%BF>> (дата звернення: 18.05.2019).

²⁶ K Taylor, ‘The proper use of offsets in international procurement’ [2003] 3(3) *Journal of public procurement* 341.

прямами державної політики²⁷. При цьому у ЄС превалює такий підхід, згідно з яким поділ вимог щодо пов'язаності з предметом договору про закупівлю дає підстави для розмежування замовника як закупівельника і регулятора²⁸.

Коли “горизонтальні” цілі та вимоги не виходять за межі предмета договору про закупівлю, вважається, що ці закупівлі охоплюються таким поняттям, як “закупівельні рішення”. Тобто у випадку “закупівельних рішень” не робиться фундаментальне розмежування між приватними та державними покупцями у тому сенсі, що вони повинні мати право вирішувати, чи закуповувати взагалі і що закуповувати. Такі закупівельні рішення можуть включати і закупівлі, які мають більший вплив на імпортовані товари. Ці рішення не становлять обмеження для ринку, а визначають сам ринок²⁹. Наприклад, державний замовник може вирішити, чи закуповувати тільки машини з низьким рівнем викидів CO₂, і регулювання у сфері публічних закупівель не мають встановлювати для цього обмеження.

Деякі автори зазначають, що Директиви ЄС у сфері закупівель у більшій частині дозволяють всі заходи, які пов'язані з предметом закупівлі (тобто всі заходи, де держава діє виключно як замовник-закупівельник), і не дозволяють використання вимог, які виходять за межі предмета договору про закупівлю³⁰. Європейська комісія зазначає, що заходи, пов'язані з впливом товарів під час їхнього споживання замовником, дозволені, оскільки пов'язані з тим, що держава закуповує. Але інші заходи – не є такими, що дозволені, включаючи заходи, пов'язані з загальною діяльністю учасника. І слід погодитися з тими дослідниками, які стверджують, що це є частково декларативним, оскільки суб'єкти господарювання не завжди зможуть забезпечити відповідність певним вимогам лише для конкретної частини своєї продукції або діяльності. Таким чином, лише учасники, які прийняли свою загальну програму, що відображає ці вимоги, зможуть брати участь у таких закупівлях³¹.

Варто зазначити, що розмежування як замовника-закупівельника та регулятора на основі пов'язаності з предметом договору про закупівлю

²⁷ Green paper on the modernization of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market. COM (2011) 15 final. European Commission <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF>> (accessed: 20.05.2019).

²⁸ M Martens and S Margerie, ‘The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement’ (2013) 1 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 17.

²⁹ S Arrowsmith and P Kunzlik, ‘Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles’ in S Arrowsmith and P Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) 9-54.

³⁰ C McCrudden, ‘EC public procurement law and equality linkages: Foundations for interpretation’ in S Arrowsmith and P Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) 271-309.

³¹ Martens and Margerie (n 28) 17.

відіграє важливу роль і у межах Угоди СОТ про державні закупівлі (далі – УДЗ)³². Як покупець держава повинна мати право робити власний вибір, що закуповувати для задоволення своїх потреб. Водночас можуть траплятися випадки, коли держава, діючи як регулятор, може застосовувати заходи, що мають обмежувальний характер для ринку, з метою реалізації цілей певної національної політики, до прикладу, у сфері захисту здоров'я населення. В УДЗ як покупець замовник може реалізувати “горизонтальні” цілі, наприклад, з охорони навколишнього середовища, через застосування критеріїв, які не виходять за межі предмета договору про закупівлю, на різних стадіях закупівельного процесу. А у випадку дії замовника як регулятора, коли він встановлює вимоги, що не обмежені предметом закупівлі, такі вимоги можуть бути заборонені і визнані допустимими лише на основі застосування винятків із дії положень УДЗ, що передбачає спеціальний порядок обґрунтування таких винятків. Тобто існує значна різниця у порядку реалізації вимог у закупівлях залежно від того, чи виходять вони за межі предмета договору про закупівлю.

Отже, як у ЄС, так і в СОТ вимога щодо пов'язаності з предметом договору про закупівлю дає змогу замовникам імплементувати “горизонтальні” цілі як закупівельнику, але обмежуючи використання закупівель як засобу регулювання.

Також цікавою є практика закупівель у США, де здійснюється розмежування замовників як закупівельника – учасника ринку та регулятора ринку, що відіграє важливу роль у регулюванні торгівлі між штатами. Так, існує заборона щодо встановлення вимог у нормативно-правових актах штатів, які передбачають дискримінацію проти товарів та послуг, які походять з інших штатів. Утім, є виняток із застосування цього положення, яке ґрунтується на чіткому розмежуванні між державними замовниками, які діють у ролі регуляторів, та тих, які діють як учасники ринку. Коли замовник діє як учасник ринку, його діяльність не охоплюється положеннями про регулювання торгівлі між штатами. Інакше кажучи, замовник прирівнюється до приватного покупця, який самостійно вирішує, у кого купувати та що купувати. Так, у зарубіжній літературі наводиться приклад, коли штат Флорида приймає нормативно-правовий акт, який забороняє учасникам, що надають поліграфічні послуги, з інших штатів брати участь у закупівлях таких послуг. Згідно з положенням про торгівлю між штатами такий акт є дискримінаційним і має бути заборонений. Утім, відповідно до доктрини учасника ринку у цьому разі штат Флорида бере участь на ринку поліграфічних послуг,

³² Угода про державні закупівлі від 15 квітня 1994 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_050> (дата звернення: 15.06.2019).

як і будь-який приватний суб'єкт господарювання він має право приймати рішення про надання переваги місцевому постачальнику. Штат лише встановлює умови, яким чином він буде взаємодіяти з ринком відповідних товарів та послуг. Як і будь-які приватні учасники ринку, штат в особі замовників має право витратити гроші, купуючи місцеві продукти. У цьому випадку не здійснюються дії, які були б недоступними для звичайних учасників ринку. Така вимога не регулює ринок, наприклад, шляхом встановлення вимоги купувати тільки місцеві продукти як умову для здійснення діяльності. При цьому такий виняток є виправданим за умови, коли замовники не можуть використовувати свою закупівельну владу на одному ринку з метою регулювання відносин поза ним. Зокрема, штат Оклахома має зерно, яке хоче продати. Згідно з доктриною учасника ринку держава має право вимагати, щоб покупцями цього зерна були лише місцеві суб'єкти господарювання. Утім, штат не має права вимагати, щоб покупець зерна перемолов його у штаті, перед тим як експортувати. Коли замовник ставить таку вимогу, він, беручи участь на ринку зерна, намагається регулювати інший ринок – ринок перемелювання зерна, у якому він такої участі не бере³³. Тобто у США, як і у ЄС, розмежування закупівель як засобу державного регулювання та звичайної закупівельної операції відіграє важливе практичне значення у регулюванні торгівлі між штатами.

У визначенні публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності, який за характером впливу на суб'єктів господарювання є схожим до прямих засобів, *важливо також проаналізувати і засоби реалізації “горизонтальних” цілей у закупівлях*. Так, залежно від засобів реалізації публічні закупівлі можуть мати різний вплив, навіть якщо не виходять за межі предмета договору про закупівлю. Зокрема, значний вплив на господарську діяльність може чинити такий засіб, як резервування договорів про закупівлю. У Директивах ЄС про закупівлі встановлено різні механізми підтримки малих та середніх суб'єктів господарювання, які передбачають спрощення участі таких підприємств у закупівлях, зокрема стимули щодо поділу великих договорів про закупівлю на лоти, передбачено менші вимоги щодо мінімального розміру капіталообороту підприємств та ін. Такий засіб реалізації “горизонтальної” політики з підтримки малих і середніх підприємств має менший вплив на суб'єктів господарювання, адже прямо не обмежує участь інших учасників у закупівлях. А резервування, наприклад, як це активно реалізовує США, може справляти значний вплив, обмежуючи конкуренцію.

³³ B Denning and S Graff and H Wooten, ‘Laws to require purchase of locally grown food and constitutional limits on state and local government: suggestions for policymakers and advocates’ [2010] 1(1) Journal of Agriculture, Food Systems and Community Development 142.

Крім того, засіб реалізації “горизонтальних” цілей через вимоги у технічних специфікаціях до процесів і методів виробництва можуть мати такий же вплив, як і прямі засоби державного регулювання господарської діяльності, навіть якщо вони не виходять за межі предмета договору про закупівлі. На практиці вимоги до процесів та методів виробництва для певної закупівлі можуть впливати на весь порядок і виробничі процеси суб’єкта господарювання взагалі, адже іноді важко підлаштувати свою діяльність лише під конкретну закупівлю. На додаток до цього вимоги до методів виробництва у технічних специфікаціях можуть мати вплив на міжнародну торгівлю, коли вимоги до процесів передбачені національним законодавством іншої країни.

Встановлення цінових преференцій під час оцінки пропозицій учасників також наближає публічні закупівлі до прямого засобу державного регулювання, схожого на податкові засоби, до прикладу, екологічні податки. Зокрема, замовник може приймати пропозиції у вигляді як “зелених” товарів, так і традиційних, однак встановлювати цінову фору для “зелених” товарів під час оцінки пропозиції. Деякі американські штати пропонували цінову преференцію від 5 до 15 % учасникам, які виробляють товари, що відповідають певним вимогам із переробки³⁴.

Висновки. Основна ціль регулювання відносин із публічних закупівель полягає у забезпеченні економічної ефективності, тобто досягненні найкращого результату за наявних ресурсів, що передбачає співвідношення ціни та якості. Тобто своєчасне та повне задоволення потреб замовників у товарах, роботах і послугах із необхідними показниками ціни, якості та надійності є важливою ціллю як приватного, так і державного секторів економіки.

Держава є особливим покупцем, враховуючи необхідність задоволення та захисту публічних інтересів, внаслідок чого забезпечення економічної ефективності не є єдиною метою державного регулювання публічних закупівель, внаслідок чого до них інтегруються додаткові “горизонтальні” цілі за різними напрямками державної політики. У разі інтеграції додаткових “горизонтальних” цілей до функціональної мети, яка передбачає лише економічний підхід до закупівель, публічні закупівлі слугують самостійним засобом державного регулювання господарської діяльності, який згідно з усталеним у науці господарського права підходом до розмежування засобів державного регулювання слід віднести до непрямого, адже він не передбачає обов’язкового характеру й державні замовники не виступають суб’єктами організаційно-господарських повноважень.

³⁴ Marron (n 13) 79.

У деяких випадках публічні закупівлі за характером впливу на господарську діяльність учасників, особливо у сферах, де держава як споживач має вирішальний вплив, можуть наближатися до прямих засобів державного регулювання. До таких випадків відносяться:

1) вихід “горизонтальних” цілей за межі предмета договору про закупівлю, що тягне за собою більший тягар для учасників, на відміну від тих, які обмежені предметом закупівлі, оскільки стосуються всієї діяльності суб’єкта господарювання, а не лише тієї, яка необхідна для виконання конкретного договору про закупівлю. Одночасно можливість виходу за межі предмета договору про закупівлі надає більше можливостей для стратегічного використання публічних закупівель, наприклад, для реалізації цілей сталого розвитку;

2) деякі засоби реалізації “горизонтальних” цілей, зокрема, встановлення цінових преференцій під час оцінки тендерних пропозицій, навіть за умови, що вимоги не виходять за межі предмета договору про закупівлю, можуть справляти значний вплив на господарську діяльність учасників.

Розмежування публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності та засобу, який наближається до прямого, має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення. Наприклад, під час здійснення міжнародних закупівель встановлюється різний режим правового регулювання публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності та засобу, що за характером впливу на суб’єктів господарювання наближається до прямого. Якщо брати до уваги позиції вітчизняної науки господарського права, ЄС та СОТ дозволяють використовувати публічні закупівлі як непрямий засіб державного регулювання, що передбачає пов’язаність “горизонтальних” політик із предметом договору про закупівлю за умови дотримання основоположних принципів із недискримінації, та у більшій частині забороняють застосування публічних закупівель як засобу державного регулювання, який за характером впливу на суб’єктів господарювання схожий на прямий засіб державного регулювання господарської діяльності. Такі особливості правового регулювання публічних закупівель мають братися до уваги Україною під час реалізації “горизонтальних” цілей, що обумовлено взятими зобов’язаннями у сфері публічних закупівель у межах Угоди про асоціацію з ЄС³⁵ та Угоди СОТ про державні закупівлі.

³⁵ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 15.06.2019).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Trepte P, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford University Press 2004) (in English).
2. Olefir A, *Hospodarsko-pravove zabezpechennia derzhavnykh zakupivel u sferi okhorony zdorov'ia: teoretychni ta praktychni aspekty [The Economic and Legal Provision of Public Procurement in the Health Care Sector: Theoretical and Practical Aspects]* (Iurait 2012) (in Ukrainian).

Edited books

3. Arrowsmith S and Kunzlik P, 'Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles' in Arrowsmith S and Kunzlik P (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) (in English).
4. McCrudden C, 'EC public procurement law and equality linkages: Foundations for interpretation' in Arrowsmith S and Kunzlik P (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) (in English).
5. O'Conneide C, 'The GB Disability rights commissions and strategic law enforcement: transcending the common law mind' in Lawson A and Gooding C (eds), *Disability Rights in Europe. From theory to Practice* (Hart Publishing 2005) (in English).
6. Semple A, 'The link to the subject matter. A glass ceiling for sustainable public contracts?' in Sjafjell B and Wiesbrock A (eds), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder* (Cambridge University Press 2016) (in English).

Journal articles

7. Denning P B and Graff S and Wooten H, 'Laws to require purchase of locally grown food and constitutional limits on state and local government: suggestions for policymakers and advocates' [2010] 1(1) *Journal of Agriculture, Food Systems and Community Development* 142 (in English).
8. Marron D, 'Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument' [2003] 3(4) *OECD Journal on Budgeting* 79 (in English).
9. Martens M and Margerie S, 'The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement' (2013) 1 *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 17 (in English).
10. Pitschas C and Priess H, 'Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration' (2004) 4 *Public Procurement Law Review* 172 (in English).
11. Pitschas C and Priess H, 'The use of secondary policy criteria in public procurement procedures: the Burma case and the German Scientology declaration' (2000) 5 *Public Procurement Review* 111 (in English).
12. Taylor K T, 'The proper use of offsets in international procurement' [2003] 3(3) *Journal of public procurement* 341 (in English).
13. Bublilii M, 'Teoretychni ta metodolohichni osnovy orhanizatsii derzhavnykh zakupivel' ['Theoretical and Methodological Foundations of the Organization of

- Public Procurement'] (2011) 1(32) Teoriia ta praktyka derzhavnoho upravlinnia 2 (in Ukrainian).
14. Melnykov O, 'Osoblyvosti publichnykh zakupivel yak ob'iekta derzhavnoho rehu-liuvannia ekonomiky' ['Features of Public Procurement as an Object of Economy State Regulation'] (2016) 1(52) Theory and Practice of Public Administration 133 (in Ukrainian).
 15. Mudrak R, "Provaly" rynku ta prava yak faktory ryzyku prodovolchoho zabezpechennia domohospodarstv' ['Failures of Market and Law as Risk Factors of the Household's Food Supply'] (2015) 1 Innovatsiina ekonomika 150 (in Ukrainian).
 16. Petrunenko Ya, 'Hospodarsko-pravova pryroda zasobiv zabezpechennia efektyvnoho vykorystannia derzhavnykh koshtiv' ['The Economic and Legal Nature of the Means of Ensuring the Effective use of Public Funds'] (2017) 3 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i parvo 88 (in Ukrainian).
 17. Poiedynok V, 'Provaly rynku yak ob'iektyvni pidstavy derzhavnoho rehuliuвання investytsiinoi diialnosti' ['Market Failures as Objective Grounds for State Regulation of Investment Activity'] (2012) 90 Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka 35-8 (in Ukrainian).
 18. Shabanov R ta Zhdan M, 'Shchodo poniattia hospodarsko-pravovykh zasobiv derzhavnoho rehuliuвання ekonomiky za zakonodavstvom Ukrainy' ['On the Concept of Economic-Legal Means of State Regulation of the Economy Under the Legislation of Ukraine'] (2016) 11 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i parvo 87 (in Ukrainian).

Websites

19. 'Buy American Act' (*Government Contracts*) <<http://www.wingovernmentcontracts.com/buy-american-act.htm>> (accessed: 20.05.2019) (in English).
20. 'Massachusetts Burma Procurement Law Challenged at WTO' (*Public Citizen*) <<https://www.citizen.org/article/massachusetts-burma-procurement-law-challenged-at-wto>> (accessed: 27.05.2019) (in English).
21. 'Set-aside contracts for small businesses' (*U. S. Small Business Administration*) <<https://www.sba.gov/federal-contracting/contracting-guide/types-contracts#section-header-0>> (accessed: 20.05.2019) (in English).
22. 'Na derzhavnii holtsi: yakyi biznes zalezhyt vid derzhzakupivel?' ['On the Stat Needle: what Kind of Business Depends on Public Procurement?'] (*YouControl*, 20.06.2018) <<https://youcontrol.com.ua/news/na-derzhavniy-holtsiyakyy-biznes-zalezhyt-vid-derzhzakupivel/>> (accessed: 19.01.2019) (in Ukrainian).
23. 'Reforma derzhavnykh zakupivel Ukrainy' ['Public Procurement Reform in Ukraine'] (*Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli*) <<http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=38c083f3-2571-466a-9583-3b43c2804ad9&title=ReformaDerzhavnykhZakupivel>> (accessed: 25.02.2019) (in Ukrainian).

Ruslan Dzhabrailov
Vesta Malolitneva

PUBLIC PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT OF ECONOMIC
ACTIVITY REGULATION BY THE STATE AND IMPLEMENTATION
OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVES

ABSTRACT. To perform its functions prescribed by law, the State procures necessary goods, works and services every year. Such purchases are made in large volumes, and this gives the State ample opportunities to influence economy, especially in those industries where it is the dominant consumer. Thus, the role of public procurement can be not only that of a procurement process, but also of an instrument of economic activity regulation by the State. However, today Ukraine has no scientific approach to determining the potential of public procurement as a comprehensive instrument of economic activity regulation by the State, and therefore, there is no assessment of the potential impact of procurement on the economic development of the country.

The purpose of the article is to introduce a scientific approach to public procurement as an instrument of economic activity regulation by the State, and the essence of this approach is that procurement may become such an instrument provided that appropriate grounds exist; to study the specific features of public procurement as an instrument of economic activity regulation by the State, in particular, the nature of its impact on the activities of participants which in some cases goes beyond that of a mere indirect instrument of State regulation, this being of significant theoretical and practical importance.

The author establishes that the main objective of regulation of public procurement is to ensure economic efficiency, i.e., achievement of the best result with available resources, which implies a value for money factor. At the same time, it is noted that the State is a special buyer, given the need for the protection of public interests; consequently, additional “horizontal” objectives in different areas of State policy are integrated into procurement. The author proves that if such objectives are integrated into the functional objective, public procurement becomes a standalone instrument of economic activity regulation by the State which should be characterized as an indirect instrument. At the same time, the article provides a detailed analysis of cases where public procurement by the nature of its impact on economic activities of participants, especially in areas where the State as a consumer has a decisive influence, can approximate direct instruments of State regulation. The author substantiates that in theoretical and practical terms it is important to distinguish between public procurement as an indirect instrument of economic activity regulation by the State, and an instrument which approximates a direct one, especially in the context of international procurement.

KEYWORDS: public procurement; regulation; instruments of State regulation; economic activity; direct instruments; indirect instruments; subject matter of the procurement contract.



Антоніна Бобкова

докторка юридичних наук, професорка,
академичка НАПрН України, заслужена юристка України,
виконувачка обов'язків декана юридичного факультету
Донецького національного університету
імені Василя Стуса
(Вінниця, Україна)
bobkova50@gmail.com



Андрій Захарченко

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри господарського права
Донецького національного університету
імені Василя Стуса
(Вінниця, Україна)
an_zaharchenko@ukr.net

УДК 346.12

ВИДИ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН

Анотація. Серед усіх господарських відносин важливе місце займають організаційно-господарські, що обумовлено їхнім впливом на будь-які відносини у сфері господарювання. Практика організаційно-господарських відносин є достатньо різноманітною, оскільки такі відносини формуються під час здійснення будь-якої господарської діяльності і, по суті, між всіма учасниками господарських відносин. При цьому вона не позбавлена суперечностей та конфліктів, що обумовлені особливостями суб'єктного складу, змісту цих відносин та їх видів. Законодавче регулювання різних видів таких відносин характеризується низкою недоліків, а доктринальні позиції щодо цих питань потребують подальшого узгодження.

Метою статті є доопрацювання положень щодо видів організаційно-господарських відносин.

У результаті дослідження одержано такі результати, зокрема: 1) узагальнено ознаки організаційно-господарських відносин, до яких віднесено: одним із обов'язкових суб'єктів таких відносин є суб'єкт організаційно-господарських повноважень; наявність у суб'єкта організаційно-господарських повноважень можливості здійснювати в тій чи іншій формі організуючий вплив на діяльність суб'єкта господарювання (іншого учасника господарських відносин); встановлення меж впливу суб'єкта організаційно-господарських повноважень або лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, або у межах, визначених законом; наявність у суб'єкта господарювання (чи іншого

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко

учасника господарських відносин) прав та обов'язків у межах визначених законом, що не виключає наявності у нього прав, які не заборонені законом; 2) запропоновано конкретизацію визначення поняття організаційно-господарських відносин з урахуванням зазначених вище ознак цих відносин та уточнення кола суб'єктів організаційно-господарських повноважень; 3) обґрунтовано поділ організаційно-господарських відносин за такими критеріями: суб'єктний склад; належність до корпоративних; сфера існування (внутрішні чи зовнішні); наявність майнових прав і обов'язків у суб'єктів цих відносин (організаційно-майнові чи майново-організаційні).

Запропоновано внести відповідні зміни до Господарського кодексу України, що сприятиме підвищенню рівня урегульованості організаційно-господарських відносин у господарському та іншому законодавстві, більш повній реалізації учасниками цих відносин своїх прав і обов'язків, упорядкуванню судової практики із захисту прав та законних інтересів суб'єктів цих відносин.

Ключові слова: організаційно-господарські відносини; суб'єкт організаційно-господарських повноважень; суб'єкт господарювання; організація господарської діяльності; управління господарською діяльністю.

Серед усіх господарських відносин важливе місце займають організаційно-господарські, що обумовлено їхнім впливом на будь-які відносини у сфері господарювання.

Практика організаційно-господарських відносин є достатньо різноманітною, оскільки такі відносини складаються під час здійснення будь-якої господарської діяльності і, по суті, між усіма учасниками господарських відносин. При цьому вона не позбавлена суперечностей і конфліктів, що обумовлені особливостями суб'єктного складу, змісту цих відносин та їхніх видів.

У законодавство, як відомо, поняття “організаційно-господарські відносини” введено з прийняттям Господарського кодексу України (далі – ГК України), у ч. 4 ст. 3 якого зазначено, що такі відносини поряд із господарсько-виробничими та внутрішньогосподарськими становлять сферу господарських відносин, а в ч. 6 цієї статті закріплено:

<...> під організаційно-господарськими відносинами у цьому Кодексі розуміються відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю¹.

Водночас слід зазначити, що далі в тексті ГК України такі відносини безпосередньо не отримали розвитку, хоча окремі положення і стосуються певних видів цих відносин. Відсутність завершеності в законодавчому регулюванні видів таких відносин є однією з причин різних підходів до

¹ Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.

їхнього регулювання в інших нормативно-правових актах як господарського, так і іншого законодавства.

У науковій літературі поняття і види організаційно-господарських відносин стали предметом досліджень також після прийняття ГК України. Теоретичним підґрунтям для запровадження цього поняття стали розробки представників науки господарського права щодо вертикальних відносин у сфері господарювання, які до прийняття цього Кодексу позначались як “господарсько-управлінські відносини”². На різні види організаційно-господарських відносин звертали увагу такі вчені, як О. Беяневич, О. Віхров, І. Кравець, І. Лукач, В. Мілаш, А. Смітюх, В. Щербина та ін. Водночас підходи до зазначених питань різняться і потребують подальшого узгодження.

Метою дослідження є доопрацювання положень щодо видів організаційно-господарських відносин.

Визначення організаційно-господарських відносин, закріплене у ч. 6 ст. 3 ГК України, вказує на те, що такі відносини складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю. Попри те, що наведене визначення є недостатньо деталізованим і не виключає можливості різної його інтерпретації, комплексний аналіз відповідних положень ГК України у зіставленні з доктринальними напрацюваннями дає підстави вважати, що категорія “організаційно-господарські відносини” (у розумінні, яке закладено у ГК України) позначає відносини у сфері господарювання, у яких певний їх учасник (суб'єкт організаційно-господарських повноважень) здійснює в тій чи іншій формі організуючий вплив на діяльність суб'єкта господарювання: приймає рішення (вчиняє дії), внаслідок яких ця діяльність започатковується, зазнає змін або припиняється. У таких відносинах суб'єкт господарювання (чи інший суб'єкт як учасник господарських відносин) або перебуває у підпорядкуванні суб'єкта організаційно-господарських повноважень, або іншим чином залежить від рішень і дій суб'єкта організаційно-господарських повноважень, не перебуваючи при цьому в його підпорядкуванні. Особливістю організаційно-господарських відносин є те, що такий вплив здійснюється суб'єктом організаційно-господарських повноважень або лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, або у межах, визначених законом, а суб'єкт господарювання (чи інший учасник господарських відносин) – діє в ме-

² В Мамутов, *Предприятие и вышестоящий хозяйственный орган* (Юридическая литература 1969) 83-129; Мамутов В (ред), *Хозяйственное право: учебник* (Юринком Интер 2002) 73-80.

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко

жах, визначених законом, що не виключає наявності у нього прав, які не заборонені законом.

Зі змісту ГК України випливає, що коло організаційно-господарських відносин охоплює відносини, які складаються, зокрема, між: 1) засновником (засновниками) господарської організації та цією організацією; 2) господарським об'єднанням і підприємствами-учасниками цього об'єднання; 3) суб'єктом господарювання та залежним від нього (дочірнім) підприємством; 4) органом державної влади (органом місцевого самоврядування), який наділений господарською компетенцією, та суб'єктом господарювання (ст. 2, ч. 1 ст. 4, статті 8, 22, 24, 126, 176).

Поряд із цим низка питань щодо належності певних відносин до кола організаційно-господарських, що пов'язані зі встановленням належності певних суб'єктів до кола суб'єктів організаційно-господарських повноважень, мають дискусійний характер і не отримали однозначного вирішення на теоретичному й законодавчому рівнях.

Одне з цих питань стосується з'ясування належності до кола суб'єктів організаційно-господарських повноважень учасників (акціонерів) господарських товариств. Так, розглядаючи це питання, І. Кравець зазначає, що засновники унітарних підприємств та господарських товариств однієї особи здійснюють свої організаційно-господарські повноваження, передбачені ст. 135 ГК України та іншими актами законодавства України. Що ж до господарських організацій корпоративного типу, то організаційно-господарські повноваження власника корпоративних прав виникають у разі встановлення між ним і господарською організацією, щодо якої виникли корпоративні права, відносин вирішальної залежності (у розумінні ч. 3 ст. 126 ГК України). Хоча всі учасники зазначених господарських організацій володіють корпоративними правами (майновими та організаційними), проте лише контролюючі власники корпоративних прав цих господарських організацій, на думку авторки, є суб'єктами організаційно-господарських повноважень стосовно останніх³. Звідси випливає, що І. Кравець не вважає організаційно-господарськими відносинами, які виникають між господарським товариством і його учасником (акціонером), який не здійснює вирішальний вплив (контроль) стосовно цього товариства.

Схожа теза висловлена й А. Смітюхом, який дійшов висновку, що корпоративні права не є організаційно-господарськими повноваженнями, за винятком немайнового корпоративного права брати участь в управлінні корпоративною господарською організацією, якщо обсяг право-

www.pravoua.com.ua

³ І. Кравець, *Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень* (Юрінком Інтер 2010) 127-30.

мочностей, які становлять це право, дає змогу учасникові здійснювати щодо корпоративної господарської організації вирішальний корпоративний контроль⁴.

Розглянута наукова позиція видається спірною, оскільки носії корпоративних прав, які не мають контрольного пакету акцій (контролюючої частки участі у статутному капіталі) господарського товариства, хоч і не в змозі одноосібно здійснювати вирішальний вплив на його діяльність, проте де-юре не позбавлені можливості впливати на цю діяльність шляхом здійснення своїх корпоративних прав стосовно такого товариства у наявному обсязі, зокрема й брати участь в управлінні справами товариства та вирішенні інших питань, віднесених до компетенції вищого органу товариства.

Не дає підстав для висновку, що для визнання певного учасника господарських відносин суб'єктом організаційно-господарських повноважень останній має здійснювати саме вирішальний вплив на діяльність суб'єкта господарювання, й аналіз ГК України. Натомість, якщо дотримуватися робочої гіпотези, згідно з якою “вирішальність” чи “невирішальність” здійснюваного впливу має значення для кваліфікації певних відносин як організаційно-господарських, постає невирішене питання стосовно видової належності тих відносин у сфері господарювання, у яких організуючий вплив одного учасника на діяльність іншого не є вирішальним.

Тож, з огляду на зазначене, пропонуємо вважати, що кожен учасник (акціонер) господарського товариства, який має право брати участь в управлінні справами цього товариства, є суб'єктом організаційно-господарських повноважень (незалежно від розміру належної йому частки (пакету акцій) у статутному капіталі), а відносини, що при цьому виникають між господарським товариством і його учасником (акціонером), є організаційно-господарськими.

Продовжуючи аналіз видів досліджуваних відносин, обумовлених їхнім суб'єктним складом, варто звернути увагу й на дискусійні питання, що стосуються з'ясування належності до кола суб'єктів організаційно-господарських повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування, коли останні діють як регуляторні органи, що, зі свого боку, має значення для кваліфікації відповідних відносин за участю цих органів.

Характеризуючи правовий статус органів державної влади як суб'єктів господарського права, В. Щербина застосовує широкий підхід до розуміння категорії “суб'єкт організаційно-господарських повноважень”,

⁴ А Смітюх, ‘Корпоративні права та корпоративні паї (частки): теоретико-правові засади’ (дис д-ра юрид наук 2018) 153.

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко

відносячи до кола таких суб'єктів органи державної влади, які здійснюють правове регулювання господарської діяльності шляхом прийняття нормативно-правових актів. Так, науковець вважає організаційно-господарськими повноваження Верховної Ради України з прийняття законів як нормативно-правових актів господарського законодавства, повноваження Кабінету Міністрів України з розробки проєктів законів про Державний бюджет України та деякі інші⁵. Подібної думки додержується й І. Кравець, вказуючи, що Верховна Рада України здійснює організаційно-господарські повноваження, зокрема, визначає основні напрями державної політики у сфері ліцензування, законодавчі основи її реалізації, здійснює державне регулювання зовнішньоекономічної діяльності та ін.⁶

Натомість О. Віхров додержується протилежної позиції, наголошуючи, що не може вважатися суб'єктом організаційно-господарських повноважень орган державної влади або місцевого самоврядування, який безпосередньо не здійснює організаційно-господарських повноважень щодо суб'єктів господарювання (зокрема, Верховна Рада України, Президент України), і саме у цьому полягає різниця між поняттям органу керівництва економікою, яке сформувалося у теорії господарського права, і сучасною законодавчою категорією суб'єкта організаційно-господарських повноважень⁷.

У ракурсі порушеного питання позиція, висловлена О. Віхровим, здається більш переконливою. Вбачається, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування можуть розглядатись як суб'єкти організаційно-господарських повноважень лише у тому разі, якщо реалізація певних повноважень передбачає безпосереднє здійснення зазначеними органами організуючого впливу на діяльність конкретних суб'єктів господарювання, з якими ці органи вступають у безпосередню взаємодію. Відповідно, відносини щодо прийняття нормативно-правових актів господарського законодавства не є організаційно-господарськими відносинами.

Наступне питання щодо видів організаційно-господарських відносин пов'язане з їхнім співвідношенням із внутрішньогосподарськими відносинами. Зокрема, викликає застереження застосований у ст. 3 ГК України підхід, за якого організаційно-господарські та господарсько-виробничі відносини відмежовуються від так званих внутрішньогосподарських відносин, оскільки за своєю сутністю внутрішньогосподарські відносини навряд чи є окремим видом відносин, відмінним від організаційно-

⁵ В Шербина, *Суб'єкти господарського права* (Юрінком Інтер 2008) 209-12.

⁶ Кравець (н 3) 86-7.

⁷ О Віхров, 'Організаційно-господарські правовідносини' (автореф дис д-ра юрид наук, 2009) 13.

господарських і господарсько-виробничих відносин. Порівняно з організаційно-господарськими та господарсько-виробничими відносинами виокремлення внутрішньогосподарських відносин ґрунтується на іншому критерії. У зв'язку з цим заслуговує на підтримку позиція дослідників, які характеризують внутрішньогосподарські відносини з одночасним зазначенням парної щодо них категорії – міжгосподарських (зовнішньогосподарських) відносин, хоча останні прямо й не названі у ГК України⁸.

При застосуванні такого підходу з'являються підстави вважати, що організаційно-господарські відносини можуть бути як зовнішніми, так і внутрішніми. Варто відзначити, що окремі положення, в яких простежується дотримання цієї ідеї, раніше вже висловлювали науковці-господарники. Так, опосередковано це впливає з позиції В. Мілаш, яка цілком слушно звернула увагу на те, що управління господарською діяльністю (як складова процесу організації господарської діяльності) здійснюється у двох формах – внутрішнє управління (здійснюється органами управління самої господарської організації) та зовнішнє управління (здійснюється суб'єктами організаційно-господарських повноважень)⁹. Як внутрішні організаційно-господарські відносини, що складаються у процесі управління господарською діяльністю між корпоративними суб'єктами господарювання і суб'єктами організаційно-господарських повноважень – засновниками (учасниками) й уповноваженими ними органами, визначає корпоративні відносини О. Переверзев¹⁰. На думку В. Щербини, до організаційно-господарських відносин у складі корпоративних відносин можна віднести, зокрема, відносини: між засновниками (засновником) чи учасниками (учасником) товариства й органами створеного ними господарського товариства, що виникають у процесі корпоративного управління; між органами господарського товариства (зборами, наглядовою радою, правлінням або іншим виконавчим органом, ревізійною комісією), що виникають у процесі корпоративного управління і контролю. При цьому для уникнення непорозумінь і суперечок із цього приводу науковець вважає за доцільне доповнити ч. 2 ст. 176 ГК України вказівкою на те, що організаційно-господарські зобов'язання можуть виникати між органами господарського товариства, а також доповнити цей Кодекс положеннями, які визначали б коло суб'єктів організаційно-господарських повноважень¹¹.

Поділяючи наведену думку В. Щербини, варто відзначити, що внутрішніми організаційно-господарськими відносинами можуть вважатися

⁸ В Щербина, *Господарське право: підручник* (6-те вид перероб і доп, Юрінком Інтер 2013) 23.

⁹ В Мілаш, *Перспективи модернізації договірних правовідносин у сфері господарювання* (ХНУМГ 2014) 44.

¹⁰ О Переверзев, 'Господарсько-правове забезпечення корпоративного контролю в акціонерних товариствах' (автореф дис канд юрид наук, 2004) 12.

¹¹ Щербина (н 5) 235-326.

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко

й відносини між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами, які виникають у процесі внутрішнього управління діяльністю цих підрозділів, що також потребує вирішення на законодавчому рівні шляхом внесення відповідних змін до ГК України.

У межах дослідження видів організаційно-господарських відносин потребує уваги й висловлена в деяких доктринальних джерелах позиція, згідно з якою до категорії організаційно-господарських відносин запропоновано віднести й окремі горизонтальні відносини, що виникають між суб'єктами господарювання. Так, О. Беляневич наголошує, що у контексті поділу господарських відносин на господарсько-виробничі та організаційно-господарські (ст. 3 ГК України) термін “організація” зводиться до “управління”, що, на думку дослідниці, є неправильним по суті. Натомість запропоновано брати до уваги те, що управління господарською діяльністю входить в обсяг поняття організації як процесу цілеспрямованого впливу на економіку. Беручи за основу розуміння організації як родового поняття відносно поняття управління, О. Беляневич зазначає, що у складі організаційно-господарських відносин можуть бути виділені, принаймні на теоретичному рівні, не тільки організаційні субординаційні відносини, побудовані на підпорядкуванні суб'єкта господарювання суб'єкту організаційно-господарських повноважень, а й організаційні координаційні відносини, засновані на засадах формальної рівності учасників. У зв'язку з цим серед різних організаційних договорів запропоновано виокремлювати організаційні договори координаційного виду, що укладаються між непідпорядкованими суб'єктами господарювання (наприклад, річні договори на перевезення вантажів автомобільним транспортом, основна мета яких полягає у погодженні обсягів перевезень і регулюванні взаємовідносин сторін щодо створення необхідних умов для майбутніх перевезень)¹².

Схожа ідея простежується й у працях В. Мілаш, котра поставила питання про природу відносин, що виникають із приводу заснування суб'єкта господарювання (коли безпосередні учасники цих відносин не наділені один щодо одного організаційно-господарськими повноваженнями), а також відносин між уже наявними суб'єктами господарювання (елементами господарської інфраструктури), що виникають з приводу сумісної організації процесу їх майбутнього співробітництва під час здійснення господарської діяльності (встановлення кореспондентських відносин між банками, сумісне здійснення підприємницької діяльності без створення юридичної особи, коли ведення спільних справ

www.pravoua.com.ua

¹² О. Беляневич, *Господарське договірне право України (теоретичні аспекти)* (Юрінком Інтер 2006) 410-24.

здійснюється спільно всіма учасниками тощо). Розглядаючи це питання, дослідниця відзначає, що як створення суб'єкта господарювання певної організаційно-правової форми, так і встановлення організаційних зв'язків у межах господарської інфраструктури є окремим фрагментом процесу організації господарської діяльності, який не обмежується тільки здійсненням управління господарською діяльністю. У таких відносинах домінуючим є "організаційний компонент", однак відсутній "управлінський компонент" (жодний з учасників таких відносин не наділений організаційно-господарськими повноваженнями щодо іншого). З урахуванням цього, В. Мілаш вважає, що відносини, які виникають під час організації господарської діяльності, більш доцільно диференціювати не тільки за суб'єктним складом, а й за інтересами, які реалізуються в таких відносинах: господарсько-організаційні та господарські організаційно-управлінські¹³.

Беручи до уваги наведені наукові позиції, можна погодитися з тим, що управління господарською діяльністю варто розглядати як складову організації цієї діяльності, і відповідно, організаційно-господарські відносини розглядати як такі, що не зводяться до суто управлінських відносин. Так, наприклад, у відносинах, що виникають у зв'язку з одержанням дозволу органів Антимонопольного комітету України на концентрацію чи узгоджені дії суб'єктів господарювання, діяльність таких суб'єктів зазнає певного організаційного впливу з боку зазначених органів, але навряд чи буде виправданим твердження, що ці органи управляють діяльністю суб'єктів господарювання – заявників. Водночас викликає сумнів доцільність віднесення до організаційно-господарських відносин тих відносин, які виникають між непідпорядкованими суб'єктами господарювання з приводу координації їхньої діяльності (встановлення організаційних зв'язків між ними), оскільки ці відносини мають всі ознаки господарсько-виробничих відносин, що визначені у ч. 5 ст. 3 ГК України як "майнові або інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності"¹⁴. При цьому наведена теза не виключає доцільності виокремлення організаційних договорів координаційного виду як таких, що укладаються й виконуються у межах господарсько-виробничих відносин.

Продовжуючи дослідження видів організаційно-господарських відносин, потрібно також наголосити, що у деяких наукових працях простежується тенденція до віднесення цих відносин лише до таких, що

¹³ В. Мілаш, *Господарське право: курс лекцій, ч 1* (Право 2008) 18-9.

¹⁴ Господарський кодекс України (н 1).

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко

мають немайновий характер (не містять “майнового елемента”). Зокрема, О. Беяневич висловила пропозицію, згідно з якою у легальному визначенні організаційно-господарського зобов'язання мають бути зафіксовані його головні ознаки: немайновий характер і спрямованість на організацію господарської діяльності¹⁵. Характеризуючи корпоративні відносини, В. Щербина зробив висновок, що за своєю правовою природою вони є поєднанням взаємопов'язаних і взаємообумовлених організаційно-господарських та майново-господарських відносин, що існують у нерозривній єдності. До організаційно-господарських відносин у складі корпоративних відносин запропоновано віднести, зокрема, відносини між засновниками (засновником) чи учасниками (учасником) товариства (зокрема й органами державної влади) і створеним ними господарським товариством, які виникають щодо: управління товариством у порядку, визначеному в установчому документі; права учасників одержувати інформацію про діяльність товариства, їх обов'язку не розголошувати комерційну таємницю та ін. Майново-господарськими відносинами у складі корпоративних відносин пропонується вважати, зокрема, відносини між учасниками товариства і товариством щодо: розподілу прибутку товариства й одержання його частини (дивідендів); відчуження часток у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві; виконання зобов'язань перед товариством, пов'язаних із майновою участю, а також щодо внесення вкладів (оплати акцій); реалізації права на отримання частини майна при ліквідації господарського товариства¹⁶. Таку наукову позицію підтримує й І. Лукач¹⁷. З цього випливає, що у відповідному контексті названі науковці розглядають організаційно-господарські відносини як суто немайнові, протиставляючи їх майновим відносинам.

Беручи до уваги все наведене вище, слід зазначити, що ст. 3 ГК України не виокремлює такий вид господарських відносин, як майново-господарські відносини, а спроба такого виокремлення не вкладається в концепцію цієї та низки інших статей Кодексу, які не передбачають розмежування суто майнових і немайнових (організаційних) господарських відносин, а базуються на визнанні наявності у господарських відносинах кожного виду й майнового, й організаційного елемента. Поєднання у господарських відносинах організаційного та майнового елементів

www.pravola.com.ua

¹⁵ Беяневич (н 12) 419.

¹⁶ В Щербина, ‘Правова природа корпоративних відносин’ (2006) 7 Українське комерційне право 12-4; Щербина (н 5) 234-6.

¹⁷ І Лукач, ‘Господарсько-правове регулювання корпоративних відносин в Україні: теоретичні проблеми’ (дис д-ра юрид наук, 2016) 186.

підкреслюється й у наукових джерелах щодо предмета регулювання господарського права¹⁸.

З урахуванням цього заслуговує на підтримку позиція авторів, які визнають, що організаційно-господарські відносини охоплюють і майнові відносини між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень, а в межах організаційно-господарських зобов'язань можуть здійснюватися дії щодо передання майна¹⁹. У такому розумінні організаційно-господарськими, наприклад, можна вважати відносини, що виникають між засновником (учасником) господарської організації та цією організацією з приводу внесення до її статутного капіталу грошей чи іншого майна, вилучення засновником у господарської організації надлишкового майна, належного їй на праві оперативного управління, тощо. Водночас треба визнати, що залежно від змістовного наповнення таких відносин у них переважною може бути або організаційна, або майнова складова, що дає підстави для відповідного поділу цих відносин.

З дослідженням видів організаційно-господарських відносин пов'язано ще одне дискусійне питання, яке стосується визначення видової належності майнових і пов'язаних із ними відносин, що виникають за участю органів державної влади та органів місцевого самоврядування у зв'язку з передачею державного й комунального майна в оренду, концесію, а також у зв'язку з приватизацією такого майна.

Розглядаючи це питання, О. Віхров додержується позиції, згідно з якою концесійні угоди, угоди приватизації та оренди державного і комунального майна є договірними організаційно-господарськими зобов'язаннями²⁰. Така позиція базується на запропонованому науковцем широкому розумінні поняття управління господарською діяльністю (господарського управління) як цілеспрямованої діяльності з організації та забезпечення господарювання відповідно до вимог суспільного господарського порядку, що здійснюється на всіх рівнях національної економічної системи, зокрема, органами державної виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією²¹. Проте таку теоретичну позицію поділяють не всі представники науки господарського права. Так, характеризуючи договір оренди державного майна і договір концесії, О. Беяневич підкреслює, що

¹⁸ Г Знаменский, *Новое хозяйственное право. Избранные труды: сборник научных трудов* (Юриком Интер 2012) 19, 52-3; Віхров (н 7) 15; В Коваль, 'Організаційно-господарські відносини і зобов'язання' (2011) 3 Економіка та право 62.

¹⁹ Віхров (н 7) 15; Коваль (н 18) 60-2.

²⁰ О Віхров, *Організаційно-господарські правовідносини* (Слово 2008) 346-72.

²¹ О Віхров, 'Управління господарською діяльністю як категорія господарського права' (2007) 12 Право України 52.

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко

зобов'язання передати державне майно у володіння та користування з метою господарського використання має майново-господарський характер, і не може бути віднесено до організаційно-господарських зобов'язань. Хоч такі договори і містять елементи організаційного характеру, але вони не є організаційними (господарсько-управлінськими) договорами²². Такої ж думки додержується і В. Коваль, зазначаючи, що зобов'язання оренди державного майна, концесії є звичайними майново-господарськими зобов'язаннями, а сама ідея поділити зобов'язання оренди на два види залежно від того, хто є власником майна, що передається в оренду, є неприйнятною. Публічно-правовий вплив на зобов'язання оренди, концесії, купівлі-продажу об'єктів приватизації має місце, але він не змінює природи цих зобов'язань як майново-господарських²³.

При цьому є підстави визнати, що у “горизонтальних” відносинах, які виникають між суб'єктами управління об'єктами державної (комунальної) власності та суб'єктами господарювання у зв'язку з укладанням і виконанням зазначених вище договорів щодо об'єктів державної (комунальної) власності, перші з цих суб'єктів не управляють господарською діяльністю других, а отже, такі відносини не можна вважати організаційно-господарськими у визначенні цього поняття, закріпленому в ч. 6 ст. 3 ГК України. Водночас не можна їх вважати й господарсько-виробничими відносинами, оскільки органи державної влади (органи місцевого самоврядування), що укладають вказані договори, не є суб'єктами господарювання. Крім того, стверджувати, що такі відносини взагалі не є господарськими і не підлягають регулюванню нормами господарського права було б не виправданим, оскільки низка статей ГК України (ст. 146, § 5 глави 30, глава 40) та судова практика вказують на протилежне. Показовою у цьому аспекті є, наприклад, постанова Вищого господарського суду України від 29 квітня 2010 р. № 32/688, при винесенні якої судова колегія не погодилася з доводами відповідача з приводу того, що у відносинах із питань приватизації державного майна Фонд державного майна України не є органом державної влади, наділеним господарською компетенцією, а тому не є учасником господарських відносин. Натомість визначено, що відносини щодо приватизації державного майна є майновими відносинами у сфері господарювання²⁴.

Порівняльний аналіз ознак наведених вище відносин дає підставу для висновку, що за правовою природою відносини, що виникають за участю

www.pravoua.com.ua

²² Беляневич (н 12) 416-7.

²³ Коваль (н 18) 60-1; В Коваль, ‘Застосування положень Господарського кодексу про предмет регулювання’ [2009] 22(61) 2 Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия: Юридические науки 141.

²⁴ Постанова Вищого господарського суду України від 29 квітня 2010 р. № 32/688 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10257635>> (дата звернення: 15.06.2019).

органів державної влади та органів місцевого самоврядування і суб'єктів господарювання у зв'язку з передачею державного та комунального майна в оренду, концесію, а також у зв'язку з приватизацією такого майна є організаційно-господарськими відносинами, зважаючи на те, що поняття “організація господарської діяльності” є ширшим, аніж поняття “управління господарською діяльністю”. Тяжіння зазначених відносин саме до організаційно-господарських вбачається у тому, що у цих відносинах суб'єкти управління об'єктами державної (комунальної) власності, безпосередньо не здійснюючи господарську діяльність, мають організувати володіння, користування і розпорядження майном, що їм не належить, і при цьому тією чи іншою мірою здійснюють непрямий організуючий вплив на діяльність суб'єктів господарювання. Практичне утвердження такого підходу потребуватиме доопрацювання законодавчого визначення організаційно-господарських відносин загалом (ч. 6 ст. 3 ГК України) шляхом уточнення суб'єктного складу й предмета таких відносин.

Висновки. Отже, проведене дослідження дає змогу зробити такі узагальнення та висновки.

Узагальнено ознаки організаційно-господарських відносин, до яких віднесено: одним із обов'язкових суб'єктів таких відносин є суб'єкт організаційно-господарських повноважень; наявність у суб'єкта організаційно-господарських повноважень можливості здійснювати в тій чи іншій формі організуючий вплив на діяльність суб'єкта господарювання (іншого учасника господарських відносин); встановлення межі впливу суб'єкта організаційно-господарських повноважень або лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, або у межах, визначених законом; наявність у суб'єкта господарювання (чи іншого учасника господарських відносин) прав та обов'язків у межах визначених законом, що не виключає наявності у нього прав, які не заборонені законом.

Запропоновано конкретизацію визначення поняття організаційно-господарських відносин з урахуванням зазначених вище ознак цих відносин та уточнення кола суб'єктів організаційно-господарських повноважень.

Обґрунтовано поділ організаційно-господарських відносин за такими критеріями: суб'єктний склад; належність до корпоративних; сфера існування (внутрішні чи зовнішні); наявність майнових прав та обов'язків у суб'єктів цих відносин (організаційно-майнові чи майново-організаційні).

Впровадження наведених пропозицій на законодавчому рівні, зокрема у ГК України, сприятиме підвищенню рівня їхньої врегульованості

Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко

в господарському й іншому законодавстві, більш повній реалізації учасниками цих відносин своїх прав та обов'язків, упорядкуванню судової практики із захисту прав та законних інтересів суб'єктів цих відносин.

Проведений аналіз не вичерпує всього спектру проблемних теоретичних питань щодо організаційно-господарських відносин. Зокрема, слід відзначити розбіжності у поглядах науковців-господарників щодо розуміння поняття “управління господарською діяльністю” та його співвідношення з такими поняттями, як “організація господарської діяльності” та “регулювання господарської діяльності”²⁵. Привертає увагу й відсутність у науці господарського права єдиного підходу до оперування такими суміжними категоріями, як “державне управління економікою”, “державне регулювання економіки”, “планування (прогнозування, програмування)”, “нормативне регулювання”, “контроль (нагляд)”²⁶, що також мають значення для з'ясування кола відносин, які охоплюються категорією “організаційно-господарські відносини”. З урахуванням цього зазначені питання мають стати предметом подальших наукових досліджень.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Belianevych O, *Hospodarske dohovirne pravo Ukrainy (teoretychni aspekty) [Economic Contract Law of Ukraine (Theoretical Aspects)]* (Iurinkom Inter 2006) (in Ukrainian).
2. Kravets I, *Pravove stanovyshche sub'iektiv orhanizatsiino-hospodarskykh povnovazhen [Legal Status of Subjects of Organizational and Economic Powers]* (Iurinkom Inter 2010) (in Ukrainian).
3. Laptev V, *Pravovaja organizacija hozjajstvennyh sistem [Legal Organization of Economic Systems Economic Law: Textbook]* (Juridicheskaja literatura 1978) (in Russian).
4. Mamutov V, *Predpriyatje i vyshestojashhij hozjajstvennyj organ [An Enterprise and a Superior Economic Body]* (Juridicheskaja literatura 1969) (in Russian).
5. Milash V, *Hospodarske pravo: kurs lektsii [Economic Law: Course of Lectures], ch 1* (Pravo 2008) (in Ukrainian).
6. Milash V, *Perspektyvy modernizatsii dohovirnykh pravovidnosyn u sferi hospodariuvannia [Prospects for Modernizing Contractual Legal Relations in the Area of Economic Activity]* (KhNUMH 2014) (in Ukrainian).
7. Shcherbyna V, *Hospodarske pravo: pidruchnyk [Economic Law: Textbook]* (6-te vyd pererob i dop, Yurinkom Inter 2013) (in Ukrainian).

²⁵ Віхров (н 20) 37-65; І Кравець, ‘Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень’ (автореф дис канд юрид наук, 2008) 15.

²⁶ В Лаптев, Правовая организация хозяйственных систем (Юридическая литература 1978) 94-5; Щербина (н 5) 199-206; О Вінник, *Господарське право: навчальний посібник* (2-ге вид, змін та доп, Всеукр асоціація видавців “Правова єдність” 2008) 15-23.

8. Shcherbyna V, *Sub'iekty hospodarskoho prava [Subjects of Economic Law]* (Jurinkom Inter 2008) (in Ukrainian).
9. Vikhrov O, *Orhanizatsiino-hospodarski pravovidnosyny [Organizational and Economic Legal Relations]* (Slovo 2008) (in Ukrainian).
10. Vinnyk O, *Hospodarske pravo: navchalnyi posibnyk [Economic Law: Tutorial]* (2-he vyd, zmin ta dop, Vseukr asotsiatsiia vydavtsiv "Pravova yednist" 2008) (in Ukrainian).
11. Znamenskij G, *Novoe hozjajstvennoe pravo. Izbrannye trudy: sbornik nauchnykh trudov [New Economic Law. Selected Works: Collected Scientific Paper]* (Jurinkom Inter 2012) (in Russian).

Edited books

12. Mamutov V (red), *Hozjajstvennoe pravo: uchebnyk [Economic Law: Textbook]* (Jurinkom Inter 2002) (in Russian).

Journal articles

13. Koval V, 'Orhanizatsiino-hospodarski vidnosyny i zobov'iazannia' ['Organizational and Economic Relations and Obligations'] (2011) 3 *Ekonomika ta pravo* 62 (in Ukrainian).
14. Koval V, 'Zastosuvannia polozhen Hospodarskoho kodeksu pro predmet rehuliuвання' ['Application of the Economic Code Provisions on the Subject of Regulation'] [2009] 22(61) 2 *Uchenye zapiski Tavricheskogo natsionalnogo universiteta im VI Vernadskogo. Seriya: Yuridicheskie nauki* 141 (in Ukrainian).
15. Shcherbyna V, 'Pravova pryroda korporatyvnykh vidnosyn' ['Legal Nature of Corporate Relations'] (2006) 7 *Ukrainske komertsiiine pravo* 12-4 (in Ukrainian).
16. Vikhrov O, 'Upravlinnia hospodarskoiu diialnistiu yak katehoriia hospodarskoho prava' ['Management of Economic Activity as a Category of Economic Law'] (2007) 12 *Pravo Ukrainy* 52 (in Ukrainian).

Thesis

17. Kravets I, 'Pravove stanovyshe sub'ektiv orhanizatsiino-hospodarskykh povnovazhen' ['Legal Status of the Subjects of Organizational and Economic Powers'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2008) (in Ukrainian).
18. Pereverziev O, 'Hospodarsko-pravove zabezpechennia korporatyvnoho kontroliu v aktsionernykh tovarystvakh' ['Economic-Law Support of Corporate Control in Joint-Stock Companies'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2004) (in Ukrainian).
19. Vikhrov O, 'Orhanizatsiino-hospodarski pravovidnosyny' ['Organizational and Economic Legal Relations'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, 2009) (in Ukrainian).

Dissertations

20. Lukach I, 'Hospodarsko-pravove rehuliuвання korporatyvnykh vidnosyn v Ukraini: teoretychni problemy' ['Economic-Law Regulation of Corporate Relations in Ukraine: Theoretical Issues'] (dys d-ra yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).
21. Smitiukh A, 'Korporatyvni prava ta korporatyvni pai (chastky): teoretyko-pravovi zasady' ['Corporate Rights and Corporate Stakes (Shares): Theoretical and Legal Bases'] (dys d-ra yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).

Antonina Bobkova
Andrii Zakharchenko

TYPES OF ORGANIZATIONAL AND ECONOMIC RELATIONS

ABSTRACT. Within the entirety of economic relations, organizational and economic relations figure prominently owing to their impact on any relations in the domain of economic activities. The practice of organizational and economic relations is quite diverse, since such relations are formed in the course of any economic activity and, in fact, between all participants to economic relations. At the same time, such practice is not free of contradictions and conflicts ensuing from the peculiarities of the subjects, the content of these relations and their types. Legislative regulation of various types of such relations is characterized by a range of shortcomings, and doctrinal positions on these issues require further harmonization.

The purpose of the article is to finalize the provisions relating to the types of organizational and economic relations.

The following results are obtained in the study, in particular: 1) the author summarizes the characteristics of organizational and economic relations to which the following is ascribed: one of the mandatory subjects of such relations is the subject of organizational and economic powers; the fact that the subject of organizational and economic powers is capable of exercising, in one form or another, an organizing influence on the activities of an economic entity (another participant of economic relations); limits of influence available to the subject of organizational and economic powers which are established on the basis, within the powers and in the manner provided for by the Constitution and laws of Ukraine or within the scope prescribed by law; rights and obligations of an economic entity (or another participant of economic relations) within the limits established by law, however, not precluding the rights which are not prohibited by law; 2) the author proposes a clarification of the definition of the concept of organizational and economic relations taking into account the aforementioned characteristics of these relations, and makes more specific the range of subjects of organizational and economic powers; 3) the author justifies the classification of organizational and economic relations by the following criteria: subjects; whether a subject is a corporate entity; area of existence (internal or external); whether subjects of these relations have property rights and obligations (organizational and property ones or property and organizational ones).

The author proposes to amend the Economic Code of Ukraine in the manner conducive to an enhancement of the degree of regulation of organizational and economic relations in economic and other legislation, to a more complete exercise by participants to these relations of their rights and obligations, and to streamlining of the court practice relating to the protection of rights and legitimate interests of subjects of these relations.

KEYWORDS: organizational and economic relations; subject of organizational and economic powers; economic entity; organization of economic activity; management of economic activity.



Валентин Щербина

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений юрист України,
професор кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
vsshcherbyna@ukr.net

DOI: 10.33498/opus-2019-08-081

УДК 346.9

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У ДОКТРИНІ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ ТА ЇЇ ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАКРІПЛЕННЯ

АНОТАЦІЯ. Інститут юридичної відповідальності є наріжним каменем будь-якої галузі права. Не виняток і господарсько-правова відповідальність як інститут господарського права, який, незважаючи на своє значення у сфері захисту прав та інтересів учасників господарських відносин, не набув належного висвітлення у наукових дослідженнях.

Метою статті є розкриття особливостей господарсько-правової відповідальності й застосування господарських, оперативно-господарських та адміністративно-господарських санкцій до учасників господарських відносин.

Розкриваються особливості господарсько-правової відповідальності, головною з яких є сфера застосування, що зумовлює як підставу застосування заходів зазначеної відповідальності (господарське правопорушення), так і коло суб'єктів господарсько-правової відповідальності, якими є учасники відносин у сфері господарювання.

Відмінними ознаками господарсько-правової відповідальності є: потерпання учасника господарських відносин від несприятливих економічних наслідків не лише майнового, а й організаційного характеру; застосування до правопорушника, крім господарських, оперативно-господарських та адміністративно-господарських санкцій, а також можливість визначення розміру штрафних санкцій у внутрішньогосподарських відносинах; встановлення видів та розмірів (у випадку їхнього визначення) господарських, оперативно-господарських та адміністративно-господарських санкцій переважно (а щодо останніх – виключно) законом; позасудовий порядок (процедура) реалізації окремих видів господарсько-правової відповідальності.

Зроблено висновок, що норми Господарського кодексу України (ГК України) загалом відображають особливості господарсько-правової відповідальності як одного з видів юридичної відповідальності та особливості застосування таких заходів господарсько-правової відповідальності, як оперативно-господарські та адміністративно-господарські санкції, а також визнання боржника банкрутом. Водночас підкреслюється, що ГК України в частині регулювання відносин господарсько-правової відповідальності потребує певних змін і пропонуються основні з них.

© Валентин Щербина, 2019

Валентин Щербина

Зазначається, що проблеми господарсько-правової відповідальності потребують подальших наукових досліджень із тим, щоб на основі кращих напрацювань вітчизняної та зарубіжної юридичної науки і практики створити сучасну теорію господарсько-правової відповідальності, адекватну існуючим умовам ринкової економіки.

Ключові слова: господарсько-правова відповідальність; господарські санкції, оперативно-господарські санкції; адміністративно-господарські санкції.

Питання юридичної відповідальності завжди були предметом уваги як учених-правознавців, так і юристів-практиків. Не є винятком і проблеми господарсько-правової відповідальності, прояви підвищеної уваги до яких пов'язані з формуванням господарського законодавства ринкового спрямування і, особливо, з прийняттям Господарського кодексу України (далі – ГК України)¹, який не лише закріпив, а й розвинув положення щодо загальних засад господарсько-правової відповідальності, адміністративно-господарських та оперативно-господарських санкцій, досудового порядку реалізації господарсько-правової відповідальності, визнання боржника банкрутом тощо.

Незважаючи на загалом значну кількість наукових праць, у яких розглядаються питання господарсько-правової відповідальності, за роки незалежності в Україні з цієї проблематики було захищено всього декілька кандидатських дисертацій (І. Шуміло – 2001 р., З. Татькова – 2010 р., О. Заярний – 2011 р., В. Новошицька – 2017 р.), присвячених окремим аспектам господарсько-правової відповідальності, що свідчить про необхідність більш глибоких теоретичних досліджень проблем господарсько-правової відповідальності, господарських та адміністративно-господарських санкцій тощо, а також визначення ефективності застосування зазначених санкцій судами, уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування, сторонами господарських договорів.

Чимало питань стосовно відповідальності учасників господарських відносин виникло у зв'язку з окремими розбіжностями між нормами Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)² і ГК України, причиною чого переважно стало несприйняття або нерозуміння особливостей застосування заходів господарсько-правової відповідальності до учасників господарських відносин та до їхнього особливого виду – суб'єктів господарювання. Водночас деякі розбіжності є наслідком недосконалої юридичної техніки, використаної при розробці проекту ГК України,

www.pravoua.com.ua

¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 30.05.2019).

² Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 30.05.2019).

та неточного перекладу термінів аванпроєкту ГК України з російської на українську мову.

Мета дослідження полягає у намаганні автора розкрити особливості як, власне, господарсько-правової відповідальності, так і застосування її заходів до суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин.

Господарсько-правова відповідальність є інструментом примусу до виконання правових приписів (положень нормативно-правових та інших правових актів, умов господарських договорів та інших правил поведінки), проте, на відміну від радянського періоду, коли багатьма вченими державний примус розглядався як властивість заходів юридичної відповідальності, сьогодні, беззаперечно, так стверджувати не можна. Наприклад, заходи господарсько-правової відповідальності, що застосовуються стороною господарського договору у вигляді оперативно-господарських санкцій, або добровільна сплата штрафних санкцій чи добровільне відшкодування збитків в одних випадках прямо, в інших – опосередковано не пов'язані з державним примусом. Тому має рацію В. Луць, коли не погоджується з тим, що добровільне виконання обов'язку юридичною відповідальністю бути не може³.

Господарсько-правова відповідальність багато в чому схожа з цивільно-правовою відповідальністю, проте вона має і певні особливості, що відрізняють її не лише від останньої, а й від господарсько-правової відповідальності періоду планової економіки з її певними ознаками⁴.

Головною особливістю господарсько-правової відповідальності є сфера її застосування – сфера господарювання, яка зумовлює підставу її застосування та визначає коло суб'єктів господарсько-правової відповідальності.

З урахуванням цього видається не зовсім коректним віднесення до підстав виникнення господарських зобов'язань такої підстави, як заподіяння шкоди суб'єктом або суб'єкту господарювання, придбання або збереження майна суб'єкта або суб'єктом господарювання коштом іншої особи без достатніх на те підстав (абзац 5 ч. 1 ст. 174 ГК України). По суті, йдеться ні про що інше, як про підстави виникнення недоговірних зобов'язань і відносини з відшкодування шкоди, що регулюються нормами ЦК України, а тому абзац 5 ч. 1 ст. 174 ГК України доцільно з нормативно-правового акта виключити.

Згідно з ч. 1 ст. 218 ГК України підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин є вчинене ним правопо-

³ О Дзера та Н Кузнєцова та Р Майданик Р (ред), *Цивільне право України. Особлива частина: підручник* (3-тє вид, перероб і допов, Юрінком Інтер 2010) 194.

⁴ В Лаптев (ред), *Хозяйственное право. Общие положения* (Наука 1983) 223.

рушення у сфері господарювання. Таким чином, ця норма чітко визначає єдину підставу виникнення охоронних правовідносин – вчинене учасником господарських відносин правопорушення у сфері господарювання.

Змістом охоронного господарського правовідношення, що виникає внаслідок господарського правопорушення, є обов'язок зобов'язаної сторони (правопорушника) відновити порушене право і право управненої сторони (потерпілого) вимагати відновлення порушеного, невизнаного або оспорюваного права. До сторін такого правовідношення (утім, як і до сторін охоронного правовідношення, що виникло в результаті порушення майново-господарського зобов'язання) цілком можливе застосування вжитих вище термінів “управнена сторона” і “зобов'язана сторона”, які в ГК України пов'язані з організаційно-господарськими зобов'язаннями, що, проте, не виключає можливості зазначених термінів щодо охоронних правовідносин, у яких зобов'язаною стороною є правопорушник, а управненою – потерпілий.

Слід зазначити, що саме наявність у ГК України норм стосовно організаційно-господарських зобов'язань, поняття та види яких визначені в ст. 176 цього Кодексу, стала однією з вагомих причин включення до нього низки загальних положень щодо відповідальності учасників господарських відносин та обумовила автономне правове регулювання застосування заходів відповідальності за порушення зазначених зобов'язань. Тому така обставина не дає жодних підстав для висновків щодо дублювання положень ЦК України в статтях ГК України та для пропозицій щодо вилучення окремих норм стосовно відповідальності з ГК України або перенесення їх із нього до ЦК України.

Водночас зазначимо, що господарсько-правова відповідальність є поняттям вузчим, ніж поняття відповідальності за правопорушення у сфері господарювання (якщо брати до уваги розуміння господарювання і відповідного кола суб'єктів, задіяних у ньому, то відповідальність у цій сфері може бути і цивільною, і адміністративною, і кримінальною). Тому господарсько-правову відповідальність слід розглядати як окремий, спеціальний вид відповідальності, що застосовується за господарські правопорушення як один із видів правопорушень у сфері господарювання.

При цьому суб'єктами такої відповідальності можуть бути виключно учасники господарських відносин, незалежно від того, є вони суб'єктами господарювання, споживачами, органами державної влади та органами місцевого самоврядування, наділеними господарською компетенцією, чи іншими учасниками відносин у сфері господарювання, визначеними у ст. 2 ГК України.

Істотною відмінною ознакою господарсько-правової відповідальності є й те, що господарсько-правова відповідальність – це потерпання учасника господарських відносин (зокрема, суб'єкт господарювання) від несприятливих економічних наслідків не лише майнового, а й організаційного характеру (до останніх відносяться, зокрема, наслідки застосування оперативно-господарських санкцій та адміністративно-господарських санкцій організаційного характеру), що підтверджується більш широким, на відміну від ЦК України, колом санкцій, які застосовуються до суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин за вчинені ними господарські правопорушення. Це господарські, оперативно-господарські та адміністративно-господарські санкції, з яких лише господарські санкції у вигляді неустойки, штрафу, пені та відшкодування збитків більш-менш збігаються з цивільно-правовими санкціями. Що стосується оперативно-господарських та адміністративно-господарських санкцій, то такі заходи відповідальності цивільному законодавству невідомі. Так само зазначене законодавство не передбачає можливості визначати розмір штрафних санкцій, що застосовуються у внутрішньогосподарських відносинах за порушення зобов'язань, оскільки сторони внутрішньогосподарських зобов'язань ні цивільним законодавством, ні наукою цивільного права не визнаються суб'єктами права, так само, як і не визнається саме існування внутрішньогосподарських зобов'язань.

Відмінності між господарськими та цивільно-правовими санкціями полягають, зокрема, у тому, що: а) ч. 1 ст. 549 ЦК України, вживаючи конструкцію “неустойка (штраф, пеня)”, кваліфікує штраф і пеню як різновиди неустойки, якої в “чистому вигляді” не існує, тоді як вжита в ч. 1 ст. 230 ГК України конструкція “неустойка, штраф, пеня” дає підстави розглядати кожен із видів цих санкцій, включаючи неустойку, як самостійний, хоч у подальших статтях ГК України термін “неустойка” не вживається. Ми свого часу зазначали, що ця технічна, на нашу думку, помилка цілком може бути виправлена шляхом внесення редакційних (технічних) змін до ч. 1 ст. 230 ГК України; б) ч. 1 ст. 551 ЦК України встановлює, що предметом неустойки може бути грошова сума, рухоме і нерухоме майно, тоді як згідно з ч. 1 ст. 230 ГК України штрафними санкціями визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми. На наше переконання, таке обмеження форми неустойки в ГК України можна пояснити недопущенням зміни власника державного або комунального майна в обхід законодавства про приватизацію, проте, вважаємо, що ГК України безпідставно обмежує право суб'єктів господарювання встановлювати у договорі неустойку у вигляді майна (наприклад, цінних паперів), оскільки побоювання щодо можливих порушень при

Валентин Шербина

переданні такого майна однаково стосуються і виплати неустойки у грошовій формі. Встановлення ж у господарських договорах майнової форми неустойки дасть змогу суб'єкту господарювання – правопорушнику оперативного маневрувати своїми майновими і фінансовими ресурсами, а у деяких випадках – уникати можливого порушення провадження у справах про банкрутство. Водночас завдяки встановленню за порушення господарського зобов'язання майнової форми неустойки значно скоротиться час на відновлення порушеного майнового права потерпілої особи; в) за ЦК України (ч. 1 ст. 624) основним видом неустойки є штрафна, тоді як згідно з ч. 1 ст. 232 ГК України – залікова. Висловлена нами свого часу позиція з цього приводу полягала у встановленні в ГК України як загального правила застосування за порушення господарського зобов'язання штрафної неустойки, оскільки йдеться про учасників господарських відносин, значна частина яких професійно займається самостійною, ініціативною, систематичною, на власний ризик діяльністю. Натомість основним видом неустойки стосовно учасників цивільних відносин могла б бути залікова неустойка.

Відрізняє господарсько-правову відповідальність від цивільно-правової і те, що види та розміри (у разі їхнього визначення) господарських та оперативно-господарських санкцій встановлюються переважно законом. Виключно законом встановлюються підстави та види адміністративно-господарських санкцій, що зумовлено колом суб'єктів їхнього застосування (органи державної влади й органи місцевого самоврядування) і відповідає вимогам ч. 2 ст. 19 Конституції України⁵.

Відмінною ознакою господарсько-правової відповідальності є також порядок (процедура) її застосування (судовий та позасудовий), що встановлений законом. При цьому судовому порядку застосування господарських санкцій може передувати так званий досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності, який відповідно до ст. 222 ГК України полягає у зверненні потерпілого до правопорушника з письмовою претензією та у письмовому повідомленні останнім потерпілого про результати розгляду претензії.

За загальним правилом, встановленим у ч. 2 ст. 222 ГК України, у разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій суб'єкт господарювання чи інша юридична особа – учасник господарських відносин, чиї права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спору з порушником цих прав або інтересів має право звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлено законом.

www.pravo.ua.com.ua

⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 15.06.2019).

Таким чином, передбачений у ст. 222 ГК України досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності, по суті, стосується лише застосування таких видів господарських санкцій, як відшкодування збитків та штрафні санкції. Право (а не обов'язок) потерпілого на пред'явлення претензії закріплено, зокрема, в главі 2 “Претензії” розділу XI “Претензії та позови” Кодексу торговельного мореплавства України⁶, в якій ідеться про можливість заявлення претензії і, зокрема, визначено строки заявлення та розгляду претензії (статті 383–387). Так само в п. 130 Статуту залізниць України встановлено, що пред'явленню залізниці позову може передувати пред'явлення до неї претензії, а в пунктах 131, 133, 134 та 135 визначено суб'єктів заявлення і розгляду претензії, випадків її заявлення та строків заявлення і розгляду⁷.

Водночас Статут автомобільного транспорту Української РСР, який загалом потребує приведення його положень у відповідність до сучасних потреб регулювання діяльності автомобільного транспорту, включаючи перевезення вантажів, встановлює обов'язкове пред'явлення претензії, регулюючи пов'язані з цим відносини в статтях 159–166⁸.

Так само обов'язкове пред'явлення претензії встановлено при порушенні умов договору перевезення вантажу повітряним транспортом. Так, п. 21.1.2 Правил повітряних перевезень вантажів встановлює:

У разі заподіяння шкоди особа, яка має право на отримання вантажу, повинна направити перевізнику претензію негайно після виявлення шкоди, але не пізніше 14 днів з дати одержання вантажу або з дати підписання вантажоодержувачем відповідного документа про доставку вантажу. У разі затримки претензія повинна бути направлена не пізніше 21 дня з дати, коли вантаж переданий в розпорядження особи, що має право на його одержання. У разі втрати претензія повинна бути направлена протягом 120 днів з дати видачі авіавантажної накладної⁹.

Однак слід зазначити, що відповідно до ч. 1 ст. 100 Повітряного кодексу України¹⁰ порядок пред'явлення претензій і позовів визначається правилами авіаперевізника, а не державними органами. З огляду на це Положення про Міністерство інфраструктури України, затверджене по-

⁶ Кодекс торговельного мореплавства України: Закон України від 23 травня 1995 р. № 176/95-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 16.06.2019).

⁷ Статут залізниць України, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. № 457 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/457-98-%D0%BF>> (дата звернення: 16.06.2019).

⁸ Статут автомобільного транспорту Української РСР, затверджений постановою Ради Міністрів Української РСР від 27 червня 1969 р. № 401 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/401-69-%D0%BF>> (дата звернення: 16.06.2019).

⁹ Правила повітряних перевезень вантажів, затверджені наказом Державної авіаслужби України від 14 березня 2006 р. № 186 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-06>> (дата звернення: 16.06.2019).

¹⁰ Повітряний кодекс України: Закон України від 19 травня 2011 р. № 3393-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17>> (дата звернення: 16.06.2019).

Валентин Шербина

становою Кабінету Міністрів України від 30 червня 2015 р. № 460, не передбачає серед повноважень цього Міністерства, яке забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері авіаційного транспорту та використання повітряного простору України, затвердження правил повітряних перевезень вантажів¹¹.

Не мала таких повноважень і Державна служба України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації, Положення про яку було затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2006 р. № 709, що втратила чинність на підставі постанови Кабінету Міністрів України від 2 листопада 2006 р. № 1526¹².

Тож Правила повітряних перевезень вантажів, про які тут ідеться, мають бути скасовані, а порядок пред'явлення претензій при повітряних перевезеннях вантажів має визначитися правилами авіаперевізника, як це передбачено ч. 1 ст. 100 Повітряного кодексу України.

Позасудовий порядок має також місце у разі застосування оперативно-господарських санкцій стороною, яка потерпіла від правопорушення без попереднього пред'явлення претензії порушнику зобов'язання (ч. 1 ст. 237 ГК України). При цьому оперативно-господарські санкції застосовуються незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання (ч. 3 ст. 235 ГК України).

Так само у позасудовому порядку за порушення встановлених законодавчими актами правил здійснення господарської діяльності до суб'єктів господарювання уповноваженими органами державної влади або органами місцевого самоврядування застосовуються адміністративно-господарські санкції. Проте і на адміністративно-господарські санкції, зважаючи на порядок застосування і правову природу останніх, досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності, встановлений у ст. 222 ГК України, не поширюється, що, на нашу думку, доцільно передбачити в ГК України, доповнивши його статтю 238 частиною 3 відповідного змісту.

Потребує узгодження з положеннями ЦК України і ч. 1 ст. 223 ГК України, в якій ідеться про “загальний та скорочені строки позовної давності”, що застосовуються при реалізації в судовому порядку відповідальності за правопорушення у сфері господарювання. По-перше, ЦК України цілком справедливо відмовився від словосполучення “строк позовної давності”, визначивши у ст. 256 позовну давність як строк, у межах якого

www.pravoua.com.ua

¹¹ Положення про Міністерство інфраструктури України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 30 червня 2015 р. № 460 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/460-2015-%D0%BF>> (дата звернення: 16.06.2019).

¹² Положення про Державну службу України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 23 травня 2006 р. № 709 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/709-2006-%D0%BF>> (дата звернення: 16.06.2019).

особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу. Тому вживання словосполучення “строк позовної давності” є некоректним як в юридичному, так і в граматичному розумінні. По-друге, ст. 223 ГК України безпідставно обмежує можливість застосування позовної давності тривалістю, визначеною ЦК України та ГК України, позбавляючи сторони права збільшити позовну давність, встановлену законом, за домовленістю (ч. 1 ст. 259 ЦК України).

Зважаючи на зазначене, пропонуємо викласти ч. 1 ст. 223 ГК України в такій редакції: “1. При реалізації в судовому порядку відповідальності за господарські правопорушення у вигляді відшкодування збитків та штрафних санкцій застосовуються норми щодо позовної давності, встановлені Цивільним кодексом України, якщо інші строки не встановлені цим Кодексом”.

Висновки. Підсумовуючи викладене, можна констатувати, що господарсько-правова відповідальність, яка хоч і має певні схожі риси з цивільно-правовою відповідальністю, є самостійним видом юридичної відповідальності і не може розглядатись як особливий вид чи складова цивільно-правової відповідальності. Наприклад, наявність таких схожих елементів, як факт правопорушення, причинно-наслідковий зв'язок, вина, жодним чином не є підставою для ототожнення кримінально-правової і цивільно-правової відповідальності. Ці елементи властиві юридичній відповідальності загалом і, як загальне, поширюються на її окремі галузеві види.

Загалом норми ГК України відображають особливості господарсько-правової відповідальності як одного з видів юридичної відповідальності та особливості застосування таких заходів господарсько-правової відповідальності, як оперативно-господарські та адміністративно-господарські санкції, а також визнання боржника банкрутом.

Водночас ГК України в частині регулювання відносин господарсько-правової відповідальності потребує певних змін. Передусім це стосується структури ГК України, а саме: а) розділ V доцільно назвати “Відповідальність за господарські правопорушення”, оскільки нинішня його назва є занадто широкою і створює передумови для включення до нього норм щодо адміністративної, кримінальної, цивільної тощо відповідальності за правопорушення у сфері господарювання, що, безумовно, неприпустимо; б) главу 23 доцільно виключити з розділу IV і включити (попередньо привівши її положення у відповідність до Кодексу України з процедур банкрутства) останньою главою до розділу V, оскільки визнання боржника банкрутом є, на нашу думку, найбільш суворою санкцією; в) главу 28, норми якої не узгоджуються з положеннями Закону України “Про захист економічної конкуренції”, про що зазначалося

у наукових публікаціях, доцільно виключити з ГК України. Однак головною причиною виключення зазначеної глави є невизначеність критерію, за яким глава 28, норми якої регулюють відносини відповідальності в окремій сфері, якою б важливою для економіки вона не була, включена до розділу V ГК України, норми якого встановлюють загальні положення за господарські правопорушення та види санкцій.

Більш чіткого формулювання в законодавстві потребують норми, що визначають підставу застосування адміністративно-господарських санкцій (такою підставою може бути лише порушення правил здійснення господарської діяльності) та коло осіб, до яких можуть бути застосовані зазначені санкції (суб'єкти господарювання – юридичні особи та фізичні особи – підприємці). При цьому відповідальність суб'єктів господарювання як осіб, які на професійній основі та на власний ризик здійснюють господарську (підприємницьку) діяльність, має наставати незалежно від вини, безвідносно того, які види санкцій – господарські чи адміністративно-господарські – підлягають застосуванню. Крім того, положення тих законів, у яких вживається термін “фінансові санкції” у випадках, коли йдеться про адміністративно-господарські санкції, доцільно привести у відповідність до термінології ГК України.

На нашу думку, потребує радикальних змін судова практика застосування положень ст. 625 ЦК України щодо грошових зобов'язань учасників господарських відносин. Особливості встановлення штрафних санкцій за порушення грошових зобов'язань учасниками господарських відносин передбачені у ч. 6 ст. 231 ГК України. Що стосується індексу інфляції та відсотків річних, то їх не можна вважати штрафними санкціями в прямому розумінні, вони виконують компенсаційну функцію (індекс інфляції), найбільше притаманну відшкодуванню збитків, або ж є платою за користування чужими коштами (відсотки річних). У будь-якому разі кваліфікувати їх як заходи відповідальності (поряд зі сплатою суми боргу), що можуть бути застосовані до учасників господарських відносин у вигляді санкцій, з огляду на положення ст. 625 ЦК України, немає жодних підстав.

Що стосується інших “розходжень” між нормами ЦК України і ГК України щодо відповідальності суб'єктів цивільних і господарських відносин, то при оцінці й характеристиці кожного з них необхідно враховувати особливості правового регулювання цивільних і господарських відносин, що повинні мати виключно об'єктивний характер і бути обґрунтованими.

Не йдеться ні про “розхитування” позицій української цивілістики представниками науки господарського права, ні про їхню “руйнацію”,

про що заявляють окремі представники цивілістичної науки¹³. Реалії ринкової економіки зі збереженням ніким не спростованої необхідності регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання задля виконання нею, зокрема, соціальної функції, вимагають створення нових механізмів юридичної відповідальності, зокрема – відповідальності господарсько-правової, норми якої повинні знайти своє місце в ГК України, який, попри намагання начепити йому ярлик “антиринкового акта”¹⁴, більшою мірою, ніж ЦК України, регулює відносини у сфері економіки з урахуванням їхньої специфіки.

Час усвідомити, що жодна галузь законодавства (права) не може бути монополістом у регулюванні суспільних відносин у певній сфері. Прикладом тому є земельне, водне, екологічне, сімейне та інші галузі законодавства, що регулюють особисті немайнові та майнові відносини, які мають певні особливості, що зумовлюють їх самостійний характер і відмінність від цивільних відносин.

У будь-якому разі проблеми господарсько-правової відповідальності потребують подальших наукових досліджень на основі широких, дійсно наукових дискусій між представниками різних правничих наукових шкіл, із відповідними аргументами (без спотворення наукових позицій, поглядів і висновків представників науки господарського права, без приписування їм “заслуг”, до яких вони не мають жодного стосунку, що, на жаль, відбувається з боку окремих цивілістів), з тим, щоб на основі кращих напрацювань вітчизняної і зарубіжної юридичної науки й практики створити сучасну теорію господарсько-правової відповідальності, яка відповідала б сучасним умовам ринкової економіки.

Зокрема, у зв'язку з оновленням законодавства про акціонерні товариства, товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю потребують поглибленого теоретичного аналізу проблеми господарсько-правової відповідальності учасників корпоративних та пов'язаних із ними відносин. Незважаючи на намагання представників цивілістичної науки обґрунтувати належність корпоративних відносин до предмета правового регулювання цивільного права, переконливих аргументів ми так і не побачили. Натомість поєднання в корпоративних відносинах організаційних і майнових елементів дає всі підстави вважати їх внутрішньогосподарськими відносинами, які входять до сфери господарських відносин, а отже, є предметом регулювання ГК України, що, влас-

¹³ І Спасибо-Фатєєва, ‘Міркування про українську цивілістику’ в Стефанчук Р (заг ред), *Спогади про Людину, Вченого, Науковця (до 60-річчя від Дня народження професора Ірини Володимирівни Жилінкової)* (Право 2019) 207.

¹⁴ А Довгерт, ‘Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови старту’ (2019) 1 Право України 38.

Валентин Шербина

не, і відобразилося в легальному закріпленні корпоративних відносин у ст. 167 ГК України і відсутності подібних норм у ЦК України.

Існування у ГК України організаційно-господарських (ст. 176), соціально-комунальних (ст. 177) та публічних зобов'язань (ст. 178) об'єктивно передбачає і відповідальність за їхнє невиконання чи неналежне виконання, проте питання такої відповідальності сьогодні перебувають поза полем зору науковців.

Результати наукових досліджень проблем господарсько-правової відповідальності мають знайти відповідне закріплення у нормативно-правових актах господарського законодавства.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Dzera O ta Kuznyetsova N ta Maydanyk R (red), *Tsyvilne pravo Ukrainy. Osoblyva chastyna: pidruchnyk [Civil Law of Ukraine. Special Part: Textbook]* (3-tie vyd, pererob i dopov, Yurinkom Inter 2010) (in Ukrainian).
2. Khozyaystvennoye pravo. *Obshchiye polozheniya [Economic Law. General Provisions]* (Laptev V red, Nauka 1983) (in Russian).
3. Spasybo-Fatieieva I, 'Mirkuvannia pro ukrainsku tsyvilistyku ['Pondering on the Ukrainian Civil Law Science'] v Stefanchuk R (zah red), *Spohady pro Lyudynu, Vchenoho, Naukovtsia (do 60-richchya vid Dnia narodzhennia profesora Iryny Volodymyrivny Zhylinkovoyi) [Memories of the Man, the Scientist, the Scholar (to the 60th Birth Anniversary of Professor Iryna Volodymyrivna Zhylinkova)]* (Pravo 2019) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Dovhert A, 'Rekodyfikatsiia Tsyvilnoho kodeksu Ukrainy: osnovni chynnyky i peredumovy startu' ['Recodification of the Civil Code of Ukraine: Major Factors and Prerequisites for the Start'] (2019) 1 *Pravo Ukrainy* (in Ukrainian).

Valentyn Shcherbyna

ECONOMIC-LAW RESPONSIBILITY IN THE ECONOMIC-LAW DOCTRINE OF UKRAINE AND ITS LEGISLATIVE CONSOLIDATION

ABSTRACT. The institution of legal responsibility is the cornerstone of any branch of law. No exception is responsibility under economic law as an economic-law institution which, despite its importance in terms of protection of the rights and interests of participants to economic relations, has not received proper coverage in scientific research.

The purpose of the article is to reveal the specifics of economic-law responsibility and that of the application of economic, operational economic, and administrative economic sanctions to participants of economic relations.

The author elucidates the specific features of economic-law responsibility; the main one is the application scope, and this determines the ground for applying the measures related to the said responsibility (economic offence), as well as the range of those who may be subjected to economic-law responsibility, they being the participants to the relations in the economic activity domain.

Economic-law responsibility is characterized by the following distinctive features: a participant to economic relations faces adverse economic consequences not only of property as well as of organizational nature; an offender, along with economic sanctions, is also subjected to operational economic and administrative economic sanctions; the possibility of determining the size of penalties in the context of intra-economic relations; the types and sizes (if such are determined) of economic, operational economic and administrative economic sanctions are set mainly (and in respect of the latter – exclusively) by law; an out-of-court procedure for the implementation of certain types of economic-law responsibility.

The author concludes that provisions of the Economic Code of Ukraine (Ukraine's EC) generally reflect the specific features of economic-law responsibility as one of the types of legal responsibility, and the specifics of application of such economic-law responsibility measures as operational economic and administrative economic sanctions, as well as declaring a debtor bankrupt. At the same time, it is emphasized that Ukraine's EC, in terms of regulation of economic-law responsibility relations, needs certain changes, and hence the author proposes some major ones.

It is noted that issues pertaining to economic-law responsibility require further scientific research with a view to creating a modern economic-law responsibility theory adequate to the existing market economy conditions resting upon the best accomplishments of national and foreign legal science and practice.

KEYWORDS: economic-law responsibility; economic sanctions; operational economic sanctions; administrative economic sanctions.



Ольга Шаповалова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри господарського права
Східноукраїнського національного університету
імені Володимира Даля (Северодонецьк, Україна)
провідна наукова співробітниця відділу правового
забезпечення галузевого інноваційного розвитку
Науково-дослідного інституту правового забезпечення
інноваційного розвитку НАПрН України
(Харків, Україна)
hozpravo2@i.ua

УДК 346.1; 346.5

ПРИНЦИПИ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ЦИФРОВОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

АНОТАЦІЯ. Зміна напрямів економічної політики під впливом цифровізації економіки (зокрема її правової інфраструктури) потребує модернізації господарського законодавства. Тому у статті обґрунтовано актуальність запропонованих авторкою трьох спеціальних правових принципів інституціоналізації цифрової інфраструктури контролю у сфері господарювання. Йдеться про принципи розбудови не правової інфраструктури загалом, а про її окремі ресурси.

Проведено критичний аналіз щодо обрання державними фіскальними органами України моделі блокуючого контролю при адмініструванні податку на додану вартість. Викрито недоліки реалізації його окремих процедур, починаючи з 2011 р. Доведено, що вони спотворювали призначення охоронної (профілактичної) функції податкового контролю. Позитивно оцінюється новий порядок заповнення накладних, який прийнято наприкінці 2018 р.

Мета статті – довести необхідність розробки спеціальних принципів здійснення контролю у сфері господарювання, використовуючи інструменти та інші ресурси цифровізації економіки, а саме: а) пропорційності блокуючого контролю зі ступенем порушення вимог при реалізації прав підконтрольними суб'єктами господарювання; б) підвищення рівня зрілості інформаційної безпеки при здійсненні господарської діяльності; в) гарантування прозорості результату самоконтролю суб'єктів господарювання.

Пропонується забезпечити налагодження системи електронних контактів між суб'єктами господарювання та (або) органами контролю на основі не лише загальних, а й спеціальних принципів здійснення контролю у сфері господарювання. Обґрунтовується доцільність зміни утримувача Реєстру податкових накладних шляхом наділення цієї функцією Міністерства фінансів України. Доводиться актуальність для науки господарського права такого напрямку дослідження, як надання інформаційно-комунікаційної послуги банків, які функціонують на інвестиційному ринку, зокрема, щодо наявності електронної діагностичної картки самоконтролю банку.

Авторка доходить висновку про актуальність зазначеної теми внаслідок того, що у доктрині господарського права розпочато опрацювання проблем правового

забезпечення цифровізації економіки, але ці процеси слід пов'язувати з тематикою спеціальних принципів інституціоналізації цифрової інфраструктури контролю у сфері господарювання. Такий зв'язок досягається господарсько-правовими засобами.

Ключові слова: спеціальні принципи; цифрова інфраструктура контролю; інформаційна безпека; діагностична картка.

У доктрині господарського права розпочато опрацювання проблем правового забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу, Грід-технологій. Зазначену проблематику слід пов'язувати з тематикою як основоположних, так і спеціальних принципів інституціоналізації цифрової інфраструктури контролю у сфері господарювання. Подібний зв'язок може стратегічно узгодити правову інфраструктуру цифрової економіки з правовим інститутом контролю у сфері господарювання.

Належно збалансована інституціональна база для реалізації контролю у сфері господарювання в умовах цифровізації економіки є важливим структурним складником організації та управління господарською діяльністю. Водночас існує потреба вивчення проблематики спеціальних принципів інституціоналізації контролю у сфері господарювання у контексті напрацювання наукових рекомендацій для розбудови правової інфраструктури цифрової економіки. Ця потреба обумовлена зміною напрямів економічної політики з подальшою модернізацією господарського законодавства під впливом цифровізації економіки, зокрема й її правової інфраструктури. Також важливим для юридичної практики є питання інституціоналізації системи контролю у сфері господарювання внаслідок інтеграції нашої країни у міжнародну спільноту та опрацювання міжнародних стандартів обліку процесів господарювання.

Призначення спеціальних принципів інституціоналізації контролю у сфері господарювання – забезпечити створення належних правових умов для перспективи зміни структури всієї системи функціонування контролю. Адже значно актуалізувалися дослідження правових засад не лише державного контролю у сфері господарювання, а й недержавного. Заявлена проблематика сучасних досліджень, які представляють фахівці науки господарського права, суттєво збагатилася вишукуваннями щодо консолідованих форм державного контролю з недержавним. Вони потребують значної інституційної модернізації.

У сучасних наукових дослідженнях із господарського права було виділено кілька напрямів, за якими висвітлювалася низка загальних проблем, на які слід спиратися при розв'язанні порушеної проблеми висвітлення значення спеціальних принципів інституціоналізації контролю

у сфері господарювання в аспекті правової інфраструктури цифрової економіки.

Огляд досліджень із цифровізації економіки України у науці господарського права показав, що вони представлені циклом статей О. Вінник. Для дослідження, проведеного у цій статті, важливим є обґрунтування авторської пропозиції, яка полягає у потребі відповідного правового регулювання суб'єктного складу відносин сфери цифрової економіки (представників е-бізнесу та їхніх саморегульованих організацій, споживачів, уповноважених органів), їхніх прав та обов'язків у сфері цифрової економіки, механізму захисту прав і законних інтересів, відповідальності за порушення у цій сфері та наслідків зловживання правами, особливостей розгляду конфліктів. Наведена пропозиція та її обґрунтування викладено у статті О. Вінник "Регулювання відносин у сфері цифрової економіки: проблеми термінології"¹. Також вийшла у світ монографія цієї авторки "Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу", присвячена висвітленню господарсько-правових проблем запровадження цифровізації економіки в Україні². Вчена коментує принципи діяльності Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, зокрема, щодо відкритості для демократичного цивілізованого контролю, але пропозиції не пов'язуються із тематикою спеціальних принципів інституціоналізації контролю у сфері господарювання, які запропоновані у цій статті.

Пропозиції вдосконалення принципів засад системи контролю у сфері господарювання обґрунтували у своїх дисертаціях Н. Никитченко "Правове регулювання державного контролю у сфері господарської діяльності"³, В. Попелюк "Правове регулювання відносин контролю у сфері господарювання"⁴, В. Баганець "Вдосконалення державного контролю і нагляду за господарською діяльністю"⁵, С. Солодченко "Правове забезпечення реалізації контрольних функцій суб'єктів господарювання"⁶, В. Добровольська у статті "Методологія контролю у сфері господарювання"⁷ та ін. Однак при цьому питання спеціальних принципів

¹ О. Вінник, 'Регулювання відносин у сфері цифрової економіки: проблеми термінології' (2017) 11 Підприємство, господарство, право 163-6.

² О. Вінник, *Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу* (НДІ приватного права і підприємництва імені В. Бурчака 2018) 212.

³ Н. Никитченко, 'Правове регулювання державного контролю у сфері господарської діяльності' (дис. д-ра юрид. наук, 2015) 480.

⁴ В. Попелюк, 'Правовое регулирование отношений контроля в сфере хозяйствования' (дис. канд. юрид. наук, 2011) 18.

⁵ В. Баганець, 'Вдосконалення державного контролю і нагляду за господарською діяльністю' (автореф. дис. канд. юрид. наук, 2014) 22.

⁶ С. Солодченко, 'Правове забезпечення реалізації контрольних функцій суб'єктів господарювання' (дис. канд. юрид. наук, 2019) 187.

⁷ В. Добровольська, 'Методологія контролю у сфері господарювання' (2010) 4 Підприємство, господарство і право 57-61.

інституціоналізації контролю у сфері господарювання в аспекті створення в Україні правової інфраструктури цифровізації економіки не викремлювалися та не розглядалися.

Представники не лише української науки, а й науки багатьох країн світу визнають сучасні ресурси цифрової економіки фактором підвищення ефективності організації та управління господарською діяльністю.

В. Ляшенко та О. Вишневський змоделивали низку організаційних принципів забезпечення мінімально необхідної податкової (не фізичної) присутності нерезидента в Україні з метою оподаткування. Зокрема, спрощена реєстрація платниками податку на додану вартість (далі – ПДВ) для постачальників-нерезидентів, яка може здійснюватися віддалено в електронній формі; спрощене декларування податкового зобов'язання з ПДВ в електронній формі, тобто віддалено; звільнення від реєстрації податкових накладних; можливість сплати ПДВ у валюті на рахунки Казначейської служби України через кордон; дозвіл використання нарахованого ПДВ для заліку з податком (податковим кредитом), сплаченим у вартості послуг та товарів, придбаних у резидентів (з метою оподаткування місцем надання послуг таким іноземним компаніям має вважатися територія України); спрощений облік зобов'язань із ПДВ в електронній формі з можливістю віддаленої перевірки такого обліку⁸.

Досвід та перспективи розвитку цифрової платформи електронного адміністрування ПДВ в Україні для реалізації можливості попередження зловживань контрольними повноваженнями ще не були предметом вивчення науки господарського права.

Мета дослідження – довести необхідність розробки спеціальних принципів здійснення контролю у сфері господарювання, використовуючи інструменти та інші ресурси цифровізації економіки, а саме: а) пропорційності блокуючого контролю зі ступенем порушення вимог при реалізації прав підконтрольними суб'єктами господарювання; б) підвищення рівня зрілості інформаційної безпеки при здійсненні господарської діяльності; в) гарантування прозорості результату самоконтролю суб'єктів господарювання.

Їхнє розкриття має велике значення для розбудови та запровадження в Україні правової бази інституціоналізації цифрової інфраструктури контролю в умовах цифровізації економіки. Вони є орієнтиром для правотворчості у сфері реалізації права не лише на державний контроль, а й на легалізацію самоконтрольних функцій суб'єктів господарювання.

⁸ Л. Ляшенко та О. Вишневський, *Цифрова модернізація економіки України як можливість проривного розвитку* (2018) 57-8.

Також актуалізується питання консолідації функцій контролю суб'єктів господарювання з повноваженнями органів державного контролю, але практика розбудови цифрової інфраструктури під таку консолідацію “запізнюється”. Господарські суди України у процесі вивчення позовів та розгляду справ мають безпосередньо застосовувати принципи права щодо цифровізації економіки. Поки що такі випадки спостерігаємо достатньо рідко.

Значущість принципу пропорційності блокуючого контролю зі ступенем порушення вимог при реалізації прав підконтрольними суб'єктами господарювання ілюструє ситуація електронного адміністрування ПДВ. Критичний аналіз обрання державними фіскальними органами України моделі блокуючого контролю при адмініструванні ПДВ у період 2011–2018 рр. показав, що його окремі процедури тривалий час спотворювали призначення охоронної (профілактичної) функції податкового контролю.

Так, електронні ресурси мають потенціал спрощення процедури підтвердження сум до відшкодування, отримання права на податковий кредит, зменшення термінів проведення перевірок. Але недолугий механізм реєстрації (внесення до Єдиного реєстру податкових накладних відомостей, що містяться у них) та (або) розрахунку коригування кількісних і вартісних показників до неї спотворив можливості його використання. Формальні підстави для стягнення штрафів із суб'єктів господарювання значно зросли за своєю кількістю, а фактичні можливості суб'єктів господарювання викрити необґрунтованість підстав і звинуватити у цьому суб'єктів контролю залишалися складними та довгими за терміном.

Доцільність віртуалізації податкових зобов'язань суб'єктів господарювання підтверджується ефективністю, законністю і правомірністю дій контролюючих органів, які створені для адміністрування податків та проведення відповідного податкового контролю. Натомість стало очевидним, що державний орган – Державна фіскальна служба України (далі – ДФС України) як суб'єкт запровадження інноваційних технологій у податковий контроль мав суттєві недоліки виконання комунікативної та сигнальної функцій контролю.

Тому для їхнього подолання Міністерством фінансів України було видано декілька наказів: від 31 грудня 2015 р. № 1307⁹, від 23 лютого 2017 р. № 276¹⁰ та від 17 вересня 2018 р. № 763. Зокрема, останнім наказом вне-

⁹ Про затвердження форми податкової накладної та Порядку заповнення податкової накладної: наказ Міністерства фінансів України від 31 грудня 2015 р. № 1307 <<http://sfs.gov.ua/zakonodavstvo/podatkovozakonodavstvo/nakazi/66323.html>> (дата звернення: 16.06.2019).

¹⁰ Про затвердження Змін до деяких нормативно-правових актів Міністерства фінансів України: наказ Міністерства фінансів України від 23 лютого 2017 р. № 276 <<http://sfs.gov.ua/zakonodavstvo/podatkovozakonodavstvo/nakazi/71436.html>> (дата звернення: 16.06.2019).

сено кардинальні зміни до форми податкової накладної та Порядку її заповнення. Внаслідок цього відбулося суттєве переорієнтування на спрощення порядку отримання права на формування податкового кредиту зі сплачених сум ПДВ. Водночас зафіксована вкрай потрібна деталізація процедури виправлення помилок у реквізитах податкової накладної, зареєстрованої в Єдиному реєстрі податкових накладних, яка не заважає ідентифікувати здійснену операцію.

Постачальник (продавець) на дату виявлення такої помилки складає розрахунок коригування до податкової накладної, у якому всі правильно заповнені реквізити податкової накладної повторюються, а реквізит, у якому допущено помилку, заповнюється без помилок¹¹.

Також стала зручною та прозорою процедура коригування кількісних та (або) вартісних показників табличної частини податкової накладної у зв'язку зі зміною суми компенсації вартості товарів/послуг.

Кількість груп коригування у розрахунку коригування може бути необмежена. Кожній групі коригування присвоюється окремий наступний порядковий номер. Державна фіскальна служба України визначає умовні коди причин коригування, які платники податку зазначають у графі 2.1 розрахунку коригування, та забезпечує їх оприлюднення на власному офіційному веб-порталі для використання платниками податку під час складання розрахунків коригування відповідно до Податкового кодексу України¹².

Більше не сприймається “трагічним” випадок реєстрації в Єдиному реєстрі податкових накладних двох і більше податкових накладних, складених на одну операцію з постачання товарів/послуг. Просто постачальник (продавець) має скласти розрахунок (розрахунки) коригування до податкової (податкових) накладної (накладних), зайво складеної (складених) на операцію, за якою в Єдиному реєстрі податкових накладних вже зареєстрована податкова накладна. Процедура детально визначена у п. 24 нового Порядку заповнення податкової накладної¹³.

Як видно з коментаря важливих положень нового порядку заповнення накладних фактично сталася відмова від високого ступеня блокування результатів самооподаткування суб'єктів господарювання. Зазвичай блокуючий контроль застосовується до окремих операцій, спеціальних режимів господарювання або надзвичайних обставин, в яких здійснюєть-

¹¹ Про внесення змін до наказу Міністерства фінансів України від 31 грудня 2015 р. № 1307: наказ Міністерства фінансів України від 17 вересня 2018 р. № 763. *Офіційний вісник України*. 2018. № 85.

¹² Там само.

¹³ Там само.

ся господарська діяльність. Не зрозуміло, з яких причин в Україні тривалий час державною фіскальною службою застосовувався суцільний блокуючий контроль за звітуванням за зобов'язанням зі сплати ПДВ?

Наступний принцип – підвищення рівня зрілості інформаційної безпеки при проведенні господарської діяльності вже використовується у внутрішньогосподарських відносинах. Він має конкретизацію за сферами діяльності, суб'єктами її здійснення та видами загроз. Наприклад, для банківської системи джерелом його інституціалізації стала постанова Національного банку України “Про затвердження Положення про організацію заходів із забезпечення інформаційної безпеки в банківській системі України”¹⁴.

Науковці проаналізували зазначену постанову і дійшли висновку, що запропоновані в ній заходи відповідають кращим світовим практикам із питань інформаційної безпеки. А саме Положення повністю відповідає принципам права Європейського Союзу (*acquis*) та зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції, зокрема й міжнародно-правовим.

Також вважається актуальним такий захід підвищення рівня зрілості інформаційної безпеки у сучасних підприємствах, як паспорт загроз рейдерських захоплень і недружніх поглинань. Його пропонують розробляти з метою підвищення ефективності системи управління за кризових умов, формування адекватних заходів для попередження та уникнення загроз і небезпек захоплення чи поглинання, а також для мінімізації негативного впливу на практику господарювання¹⁵.

У науці господарського права була заявлена пропозиція щодо ведення паспорта інформаційно-комунікаційної безпеки для конкретного кола суб'єктів господарювання сфери підвищеного соціального ризику¹⁶. Отже, здійснення контролю через операції з ведення паспортів інформаційно-комунікаційної безпеки суб'єктів господарювання розглядалося в юридичній науці в різних аспектах.

Проте про впровадження заходів безпеки в умовах віртуалізації інфраструктури економіки автори не згадують, презентуючи свої пропозиції. Це слід оцінити критично. Адже використання ресурсів цифровізації економіки для підвищення рівня зрілості інформаційної безпеки підприємств визнають проявом раціональності суб'єктів господарювання. Тому використання новітніх технологій при запровадженні паспортів суб'єктів господарювання надає більше можливостей та способів: змен-

¹⁴ Про затвердження Положення про організацію заходів із забезпечення інформаційної безпеки в банківській системі України: постанова Правління Національного банку України від 28 вересня 2017 р. № 95 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0095500-17>> (дата звернення: 23.02.2019).

¹⁵ *Економічна безпека підприємства в умовах рейдерських загроз* (Бурбело О та Рамазанов С наук ред, Вид-во СНУ ім В Даля 2015) 115-7.

¹⁶ Солодченко (н 6) 63, 98-102.

шити операційні витрати, ризик обрання контрагентів і партнерів із фіктивних суб'єктів господарювання, прискорити оборотність капіталу, зберегти та примножити майнову основу господарювання.

Наступний основоположний принцип інституціоналізації цифрових ресурсів контролю у сфері господарювання актуальний при створенні системи дистанційної діагностики інвестиційної спроможності банків. Система діагностики будується на основі комп'ютерних мереж, що об'єднують суб'єктів банківської системи та потенційних отримувачів їхніх послуг щодо інвестування суб'єктів господарювання.

За критерій доцільності запровадження принципів інституціоналізації недержавного контролю та його консолідованих форм із державним контролем слід обрати забезпечення прозорості не лише контролю, а й його результатів.

Ідеться про гарантію прозорості результату самоконтролю суб'єктів господарювання, яку забезпечить легітимація вимог до реалізації контрольних функцій суб'єктів здійснення самоконтролю. Адже зазвичай можливість творення віртуальних ресурсів поширення тих чи інших інформаційних прав на окремі групи суб'єктів інвестиційних відносин перебуває за межами компетенції держави.

Наприклад, авторська модель електронної картки діагностики інвестиційної спроможності банку ілюструє значущість гарантії прозорості результату самоконтролю суб'єктів господарювання. Контроль, який здійснюють банки, умовно поділяється на самоконтроль (у приватних інтересах) та фінансовий моніторинг і контроль, який забезпечує публічні інтереси. Зрозуміло, що лише наука банківського права не здатна відобразити всі аспекти створення правових умов для належної реалізації функцій контролю банками. Тому представники інших галузей права опікуються зазначеною проблемою правореалізації. Наприклад, з матеріалів правоохоронних органів відомо про високий рівень криміналізації кредитно-фінансової сфери. У кредитно-фінансових установах трапляються зловживання, які здійснюються з метою неправомірного отримання та (або) присвоєння кредитів. Також поширений комерційний підкуп і фіктивне банкрутство банків.

Перші цифрові технології у здійсненні нагляду та контролю у банківській системі України були запроваджені державою з метою розслідування злочинів із викрадення матеріальних ресурсів державних банків. Представники науки господарського права, беззаперечно, визнають, що інвестиційна банківська діяльність як вид підприємницької діяльності у сучасній економіці потребує розвитку. Водночас, як відомо, інвестиційна діяльність банків загалом є високоризиковою. Застереження зако-

нодавця про негативні наслідки щодо порушення заборони проведення ризикованих дій, сумнівних операцій, розміщення фіктивних цінних паперів тощо при реалізації права на банківську інвестиційну діяльність містять потенціал забезпечення її зростання лише в умовах постійного фінансового моніторингу, банківського нагляду, самоконтролю, спрямованого на зниження ризику щодо проведення інвестиційних операцій. Тому виникає проблема правового забезпечення публічних і приватних інтересів, використовуючи цифрові технології у здійсненні нагляду та контролю у банківській системі.

Наявність державного реєстру банків не вирішує проблему задоволення потреби в ознайомленні з гнучкими показниками поточних результатів фінансового моніторингу, банківського нагляду, самоконтролю. Реальні та потенційні споживачі банківських послуг не усвідомлюють наближення кінцевої стадії, коли за такими негативними результатами відбудеться ліквідація банку. Початкова стадія відстеження ризику здійснення неправомірних дій – стадія підозри та спостереження також має електронний інформаційний ресурс, який утримує ДФС України та її підрозділи. Цей ресурс створений з метою інформаційно-аналітичного забезпечення превентивних заходів щодо ризикових суб'єктів господарювання. Спочатку наказом Державної податкової служби України було затверджено Положення про порядок створення (удосконалення) автоматизованих інформаційних систем¹⁷. Потім наказом ДФС України від 28 листопада 2015 р. № 543 “Про забезпечення комплексного контролю податкових ризиків з ПДВ” було передбачено вимоги до характеристики суб'єктів господарювання, зареєстрованих платниками ПДВ за відповідним рівнем категорії уваги до них¹⁸. Утримувачі цього ресурсу організують перебування на обліку територіальних органів ДФС України тих платників ПДВ, які за результатами звітного періоду або здійснювали ризикові операції, та (або) маніпулювали показниками податкової звітності, та (або) різко підвищували економічну активність і були задіяні у схемах ухилення від оподаткування.

Зокрема, за критерієм податкової поведінки та рівня ризику суб'єктів господарювання поділяють на такі категорії: вигодонабувач (відображення у даних податкової звітності недостовірних даних господарських операцій із використанням вигодоформуючих (“податкових ям”)) та вигодотранспортуючий суб'єкт (транзитер). Останній здійснює посередни-

¹⁷ Положення про порядок створення (удосконалення) автоматизованих інформаційних систем, затверджено наказом Державної податкової служби України від 12 жовтня 2011 р. № 54 <<https://public.docs.openprocurement.org>> (дата звернення: 16.06.2019).

¹⁸ Про забезпечення комплексного контролю податкових ризиків з ПДВ: наказ Державної фіскальної служби України від 28 листопада 2015 р. № 543 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0543872-15>> (дата звернення: 16.06.2019).

цьку функцію між вигодоформуючим суб'єктом (“податковою ямою”) та вигодонабувачем, у якого, відповідно до даних податкової звітності, сума задекларованих податкових зобов'язань дорівнює сумі податкового кредиту за всіма чи за окремими операціями, або різниця між сумами податкових зобов'язань та податкового кредиту не перевищує 0,5 % за умови відсутності реальної господарської або іншої економічної діяльності; зустрічний транзитер надає послуги з підміни позицій товарних груп (робіт, послуг), що реалізуються на адресу інших суб'єктів господарювання. Вигодоформуючий суб'єкт (“податкова яма”) – платник ПДВ, який не відображає або відображає і не сплачує податкові зобов'язання з ПДВ при відповідному декларуванні його контрагентом сум податкового кредиту без реальної господарської або іншої економічної діяльності за такими операціями та, як наслідок, формує податковий кредит з ознаками ризику¹⁹.

Досвід організації комплексного відпрацювання податкових ризиків із ПДВ слід характеризувати як такий, що міг би задовольнити потребу потенційних отримувачів інвестиційних послуг в ознайомленні з гнучкими показниками поточних результатів фінансового моніторингу, банківського нагляду, самоконтролю.

Організація містить таку послідовність дій. Спочатку – автоматичний відбір суб'єктів господарювання з податковими ризиками. Потім – своєчасне внесення інформації про них до баз щодо відпрацювання ризикових суб'єктів господарювання. Три етапи комплексного відпрацювання податкових ризиків із ПДВ також є виправданими: 1) рання податкова діагностика (до граничного терміну подання звітності з ПДВ); 2) електронний контроль ризиків (після граничного терміну подання звітності з ПДВ); 3) податковий контроль ризиків (після граничного терміну сплати грошових зобов'язань із ПДВ).

Завершується організація комплексного відпрацювання податкових ризиків із ПДВ внесенням суб'єктів неналежної податкової поведінки (за наявності доказів) до реєстру “Суб'єкти фіктивного підприємництва”.

Однак виявити участь банків у схемах фіктивного підприємництва, взаємодію з суб'єктами фіктивного підприємництва, інші ризики, які унеможливають або ускладнюють реалізацію інвестиційної функції банків, досить проблематично. Нерідко правовий режим банківської та комерційної таємниці шкодить розкриттю необхідної інформації. Натомість можливості запровадження електронної діагностичної картки самоконтролю банку не були вивчені на предмет її використання для забезпечення публічних і приватних інтересів, використовуючи цифрові

¹⁹ Про забезпечення комплексного контролю податкових ризиків з ПДВ (н 18).

технології ознайомлення з результатами здійснення нагляду та контролю у банківській системі.

Висновки. Запропоновані принципи інституціоналізації мають важливий вплив на оптимізацію правотворчості для здійснення призначених контрольних дій у найефективніший спосіб. Належне використання електронних ресурсів для побудови системи ефективного оподаткування в Україні розпочалося із затримкою зниження нормативного навантаження на підприємців та інших суб'єктів господарювання. Тому у межах процесу цифровізації економіки в Україні потрібно змінити утримувача Реєстру податкових накладних шляхом наділення цією функцією Міністерство фінансів України. Ефективність реалізації зазначеної пропозиції та розв'язання низки супутніх проблем (повернення довіри суб'єктів господарювання до органів контролю) залежить від правової регламентації принципів віртуалізації заходів спілкування суб'єктів господарювання з органами контролю. Демонстрацією наміру прозорого спілкування банку з суб'єктами господарювання та іншими потенційними клієнтами з питань реалізації банком інвестиційної функції слід вважати наявність електронної діагностичної картки самоконтролю банку. Йдеться про інформаційно-комунікаційну послугу банків, які функціонують на інвестиційному ринку. Інвестиційна функція банків у науці міжнародного банківського права, економічній науці та її відгалуженнях визнається основним напрямом діяльності комерційних банків. Для науки господарського права цей напрям дослідження є актуальним.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Liashenko L ta Vyshnevskiy O, *Tsyfrova modernizatsiia ekonomiky Ukrainy yak mozlyvist proryvnoho rozvytku [Digital Modernization of the Ukrainian Economy as an Opportunity for a Breakthrough Development]* (2018) (in Ukrainian).
2. Vinnyk O, *Pravove zabezpechennia tsyfrovoy ekonomiky ta elektronnoho biznesu [Legal Support of Digital Economy and E-Business]* (NDI pryvatnoho prava i pidpriemnytstva imeni V Burchaka 2018) (in Ukrainian).

Edited books

3. *Ekonomichna bezpeka pidpriemstva v umovakh reiderskykh zahroz [An Enterprise's Economic Security Under the Conditions of Hostile Takeover Threats]* (Burbelo O ta Ramazanov S nauk red, Vyd-vo SNU im V Dalia 2015) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Dobrovolska V, 'Metodolohiia kontroliu u sferi hospodariuvannia' ['Methodology of Control in the Economic Activity Domain'] (2010) 4 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 57-61 (in Ukrainian).
5. Vinnyk O, 'Rehuliuвання vidnosyn u sferi tsyfrovoy ekonomiky: problemy terminolohii' ['Regulation of Relations in the Digital Economy Domain: Terminology Issues'] (2017) 11 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo, pravo* 163-6 (in Ukrainian).

Thesis

6. Bahanets V, 'Vdoskonalennia derzhavnoho kontroliu i nahliadu za hospodarskoiu diialnistiu' ['Improvement of the State's Control and Supervision of Economic Activities'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2014) (in Ukrainian).

Dissertations

7. Nykytchenko N, 'Pravove rehuliuвання derzhavnoho kontroliu u sferi hospodarskoii diialnosti' ['Legal Regulation of the State's Control in the Economic Activity Domain'] (dys d-ra yuryd nauk, 2015) (in Ukrainian).
8. Popeljuk V, 'Pravovoe regulirovanie otnoshenij kontrolja v sfere hozhajstvovaniia' ['Legal Regulation of the Relations of Control in the Economic Activity Domain'] (dis kand jurid nauk, 2011) (in Russian).
9. Solodchenko S, 'Pravove zabezpechennia realizatsii kontrolnykh funktsii sub'iektiv hospodariuvannia' ['Legal Support for the Exercise of Economic Entity's Control Functions'] (dys kand yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).

Olga Shapovalova

PRINCIPLES OF INSTITUTIONALIZATION OF THE DIGITAL CONTROL
INFRASTRUCTURE IN THE DOMAIN OF ECONOMIC ACTIVITIES

ABSTRACT. A change in the focus of economic policy stemming from digitalization of economy (in particular, of its legal infrastructure) calls for modernization of economic legislation. Hence, the article substantiates the relevance of the three special legal principles of institutionalization of digital control infrastructure in the economic activity domain proposed by the author. Here, specific resources of the legal infrastructure rather than principles of its overall development are meant.

The author makes a critical analysis in respect of the model of blocking control intended for value added tax administration which has been chosen by the State's fiscal authorities of Ukraine. Imperfections of implementation of its individual procedures are revealed, starting from 2011. The author demonstrates that they distorted the purpose of the protective (preventive) function of tax control, and gives a positive assessment to the new procedure for filling in of invoices which has been adopted at the end of 2018.

The purpose of the article is to justify the need to develop special principles for exercising control in the economic activity domain with the use of tools and other resources of digitalization of economy, namely: a) proportionality of blocking control to the extent of non-compliance with requirements by controlled entities in the exercise of rights; b) enhancement of the information security maturity level in the course of economic activities; c) ensuring transparency of the outcome of economic entity's self-control.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 8 • 94-106

Ольга Шаповалова

The author proposes to arrange the system of electronic contacts between economic entities and (or) control bodies based not only on the general but also on the special principles of control in the economic activity domain. The author also justifies the expediency of changing the holder of the Register of Tax Invoices by assigning this function to the Finance Ministry of Ukraine. The author demonstrates that for the economic law science there is relevance in such an area of research as provision of the information and communication service of banks that operate on the investment market, in particular, with regard to availability of a bank's electronic diagnostic card of self-control.

The author comes to the conclusion that this topic is relevant because within the economic law doctrine, elaboration of issues relating to legal support of digitalization of economy has been commenced; however, these processes should be linked to such a topic as special principles of institutionalization of the infrastructure of digital control in the economic activity domain. This link is achieved through economic and legal means.

KEYWORDS: special principles; digital infrastructure of control; information security; diagnostic map.



Валерія Радзивілюк

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
vradziv@hotmail.com

DOI: 10.33498/Юощ-2019-08-107

УДК 346.1:347.736

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗМІНИ ЦІЛЬОВОЇ СПРЯМОВАНOSTI НОВІТНЬОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БАНКРУТСТВО

АНОТАЦІЯ. На розвиток правового регулювання відносин банкрутства впливають, як правило, не лише політичні, а й переважно соціально-економічні фактори. Тому завжди актуальною є проблема, пов'язана з вирішенням питання, наскільки національна система банкрутства відповідає рівню соціально-економічного розвитку нашої країни, який нині характеризується довготривалим перехідним періодом до розвинутих ринкових відносин. Такі внутрішні обставини створюють сприятливе середовище для перерозподілу власності та масових банкрутств. При цьому ущемляються інтереси не лише тих чи інших учасників відносин банкрутства, а й інтереси держави як регулятора ринку. Досягнення балансу інтересів сторін та учасників відносин банкрутства задля ефективного, оптимального їх правового регулювання є основною метою, досягнути яку прагнуть законодавці всіх сучасних країн світу.

Метою статті є дослідження норм новітнього законодавства про банкрутство, зміст яких дасть змогу визначити, до якої з систем банкрутства воно належить, а отже, з'ясувати надійність правової захищеності головних діючих осіб відносин банкрутства; викладення власного бачення щодо напрямів вдосконалення відповідних норм вітчизняного законодавства про банкрутство, що буде сприяти подоланню проблем, які можуть виникнути при реалізації його норм на практиці.

Встановлено, що з прийняттям новітнього законодавства про банкрутство правова регламентація відносин, пов'язаних із неплатоспроможністю, банкрутством боржника вступила в нову фазу свого розвитку. У зв'язку з цим актуальною є відповідь на запитання: яка цільова спрямованість новітнього законодавства про банкрутство України, чи міститься у його нормах достатньо положень, що можуть сприяти вирішанню проблем, які виникають при перерозподілі прав сторін та учасників відносин банкрутства? Перерозподіл прав сторін та учасників відносин банкрутства, ступінь захищеності їхніх інтересів, збалансований розподіл втрат між ними стають найважливішими питаннями в системі національного правового регулювання відносин, пов'язаних із неплатоспроможністю та банкрутством. Саме тому ці питання потребують подальшого дослідження.

© Валерія Радзивілюк, 2019

Валерія Радзивілюк

Авторка доходить висновку, що процеси, які відбуваються у соціально-економічному середовищі провідних країн світу, обумовлюють зміну норм, що регламентують відносини неплатоспроможності боржника та його банкрутства (неспроможності). Нині захист прав кредиторів – хоча й основне завдання унормування названих відносин, але не єдине, адже норми законодавства про банкрутство (неспроможність) покликані збалансовано захищати інтереси сторін, учасників цих відносин: працівників боржника, інвесторів, засновників (учасників) боржника та інших, а також сприяти збереженню сталості національної економіки.

Ключові слова: законодавство про банкрутство; відносини банкрутства; боржник; кредитори; баланс інтересів сторін.

Аналіз новітнього законодавства про банкрутство України свідчить про те, що вітчизняний законодавець замість того, щоб провести ретельну роботу з його вдосконалення та подолання недоліків і прогалин, провів чергову реформу названого законодавства. Її результатом стало прийняття першого кодифікованого акта – Кодексу України з процедур банкрутства (далі – Кодекс)¹, норми якого присвячені регламентації відносин банкрутства. Через документ у вітчизняному законодавстві про банкрутство з'явилися нові недоліки та прогалини. Деякі новели Кодексу дійсно спрямовані на подолання тих недоліків і прогалин, що існували та існують у чинному законодавстві. Проте він містить такі концептуальні зміни, наявність яких у ньому не можна пояснити лише метою вдосконалення законодавства про банкрутство. Вважаємо, що ціла низка новел Кодексу може сприяти виникненню таких проблем, з якими раніше не стикалися ні боржник, ні кредитори, ні інші учасники відносин банкрутства, ні економіка нашої країни загалом.

Враховуючи зазначене, актуальність статті та перспективи подальшого дослідження теми вбачаються, передусім, у її своєчасності та пов'язані з нагальною потребою створення ефективного механізму правового регулювання банкрутства у нашій країні.

Що ж стосується ступеня наукової розробки проблем, пов'язаних із новітнім унормуванням відносин банкрутства, то нині ми маємо певну кількість досліджень вітчизняних науковців (зокрема, О. Бірюкова, А. Бутирського, В. Джуна, Б. Полякова, П. Пригузи), у яких розглядаються новели Кодексу. Водночас науковці не мають єдиного, узагальненого бачення наслідків, що можуть бути при реалізації новел Кодексу на практиці, та шляхів вирішення цих проблем.

Метою дослідження є аналіз норм новітнього законодавства про банкрутство, зміст яких дасть змогу визначити, до якої з систем банкрутства воно належить, а отже, з'ясувати надійність правової захищеності голов-

¹ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19>> (дата звернення: 06.06.2019).

них діючих осіб відносин банкрутства; викладення власного бачення щодо напрямів удосконалення відповідних норм вітчизняного законодавства про банкрутство, що сприятиме подоланню проблем, які можуть виникнути при реалізації його норм на практиці.

На тлі ейфорії, яка пов'язана з розповсюдженням новітнього національного законодавства про банкрутство на фізичних осіб, поза увагою залишилася зміна його моделі та цільової спрямованості. Відбулося перетворення законодавства про банкрутство щодо основної категорії боржників – тих, хто має статус юридичної особи та є суб'єктами комерційної діяльності, на законодавство, що має яскраво виражену прокредиторську спрямованість.

Досить значні відмінності національних систем банкрутства (неспроможності) дали змогу науковцям на підставі такого критерію, як мета національного законодавства про банкрутство (неспроможність), виділити декілька систем банкрутства (неспроможності): від ультрапрокредиторської до ультрапродебіторської, між якими містяться системи, що спрямовані на переважний захист інтересів кредиторів або боржників і так звані нейтральні системи банкрутства, у межах яких відбувається збереження балансу інтересів як боржника, так і його кредиторів.

Щоб визначитися, до якої системи належить новітнє національне законодавство про банкрутство, слід звернутися до таких характеристик, які визначають його цільову спрямованість. До них можна віднести: критерії банкрутства; умови відкриття провадження у справі про банкрутство; коло осіб, на яких розповсюджується законодавство про банкрутство; коло осіб, до яких застосовуються спеціальні положення названого законодавства; правове становище кредиторів; дотримання принципу процесуального плюралізму тощо.

Одним із основних показників належності тієї чи іншої систем банкрутства (неспроможності) до дотримання балансу інтересів боржників та кредиторів є, на нашу думку, законодавче визначення критеріїв відкриття провадження у справі про банкрутство.

Сучасне законодавство про банкрутство (неспроможність), конкурсне законодавство зарубіжних країн як матеріально-правову умову порушення відповідного провадження щодо суб'єктів комерційної діяльності використовує критерій неплатоспроможності – нездатності боржника виконати поточні грошові зобов'язання перед кредиторами. Саме цей критерій вперше був легально введений Комерційним кодексом Франції 1807 р., де основним критерієм неспроможності визнано припинення боржником платежів замість критерію неоплатності.

Валерія Радзивілюк

Про нагальну необхідність застосування саме цього критерію зазначали дослідники питань банкрутства ще у ХІХ ст.: '<...> недостатність майна як основа конкурсного провадження не відповідає умовам економічного обороту'².

Критерієм банкрутства у вітчизняному законодавстві є неплатоспроможність. При визначенні матеріально-правових умов відкриття провадження у справі про банкрутство законодавець обмежується лише вказівкою на те, що, за загальним правилом, для боржників, які мають статус юридичної особи такою умовою є нездатність боржника виконати свої грошові зобов'язання перед кредиторами, строк виконання яких настав, не інакше, як через застосування процедур, передбачених ст. 1 Кодексу.

Новітнє вітчизняне законодавство, на відміну від двох останніх редакцій³ Закону України "Про банкрутство"⁴, не обмежує цю матеріально-правову умову відкриття провадження у справі про банкрутство ні часовими, ні кількісними межами.

З урахуванням змін, що відбулися у діловому обороті наприкінці минулого століття, законодавству країн із розвинутою економікою притаманна тенденція такої побудови моделі банкрутства, щоб провадження було відкрито якомога раніше з метою запобігання кризових фінансових ситуацій у боржника, збереженню бізнесу боржника та погашення вимог його кредиторів.

Проте економіка нашої країни перебуває у кризовому стані, а якщо так, то чи варто використовувати таку матеріально-правову умову відкриття провадження у справі про банкрутство, яка не має ні часових, ні кількісних меж? Чи є така матеріально-правова умова оптимальною для відкриття провадження при сучасному стані вітчизняної економіки?

З одного боку, така матеріально-правова підстава відкриття провадження у справі про банкрутство, як неплатоспроможність, дає змогу якомога раніше відкрити провадження, вчасно встановити контроль над майном боржника, що, зі свого боку, дасть можливість (при наявності відповідних підстав) відновити платоспроможність боржника, не допустити "розпилення" його активів та суттєво вплинути на розмір задоволення вимог кредиторів.

Проте є й інший бік, що пов'язаний із введенням у національне законодавство цієї досить лаконічної підстави, котра не має спеціальних

² Габриэль Шершеневич, *Конкурсный процесс* (Статут 2000) 89.

³ Про внесення змін до Закону України "Про банкрутство": Закон України від 30 червня 1999 р. № 784-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 42-43. Ст. 378; Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 4 травня 1992 р. № 2343-XII <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>> (дата звернення: 05.06.2019).

⁴ Про банкрутство: Закон України від 14 травня 1992 р. № 2343-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 31. Ст. 440.

часових і кількісних бар'єрів. По-перше, незважаючи, зокрема, на норми статей 39 і 90 Кодексу, існує значна можливість відкриття провадження у справі про банкрутство проти цілком спроможних боржників. Реальною загрозою в національних умовах може стати зловживання з боку кредиторів, для яких бізнес або майнові об'єкти того чи іншого боржника становлять інтерес, зокрема і з погляду знищення такого боржника, усунення з ринку, заволодіння його майном тощо. Тобто неплатоспроможність боржника як підстава відкриття провадження прокладає у реаліях сьогодення шлях кримінальному перерозподілу власності, може стати найпростішим і найдешевшим "способом" приватизації. По-друге, сам факт відкриття провадження у справі про банкрутство зменшує вартість майна боржника, підриває його ділову репутацію, що, зі свого боку, призводить до дестабілізації господарської діяльності, навіть може завдати шкоди функціонуванню відповідної галузі економіки, особливо коли боржником є велика комерційна організація. По-третє, застосування зазначеної підстави не дає можливості враховувати специфіку діяльності конкретного боржника, що має статус юридичної особи. По-четверте, ознайомлення з положеннями зарубіжного законодавства про банкрутство, неспроможність країн – основних представників світових правових систем, дає можливість дійти висновку, що в названому законодавстві використовуються як кількісні, так і часові обмежувачі. Зокрема, у США клопотання про відкриття примусової процедури банкрутства кредиторами можливе, якщо розмір незабезпеченої вимоги, або вимоги забезпеченої у частині, не покритій забезпеченням, становить не менш 5 тис. доларів. Визначення мінімального розміру суми вимог кредиторів передбачено англійським Законом 1986 р. – клопотати про початок провадження мають право тільки ті кредитори, вимоги яких до боржника становлять не менше ніж 750 фунтів стерлінгів⁵. Комерційний кодекс Франції встановлює неспроможність як неможливість виконання боржником прийнятих на себе грошових зобов'язань протягом 45 днів (ст. L. 631-4)⁶. По-п'яте, при зверненні до зарубіжного досвіду привертає увагу та обставина, що конкурсним законодавством Німеччини, зокрема, була введена тотожна підстава відкриття конкурсного провадження. Німецькі науковці та практики вказують на цілу низку недоліків та проблемних питань, пов'язаних із введенням цієї "полегшеної" підстави⁷.

⁵ Вячеслав Степанов, *Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии* (Статут 1999) 54-5.

⁶ *Коммерческий кодекс Франции* (Захватаев В пер с фр, Волтерс Клувер 2008) 486.

⁷ Сергей Трушников, *Возбуждение производства по делам о несостоятельности в России и Германии* (Издательство юридического факультета СПбГУ 2006) 86-104; Герхард Папе, *Институт несостоятельности: общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству* (БЕК 2002) 24-30.

Проте наша країна існує зовсім в інших соціально-економічних умовах, тому кількість проблем, що виникнуть на практиці, зросте в геометричній прогресії.

Рішення про доцільність існування чи, навпаки, відсутність тих чи інших обмежувачів матеріально-правової підстави відкриття провадження у справі про банкрутство вітчизняний законодавець має приймати, зважаючи на принципи розумності та доцільності, враховуючи, передусім, необхідність сталості економічного обігу, а отже, не залишаючи поза увагою створення такого правового середовища, при якому життєздатні суб'єкти мали би змогу протистояти зловмисним, спрямованим проти відновлення їхньої платоспроможності, прагненням кредиторів та одночасно були б усунені будь-які можливості уникнення боржником виконання своїх обов'язків.

Коло юридичних осіб – боржників, котрі підпадають під дію загальних положень новітнього законодавства про банкрутство суттєво відрізняється від кола суб'єктів банкрутства, що визначені Законом України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”⁸.

Під дію загальних положень Закону України “Про банкрутство” та його наступних редакцій підпадали лише суб'єкти підприємницької діяльності, що мали статус юридичної особи.

Відповідно до приписів норми ч. 1 ст. 1 Кодексу боржником, на якого розповсюджуються загальні положення зазначеного нормативного акта, може бути будь-який суб'єкт, що має статус юридичної особи незалежно від організаційно-правової форми, форми власності, від порядку його створення, від того, чи є він учасником відносин у сфері господарювання, чи ні, тощо.

Отже, поняття боржника, що вживається у Кодексі, відрізняється від його розуміння тим вітчизняним законодавством про банкрутство, що передувало йому. До боржників Кодекс відносить як суб'єктів комерційної, так і некомерційної діяльності. Зазначене розуміння боржника є новелою вітчизняного законодавства про банкрутство.

У національній юридичній науці висловлювалися різні думки щодо розповсюдження законодавства про банкрутство на суб'єктів некомерційної діяльності, які мають статус юридичної особи, але жодний із представників теорії права банкрутства не висловлював пропозиції щодо розширення кола суб'єктів банкрутства на всіх юридичних осіб.

З одного боку, віднесення суб'єктів некомерційної діяльності до кола боржників є бажаним з огляду на те, що при здійсненні їхньої основної

⁸ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 3).

діяльності може відбуватися й допоміжна діяльність, що може мати, відповідно до положень ст. 86 Цивільного кодексу України, характер підприємницької діяльності, 'яка призначена для досягнення господарських цілей'⁹.

Приписами ч. 1 ст. 52 Господарського кодексу України встановлена одна з основних ознак непідприємницької діяльності – відсутність мети одержання прибутку¹⁰. З цього приводу не можна не погодитися з думкою В. Рахмиловича, яку він висловив стосовно аналогічних положень у російському цивільному законодавстві:

<...> коли одержання прибутку є основною ціллю організації, а коли – побічною, у реальному житті визначити буває досить складно; одна мета може спеціально приховувати іншу, тому ця ознака залишається мало придатною для відмежування комерційних організацій від некомерційних. Крім того, незрозуміло, що може означати 'здійснювати підприємницьку діяльність остільки, оскільки це слугує досягненню цілей, завдяки яким організація створена, та відповідає цим цілям'. Тут, очевидно, повинно йтися просто про обмеження свободи розпорядження отриманим прибутком та право використовувати його тільки відповідно до статутних цілей некомерційної організації. Таким чином, ознакою, що відрізняє комерційні організації від некомерційних, за Цивільним кодексом України практично залишається право перших розподіляти отриманий прибуток між своїми учасниками та відсутність такого права у других¹¹.

Досить імовірною може бути ситуація, коли такі некомерційні утворення стають обтяженими великою кількістю незадоволених вимог кредиторів і, відповідно, мають значну кількість кредиторів.

З одного боку, зважаючи на зазначене вище, розширення кола боржників, на яких розповсюджуються загальні норми Кодексу, є кроком уперед у регламентації відносин банкрутства.

Проте слід мати на увазі, що положення Кодексу не застосовуються лише до юридичних осіб – казенних підприємств, а якщо так, то до всіх інших суб'єктів, котрі мають статус юридичної особи, крім зазначеного винятку, вони застосовуються (ч. 1 ст. 1, ч. 4 ст. 2).

Отже, не має значення, чи належить боржник до учасників відносин у сфері господарювання, чи є він юридичною особою приватного або публічного права, в якій організаційно-правовій формі він створений тощо.

⁹ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

¹⁰ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 04.06.2019).

¹¹ Виктор Рахмилович, 'Обязательство по возмещению убытков как одно из оснований признания банкротом' (2000) 11 *Право и экономика* 81-2.

Валерія Радзивілюк

За такою логікою законодавця під дію норм Кодексу можуть, зокрема, підпадати: установи, а саме: навчальні заклади (наприклад, дошкільної, середньої, професійно-технічної, вищої тощо освіти), культурні заклади (наприклад, бібліотеки, музеї, театри), медичні установи, зокрема й лікарні, тощо; непідприємницькі товариства, наприклад, фонди соціального страхування, які мають статус юридичної особи, громадські об'єднання зі статусом юридичної особи, політичні партії, релігійні організації, професійні спілки, об'єднання профспілок, кредитні спілки тощо; юридичні особи публічного права, зокрема, Секретаріат Кабінету Міністрів України, що має статус юридичної особи; суб'єкти, що відносяться до системи центральних органів виконавчої влади, зокрема, Міністерство юстиції України, Міністерство освіти і науки України, Міністерство фінансів України та ін.

З другого боку, не може бути ніякого логічного пояснення безпідставному розширенню кола потенційних банкрутів, використовуючи усіх суб'єктів, які мають статус юридичної особи та не є підприємницькими структурами.

Отже, нагально необхідним кроком у розв'язанні цієї проблеми є розширення у законодавчому порядку кола суб'єктів, на яких не поширюються приписи Кодексу.

Зокрема, В. Джунь обґрунтував недоцільність визнання осіб, що не мають статусу суб'єктів підприємницької діяльності, боржниками в розумінні їх такими законодавством про банкрутство: '<...> суб'єкти некомерційного господарювання не стають, як правило, реципієнтами товарного або фінансового кредитування у великих обсягах та зі значним колом кредиторів'¹².

Вагомим аргументом на користь цієї думки може бути те, що у багатьох провідних країнах світу законодавство про банкрутство (неспроможність), конкурсне законодавство містить положення, у яких зазначається коло суб'єктів, які не підпадають під його дію. Наприклад, під дію приписів про неспроможність Комерційного кодексу Франції (книга VI) підпадають лише юридичні особи приватного права, що здійснюють безпосередньо комерційну діяльність, або які не є комерсантами, але здійснюють економічну діяльність¹³. У США під дію законодавства про банкрутство не підпадають непідприємницькі установи, політичні структури, державні агенції, органи влади тощо¹⁴. Що стосується законодавства Німеччини про неспроможність, то його положення не розпов-

www.pravoua.com.ua

¹² В'ячеслав Джунь, *Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні* (Юридическая практика 2006) 246.

¹³ Комерческий кодекс Франции (н 6).

¹⁴ Олександр Бірюков, *Банкрутство (курс лекцій)* (Реферат 2004) 86.

суджуються на майно федерації або землі як адміністративно-територіальної одиниці, зокрема й юридичних осіб публічного права, нагляд за якими здійснюється землею, а саме: громади як муніципальні одиниці, церковні об'єднання публічного права, публічно-правові кредитні установи незалежно від організаційно-правової форми¹⁵.

Якщо чинний Закон України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”¹⁶ не тільки зберіг, а й розширив коло окремих категорій боржників – суб'єктів підприємницької діяльності, на яких розповсюджуються особливості банкрутства, та положення щодо яких містяться у розділі VII, то приписами Кодексу таке становище було змінено в бік звуження кола названих категорій боржників¹⁷. Так, поза межами цього кола залишилися особливо небезпечні підприємства, містоутворюючі підприємства, суб'єкти підприємницької діяльності, що мають суспільну або іншу цінність для Автономної Республіки Крим або територіальної громади; сільськогосподарські підприємства; боржники, що ліквідуються власником, та ін.

Таке становище можна визначити як негативну тенденцію в українському законодавстві про банкрутство.

Диференційований підхід до суб'єктів, які мають особливий правовий статус, особливості сфери та виду діяльності, що ними здійснюється, тощо, вимагає дотримуватися при унормуванні відносин, пов'язаних із їхньою неплатоспроможністю, специфічних правил. Наявність таких правил, закріплених законодавством про банкрутство, допомагає збереженню балансу інтересів сторін, оскільки загальні провила, внаслідок особливостей цих боржників, не здатні повною мірою забезпечити права та інтереси не тільки кредиторів та боржника, а й суспільства загалом.

Треба також зазначити, що в сучасних системах банкрутства й неспроможності також спостерігається тенденція, яка відображає ще один аспект цієї проблеми. Останній пов'язаний із тим, що, залежно від розміру активів боржника, застосовуються різні схеми регулювання його неплатоспроможності. При такій диверсифікації процедури законодавець в одних випадках має на меті спростити нормативне регулювання (наприклад, якщо це невеликий бізнес), а в інших – захистити соціально-економічну інфраструктуру¹⁸, з огляду на те, що банкрутство певних

¹⁵ Трушников (н 7) 86-104; Папе (н 7) 85.

¹⁶ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом (н 3).

¹⁷ У цьому разі не можна обійти увагою той факт, що вітчизняне законодавство все ж розширило коло суб'єктів банкрутства. Новелою законодавства про банкрутство є Книга четверта, в якій унормовуються особливості розгляду справ про неплатоспроможність фізичних осіб; боржників, зайнятих у сільському господарстві, та фізичних осіб – підприємців.

¹⁸ Степанов (н 5) 43.

Валерія Радзивілюк

суб'єктів господарювання може призвести до серйозної економічної кризи.

Вважаємо, що чим більше коло окремих категорій боржників підпадає під дію законодавства про банкрутство (щодо яких розроблені відповідні норми права), тим вище ефективність законодавства про банкрутство, що, зі свого боку, позитивно впливає на рівень розвитку національної економіки загалом та її складових зокрема, на захист інтересів не лише кредиторів, а й боржників та інших осіб, які беруть участь у провадженні у справі про банкрутство.

Як слушно зазначив із цього приводу В. Джунь:

<...> запровадження процесуальних особливостей банкрутства щодо окремих категорій боржників є реалізацією принципу процесуального плюралізму, який дозволяє застосовувати найбільш оптимальний варіант розв'язання проблем неплатоспроможності конкретної категорії боржників¹⁹.

При характеристиці новітнього законодавства України про банкрутство бажано звернути увагу на ще одну особливість Кодексу – у ньому відсутні норми, які присвячені мировій угоді як судовій процедурі банкрутства.

Дійсно, мирова угода у вітчизняному законодавстві про банкрутство була та є унормована не кращим чином, що, зі свого боку, негативно позначалося на бажанні застосовувати її на практиці. Проте зазначене не є приводом позбавляти сторони у відносинах банкрутства ще однієї можливості врегулювати борги та отримати задоволення своїх вимог. Складається враження, що замість налагодження механізму правового регулювання відносин банкрутства, як це робиться у розвинутих правовпорядках, законодавець віддав перевагу найпростішому вирішенню проблем правового регулювання мирової угоди.

У науковій літературі була обґрунтована думка, що для підвищення ефективності вітчизняного законодавства про банкрутство законодавцю, перш за все, необхідно спрямувати свої зусилля на оптимізацію вже існуючих процедур, зокрема й такої судової процедури банкрутства, як мирова угода²⁰. Якщо спиратися на світовий досвід її правового регулювання та виклики вітчизняної практики, то це цілком здійсненне завдання.

Крім того, національному законодавцю слід враховувати тенденції розвитку сучасного законодавства про банкрутство, неспроможність у

¹⁹ Джунь (н 12) 104.

²⁰ Валерія Радзивілюк, 'Належність мирової угоди до процедур банкрутства' [2016] 6(92) Теорія і практика інтелектуальної власності 99-100.

зарубіжних країнах, вивчення якого дає змогу дійти висновку, що нині особливої значущості набувають законодавчо визначені *багатоваріантні можливості запобігання банкрутству*, неспроможності боржника та врегулювання його боргів. За допомогою застосування неліквідаційних процедур банкрутства, неспроможності відбувається мінімізація негативного впливу на економіку процесів, пов'язаних із неплатоспроможністю учасників ринкового середовища тієї чи іншої країни, та пом'якшення наслідків, обумовлених змінами, які відбуваються у національній економіці. Саме завдяки застосуванню різноманітних неліквідаційних судових процедур банкрутства не тільки задовольняються вимоги кредиторів неплатоспроможного боржника, а й відновлюється платоспроможність життєздатних боржників, відбувається врегулювання їхніх боргів, захист інтересів працівників неплатоспроможного боржника, а отже, відбувається оздоровлення вітчизняної економіки.

Нарешті, ще однією визначальною рисою новітнього законодавства про банкрутство є задекларована зміна його цільової спрямованості стосовно боржників, що мають статус юридичної особи. Такою метою є “задоволення вимог кредиторів”. Дуже симптоматичним є те, що саме така ціль законодавства про банкрутства була закріплена і в преамбулі першого вітчизняного законодавчого акта – Законі України “Про банкрутство” 1992 р.²¹.

Висновки. Ознайомлення лише з викладеними вище нововведеннями Кодексу України з процедур банкрутства дає змогу констатувати зміну його моделі та цільової спрямованості не тільки щодо боржників – юридичних осіб загалом, а й щодо основної категорії боржників – тих, хто має статус юридичної особи та є суб'єктами комерційної діяльності. Тож новітнє вітчизняне законодавство має яскраво виражену прокредиторську спрямованість.

Завдяки Кодексу у вітчизняному законодавстві про банкрутство з'явилися нові недоліки та прогалини. Деякі новели нормативно-правового акта дійсно спрямовані на подолання тих недоліків та прогалин, що існували та існують у чинному законодавстві. Проте Кодекс містить такі концептуальні зміни, наявність яких у ньому не може бути пояснена лише метою вдосконалення законодавства про банкрутство. Вважаємо, що ціла низка новел Кодексу може сприяти виникненню таких проблем, з якими раніше не стикалися ні боржник, ні кредитори, ні вітчизняна економіка загалом. У зв'язку з цим актуальними є: зміна та вдосконалення моделі новітнього законодавства про банкрутство, що запропонована Кодексом; вирішення проблеми досягнення належної якості законодав-

²¹ Про банкрутство (н 4).

ства про банкрутство, яка безпосередньо пов'язана з надійною правовою захищеністю суб'єктів відносин банкрутства, з досягненням балансу інтересів сторін та учасників названих відносин.

Вважаємо, що будь-яка реформа в сфері правового регулювання відносин банкрутства приречена на невдачу, якщо розглядати неплатоспроможність лише як легальну підставу перерозподілу власності, а банкрутство – як технічний механізм такого перерозподілу.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Biriukov O, *Bankrutstvo (kurs leksii) [Bankruptcy (Course of Lectures)]* (Referat 2004) (in Ukrainian).
2. Dzhun V, *Institut nespromozhnosti: svitovy dosvid rozvytku i osoblyvosti stanovlennia v Ukraini [Institute of Insolvency: World Experience of Enlightenment and Features of Formation in Ukraine]* (Iurydycheskaia praktyka 2006) (in Ukrainian).
3. Pape G, *Institut nesostoyatel'nosti: obshchiye problemy i osobennosti pravovogo regulirovaniya v Germanii. Kommentariy k deystvuyushchemu zakonodate'stvu [Institute of Insolvency: General Issues and Legal Regulation Peculiarities in Germany. Comment on Current Legislation]* (BEK 2002) (in Russian).
4. Shershenevich G, *Konkursnyy protsess [Competitive Process]* (Statut 2000) (in Russian).
5. Stepanov V, *Nesostoyatel'nost' (bankrotstvo) v Rossii, Frantsii, Anglii, Germanii [Insolvency (bankruptcy) in Russia, France, England, Germany]* (Statut 1999) (in Russian).
6. Trushnikov S, *Vozbuzhdeniye proizvodstva po delam o nesostoyatel'nosti v Rossii i Germanii [Initiation of Insolvency Proceedings in Russia and Germany]* (Izdatel'stvo juridicheskogo fakul'teta SPbGU 2006) (in Russian).

Edited and translated books

7. *Kommercheskij kodeks Francii* (Zahvataev V per s fr, Volters Kluver 2008) (in Russian).

Journal articles

8. Rakhmilovich V, 'Obyazatel'stvo po vozmeshcheniyu ubytkov kak odno iz osnovaniy priznaniya bankrotom' ['Indemnification Obligation as One of the Grounds for Declaring Bankrupt'] 2000 (11) *Pravo i ekonomika* 81-2 (in Russian).
9. Radzyviliuk V, 'Nalezhnist myrovoi uhody do protsedur bankrutstva' ['Affiliation of the Settlement Agreement to Bankruptcy Procedures'] [2016] 6(92) *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti* 99-100 (in Ukrainian).

Valeria Radzyviliuk

CONCEPTUAL CHANGES IN THE TARGETED FOCUS OF THE MOST RECENT BANKRUPTCY LEGISLATION

ABSTRACT. The development of legal regulation of bankruptcy relations is influenced, as a rule, not only by political but also primarily socio-economic factors. Therefore, there is always relevance in the problem ensuing from the issue of the extent to which the national bankruptcy system is consistent with the level of our country's socio-economic development which is currently characterized by an extended period of transition to well-developed market relations. Such internal circumstances create a favorable environment for redistribution of property and mass bankruptcies. At the same time, there is an infringement of interests not only of specific participants to bankruptcy relations, but also the interests of the State as a market regulator. The balance of interests of the parties and participants to bankruptcy relations for the sake of their efficient and optimal legal regulation is the main goal sought by legislators of all modern countries worldwide.

The purpose of this article is to study the provisions of the most recent bankruptcy legislation, the content of which will allow determining the system of bankruptcy which it refers to and, therefore, allow ascertaining the reliability of legal protection of the main actors to the relations of bankruptcy; the article also presents a statement of the author's vision regarding the areas where relevant provisions of national bankruptcy legislation may be improved and thus a contribution can be made to overcoming the issues which may arise when such provisions are implemented in practice.

It is established that upon adoption of the most recent bankruptcy legislation, legal regulation of relations involving debtor's insolvency and bankruptcy have entered a new phase of their development. In this regard, a response is needed to the question: what is the targeted focus of the most recent bankruptcy legislation of Ukraine; do its rules contain enough provisions which can be conducive to resolution of the issues arising from redistribution of rights of the parties and participants to relations of bankruptcy? Redistribution of rights of the parties and participants to relations of bankruptcy, the degree of protection of their interests, and a balanced distribution of losses between them – these are the most important issues in the system of national legal regulation of relations involving insolvency and bankruptcy. That is why these issues require further research.

The author comes to the conclusion that the processes underway in the socio-economic environment of the leading countries of the world cause a change in the provisions governing the relations of debtor's insolvency and its bankruptcy (insolvency). Currently, protection of creditors' rights, although being the main objective of regulation of the mentioned relations, is not the only one, since the purpose of the provisions of bankruptcy (insolvency) legislation is to ensure a balanced protection of interests of the parties and participants to these relations: debtor's employees, investors, debtor's founders (members) and others, and also to facilitate the conservation of sustainability of the national economy.

KEYWORDS: bankruptcy legislation; bankruptcy relations; debtor; creditors; balance of parties' interests.

II. Проблеми корпоративного права



Андрій Смітюх

доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного
та господарського права
Одеського національного університету
імені І. І. Мечникова
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4778-4143>
im2m112@gmail.com

УДК 346.21

КОРПОРАТИВНИЙ ПАЙ (ЧАСТКА), НЕОФОРМЛЕНИЙ ЯК ЦІННИЙ ПАПІР, ЯК ОБ'ЄКТ РЕЧОВИХ ПРАВ І ПРАВОВІДНОСИН

АНОТАЦІЯ. Стаття розвиває ідею про корпоративний пай (частку) як оборотоздатний символ, що посвідчує корпоративні права, є субститутутом корпоративного вкладу, об'єктом речових прав і повинен обліковуватися в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (Єдиний державний реєстр) або у депозитарній системі (якщо корпоративний пай є акцією), виконує інвестиційну, ідентифікаційну, колегіальну, мобільну та облікову функції.

Автор виходить із того, що наявний стан правового регулювання речових відносин, які виникають щодо корпоративних паїв (часток), є незадовільним і пропонує впровадження до законодавства низки норм, які покликані забезпечити перетворення корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери (тобто таких, що не є акцією), на повноцінний об'єкт речових прав, що представляє в обороті корпоративні права щодо певного суб'єкта господарювання.

Відстоюється позиція про те, що облік усіх речових прав на корпоративні паї (частки) має здійснюватися у Єдиному державному реєстрі. Речові права не обмежуються правом власності. Отже, автор аргументує визнання права господарського відання, довірчої власності та користування (оренди) на корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери. Відповідно, зроблено висновок про необхідність законодавчого врегулювання договору управління корпоративним паєм (часткою), що неоформлений як цінний папір, та договору оренди корпоративного паю.

Автор обґрунтовує необхідність реєстрації в Єдиному державному реєстрі таких обтяжень речових прав на корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, як застава, податкова застава, а також за судовим рішенням – заборона відчуження та арешт; аргументує необхідність забезпечення відкритого доступу до відомостей Єдиного державного реєстру про корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, права на них та обтяження таких прав.

У статті зроблено висновок про необхідність максимального прискорення вчинення правочинів щодо корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, з впровадженням модельного договору купівлі-продажу таких корпоративних паїв (часток) і здійсненням державної реєстрації виникнення права власності, інших зазначених вище речових прав та їх обтяжень, що виникають на підставі договору, на підставі спільної заяви сторін договору з одночасним забезпеченням ефективної реалізації переважних прав інших учасників на придбання корпоративного паю (частки) при його продажу шляхом залучення до процедури реалізації цих прав державного реєстратора.

Ключові слова: корпоративні паї (частки); частки у статутному капіталі; речові права; корпоративні права; довірча власність; оренда; обтяження; застава.

Ця стаття розвиває ідеї, що були сформульовані за результатами проведеного раніше дослідження. Отже, корпоративний пай (частка) розглядається у цій статті як оборотоздатний символ, що посвідчує корпоративні права, є субститутутом корпоративного вкладу, об'єктом речових прав і повинен обліковуватися в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (далі – Єдиний державний реєстр) або у депозитарній системі (якщо корпоративний пай є акцією)¹. Корпоративний пай (частка) виконує інвестиційну, ідентифікаційну, колегіальну, мобільну та облікову функції², існує у вигляді електронного запису³ і може бути віднесений до безтілесного майна⁴, при цьому корпоративні паї (частки) можуть бути оформлені як цінні папери (акції акціонерних товариств) або ні (всі інші корпоративні паї)⁵. За чинним законодавством України корпоративні паї, неоформлені як цінні папери, постають як частки у статутному капіталі (у товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю), частки у складеному капіталі (у повних і командитних товариствах), частки у майні кооперативу (у виробничих кооперативах), водночас у фермерських господарствах – юридичних особах вони не інституціоналізовані жодним чином.

На відміну від акцій, корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, нині не є повноцінним об'єктом речових прав і правовідносин: розуміння принципової відмінності корпоративних паїв (часток) від посвідчених ними прав та відмежування посвідчених корпоративним паєм (часткою) корпоративних прав від речових прав на сам корпоративний пай (частку) все ще є дискусійним питанням доктрини. Зокрема, С. Мо-

¹ А Смітюх, 'Корпоративні права та корпоративні паї (частки): теоретико-правові засади' (дис д-ра юрид наук, 2019) 432.

² Там само.

³ Там само 173.

⁴ Там само 181.

⁵ Там само 176-7.

Андрій Смітюх

гілевський вважає право розпорядження часткою у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю шляхом відчуження, передачі у заставу корпоративним правом⁶, хоча це повноваження з очевидністю належить не до прав посвідчених корпоративним паєм – корпоративних прав, а до прав на корпоративний пай – речових прав. Також у законодавстві продовжує домінувати суб'єктно-орієнтований підхід: державні реєстратори вносять до Єдиного державного реєстру відомості про склад учасників та розміри їх часток, а не про самі корпоративні паї (частки).

Таким чином, наявний стан правового регулювання речових відносин, які виникають щодо корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, є незадовільним, перетворення таких корпоративних паїв (часток) на повноцінний об'єкт речових прав вимагає переусвідомлення підходів до корпоративних паїв (часток) і внесення істотних змін до законодавства.

Проблематиці корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, як об'єктів речових прав значну увагу приділили такі вчені, як О. Кібенко, В. Кравчук, С. Могилевський, О. Пелипенко, І. Спасибо-Фатєєва.

Метою дослідження є визначення заходів, необхідних для перетворення корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, на повноцінний об'єкт речових прав і правовідносин.

У раніше проведеному дослідженні аргументовано покладення на державних реєстраторів обов'язку з ідентифікації усіх корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, з наданням кожному новоствореному корпоративному паю (частці) унікального номера⁷. Це дасть змогу впровадити об'єктно-орієнтований підхід, коли державний реєстратор обліковуватиме корпоративні паї (частки) і юридична доля кожного корпоративного паю (частки), неоформленого як цінний папір, буде цілком зрозумілою від моменту його утворення до припинення.

Слід визнати, що навіть у межах суб'єктно-орієнтованого підходу державним реєстраторам вдається, по суті, обліковувати право власності на корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, у господарських товариствах (частки у статутних і складених капіталах): якщо визнати, що учасником є завжди власник корпоративного паю (частки), якщо ці два правові статуси нерозривно пов'язані, це означає, що внесення до Єдиного державного реєстру відомостей про склад учасників та розміри їх часток у статутному чи складеному капіталі дає змогу ідентифікувати суб'єкта права власності на такі частки. Проте речові права не зводять-

⁶ С. Могилевский, *Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения* (Статут 2010) 80.

⁷ Смітюх (н 1) 215.

ся до одного лише права власності. Перетворення корпоративних паїв (часток) на повноцінний об'єкт обороту вимагає визнання можливості виникнення на такі паї (частки) не лише права власності, а й інших речових прав. Видається, що корпоративні паї (частки) можуть ставати також об'єктами права господарського відання, права довірчої власності, права користування (оренди). Крім того, слід визнати, що такі види прав на чужі речі, як сервітут, емфітевзис, суперфіцій та право оперативного управління, не можуть виникати щодо корпоративних паїв (часток) у зв'язку зі специфічним характером цих прав, пристосованих суто для особливого об'єкта – об'єкта нерухомості (сервітут, емфітевзис, суперфіцій) або у зв'язку з тим, що за суб'єктами таких прав, заснованих на державній чи комунальній власності, принципово не можуть закріплюватися корпоративні паї (право оперативного управління).

Розглянемо детальніше питання прав господарського відання, довірчої власності та користування корпоративними паями (частками).

Право господарського відання щодо корпоративних паїв (часток) вже передбачене чинним законодавством: ч. 13 ст. 6 Закону України “Про холдингові компанії в Україні” встановлює, що пакети акцій (часток, паїв), передані до статутного капіталу державної холдингової компанії, перебувають у державній власності і закріплюються за відповідною компанією на праві господарського відання⁸. Так само на праві господарського відання закріплюватимуться за державними та комунальними закладами вищої освіти корпоративні паї (частки) в інноваційних структурах, що створюються як суб'єкти господарювання: наукові парки, інноваційні центри тощо (ч. 2 ст. 70 Закону України “Про вищу освіту”⁹, ч. 2 ст. 16 Закону України “Про інноваційну діяльність”¹⁰, статті 1, 13 Закону України “Про наукові парки”¹¹). Законодавство про державну реєстрацію юридичних осіб має передбачати можливість відображення правової підстави, на якій корпоративний пай (частка) належить суб'єкту, заснованому на державній або комунальній власності, тобто права господарського відання.

Право довірчої власності на корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, може виникати на підставі договору про управління майном. Частина 1 та 2 ст. 1029 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) визначають, що за договором управління майном одна

⁸ Про холдингові компанії: Закон України від 15 березня 2006 р. № 3528-IV <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3528-15>> (дата звернення: 30.05.2019).

⁹ Про вищу освіту: Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>> (дата звернення: 30.05.2019).

¹⁰ Про інноваційну діяльність: Закон України від 4 липня 2002 р. № 40-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/40-15>> (дата звернення: 30.05.2019).

¹¹ Про наукові парки: Закон України від 25 червня 2009 р. № 1563-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1563-17>> (дата звернення: 30.05.2019).

Андрій Смітюх

сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача), при цьому такий договір може засвідчувати виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно¹². Зі свого боку ч. 1 ст. 1030 ЦК України передбачає, що предметом договору управління майном можуть бути, серед іншого, цінні папери, майнові права та інше майно¹³. Діяльність з управління цінними паперами, зокрема й акціями, врегульована спеціальними нормами законів України “Про цінні папери та фондовий ринок” (частини 1, 5–7 ст. 17) і “Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні” (ч. 1 ст. 4) і постає як складова професійної діяльності з торгівлі цінними паперами, що провадиться торговцем цінними паперами від свого імені за винагороду протягом визначеного строку на підставі договору про управління цінними паперами, іншими фінансовими інструментами та коштами, призначеними для інвестування в цінні папери та інші фінансові інструменти, а також отриманими у процесі управління цінними паперами, іншими фінансовими інструментами і коштами в інтересах установника управління або визначених ним третіх осіб¹⁴. Цю діяльність можна охарактеризувати також як ризикову підприємницьку діяльність, що здійснюється на засадах особливої довіри та на професійній оплатній основі виключним колом суб'єктів¹⁵.

Водночас у тому, що стосується корпоративних паїв (часток), які перебувають у державній власності, Закон України “Про управління об'єктами державної власності” визначає засади і порядок здійснення управління “корпоративними правами, що належать державі у статутних капіталах господарських організацій (корпоративними правами держави)”¹⁶, а не корпоративними паями (частками) держави. Проте визнання за корпоративними паями (частками) властивостей повноцінного об'єкта речових прав і речових правовідносин, який, зі свого боку, посвідчує корпоративні права, є їх оборотоздатним символом, означає, що об'єктом, щодо якого здійснюється управління, є саме корпоративні паї (частки), як оформлені, так і не оформлені як цінні папери, а не посвідчені

¹² Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>> (дата звернення: 30.05.2019).

¹³ Там само.

¹⁴ Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15>> (дата звернення: 30.05.2019); Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні: Закон України від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448/96-вр>> (дата звернення: 30.05.2019).

¹⁵ Г Буяджи, ‘Особливості управління цінними паперами в Україні’ (2018) 5 Підприємництво, господарство і право 10.

¹⁶ Про управління об'єктами державної власності: Закон України від 21 вересня 2006 р. № 185-V <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/185-16>> (дата звернення: 30.05.2019).

ними корпоративні права. У разі, якщо йдеться про корпоративні паї (частки), що перебувають у державній власності, таке управління здійснюється визначеними у ст. 4 Закону України “Про управління об’єктами державної власності” суб’єктами на підставі імперативних положень законодавства згідно з наданими владними повноваженнями¹⁷. Відповідно, корпоративні паї (частки), що перебувають у приватній власності, можуть передаватися в управління на підставі договору про управління майном.

Корпоративні паї (частки) неформлені як цінні папери, так само як і цінні папери, мають дуалістичну правову природу (посвідчують певні права і водночас є об’єктами права власності), вони є, по суті, безтілесним майном і можуть розглядатись як фінансові інструменти¹⁸, а отже, діяльність з управління корпоративними паями (частками) має здійснюватися торговцями цінними паперами. У частині 5 ст. 17 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок” прямо встановлено, що договір про передачу фінансових інструментів в управління може передбачати виникнення у торговця цінними паперами права довірчої власності на передані йому в управління фінансові інструменти¹⁹. Таким чином, передача корпоративних паїв (часток), як оформлених, так і неформлених як цінні папери, в управління може призводити до виникнення права довірчої власності на такі корпоративні паї (частки), і Єдиний державний реєстр має передбачати можливість реєстрації такого права.

Нарешті, треба розглянути можливість передачі корпоративних паїв (часток), зокрема й неформлених як цінні папери, в оренду (найм).

Стаття 759 ЦК України встановлює, що за договором найму (оренди) наймодавець передає або зобов’язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк; ст. 760 ЦК України встановлює, що предметом договору найму може бути річ, яка визначена індивідуальними ознаками і яка зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (неспоживна річ) і що предметом договору найму можуть бути майнові права²⁰. Корпоративний пай (частка) посвідчує корпоративні права, зокрема й майнові, є майном, може розглядатись як індивідуально-визначена безтілесна річ і, безперечно, не належить до споживчих речей.

Стаття 283 Господарського кодексу України встановлює, що у користування за договором оренди передається індивідуально визначене майно виробничо-технічного призначення (або цілісний майновий комп-

¹⁷ Про управління об’єктами державної власності (н 16).

¹⁸ Смітюх (н 1) 181.

¹⁹ Про цінні папери та фондовий ринок (н 14).

²⁰ Цивільний кодекс України (н 12).

Андрій Смітюх

лекс), що не втрачає у процесі використання своєї споживчої якості (неспоживна річ), окремо виділяючи нерухоме майно (будівлі, споруди, приміщення)²¹. Корпоративні паї (частки), безперечно, не є майном виробничо-технічного призначення і не можуть бути віднесені до цілісних майнових комплексів, утім, ці положення не треба піддавати суто обмежувальному тлумаченню. Пункт 7 ч. 1 ст. 441, п. 5 ч. 1 ст. 453 та п. 3 ч. 1 ст. 454 ЦК України передбачають, відповідно, передачу в оренду таких специфічних об'єктів, як твір, запис виконання, оригінал чи примірник фонограми, відеограми, які не є ані речами, ані майновими правами, ані майном: у контексті ст. 177 ЦК України ці об'єкти постають як відмінні від майна результати творчої діяльності²². Таким чином, оренда є юридичною конструкцією, яку можна принципово застосовувати не лише до найму речей матеріального світу.

Оренда корпоративних паїв (часток) означає передачу орендареві права користування ними, тобто можливості вилучення їх корисних властивостей²³, а саме – реалізації корпоративних прав й отримання внаслідок цього частини прибутку суб'єкта господарювання – дивідендів. І у випадку оренди, і у випадку договору управління відбувається передача корпоративного паю (частки) і можливості реалізації посвідчених корпоративним паєм (часткою) корпоративних прав певній третій особі в обмін на отримання власником корпоративного паю (частки) певного доходу. Проте на відміну від відносин за договором про управління корпоративним паєм (часткою), де установник управління (власник частки) отримує дивіденди та сплачує управителю плату (або, можливо, управитель утримує як таку плату певну частину дивідендів), при оренді корпоративного паю (частки) орендар сплачує орендодавцеві орендну плату, розмір якої не залежить від результатів його діяльності, залишаючи дивіденди собі. Учасник, який передав свій корпоративний пай в оренду протягом дії відповідного договору, опиняється у положенні, яке є у чомусь подібним до положення акціонера – власника привілейованої акції: він отримує фіксовані платежі і не бере участі в управлінні відповідною господарською організацією. Також особливістю оренди корпоративних паїв (часток), так само як оренди твору, запису виконання, оригіналу чи примірника фонограми, на відміну від інших форм оренди, є неможливість здійснення орендарем поліпшень об'єкта оренди за свій кошт і відсутність у сторін обов'язків щодо здійснення ремонту об'єкта оренди.

www.pravoua.com.ua

²¹ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 30.05.2019).

²² Цивільний кодекс України (н 12).

²³ В Камышанский, *Право собственности: пределы и ограничения* (ЮНИТИ-ДАТА, Закон и право 2000) 55.

Отже, оренда корпоративних паїв (часток) є можливою, вона має бути предметом спеціального господарсько-правового регулювання, утім, навіть за його відсутності такий договір може розглядатись як такий, що укладений відповідно до ст. 6 ЦК України²⁴.

Укладення такого договору з необхідністю призводить до виникнення в орендаря права користування корпоративним паєм (часткою).

Таким чином, корпоративні паї (частки) можуть належати особі не лише на праві власності: щодо цих об'єктів можуть виникати такі речові права, як право господарського відання, право довірчої власності та право користування (оренди). Визнання можливості виникнення цих речових прав вимагає їх реєстрації в Єдиному державному реєстрі із тим, щоб він містив усю інформацію про права, які виникають щодо корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери.

Крім того, має бути передбачена можливість реєстрації в Єдиному державному реєстрі всіх можливих видів обтяжень речових прав щодо корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери. Видається, що такими обтяженнями є застава, податкова застава, а також за судовим рішенням – заборона відчуження та арешт. Нині законодавство встановлює можливість реєстрації в Єдиному державному реєстрі лише ‘арешту корпоративних прав за судовим рішенням’ (ч. 10 ст. 13, ч. 2 ст. 25, п. 3 ч. 1 ст. 28 Закону України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань”²⁵). Утім, арешту, заставі та іншим обтяженням підлягають не корпоративні права, а оборотоздатний символ (транзитивний знак), що їх посвідчує – корпоративний пай (частка). Ця ідея набуває дедалі більшого поширення: зокрема, якщо у 2005 р. В. Кравчук відстоював необхідність застави корпоративних прав²⁶, то у 2016 р. цей дослідник зазначав, що відповідне обтяження накладається на частку у статутному капіталі²⁷. Водночас існує і протилежна думка, наприклад, О. Пелипенко вважає, що належним предметом застави є корпоративні права і пропонує наділити державних реєстраторів повноваженнями щодо отримання відомостей із Державного реєстру обтяжень рухомого майна, який є єдиним реєстром, де сьогодні можна зареєструвати обтяження частки у статутному капіталі²⁸. Утім, так само, як речові права на нерухоме майно та обтяження

²⁴ Цивільний кодекс України (н 12).

²⁵ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15>> (дата звернення: 30.05.2019).

²⁶ В Кравчук, ‘Застава корпоративних прав’ (2005) 1 Юридичний радник 10.

²⁷ В Кравчук, ‘Застава частки у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю’ <<https://www.facebook.com/notes/корпоративне-право/застава-частки-у-статутному-капіталі-товариства-з-обмеженою-відповідальністю/1196514040383846>> (дата звернення: 30.05.2019).

²⁸ О Пелипенко, ‘Застава корпоративних прав’ (автореф дис канд юрид наук, 2015) 8-9.

Андрій Смітюх

цих прав обліковуються у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, речові права на корпоративні паї (частки) і їх обтяження повинні обліковуватися в одному реєстрі – Єдиному державному реєстрі із тим, щоб за єдиним запитом можна було отримати всю інформацію про конкретний корпоративний пай (частку) з унікальним реєстраційним номером: про всі речові права та обтяження цих прав. Розпорошення цих даних між декількома реєстрами не видається виправданим.

При цьому відомості Єдиного державного реєстру щодо речових прав із кожного окремого корпоративного паю (частки), неоформленого як цінний папір, а також обтяжень цих прав мають бути відкритими для третіх осіб, зокрема й на порталі електронних сервісів із тим, щоб кожна особа могла безперешкодно та у найпростіший спосіб довідатися про суб'єктів речових прав щодо корпоративного паю (частки) та наявні обтяження цих прав. Це сприятиме максимальному прискоренню вчинення договорів щодо корпоративних паїв (часток).

Досягненню зазначеної вище мети сприятиме також впровадження модельного договору купівлі-продажу корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери. Укладення такого договору передбачатиме надання державному реєстратору лише спільної заяви покупця та продавця з відомостями про сторони, предмет договору та ціну продажу і відбуватиметься на умовах, затверджених Кабінетом Міністрів України²⁹. При цьому слід зазначити, що в усіх випадках, коли право власності, інші речові права щодо корпоративних паїв (часток) та обтяження цих прав виникають на підставі договору (застави), державна реєстрація виникнення цих прав або обтяжень має також відбуватися на підставі спільної заяви сторін договору, де зазначатимуться відомості про корпоративні паї (частки), щодо яких виникають речові права або які передаються у заставу, та інші необхідні відомості (зокрема, строк, якщо договір, на підставі якого виникає відповідне право, є строковим). Проте, на відміну від модельного договору, така реєстрація не визначатиме всі умови домовленості сторін. Нині державна реєстрація змін відомостей про склад учасників товариства з обмеженою відповідальністю або товариства з додатковою відповідальністю здійснюється, серед іншого, на підставі акта приймання-передачі частки (частини частки) у статутному капіталі товариства, який подає заявник (пп. "г" п. 3 ч. 5 ст. 17 Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань")³⁰. Подання спільної заяви сторін договору, на підставі якого виникає речове право на корпоративний пай

www.pravoua.com.ua

²⁹ Смітюх (н 1) 222.

³⁰ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (н 25).

(частку) або обтяження такого права, означає необхідність встановлення державним реєстратором осіб заявників, а отже, дає змогу недвозначно ідентифікувати волевиявлення сторін договору щодо виникнення речового права або його обтяження.

Утім, максимальне прискорення вчинення правочинів щодо корпоративних паїв (часток) не заперечує переважних прав учасників на придбання корпоративних паїв (часток) при їх продажу, якщо такі права передбачені установчим документом. Перетворення корпоративного паю (частки), неоформленого як цінний папір, на повноцінний об'єкт прав вимагає дієвих гарантій реалізації переважних прав учасника на придбання таких паїв (часток) при їх продажу із залученням до процедури реалізації цих прав державного реєстратора, який вноситиме до Єдиного державного реєстру відомості про запланований продаж корпоративного паю (частки) на відповідних умовах і здійснюватиме реєстрацію переходу права власності на корпоративний пай (частку) до покупця лише за наявності підтвердження відомостей про надіслання учасником-продавцем іншим учасникам відкритої оферти про запланований продаж у встановлений законодавством строк, при цьому інші учасники реалізовуватимуть своє право шляхом сплати відповідної суми на зазначений в оферті рахунок із наступним повідомленням державного реєстратора, який реєструватиме корпоративні паї (частки) на таких учасників на підставі документів, що підтверджуватимуть відповідний платіж³¹. Такий підхід може зробити реалізацію переважних прав на придбання корпоративного паю (частки), неоформленого як цінний папір, при його продажу ефективною, оскільки, з одного боку, забезпечуватиме інтерес інших учасників придбати корпоративні паї (частки), які продаються, а з другого – не надає таким учасникам жодних можливостей блокувати зміну власника корпоративних паїв (часток), якщо такі учасники не придбали відповідні корпоративні паї (частки), що продаються.

Висновки. Перетворення корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, на повноцінний об'єкт речових прав і правовідносин, що представляє в обороті корпоративні права щодо певного суб'єкта господарювання, вимагає впровадження до законодавства норм, які передбачатимуть:

– облік усіх речових прав на корпоративні паї (частки) в Єдиному державному реєстрі. Такими правами є право власності, господарського відання, довірчої власності та користування (оренди). Відповідно, необхідне законодавче врегулювання договорів управління корпоративним паєм (часткою), що неоформлений як цінний папір, та оренди корпоративного паю;

³¹ Смітюх (н 1) 425-6.

Андрій Смітюх

- облік обтяжень речових прав на корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, в Єдиному державному реєстрі (застава, податкова застава, а також за судовим рішенням – заборона відчуження та арешт);
- відкритий доступ до відомостей Єдиного державного реєстру про корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, права на них та обтяження таких прав;
- максимальне прискорення вчинення правочинів щодо корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, з впровадженням модельного договору купівлі-продажу корпоративних паїв (часток) і здійсненням державної реєстрації виникнення права власності, інших зазначених вище речових прав та їх обтяжень, що виникають на підставі договору та спільної заяви сторін договору;
- одночасне забезпечення ефективної реалізації переважних прав інших учасників на придбання корпоративного паю (частки) при його продажу із залученням до процедури реалізації цих прав державного реєстратора.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kamyshanskiy V, *Pravo sobstvennosti: predely i ogranicheniya* [Ownership: Limits and Restrictions] (Uniti-Data, Zakon i pravo 2000) (in Russian).
2. Mogilevskiy S, *Obschestvo s ogranichennoy otvetstvennostyu: zakonodatelstvo i praktika ego primeneniya* [Limited Liability Company: Legislation and Enforcement Practice] (Statut 2010) (in Russian).

Journal articles

3. Buiadzhy G. 'Osoblyvosti upravlinnia tsinnymy paperamy v Ukraini' ['Specialities of Securities Management in Ukraine'] (2018) 5 *Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo* 10 (in Ukrainian).
4. Kravchuk V, 'Zastava korporatyvnykh prav' ['Corporate Rights Pledge'] (2005) 1 *Yurydychnyi Radnyk* 10 (in Ukrainian).

Thesis

5. Pelypenko O, 'Zastava korporatyvnykh prav' ['Corporate Rights Pledge'] (avtoref dyskand yuryd nauk, 2015) (in Ukrainian).

Dissertations

6. Smitiukh A, 'Korporatyvni prava ta korporatyvni pai (chastky): teoretyko-pravovi zasady' ['Corporate Rights and Corporate Shares (Stocks): Theoretic and Legal Basis'] (dys d-ra yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).

Websites

7. Kravchuk V, 'Zastava chastky u statutnomu kapitali tovarystva z obmezheniou vidpovidalnistiu' ['Pledge of Share at the Authorized Capital of the Limited Liability Company'] <<https://www.facebook.com/notes/korporatyvne-pravo/zastava-chastky-u-statutnomu-kapitali-tovarystva-z-obmezheniou-vidpovidalnistiu/1196514040383846>> (accessed: 30.05.2019) (in Ukrainian).

Andrii Smitiukh

CORPORATE EQUITY INTEREST (STAKE) NOT REGISTERED
AS SECURITY AS AN OBJECT OF RIGHTS IN REM
AND LEGAL RELATIONS

ABSTRACT. The article explicates the idea of a corporate equity interest (stake) as a tradable symbol which certifies corporate rights, is a substitute for a corporate contribution and an object of rights in rem, and which should be entered into the Unified State Register of Legal Entities, Individual Entrepreneurs and Public Formations (the Unified State Register) or into the depositary system (if a corporate equity interest is a share), and which fulfills the investment, identification, collegial, mobile, and accounting functions.

The author assumes that the existing state of legal regulation of proprietary relations arising in respect of corporate equity interests (stakes) is unsatisfactory and calls for introducing some provisions into legislation which are intended to ensure the transformation of corporate equity interests (stakes) not registered as securities (i. e. which are not shares) into the full-fledged object of rights in rem which in terms of business represents corporate rights with respect to a particular economic activity entity.

The author maintains the position that each right in rem to corporate equity interests (stakes) should be recorded in the Unified State Register. Rights in rem are not limited to the right of ownership, therefore, the author argues for the recognition of the right of economic management, trust ownership and use (lease) in respect of corporate equity interests (stakes) not registered as securities. Accordingly, the conclusion is made about the need for legislative regulation of the contract for management of a corporate equity interest (stake) not registered as security, and the corporate equity interest lease contract.

The author substantiates the need for registration in the Unified State Register of such encumbrances of rights in rem to corporate equity interests (stakes) not registered as securities as pledge, tax lien, and based on a court decision – prohibition of alienation and seizure; the author also argues for the need to ensure public access to the data contained in the Unified State Register regarding corporate equity interests (stakes) not registered as securities, rights thereto and encumbrances of such rights.

Finally, the article concludes that it is necessary to maximize the speed of transactions in respect of corporate equity interests (stakes) not registered as securities, with introduction of a model sale contract of such corporate equity interests (stakes) and performance of the state registration procedure with regard to the onset of the ownership right and other above-mentioned rights in rem and their encumbrances arising under the contract on the basis of a joint application of the parties to the contract, at the same time ensuring the efficient exercise of the pre-emptive rights which other participants may have for the acquisition of a corporate equity interest (stake) in the event of its sale by involving the State Registrar in the procedure of exercising these rights.

KEYWORDS: corporate equity interests (stakes); stakes in the authorized capital; rights in rem; corporate rights; trust ownership; lease; encumbrance; pledge.



Валерія Поєдинок

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1583-1312>

Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/G-5047-2017>

vv.poiedynok@gmail.com

УДК 346.16

“КОРПОРАТИВНА СОЦІАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ” ТА “БІЗНЕС І ПРАВА ЛЮДИНИ”: СПІВВІДНОШЕННЯ КОНЦЕПЦІЙ

АНОТАЦІЯ. Інтеграція України в європейський та світовий правовий простір вимагає актуалізації, осучаснення господарсько-правової доктрини, що, зокрема, передбачає освоєння нових контекстів, у яких повною мірою може виявити себе здатність господарського права до інтегративного, синергетичного застосування різних методів правового впливу. До таких контекстів належить проблематика соціальних наслідків ведення бізнесу, відповідальності підприємств за шкоду, заподіювану суспільству та окремим його членам, і ролі держави в забезпеченні соціальної спрямованості бізнесу.

Метою статті є дослідження концепцій “корпоративна соціальна відповідальність” (КСВ) та “бізнес і права людини” (БПЛ), їхніх спільних та відмінних рис, перспективних напрямів зближення та значення для доктрини господарського права в Україні.

З’ясовано, що КСВ та БПЛ є тісно пов’язаними течіями юридичної думки, предметом уваги яких є компанії, що провадять відповідальну й суспільно корисну господарську діяльність. Утім, ці концепції мають основні відмінності, що випливають із їхнього різного походження. У межах КСВ наголос стоїть на прийнятті рішень самими компаніями, а не на державному регулюванні їхньої діяльності чи юридичній відповідальності. КСВ розглядається як чинник конкурентоспроможності підприємства. Натомість БПЛ оцінює корпоративну поведінку в світлі загально визнаних стандартів прав людини, закріплених в основоположних міжнародних договорах, і більшою мірою зосереджується на притягненні компаній до відповідальності за завдану шкоду, ніж на позитивному визнанні ролі, яку може відіграти бізнес у просуванні та захисті прав людини. Нормативну основу БПЛ становлять Керівні принципи Організації Об’єднаних Націй із прав людини в сфері бізнесу 2011 р.

Обґрунтовано доцільність інтеграції обох течій, що дасть змогу сформулювати широкоохоплюючу концепцію соціально відповідального бізнесу, яка не обмежуватиметься обов’язком компаній дотримуватися прав людини (як це нині передбачено Керівними принципами), а включатиме й обов’язок вживати проактивні й позитивні кроки в напрямку захисту і реалізації прав людини.

З огляду на низький рівень проникнення в українську правову й бізнес-свідомість ідей та практик соціально відповідального бізнесу великою є вага освітніх і просвітницьких зусиль. Важливу роль у вжитті таких зусиль може відіграти наука господарського права, яка характеризується орієнтацією на дотримання публічного інтересу в процесі ведення бізнесу та методологічним плюралізмом.

Ключові слова: бізнес; права людини; корпоративна соціальна відповідальність; соціально відповідальний бізнес; позитивні зобов'язання.

Інтеграція України в європейський та світовий правовий простір не лише відкриває нові можливості для розвитку доктрини господарського права України, а й генерує виклики. Прийнятий у країнах континентальної Європи поділ права на приватне й публічне, несприйняття ідеї господарського права представниками міжнародних організацій, які сприяють реформам в українській правничій сфері, асоціювання цієї ідеї з адміністративно-командним впливом на економіку створюють тиск, який наразі має не лише ідеологічний (численні публічні заходи на тему скасування Господарського кодексу України), а й конкретно-практичний вимір (відсутність господарського права у переліку восьми “базових правничих дисциплін”, завдання з яких включають тести для зовнішнього незалежного оцінювання в магістратуру спеціальностей “Право” та “Міжнародне право”¹, ігнорування господарського права Типовим навчальним планом вивчення права в Україні, розробленим фахівцями USAID²). Зазначене вимагає актуалізації, осучаснення господарсько-правової доктрини; поміж іншого, уявляється, що необхідним є вихід господарсько-правової думки за традиційні межі комерціалістики та державного регулювання економіки в розумінні застосування засобів, перелічених у ст. 12 Господарського кодексу України (далі – ГК України)³, та освоєння нових контекстів, у яких повною мірою може виявити себе здатність господарського права до інтегративного, синергетичного застосування різних методів правового впливу. Таким контекстом є, зокрема, проблематика соціальних наслідків ведення бізнесу, відповідальності підприємств за шкоду, заподіювану суспільству та окремим його членам, та ролі держави в забезпеченні соціальної спрямованості бізнесу.

“Корпоративна соціальна відповідальність” (*Corporate Social Responsibility*, далі – КСВ) та “бізнес і права людини” (*Business and Human Rights*, далі – БПЛ) є тісно пов'язаними течіями світової юридичної думки, предметом уваги яких є компанії, що провадять відповідальну

¹ Про затвердження Програми вступного випробування: Наказ Міністерства освіти і науки України від 28 березня 2019 р. № 410 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0411729-19>> (дата звернення: 28.05.2019).

² Д Свенсон та Т Райс та Г Гравер та інші, *Типовий навчальний план вивчення права в Україні* (USAID Ukraine 2018).

³ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 15.06.2019).

Валерія Поєдинок

й суспільно корисну господарську діяльність, – утім, ці концепції мають основні відмінності, що випливають із їхнього різного походження.

Концепція КСВ історично зосереджується на корпоративному волюнтаризмі та очікуваннях компаній, що розглядаються як своєрідні “корпоративні громадяни” (*corporate citizens*) з обов’язками, які випливають зі здійснення ними ролі соціальних партнерів. Компанії заохочуються до участі в різнопланових заходах – від корпоративної філантропії до надання допомоги населенню у разі неспроможності уряду, – оскільки це є добре для бізнесу. Однак КСВ зазвичай акцентує увагу на самостійному прийнятті рішень на протипагу запровадженню нових юридично обов’язкових вимог, і на добровільних заходах на протипагу державному регулюванню.

На відміну від цього, концепція БПЛ виникла з прагнення до корпоративної відповідальності з метою пом’якшення або запобігання негативним наслідкам господарської діяльності для окремих осіб та громад, а також з очікувань, що ґрунтуються на певному базовому наборі зобов’язань із прав людини. БПЛ більшою мірою зосереджується на притягненні компаній до відповідальності за завдану шкоду, ніж на позитивному визнанні ролі, яку може відіграти бізнес у просуванні та захисті прав людини.

Зокрема, БПЛ загострює увагу компаній, держав і громадянського суспільства на оцінці корпоративної поведінки у світлі загальноновизнаних стандартів прав людини, закріплених в основоположних міжнародних договорах. По своїй суті БПЛ зосереджується на потерпілих індивідах або громадах й описує їхні проблеми в термінах загальноновизнаних прав людини, намагаючись надати чітку основу для правового захисту та справедливості.

Певною мірою БПЛ є відповіддю на КСВ та потенційну неспроможність останньої. Це призводить до того, що обидві концепції швидше протиставляються одна одній їхніми прихильниками, ніж взаємодіють.

Обидві концепції мають глобальний характер та інтенсивно розвиваються, зокрема, як у США, так і в Європейському Союзі. До провідних зарубіжних авторів, які займалися або займаються проблематикою соціально відповідального бізнесу, належать Г. Бовен, Ф. Веттштайн, Д. Давид, Б. Демпсі, М. Гільд, Дж. Раггі, А. Рамасастри, Г. Палаццо, А. Шерер та ін. Було б несправедливим зазначити, що в Україні вони є невідомими. Так, проблематика КСВ ґрунтовно досліджувалася у працях І. Лукач⁴. Із 2008 р. діє експертна організація – центр “Розвиток корпора-

www.pravoua.com.ua

⁴ І Лукач, *Теоретичні проблеми правового регулювання корпоративних відносин в Україні* (Ліра-К 2015) 78-100; І Лукач, ‘Законодавче закріплення нефінансового звіту в контексті Угоди про асоціацію’ (2018) 6 *Право України* 143-53.

тивної соціальної відповідальності” (Центр КСВ)⁵. Зі свого боку у 2017 р. на базі Інституту економіко-правових досліджень Національної академії наук України створено Центр перспективних досліджень і співробітництва з прав людини у сфері економіки. У 2018 р. між Інститутом і Ресурсним центром з питань бізнесу та прав людини (Велика Британія) було укладено Меморандум про взаєморозуміння та розпочато Спільний науково-прикладний проєкт “Зміцнення засад у сфері бізнесу і прав людини: драйвери для України / *Advancing Business and Human Rights Framework: Drivers for Ukraine*”⁶. До того ж очевидно, що зазначені концепції не є укоріненими у вітчизняній правосвідомості, сприймаються як іноземні і загалом не асоціюються з господарським правом. Публікації, присвячені співвідношенню цих концепцій та їхньому значенню для доктрини господарського права, в Україні відсутні.

Метою дослідження є вивчення концепцій “корпоративна соціальна відповідальність” та “бізнес і права людини”, визначення їх спільних та відмінних рис, перспективних напрямів зближення та значення для доктрини господарського права в Україні.

Концепція КСВ стосується, зокрема, компаній, які беруть на себе відповідальність за свій вплив на суспільство. На ранніх етапах вона описувалась як відповідальність бізнесу і виросла з аналізу ролі приватного сектору після Другої світової війни. Її наукове походження якоюсь мірою пов’язують із провідними дослідниками бізнесу, що сформулювали бачення етичної корпорації, яка виходить за межі своїх акціонерів і співробітників при визначенні обов’язків.

У 1949 р. Д. К. Давид, декан Гарвардської бізнес-школи, написав статтю під назвою “Обов’язки бізнесу в невизначеному світі”⁷, а кілька місяців по тому Б. Демпсі написав статтю “Корені відповідальності бізнесу”⁸. В обох статтях автори закликали бізнес зробити свій внесок у добробут і прогрес окремих осіб та суспільства. На їхню думку, бізнес зобов’язаний створювати справедливе суспільство за межами власної організації. Інші провідні вчені у цій царині, зокрема, М. Гільд, описали історію соціальної відповідальності як таку, що включає філантропію, а також співпрацю та лідерство з різних питань життя громад⁹. Батьком КСВ багато хто вважає Г. Боуена, автора книги “Соціальні обов’язки бізнес-

⁵ Corporate social responsibility – CSR-UA <<http://csr-ua.info/csr-ukraine>> (accessed: 28.05.2019).

⁶ В Інституті економіко-правових досліджень НАН України відбувся міжнародний науково-практичний семінар “Зміцнення засад у сфері бізнесу і прав людини: драйвери для України” (НАН України, 20.11.2018) <<http://www.nas.gov.ua/EN/Messages/News/Pages/View.aspx?MessageID=4408>> (дата звернення: 28.05.2019).

⁷ D David, ‘Business Responsibilities in an Uncertain World’ [1949] 27(3) Harvard Business Review 1-8.

⁸ B Dempsey, ‘The Roots of Business Responsibility’ [1949] 27(4) Harvard Business Review 393-404.

⁹ M Heald, *The Social Responsibilities of Business: Company and Community 1900-1960* (Transaction Publishers 1970).

Валерія Поєдинок

менів” (1953 р.), де досліджувалося поняття бізнесменів та їхній обов’язок ставити і досягати цілей, бажаних для суспільства¹⁰.

Єдиного визначення КСВ немає. А. Шерер і Г. Палаццо змальовують КСВ як парасольковий термін для дискусії, зосередженої на ‘відповідальності бізнесу та його ролі в суспільстві, включаючи такі категорії, як бізнес та суспільство, ділова етика або теорія стейкхолдерів’¹¹. Науковці, що займаються дослідженням цієї концепції, часто дебатують з приводу того, які зобов’язання входять до КСВ – чи достатньо для компаній виконувати основні правові та економічні зобов’язання (наприклад, дотримуватися закону) або ж КСВ стосується лише того, що виходить за межі виконання законодавчих вимог¹². Ми підтримуємо останню точку зору: просте дотримання законів не потребує спеціальних назв і за нормальних умов правової держави є рутиною, а не кращою практикою.

Підходи до КСВ різняться і в географічному вимірі. Як вказує І. Лукач, американський напрям запровадження КСВ характеризується добровільним підходом, при цьому тягар із впровадження лежить на громадськості та соціальній свідомості громадян і корпорацій. Натомість для Європи характерним є посилення державної регуляції впровадження стандартів із КСВ, основу якого становить звіт про КСВ¹³.

Європейська комісія визначає КСВ як ‘відповідальність підприємств за їх вплив на суспільство’¹⁴. Правовим оформленням ставлення Європейського Союзу (далі – ЄС) до КСВ стало прийняття Директиви 2014/95/ЄС¹⁵, якою запроваджено складання нефінансового звіту для великих підприємств як основу юридичного розвитку КСВ для країн – учасниць ЄС. Директива ґрунтується на принципі “Звітуй, або відповідай”. У разі, якщо підприємство не проводить політику щодо одного або більше із перелічених у Директиві питань, то у нефінансовому звіті повинна вказуватися чітка й аргументована причина цього.

Утім, у будь-якому разі в межах концепції КСВ основний наголос стоїть на прийнятті рішень самими компаніями, а не на державному регулюванні їхньої діяльності чи юридичній відповідальності. КСВ змальовується як чинник конкурентоспроможності підприємства. Вважається,

¹⁰ Н Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman* (University of Iowa Press 1959/2013).

¹¹ A Scherer and G Palazzo, ‘Toward a Political Conception of Corporate Responsibility: Business and Society Seen from a Habermasian Perspective’ [2007] 32(4) *Academy of Management Review* 1096-1120.

¹² Ibid.

¹³ Лукач (2015) (н 4) 94.

¹⁴ Communication from the Commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility. 25.10.2011. COM(2011) 681 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0681&from=EN>> (accessed: 28.05.2019).

¹⁵ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups (2014) OJ L330/1.

що вона приносить вигоди в управлінні ризиками, скороченні витрат, доступі до капіталу, відносинах зі споживачами, управлінні людськими ресурсами та інноваційній спроможності. Визначення КСВ може включати деякі аспекти прав людини, передусім трудові й соціальні права, однак порядок денний КСВ ширший і права людини не є його кінцевою метою. У кращому випадку КСВ інкорпорує права людини як компонент ширшого етичного і заснованого на цінностях набору рішень¹⁶.

Саме тут БПЛ надає альтернативу шляхом фокусування на основоположних зобов'язаннях компаній поважати права людини, коли і де б вони не здійснювали свою господарську діяльність, не завдавати шкоди, а у разі, коли шкода все ж таки була завдана – забезпечувати належний захист потерпілим.

БПЛ як течія юридичної думки існує з кінця 1970-х років. Її зосередженість на суто юридичних аргументах на противагу моральним або етичним не є випадковою. Своїй появі вона завдячує конкретним трагічним випадкам і відповідному прагненню відшкодувати вже заподіяну шкоду, а не теоретичній дискусії щодо ролі компаній як носіїв позитивних зобов'язань поряд із державами. Негативні наслідки ведення бізнесу набули особливого розголосу в зв'язку з діяльністю транснаціональних корпорацій у так званих “приймаючих країнах” (*host countries*). Так, у 1980-х роках витік газу на заводі пестицидів “*Union Carbide*” в Бхопалі (Індія) призвів до загибелі й уражень тисяч людей і засвідчив, наскільки складно потерпілим у міжнародних деліктних справах домогтися відшкодування від транснаціональних корпорацій. Численні зловживання було виявлено також у текстильній та взуттєвій промисловості. Наприклад, з'ясувалося, що компанії “*Nike*” та “*Wal-Mart*” використовують дитячу працю у своїх виробничих ланцюгах. Також “*Nike*” експлуатувала у Південно-Східній Азії фабрики з надзвичайно поганими умовами охорони здоров'я та праці. Зі свого боку в технологічному секторі “*Yahoo*” та інші інтернет-гіганти спричинили до порушень прав людини в Китаї. Зокрема, “*Yahoo*” передавала китайському уряду інформацію про користувачів, що призвело до ув'язнення й тортур визначних китайських дисидентів¹⁷. Цей перелік можна довго продовжувати.

Сучасну нормативну основу БПЛ становлять Керівні принципи Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) з прав людини в сфері бізнесу (далі – Керівні принципи)¹⁸, одностайно прийняті Радою з прав люди-

¹⁶ A Ramasastry, ‘Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability’ [2015] 14(2) Journal of Human Rights 239.

¹⁷ Ibid 240-1.

¹⁸ ‘Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework’ (United Nations, 2011) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf> (accessed: 28.05.2019).

Валерія Поєдинок

ни ООН у 2011 р. (фактичним автором Керівних принципів є Дж. Рагті, який виконував функції спеціального представника ООН з бізнесу і прав людини). Слід відзначити, що Керівні принципи не використовують поняття КСВ.

Керівні принципи мають три опори, що відображають їхні основні засади: *опора I* – обов’язок держави здійснювати захист від порушень прав людини з боку третіх осіб, включаючи компанії; *опора II* – корпоративна відповідальність за дотримання прав людини; *опора III* – надання потерпілим особам доступу до ефективних засобів правового захисту – судових і позасудових.

Обов’язок держави захищати права людини лежить в самому серці міжнародно-правового режиму таких прав. Керівні принципи вбачають цей обов’язок держави не тільки в дотриманні чинних законів, а й, у разі необхідності, в оновленні законодавства та в регулюванні нових сфер. У коментарі до принципу 3 “Загальні регуляторні функції держави” зазначено:

Держави не повинні виходити з того, що підприємства неодмінно віддають перевагу державній бездіяльності або отримують вигоду від неї, натомість їм слід розглянути розумне поєднання заходів – національних і міжнародних, обов’язкових і добровільних – для забезпечення дотримання прав людини¹⁹.

Визнання провідної ролі держави як регулятора та виконавця законів є фундаментальною особливістю БПЛ і водночас відмінністю цієї концепції від КСВ. БПЛ зосереджується передусім на ролі держав щодо нагляду за їхніми корпоративними громадянами, а не просто заохочення їх – як всередині країни, так і за кордоном.

Друга опора Керівних принципів, яка стосується корпоративної відповідальності за дотримання прав людини, відсилає до ‘міжнародно визнаних прав людини – під якими розуміються, як мінімум, ті, що викладені в Міжнародному біллі про права людини²⁰ й основні права, визначені Міжнародною організацією праці²¹ (принцип 12). Ця опора не є зобов’язуючою: Керівні принципи лише закликають компанії демонструвати свою повагу до прав людини шляхом оцінки ризиків у формі триваючого процесу, що іменується юридичним аудитом у сфері прав

www.pravoua.com.ua

¹⁹ Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework (n 18).

²⁰ Міжнародний білль про права людини – неофіційна назва Загальної декларації прав людини і Міжнародних пактів про права людини, які, разом узяті, вважають авторитетним набором міжнародних стандартів прав людини.

²¹ Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework (n 18).

людини (*human rights due diligence*). Тут ідеться не про одноразовий огляд операцій компанії, а про постійний процес виявлення ризиків у діяльності компаній, які можуть спричиняти або посилювати негативний вплив на права людини. Юридичний аудит у сфері прав людини має своїх критиків, які вважають його занадто слабким засобом для притягнення компаній до відповідальності за їхні порушення.

Нарешті, третя опора – доступність засобів правового захисту – вимагає забезпечення надійного доступу до судових засобів правового захисту з боку держав, а також надання позасудових механізмів як державами, так і компаніями. Коментар до принципу 25 вказує:

<...> якщо держави не вживатимуть належних заходів для розслідування, покарання та відшкодування порушень права людини бізнесом, обов’язок держави захищати права людини вважатиметься слабким або навіть позбавленим сенсу²².

Зміст Керівних принципів як сучасної артикуляції концепції БПЛ може бути підсумований таким чином. По-перше, держави зобов’язані діяти; виховання корпоративної поваги до прав людини є їхнім обов’язком. По-друге, суб’єкти бізнесу повинні не просто поводитися правильно – або навіть зосереджуватися на трудових або соціальних правах – а оцінювати свою господарську діяльність у світлі основних міжнародних договорів з прав людини. Нарешті, Керівні принципи і загалом БПЛ акцентують увагу не на компаніях, які поведуться добре, а на тих, які не завдають шкоди (що вимірюється міжнародними договорами, а не місцевими законами). У разі, коли компанії завдають шкоду, Керівні принципи та БПЛ гарантують, що потерпілі матимуть доступ до належного засобу правового захисту.

Головний напрям критики Керівних принципів стосується того, що їх розробники сфокусували причетність компаній до забезпечення прав людини *на негативному обов’язку* утримуватися від заподіяння шкоди таким правам, а *не на позитивному обов’язку* сприяти реалізації прав людини, тоді як усі позитивні обов’язки у відповідній царині належать виключно державі. Тимчасом держави часто погано справляються з роллю головного примушувача та захисника, і компанії також можуть відігравати важливу роль у цьому. У сучасному світі компанії нерідко перевершують державу в можливостях домінування та впливу або, принаймні, можуть позитивно впливати на виконання державою своїх функцій. І саме тут БПЛ може фактично запозичувати з КСВ визнання

²² Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework (n 18).

Валерія Поєдинок

позитивного потенціалу компаній у царині забезпечення прав людини, бачення компаній не суто як частини проблеми, а як частини її вирішення²³.

Крім того, існують певні свідчення, що держави переглядають концепцію КСВ з метою включення до неї обмеженої версії БПЛ, згідно з якою компанії несуть обов'язки щодо дотримання прав людини (хоч і не більше того). Так, зокрема, Європейська комісія надала нове визначення КСВ у спосіб, який значно наближує цю концепцію до БПЛ. На думку Комісії, підприємства мають запровадити процес інтеграції соціальних, екологічних, етичних прав людини та проблем споживачів у здійснення ними господарських операцій та основоположну стратегію в тісній співпраці з заінтересованими сторонами. Це перший випадок, коли ЄС вдався до явного визнання прав людини та етичних міркувань на додаток до соціальних, екологічних і споживчих міркувань у межах концепції КСВ. Також ЄС зазначає, що держави можуть використовувати регулювання 'для створення більш сприятливого середовища для підприємств, які добровільно несуть свою соціальну відповідальність'²⁴. У цьому можна вбачати звернення до першої опори Керівних принципів та обов'язку держави захищати права людини.

Аналіз концепцій КСВ та БПЛ засвідчує деякі очевидні їх синергії та взаємодоповнюючий характер: передусім зазвичай широкий і проактивний фокус КСВ контрастує з, але й доповнює обов'язковий характер зобов'язань із прав людини. Точкою перетину КСВ і БПЛ є їхня практична спроможність; інтеграція обох концепцій дасть змогу сформулювати широкоохоплюючу та вимогливу концепцію соціально відповідального бізнесу, яка не обмежуватиметься обов'язком компаній дотримуватися прав людини (як це наразі передбачено Керівними принципами), а включає й обов'язок вживати проактивні й позитивні кроки в напрямку захисту та реалізації прав людини. Інакше кажучи, інтеграція обох течій юридичної думки створить простір для формування позитивних зобов'язань компаній у галузі прав людини.

Яким є стан освоєння концепцій КСВ та БПЛ в Україні? За даними дослідження "Розвиток КСВ в Україні: 2010–2018", попри те, що більшість компаній (83 %) реалізують КСВ, лише в половині (52 %) з них є стратегія (політика) соціальної відповідальності і вдвічі менша частка компаній має бюджет на її виконання (24 %). Тільки у третині компаній бюджет на соціальну відповідальність за останні три роки зріс. Мають систему показників для вимірювання результативності політики соціальної від-

²³ F Wettstein, 'CSR and the Debate on Business and Human Rights' [2012] 22(4) Business Ethics Quarterly 739-70.

²⁴ Communication from the Commission (n 14) para 5.

повідальності лише 12 %, а звіти готують 13 % компаній. Проте перелік показників для вимірювання соціально відповідальної діяльності, що навели представники компаній, дає підстави стверджувати, що українські компанії фактично не мають цих показників²⁵. Сама цифра у 83 %, на нашу думку, є завищеною і пояснити її можна тим, що компанії відносять до КСВ те, що насправді є елементарним виконанням норм трудового законодавства (“білі” зарплати, вжиття заходів з охорони праці тощо).

Погоджуємося з авторами зазначеного дослідження у тому, що з огляду на сильну залежність розвитку КСВ у компаніях від підтримки держави, доцільно було б запровадити законодавчі вимоги щодо розвитку КСВ, а першочерговим стимулом для її впровадження в Україні стало б введення для великих та державних компаній обов’язкового розкриття нефінансових показників у щорічному звіті, відповідно до Директиви 2014/95/ЄС²⁶. До такого висновку доходить й І. Лукач, вказуючи, що відсутність положень про нефінансовий звіт у законопроектах про фінансову звітність або ж окремого законопроекту про нефінансовий звіт свідчить про те, що Україна даремно поки що не надає значущості такій формі реалізації КСВ. При цьому підтримка КСВ передбачена низкою статей Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони²⁷, а виконання вимог Директиви 2014/95/ЄС впливає з комплексного аналізу цієї Угоди та директив ЄС²⁸.

Що стосується БПЛ, то Рада ООН з прав людини закликала всі держави прийняти національні плани дій (далі – НПД) для імплементації Керівних принципів. Крім того, Робоча група ООН з бізнесу та прав людини, яка складається з п’яти експертів, опублікувала детальні вказівки щодо змісту НПД та процесу їх розробки²⁹. Нині НПД розроблено й опубліковано переважною більшістю країн ЄС, США, Південною Кореєю, Колумбією, Чилі, Грузією. Україна належить до країн, які перебувають у процесі розробки НПД³⁰. Це є непоганим результатом, зважаючи на те, що окрім Грузії та України, жодна інша країна колишнього

²⁵ А Зінченко та М Саприкіна, *Розвиток КСВ в Україні: 2010-2018* (Юстон 2017) 25.

²⁶ Там само 50.

²⁷ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 15.06.2019).

²⁸ Лукач (2018) (н 4) 151.

²⁹ Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights. UN Working Group on Business and Human Rights. Version 1.0. 1 December 2014 <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_%20NAPGuidance.pdf> (accessed: 28.05.2019).

³⁰ ‘National Action Plans on Business and Human Rights’ <<https://globalnaps.org>> (accessed: 28.05.2019).

Валерія Поєдинок

СРСР, як і низка країн Центральної та Південної Європи, не здійснила жодних кроків у зазначеному напрямку.

Поряд із цим, на нашу думку, ступінь залученості України в глобальний дискурс КСВ та БПЛ слід оцінювати якщо й з оптимізмом, то стриманим. Цілком очевидно, що тягар участі у цьому дискурсі несуть вузькоспеціалізовані організації та обмежене коло фахівців. Тимчасом практична спроможність концепцій соціально відповідального бізнесу можлива тільки за умови доброї обізнаності з ними широкого загалу українських компаній та їхніх стейкхолдерів. Це зумовлює особливу значущість освітнього та просвітницького компоненту. Важливу роль у поширенні ідей і практик соціально відповідального бізнесу можуть відіграти навчальні курси у вищих навчальних закладах, центрах підвищення кваліфікації та перекваліфікації, випуск навчальної літератури, проведення публічних науково-практичних заходів тощо. Уявляється, що саме наука господарського права з її орієнтацією на дотримання публічного інтересу в процесі ведення бізнесу та методологічним плюралізмом якнайкраще підходить для цієї ролі. Те, що її реалізація вимагає опанування аспектів, які традиційно лежали поза межами господарсько-правової проблематики (права людини), повинно розглядатися не як перешкода, а як нагода для збагачення й розвитку господарсько-правової доктрини.

Висновки. “Корпоративна соціальна відповідальність” та “бізнес і права людини” є контекстуально й концептуально різними течіями світової юридичної думки, які, однак, у підсумку слугують спільній меті – забезпеченню соціальної відповідальності бізнесу. Тимчасом як КСВ акцентує увагу на соціально відповідальній поведінці в широкому розумінні, двигуном якої є воля самих компаній, що вбачають у ній шлях до посилення власної конкурентоспроможності (*позитивна відповідальність*), БПЛ зосереджується на конкретних юридичних зобов’язаннях компаній у сфері прав людини та відшкодуванні завданої шкоди (*негативна відповідальність*). БПЛ позиціонує себе як відповідь на “юридично неконкретну” КСВ і її потенційну неспроможність, однак сама страждає на методологічну недостатність через те, що нехтує позитивною роллю, яку можуть відіграти компанії в напрямі захисту і просування прав людини. Існує потенціал для більш широкої інтеграції обох течій, що дасть змогу сформулювати всеохоплюючу концепцію позитивних зобов’язань компаній у галузі прав людини.

З огляду на низький рівень проникнення в українську правову й бізнес-свідомість ідей і практик соціально відповідального бізнесу зростає вага освітніх і просвітницьких зусиль, головну роль у вжитті яких може відіграти наука господарського права.

www.pravoua.com.ua

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bowen H, *Social Responsibilities of the Businessman* (University of Iowa Press 1959/2013) (in English).
2. Heald M, *The Social Responsibilities of Business: Company and Community 1900–1960* (Transaction Publishers 1970) (in English).
3. Lukach I, *Teoretychni problemy pravovoho rehuliuвання korporatyvnykh vidnosyn v Ukraini: monohrafiia [Theoretical Issues of Corporate Relations Legal Framework in Ukraine: Monograph]* (Lira-K 2015) (in Ukrainian).
4. Swenson D and Rice T and Graver H and others, *Typovyi navchalnyi plan vyvchennia prava v Ukraini [Model Curriculum for the Study of Law in Ukraine]* (USAID Ukraine 2018) (in Ukrainian).
5. Zinchenko A and Saprykina M, *Rozvytok KSV v Ukraini: 2010–2018 [The Development of CSR in Ukraine: 2010–2018]* (Iuston 2017) (in Ukrainian).

Journal articles

6. David D, ‘Business Responsibilities in an Uncertain World’ [1949] 27(3) *Harvard Business Review* 1-8 (in English).
7. Dempsey B, ‘The Roots of Business Responsibility’ [1949] 27(4) *Harvard Business Review* 393-404 (in English).
8. Ramasastry A, ‘Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability’ [2015] 14(2) *Journal of Human Rights* 239 (in English).
9. Scherer A and Palazzo G, ‘Toward a Political Conception of Corporate Responsibility: Business and Society Seen from a Habermasian Perspective’ [2007] 32(4) *Academy of Management Review* 1096-1120 (in English).
10. Wettstein F, ‘CSR and the Debate on Business and Human Rights’ [2012] 22(4) *Business Ethics Quarterly* 739-770 (in English).
11. Lukach I, ‘Zakonodavche zakriplennia nefinansovoho zvituvannia v konteksti Uhody pro asotsiatsiiu’ [‘Legislative Entrenchment of a Non-financial Report in the Context of the Association Agreement’] (2018) 6 *Pravo Ukrainy* 143-153 (in Ukrainian).

Websites

12. ‘Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework’ (*United Nations*, 2011) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf> (accessed: 28.05.2019) (in English).
13. ‘Corporate social responsibility – CSR-UA’ <<http://sr-ua.info/csr-ukraine>> (accessed: 28.05.2019) (in English).
14. ‘National Action Plans on Business and Human Rights’ <<https://globalnaps.org/>> (accessed: 28.05.2019) (in English).
15. ‘V Instytuti ekonomiko-pravovykh doslidzhen NAN Ukrainy vidbuvsia mizhnarodnyi naukovo-praktychnyi seminar “Zmitsnennia zasad u sferi biznesu i prav liudyny: draivery dlia Ukrainy”’ [‘International Scientific and Practical Seminar’ Strengthening Business and Human Rights: Drivers for Ukraine’ Held at the Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine”] (*NAN Ukrainy*, 20.11.2018) <<http://www.nas.gov.ua/EN/Messages/News/Pages/View.aspx?MessageID=4408>> (accessed: 28.05.2019) (in Ukrainian).

“CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY”
AND “BUSINESS AND HUMAN RIGHTS”:
CORRELATION OF CONCEPTS

ABSTRACT. Ukraine’s integration into European and global legal space necessitates the updating and modernizing of economic law doctrine, and this particularly involves the uptake of new contexts which can be conducive to the full deployment of economic law’s capability of integrative, synergistic use of various methods of legal influence. Such contexts embrace the issue of social consequences of doing business, responsibility of enterprises for harm caused to society and its individual members, and the role of the State in ensuring the social orientation of business.

The purpose of the article is to study the concepts of “corporate social responsibility (CSR)” and “business and human rights” (BHR), their common and distinctive features, promising areas of convergence, as well as their importance for the doctrine of economic law in Ukraine.

The author has found that CSR and BHR are the closely interrelated streams of legal thought having their main focus on companies which conduct responsible and socially useful economic activities. However, these concepts have major differences arising from their different origins. In CSR, the emphasis is on decision-making by the companies themselves, not on regulation of their activities by the State or legal liability. CSR is seen as a factor of an enterprise’s competitiveness. Instead, BHR assesses corporate behavior in the light of generally accepted human rights standards enshrined in fundamental international treaties, and is more focused on holding companies accountable for harm rather than on positive recognition of the role which a business can play in advocating and protecting human rights. The regulatory framework for BHR is the United Nations’ Guiding Principles for Business and Human Rights 2011.

The author substantiates the expediency of integrating these two trends, since such integration will allow formulating a broad-based concept of socially responsible business which will not be limited just to the obligation of companies to respect human rights (as it is now provided for by the Guidelines), but will also include the obligation to take proactive and positive steps towards the protection and implementation of human rights.

Given the shallow penetration of the ideas and practices of socially responsible business into the Ukrainian legal and business consciousness, educational and awareness-raising efforts are crucial. A weighty contribution to such efforts can be made by the science of economic law which is characterized by a focus on the consistency with the public interest in the course of doing business, and by methodological pluralism.

KEYWORDS: business; human rights; corporate social responsibility; socially responsible business; positive obligations.



Ірина Лукач

докторка юридичних наук, доцентка,
професорка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-4460-5613>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/G-1566-2017>
lukachiryna@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-08-145

УДК 347.724

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ ЧАСТКИ В СТАТУТНОМУ КАПІТАЛІ ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ ПРАВУ НА УПРАВЛІННЯ

АНОТАЦІЯ. За ступенем впливу на підприємництво прийняття Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” (Закон) можна порівняти з прийняттям Цивільного та Господарського кодексів України в 2013 р., оскільки товариства з обмеженою відповідальністю (ТОВ) є найбільш популярною організаційно-господарською формою в Україні, яка лишає далеко “за бортом” інших конкурентів. Не можна не відзначити низку позитивних новел, які запровадив Закон. Водночас він приніс дисбаланс у принцип пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ.

Метою статті є висвітлення принципу пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ праву на управління в українському праві.

Якщо принцип пропорційності частки в статутному капіталі реальному внеску не буде дотримано ТОВ, треті особи не матимуть доступу до інформації про відсоткове співвідношення. Виникає як небезпека введення в оману контрагентів щодо реального стану речей в корпоративному управлінні товариства, так і можливих позовів щодо перерозподілу частки в межах самого ТОВ. Використовуючи порівняльно-логічний метод, було порівняно українську термінологію щодо частки в статутному капіталі з німецьким законодавством, яке є найбільш наближеним до українського, а також зроблено висновок, що в німецькому законодавстві цей принцип дотримано.

Принцип пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ праву на управління містить важливе практичне завдання: його дотримання є запорукою інформативності реального внеску учасника у співвідношення до можливості голосування на загальних зборах. Це дає можливість третім особам реально оцінити розподіл корпоративного управління в товаристві. І навпаки, нехтування цим принципом може призвести до зловживання як корпоративними правами, так і правами третіх осіб. Застосування принципу пропорційності порушено у Законі. Проблему посилює той факт, що є численні колізії як у самому Законі, так і в його співвідношенні з Законом України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб –

© Ірина Лукач, 2019

Ірина Лукач

підприємців та громадських формувань”. З метою дотримання принципу пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ праву на управління потрібно внести зміни до Закону, а саме, викласти в такій редакції ч. 2 ст. 14: “Вартість вкладу кожного учасника товариства повинна відповідати номінальній вартості його частки” та ч. 3 ст. 29: “Кожен учасник товариства на загальних зборах учасників має кількість голосів, пропорційну до розміру його частки у статутному капіталі товариства”.

Ключові слова: товариство з обмеженою відповідальністю; частка в статутному капіталі; статутний капітал; державна реєстрація юридичних осіб; господарські товариства; учасники товариства з обмеженою відповідальністю.

Закон України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю” (далі – Закон)¹ став важливою віхою на шляху становлення корпоративного законодавства. Він нарешті комплексно врегулював правовий статус одного з найпопулярніших суб’єктів господарювання України – товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ). Серед важливих новел законодавства варто згадати легалізацію наглядової ради, визначення порядку спадкування частки в статутному капіталі товариства та звернення стягнення на частку в статутному капіталі. Згідно зі статистичними даними станом на 1 квітня 2019 р. кількість ТОВ серед юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання становить 643 612². Організаційно-правова форма ТОВ вперше була закріплена в Законі про товариства з обмеженою відповідальністю (далі – *GmbHG*), прийнятому в Німеччині 20 квітня 1892 р. Після успіху цієї корпоративної форми в Німеччині вона набула поширення по всьому світу: в Австрії (1906 р.), у Португалії (1917 р.), у Бразилії (1919 р.), у Словаччині (1920 р.), у Чилі (1923 р.), у Франції (1925 р.), у Бельгії (1935 р.)³.

Незважаючи на всі позитивні новели Закону, не можна замовчувати його дисбалансований підхід у розщепленні понять “частка в статутному капіталі” та “право на управління”, що приносить дисбаланс у принцип пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ.

Потрібно зауважити, що принцип пропорційності частки в статутному капіталі праву на управління не досліджувався в українській юридичній літературі з огляду на новели Закону, проте активно обговорювався у практичній юридичній літературі (про що йтиметься далі).

¹ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>> (дата звернення: 07.05.2019).

² “Кількість юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання” (Держстат України, 1 квітня 2019 р.) <http://www.ukrstat.gov.ua/edrpo/ukr/EDRPU_2019/ks_opfg/ks_opfg_0419.htm> (дата звернення: 04.05.2019).

³ ‘Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Deutschland)’ (Wikipedia – Die freie Enzyklopädie) <[https://de.wikipedia.org/wiki/Gesellschaft_mit_beschr%C3%A4nkte_Haftung_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Gesellschaft_mit_beschr%C3%A4nkte_Haftung_(Deutschland))> (accessed: 04.05.2019).

Метою дослідження є висвітлення принципу пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ праву на управління в українському праві.

У попередніх своїх працях нами було доведено, що корпоративні права – це права акціонера чи учасника ТОВ, що впливають із їхньої частки в статутному капіталі такого товариства. Частка в статутному товаристві – це частина статутного капіталу ТОВ чи акціонерного товариства. Предметом відчуження є саме частка в статутному капіталі, а не корпоративні права⁴. Поняття частки в статутному капіталі Закон не встановлює. Відповідно ж до ч. 1 ст. 12 розмір статутного капіталу товариства складається з номінальної вартості часток його учасників, виражених у національній валюті України.

Виникає запитання, а чи може співвідношення номінальної вартості і частки бути різним? Закон не дає прямої відповіді на це запитання, але на нього можна відповісти шляхом комплексного тлумачення норм. Відповідно до ч. 2 ст. 12 Закону:

Розмір частки учасника товариства у статутному капіталі товариства може додатково визначатися у відсотках. Розмір частки учасника товариства у відсотках повинен відповідати співвідношенню номінальної вартості його частки та статутного капіталу товариства⁵.

Таким чином, номінальна вартість частки учасника має відповідати його частці в статутному капіталі. Наприклад, якщо статутний капітал ТОВ “Сопілка” становить 10 тис. грн, а його учасниками є два громадянина – Байда та Вовк, частки яких поділено порівну по 50 %, то номінальна вартість кожного з учасників становить 5 тис. грн.

Однак згідно з ч. 2 ст. 14 Закону ‘вартість вкладу кожного учасника товариства повинна бути не менше номінальної вартості його частки’⁶. Таким чином, ця норма дозволяє робити номінальну частку в статутному капіталі відмінною від реального вкладу. У цьому випадку, якщо статутний капітал ТОВ “Сопілка” становить 10 тис. грн, а його учасниками є два громадянина – Байда та Вовк, частки яких поділено порівну по 50 %, то номінальна вартість вкладу кожного з учасників може становити більше, ніж 5 тис. грн.

Водночас Закон не розкриває, що саме мається на увазі під поняттям вклад учасника. Якщо дотримуватися логіки ч. 2 ст. 14 Закону, то потрібно розмежовувати поняття “частка в статутному капіталі”, “номінальна вартість частки” та “вклад”.

⁴ І Лукач, *Теоретичні проблеми правового регулювання корпоративних відносин в Україні* (Ліра-К 2015) 168.

⁵ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (н 1).

⁶ Там само.

Ірина Лукач

На думку деяких юристів, за Законом частка не обов'язково повинна бути грошовою оцінкою вкладу. Навпаки, вклад до статутного капіталу можна буде вносити в розмірі, більшому за номінальну вартість частки. Це так званий “*share premium*” у ТОВ, якого досить довго чекали і приватні інвестори, і міжнародні фінансові організації⁷.

Проте не можна розглядати корпоративне законодавство окремо від податкового. Згідно з пп. 14.1.90 Податкового кодексу України (далі – ПК України):

Корпоративні права – права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами⁸.

Відповідно до пп. 165.1.44 ПК України до загального місячного (річного) оподаткованого доходу платника податку не включається ‘сума майнового та немайнового внеску платника податку до статутного фонду юридичної особи – емітента корпоративних прав, в обмін на такі корпоративні права’⁹.

Як видно, ПК України оперує поняттям “корпоративні права”, яким позначається частка в статутному капіталі господарської організації. За таким підходом частка в статутному капіталі має відповідати вкладу учасника та номінальній вартості частки, інакше такий внесок не буде вважатись часткою у статутному капіталі та буде оподатковуватись як фінансова допомога, що абсолютно невигідно як для товариства, так і для його учасників.

Якщо звернутися до досвіду зарубіжних країн, то згідно з ч. 2 ст. 5 Закону Німеччини “Про товариства з обмеженою відповідальністю”¹⁰ номінальна вартість кожної частки повинна становити повну суму євро. Акціонер може підписати кілька акцій при формуванні товариства. Відповідно до ч. 3 ст. 5 сума номінальної вартості окремих частин може бути визначена різним чином. Сума номінальної вартості всіх акцій повинна дорівнювати сумі статутного капіталу. Але тут ідеться саме про те, що

⁷ О Даскалюк, ‘Equity and Management: нові можливості для учасників товариств з обмеженою відповідальністю’ (ЮРИСТ & ЗАКОН) <http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA011399> (дата звернення: 04.05.2019).

⁸ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> (дата звернення: 04.05.2019).

⁹ Там само.

¹⁰ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: erlassen am 20 April 1892 <<https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>> (accessed: 04.05.2019).

кожен учасник може мати різні частки, а не те, що вартість частки може визначатись по-різному¹¹. Тоді як положення Закону, як зазначалося вище, деякі юристи хочуть тлумачити як можливість відходу від принципу пропорційності додаткового вкладу.

Термінологічну плутанину посилює ще запровадження терміна “додатковий вклад”. Закон України “Про господарські товариства”¹² не оперував цим терміном. Стаття 52 зазначеного акта регламентувала порядок збільшення статутного капіталу ТОВ. За загальним висновком збільшення відбувалося пропорційно до частки учасника в статутному капіталі товариства та суми збільшення. Тобто, якщо статутний капітал ТОВ “Сопілка” становить 10 тис. грн, а його учасниками є два громадянина – Байда та Вовк, частки яких поділено порівну по 50 %, то номінальна частка кожного з учасників становить 5 тис. грн. Якщо ТОВ “Сопілка” хотіло збільшити статутний капітал на 10 тис. грн, то його учасники – громадяни Байда та Вовк, залишали свою частку по 50 %, що становить по 10 тис. грн у кожного учасника.

Згідно з ч. 2 ст. 18 Закону:

Кожний учасник має переважне право зробити додатковий вклад у межах суми збільшення статутного капіталу пропорційно до його частки у статутному капіталі. Треті особи та учасники товариства можуть зробити додаткові вклади після реалізації кожним учасником свого переважного права або відмови від реалізації такого права в межах різниці між сумою збільшення статутного капіталу та сумою внесених учасниками додаткових вкладів, лише якщо це передбачено рішенням загальних зборів учасників про залучення додаткових вкладів¹³.

Можна зробити висновок, що такий додатковий вклад є ніщо інше, як збільшення частки в статутному капіталі завдяки додатковим вкладам. При цьому перше речення ч. 2 ст. 18 Закону означає, що учасники мають переважне право внести додатковий вклад пропорційно своїй частці. Друге речення треба тлумачити так, що треті особи та учасники товариства можуть внести додаткові вклади, якщо: 1) це передбачено рішенням загальних зборів учасників про залучення додаткових вкладів; 2) такі додаткові вклади вносяться після реалізації кожним учасником свого переважного права або відмови від реалізації такого права в межах різниці між сумою збільшення статутного капіталу та сумою внесених учасниками додаткових вкладів.

¹¹ F Kübler and F Assmann, *Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen* (Müller Verlag 2006) 267.

¹² Про господарські товариства: Закон України від 19 вересня 1991 р. № 1576-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>> (дата звернення: 04.05.2019).

¹³ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (н 1).

Ірина Лукач

Суттєвим недоліком Закону є розмитість терміна “пропорційність”. Оскільки, якщо інші учасники відмовляться робити додатковий вклад, то учасник чи третя особа, що збирається його робити, можуть внести вклад лише пропорційно його частці. Але, якщо вони зроблять вклад, а інші ні, то його частка в статутному капіталі буде більше і пропорційність розмиється. Тобто, якщо статутний капітал ТОВ “Сопілка” становить 10 тис. грн, а його учасниками є два громадянина – Байда та Вовк, частки яких поділено порівну по 50 %, то номінальна частка кожного з учасників становить 5 тис. грн. Якщо ТОВ “Сопілка” хотіло збільшити статутний капітал на 10 тис. грн, а його учасник – громадянин Байда не зробить додатковий вклад у 5 тис. грн, а Вовк зробить, то пропорційність зміниться. Частка у статутному капіталі Байди буде 5 тис. грн, що у відсотковому еквіваленті становитиме 33,33 %, а Вовка – 10 тис. грн (66,67 %). Однак це суперечитиме пропорційності, тому що до збільшення статутного капіталу їхня частка була 50 % на 50 %, а після збільшення статутного капіталу вона суттєво змінилася.

Потрібно зазначити, що диспропорційність частки статутного капіталу та вкладу учасника має технічний бік проблеми, який становитиме небезпеку як для учасників товариства, так і для третіх осіб. Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (далі – Єдиний державний реєстр) містить певну інформацію, що є загальнодоступною в електронному вигляді. З-поміж інших відомостей, що вносяться до Єдиного державного реєстру, ч. 2 ст. 9 Закону України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань”¹⁴ містить інформацію щодо засновників юридичної особи. Зокрема: 1) перелік засновників (учасників) юридичної особи: прізвище, ім’я, по батькові (за наявності), дата народження, країна громадянства, місце проживання, реєстраційний номер облікової картки платника податків (за наявності), серія та номер паспорта, якщо засновник – фізична особа; найменування, країна резидентства, місцезнаходження та ідентифікаційний код, якщо засновник – юридична особа (п. 8); 2) розмір статутного (складеного) капіталу (пайового фонду) та розмір частки кожного із засновників (учасників) (п. 15).

Проте розмір такої частки виражається не у відсотках, а лише в гривнях. Якщо статутний капітал ТОВ “Сопілка” становить 10 тис. грн, а його учасниками є два громадянина – Байда та Вовк, частки яких поділено, то номінальна частка кожного з учасників становить 5 тис. грн, що відобра-

www.pravoua.com.ua

¹⁴ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15>> (дата звернення: 07.05.2019).

жається в Єдиному державному реєстрі. Відсоткового співвідношення Єдиний державний реєстр не містить. Таким чином, якщо учасники товариства вирішили поділити частку в статутному капіталі: 70 % – у Байди, у Вовка – 30 %, така інформація не буде відображена в Єдиному державному реєстрі, а будуть видні тільки їхні фактичні частки – по 5 тис. грн на кожного. Таким чином, для третіх осіб їх відсоткове співвідношення частки в статутному капіталі буде виглядати як 50 % у кожного учасника.

Проблему посилює той факт, що розмір частки в статутному капіталі, його відсоткове вираження та розмір статутного капіталу не входить до переліку обов'язкових відомостей, що вносять до статуту ТОВ. Згідно з ч. 5 ст. 11 Закону у статуті товариства зазначаються відомості про: '1) повне та скорочене (за наявності) найменування товариства; 2) органи управління товариством, їх компетенцію, порядок прийняття ними рішень; 3) порядок вступу до товариства та виходу з нього'¹⁵. Відповідно до ч. 6 цієї статті статут товариства може містити інші відомості, що не суперечать закону.

Відповідно до ч. 3 ст. 29 Закону 'кожен учасник товариства на загальних зборах учасників має кількість голосів, пропорційну до розміру його частки у статутному капіталі товариства, якщо інше не передбачено статутом'¹⁶. Але це, знов-таки, не відображається в Єдиному державному реєстрі, а для того, щоб третім особам перевірити реальний стан корпоративного управління та перерозподіл часток, їм потрібно просити статут товариства, що не є загальнодоступним, із Єдиного державного реєстру, що суттєво ускладнює процес доступу до нього.

Таким чином, якщо принцип пропорційності частки в статутному капіталі реальному внеску не буде дотримано ТОВ, треті особи не матимуть доступу до інформації про відсоткове співвідношення. Тут виникає як небезпека введення в оману контрагентів щодо реального стану речей в корпоративному управлінні товариства, так і можливих позовів щодо перерозподілу частки в межах самого ТОВ.

Отже, у ч. 2 ст. 18 Закону закладено внутрішню суперечність – неможливо збільшити статутний капітал завдяки додатковим внескам, якщо всі члени цього не зробили.

Частина 7 ст. 18 Закону частково вирішує цю проблему:

Статутом або одностайним рішенням загальних зборів учасників, в яких взяли участь всі учасники товариства, можуть встановлюватися інші строки для внесення додаткових вкладів, може встановлюватися можливість учасників вносити додаткові вклади без дотримання пропорцій

¹⁵ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (н 1).

¹⁶ Там само.

Ірина Лукач

їхніх часток у статутному капіталі або право лише певних учасників вносити додаткові вклади, а також може бути виключений етап внесення додаткових вкладів лише тими учасниками товариства, які мають переважне право¹⁷.

Вочевидь, що положення ч. 2 ст. 18 Закону не можуть працювати без урахування ч. 7 цієї ж статті, а саме – проведення загальних зборів товариства. При цьому не зовсім реальною виглядає ситуація, коли пропорційність часток може не враховуватися, оскільки будуть виникати проблеми з державною реєстрацією внесення змін до розподілу часток у статутному капіталі, чи навіть можуть виникнути ризики рейдерських захоплень.

Згідно з ч. 5 ст. 17 Закону України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань” для державної реєстрації змін до відомостей про розмір статутного капіталу, розміри часток у статутному капіталі чи склад учасників ТОВ або товариства з додатковою відповідальністю (далі – ТДВ) подаються такі документи:

- 1) заява про державну реєстрацію змін до цих відомостей;
- 2) документ про сплату адміністративного збору;
- 3) один із таких відповідних документів:
 - а) рішення загальних зборів учасників товариства про визначення розміру статутного капіталу та розмірів часток учасників;
 - б) рішення загальних зборів учасників товариства про виключення учасника з товариства;
 - в) заява про вступ до товариства;
 - г) заява про вихід з товариства;
 - г) акт приймання-передачі частки (частини частки) у статутному капіталі товариства;
 - д) судові рішення, що набрало законної сили, про визначення розміру статутного капіталу товариства та розмірів часток учасників товариства;
 - е) судові рішення, що набрало законної сили, про стягнення з (повернення з володіння) відповідача частки (частини частки) у статутному капіталі товариства¹⁸.

Таким чином, якщо зміна пропорцій часток у статутному капіталі відбувається без узгодження з загальними зборами, виникає запитання, а який документ має подаватися для державної реєстрації змін? Оплата частки не є документом, який подається для підтвердження державної

¹⁷ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (н 1).

¹⁸ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (н 14).

реєстрації змін до відомостей про розмір статутного капіталу, розміри часток у статутному капіталі чи склад учасників ТОВ або ТДВ. Отже, без проведення загальних зборів товариства змінити пропорційність частки не вдасться. Проте, можливо, у товариства виникнуть проблеми зі скликанням загальних зборів.

До того ж згідно з ч. 9 ст. 18 Закону:

Протягом одного місяця з дати спливу строку для внесення додаткових вкладів, встановленого відповідно до цієї статті, загальні збори учасників товариства приймають рішення про:

- 1) затвердження результатів внесення додаткових вкладів учасниками товариства та/або третіми особами;
- 2) затвердження розмірів часток учасників товариства та їх номінальної вартості з урахуванням фактично внесених ними додаткових вкладів;
- 3) затвердження збільшеного розміру статутного капіталу товариства¹⁹.

Таким чином, зміни у пропорційності частки в статутному капіталі можуть робити тільки загальні збори, але на підставі попереднього одностайного рішення учасників чи положень статуту.

Водночас термін “додатковий вклад” було обрано не зовсім правильно. У німецькому праві є два терміни: внесок зі збільшення статутного капіталу та додаткові вклади. У разі збільшення статутного капіталу сума виплати внеску учасника обчислюється на основі номінальної вартості акції (ст. 14 Закону *GmbHG*). І зовсім інша конструкція – додаткові вклади. Стаття 26 Закону *GmbHG* передбачає, що статутом може бути визначено, крім номінальної вартості частки, вимогу до учасника внести додаткові вклади. Але додаткові вклади повинні бути внесені пропорційно до частки в статутному капіталі. Знов-таки, це суттєво відрізняється від омріяної деякими українськими практиками картини, що частка учасника не відповідає його частці в статутному капіталі.

Висновки. Принцип пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ праву на управління містить важливе практичне завдання: його дотримання є запорукою інформативності реального вкладу учасника у співвідношення до можливості голосування на загальних зборах. Це дає можливість третім особам реально оцінити розподіл корпоративного управління в товаристві. І навпаки, нехтування цим принципом може призвести до зловживання як корпоративними правами, так і правами третіх осіб. Застосування принципу пропорційності порушено у Законі України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”. Проблему посилює той факт, що є численні колізії як

¹⁹ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю (н 1).

Ірина Лукач

у самому Законі, так і в його співвідношенні з Законом України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань”. З метою дотримання принципу пропорційності частки в статутному капіталі ТОВ праву на управління потрібно внести зміни до Закону, зокрема, викласти в такій редакції: ч. 2 ст. 14: “Вартість вкладу кожного учасника товариства повинна відповідати номінальній вартості його частки”; ч. 3 ст. 29: “Кожен учасник товариства на загальних зборах учасників має кількість голосів, пропорційну до розміру його частки у статутному капіталі товариства”.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kübler F, Assmann *Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen* (Müller Verlag 2006) (in German).
2. Lukach I, *Teoretychni problemy pravovoho rehuliuвання korporatyvnykh vidnosyn v Ukraini [Theoretical Issues of Legal Regulation of Corporate Relations in Ukraine]* (Lira-K 2015) (in Ukrainian).

Websites

3. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Deutschland) (*Wikipedia – Die freie Enzyklopädie*) <[https://de.wikipedia.org/wiki/Gesellschaft_mit_beschr%C3%A4nkte_Haftung_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Gesellschaft_mit_beschr%C3%A4nkte_Haftung_(Deutschland))> (accessed: 04.05.2019) (in German).
4. ‘Kilkist yurydychnykh osib za orhanizatsiino-pravovymy formamy hospodariuvannia’ [‘Number of Legal Entities by Business Incorporation Forms’] (*Derzhstat Ukrainy*, 1 kvitnia 2019 r.) <http://www.ukrstat.gov.ua/edrpoy/ukr/EDRPU_2019/ks_opfg/ks_opfg_0419.htm> (accessed: 04.05.2019) (in Ukrainian).
5. Daskaliuk O, ‘Equity and Management: novi mozhlyvosti dlia uchasnykiv tovarystv z obmezhenoiu vidpovidalnistiu’ [‘Equity and Management: New Opportunities for Members of Limited Liability Companies’] (*IuRYST & ZAKON*) <http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA011399> (accessed: 04.05.2019) (in Ukrainian).

Iryna Lukach

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY OF THE SHARE IN A LIMITED LIABILITY COMPANY’S AUTHORIZED CAPITAL TO THE RIGHT OF CONTROL

ABSTRACT. By the extent of its influence on a company, the adopted Law of Ukraine “On Limited Liability and Additional Liability Companies” (the Law) is comparable with the adoption of the Civil and Economic Codes of Ukraine in 2013, since a limited liability company (LLC) is the most popular business incorporation form in Ukraine which leaves

other competitors far behind. A set of positive innovations introduced by the Law must not go unmentioned. At the same time, it has brought an imbalance into the principle of proportionality of the share in an LLC's authorized capital.

The purpose of the article is to elucidate the principle of proportionality of the share in an LLC's authorized capital to the right of control in Ukrainian law.

If an LLC does not observe the principle of proportionality of the share in the authorized capital to a real contribution, third parties will not have access to information about the percentage ratio. Hence, there is a danger that contractors may be misled about the real state of affairs in a company's corporate governance, and a threat that claims may be filed for redistribution of shares within the LLC. Using a comparative logical method, the author compared the Ukrainian terminology concerning the share in the authorized capital with German legislation which is the closest to Ukrainian legislation, and made a conclusion that in the German legislation this principle is appropriately observed.

The principle of proportionality of the share in an LLC's authorized capital to the right of control comprises a fundamental practical task: its observance is the key in furnishing the appropriate information about a member's real contribution in terms of the voting capability at the general meeting. This enables third parties to realistically assess the distribution of corporate governance in a company. Conversely, if this principle is neglected, this can entail an abuse of corporate rights as well as third-party rights. The Law breaches the proportionality principle. This problem is aggravated by the fact that there are numerous conflicts in the Law proper and in its relation to the Law of Ukraine "On State Registration of Legal Entities, Individual Entrepreneurs and Public Formations". Changes to the Law are needed to ensure its compliance with the principle of proportionality of the share in an LLC's authorized capital to the right of control, namely, Part 2 of Article 14 should be reworded as follows: "The value of the contribution made by each member of the company should correspond to the nominal value of its share", and Part 3 of Article 29 as follows: "At the general members meeting each company member shall be entitled to the number of votes which is proportional to the size of this member's share in the authorized capital of the company."

KEYWORDS: limited liability company; share in the authorized capital; authorized capital; state registration of legal entities; business companies; members of limited liability company.



Олександра Кологойда

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-6929-3225>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/G-5740-2017>
a.kolohoida@icloud.com



Оксана Маленко

адвоката, керуюча партнерка
Адвокатського об'єднання "ІнтераКціо"
(Київ, Україна)
om3333@ukr.net

УДК 346.93:336:763

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОЦІНКИ РИНКОВОЇ ВАРТОСТІ АКЦІЙ У ПРОЦЕДУРАХ SQUEEZE-OUT ТА SELL-OUT

АНОТАЦІЯ. Досліджено правове регулювання процедури визначення ціни викупу, обов'язкового викупу (продажу) акцій на вимогу особи, яка набула право власності на домінуючий контрольний пакет акцій товариства.

Метою статті є дослідження практичних аспектів проведення та використання оцінки ринкової вартості акцій у процедурах викупу акцій, аналіз судової практики розгляду спорів, пов'язаних із викупом акцій, визначення належних і допустимих доказів, що використовуються у корпоративних спорах.

23 березня 2017 р. прийнято Закон України № 1983-VIII "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах" (Закон № 1983-VIII), який врегулював два способи консолідації мажоритарним акціонером, якому належить понад 95 % акцій, всіх акцій такого товариства – інститут обов'язкового придбання акцій мажоритарним акціонером на вимогу міноритарного акціонера (процедура "sell-out") та інститут публічної вимоги мажоритарного акціонера щодо продажу йому простих акцій міноритаріями (процедура "squeeze-out") шляхом внесення змін і доповнень до Закону України "Про акціонерні товариства" (статті 65–65⁵).

Незважаючи на відповідність основних положень Закону № 1983-VIII положенням Директиви 2004/25/ЄС Європейського Парламенту та Ради щодо пропозицій про поглинання, аналіз норм Закону України "Про акціонерні товариства" та прак-

тика розгляду корпоративних спорів, пов'язаних із реалізацією норм закону про викуп (обов'язковий викуп), обов'язковий продаж акцій, свідчить про відсутність гарантій захисту права міноритарних акціонерів на одержання справедливої компенсації ринкової вартості акцій, що обумовлює складність вибору способів захисту та вирішення зазначеної категорії спорів господарськими судами.

На підставі аналізу норм законодавства, правових позицій вищих судових інстанцій та судової практики визначено правові підстави проведення незалежної оцінки та судової експертизи з визначення ринкової вартості акцій, а також належні та допустимі докази у корпоративних спорах, пов'язаних із викупом (обов'язковим викупом), обов'язковим продажем акцій.

Проведене дослідження свідчить про відсутність гарантій захисту права міноритарних акціонерів на одержання справедливої компенсації ринкової вартості акцій, що обумовлює актуальність теми дослідження з метою вибору належних способів захисту та правильного вирішення господарськими судами цієї категорії спорів.

Ключові слова: оцінка ринкової вартості акцій; викуп акцій; обов'язковий продаж акцій (*squeeze-out*); обов'язкове придбання акцій (*sell-out*).

23 березня 2017 р. прийнято Закон України № 1983-VIII “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах” (далі – Закон № 1983-VIII)¹, яким доповнено Закон України “Про акціонерні товариства” (далі – Закон № 514-VI)² ст. 65², якою встановлено право особи, яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій (95 % і більше простих акцій акціонерного товариства) або уповноваженої особи групи осіб, що діють спільно, протягом 90 днів з дня подання повідомлення відповідно до ч. 2 цієї статті та за умови виконання нею дій, передбачених ст. 65 або ст. 65¹ Закону № 514-VI, надіслати до товариства публічну безвідкличну вимогу про придбання акцій в усіх власників акцій товариства (далі – публічна безвідклична вимога).

Особливий порядок реалізації процедури *squeeze-out* визначено Прикінцевими та перехідними положеннями Закону № 1983-VIII відповідно до п. 2 яких:

Протягом двох років з дня набрання чинності цим Законом особа (особи, які діють спільно), яка станом на дату набрання чинності цим Законом є прямо або опосередковано з урахуванням кількості акцій, що належать їй або її афілійованим особам, власником домінуючого контрольного пакета акцій акціонерного товариства (далі – заявник вимоги), має право застосувати положення статті 65² Закону України “Про акціонерні това-

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах: Закон України від 23 березня 2017 р. № 1983-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1983-19#n262>> (дата звернення: 20.05.2019).

² Про акціонерні товариства: Закон України від 17 вересня 2008 р. № 514-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>> (дата звернення: 20.05.2019).

риства” виключно в порядку та на умовах, визначених у цьому пункті. Для реалізації прав, передбачених статтею 65² Закону України “Про акціонерні товариства”, заявник вимоги зобов’язаний у строки, передбачені цим пунктом, подати товариству повідомлення про намір скористатися правами, передбаченими статтею 65² Закону України “Про акціонерні товариства”, і публічну безвідкличну вимогу відповідно до положень статті 65² Закону України “Про акціонерні товариства”³.

У разі подання до товариства публічної безвідкличної вимоги всі акціонери акціонерного товариства, крім осіб, що діють спільно з такою особою, та її афілійованих осіб, і саме товариство зобов’язане в безумовному порядку продати належні їм акції цього товариства заявнику вимоги.

Прийняття Закону № 1983-VIII мало на меті імплементацію Директиви 2004/25/ЄС Європейського Парламенту та Ради щодо пропозицій про поглинання (далі – Директива 2004/25/ЄС)⁴, що набрала чинності 1 травня 2004 р. (строк імплементації – 20 травня 2006 р.), у межах виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони⁵. Відповідно до п. 24 преамбули Директиви 2004/25/ЄС держави-члени повинні вжити необхідних заходів для надання оференту, який у результаті пропозиції поглинання придбав певний відсоток капіталу компанії, що дає право голосу, можливості вимагати від власників решти цінних паперів продати їх йому (їй). Проблемні аспекти реалізації процедури *squeeze-out* та невідповідність положень вітчизняного Закону № 514-VI, які регламентують процедуру *squeeze-out*, Директиви 2004/25/ЄС було висвітлено в попередніх дослідженнях О. Кологойди та В. Стафійчук⁶.

Кошти, які компанії всього світу направляють на викуп власних акцій, перевищують затрати на інноваційні проекти і персонал, які вважаються основними мотивами росту сучасних корпорацій. Подібна тенденція спостерігається в усіх галузях економіки. Цей інструмент може використовуватися для підвищення капіталізації, захисту від недружнього поглинання та зміни складу акціонерів. В. Передерій зазначає, що аналіз світового досвіду свідчить, що викуп власних акцій говорить про те, що

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах (н 1).

⁴ Directive 2004/25/EEC of the European Parliament and of the Council of 21 Apr. 2004 on Takeovers bids. OJ L 142, 30.04.2004. P. 12-23 (accessed: 20.05.2019).

⁵ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 15.06.2019).

⁶ О Кологойда та В Стафійчук, ‘Процедура примусового продажу акцій (squeeze-out): законодавство та практика правозастосування’ (2018) 6 Право України 111-31; О Кологойда та В Стафійчук, ‘Захист прав міноритарних акціонерів у процедурі примусового продажу акцій (squeeze-out)’ (2018) 7 Право України 143-76.

у компанії є серйозні підстави передбачати зростання в майбутньому і незгоду менеджменту з встановленим курсом цінних паперів⁷. Але, на думку С. Янга, більшість компаній, акції яких розміщені на фондовому ринку, все ж таки оцінені коректно, і реальне зростання котирувань акцій можливе, якщо фірма планує принципово нові проекти, які забезпечать прорив і дійсно піднімуть ціну бізнесу. Лише у випадку реалізації зазначених вище умов компанія зможе отримати прибуток від викупу власних акцій⁸. Причинами викупу власних акцій виділяють також дивіденди, заохочення менеджменту або забезпечення можливих злиттів і поглинань, а також подальшого продажу акцій стратегічному інвестору, захист від небажаних поглинань, підвищення основних індексів оцінки підприємства, санація балансу (зменшення статутного капіталу), запобігання падінню ціни на акції через погіршення показників роботи компанії⁹. Проте викупувати власні акції задля підтримки їхнього курсу можуть лише ті компанії, акції яких котируються на біржах, яких в Україні майже не залишилося.

Стаття присвячена одному з найгостріших питань у процедурах *sell-out* і *squeeze-out* – оцінці ринкової вартості акцій та забезпеченню права міноритарного акціонера на одержання в результаті продажу (викупу) належних йому акцій справедливої компенсації їх ринкової вартості.

Авторки статті звертають увагу на необхідність забезпечення балансу інтересів мажоритарного та міноритарного акціонерів примусового викупу акцій і поділяють точку зору Ю. Жорнокуя, який визначає, що головним пріоритетом у сфері корпоративних відносин є захист саме приватної власності¹⁰.

Відповідно до ч. 3 ст. 65¹ Закону № 514-VI ціна придбання акцій визначається за найбільшою з таких:

- 1) ринкова вартість, визначена відповідно до статті 8 цього Закону, станом на останній робочий день, що передує дню розміщення у загальнодоступній інформаційній базі даних Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку про ринок цінних паперів або через особу, яка провадить діяльність з оприлюднення регульованої інформації від імені учасників фондового ринку, повідомлення про укладення особою (особами, що діють спільно) договору, за наслідками виконання якого вона з кількості акцій, які належать їй та її афілійованим особам, стане (прямо

⁷ В Передерій, 'Іноземний досвід викупу власних акцій як шлях до ефективного управління корпораціями в Україні' (2015) 11 Ефективна економіка <<http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=4531>> (дата звернення: 25.05.2019).

⁸ S Young, 'Boom time for buybacks' in *The UK Stock Exchange Almanac* (Harriman House 2005) 106.

⁹ Передерій (н 7).

¹⁰ Ю Жорнокуй, 'Викуп акцій мажоритарним акціонером: за та проти' (2018) 6 Підприємство, господарство і право 32.

або опосередковано) власником контрольного пакета акцій або значного контрольного пакета акцій публічного акціонерного товариства;

2) найвища ціна, за якою особа (особи, що діють спільно) прямо та/або опосередковано набула право власності на акції цього товариства шляхом придбання акцій (паїв, часток) іншої юридичної особи протягом 12 місяців, що передують дню набуття такою особою контрольного пакета або значного контрольного пакета акцій товариства включно з днем набуття;

3) найвища ціна, за якою особа (особи, що діють спільно) придбавала акції (паї, частки) іншої юридичної особи, якій прямо або опосередковано належать акції цього товариства, протягом 12 місяців, що передують дню набуття такою особою контрольного пакета або значного контрольного пакета акцій товариства включно з днем набуття, за умови що вартість акцій товариства, які прямо або опосередковано належать такій юридичній особі, за даними її останньої річної фінансової звітності становить не менше 90 відсотків загальної вартості активів такої юридичної особи¹¹.

Відповідно до ч. 5 ст. 65² Закону № 514-VI ціна обов'язкового продажу акцій за Публічною безвідкличною вимогою визначається як найбільша з таких:

1) найвища ціна акції, за якою заявник вимоги, його афілійовані особи або треті особи, що діють спільно з ним, придбавали акції цього товариства протягом 12 місяців, що передують даті набуття домінуючого контрольного пакета акцій включно з датою набуття;

2) найвища ціна, за якою заявник вимоги, його афілійовані особи або треті особи, що діють спільно з ним, опосередковано набули право власності на акції цього товариства протягом 12 місяців, що передують даті набуття домінуючого контрольного пакета акцій товариства включно з датою набуття, за умови що вартість акцій товариства, які прямо або опосередковано належать такій юридичній особі, за даними її останньої річної фінансової звітності, становить не менше 90 відсотків загальної вартості активів такої юридичної особи;

3) ринкова вартість акцій товариства, визначена суб'єктом оціночної діяльності відповідно до статті 8 Закону "Про акціонерні товариства" станом на останній робочий день, що передує дню набуття заявником вимоги домінуючого пакета акцій товариства¹².

Акція є іменним емісійним цінним папером (статті 3, 6 Закону "Про цінні папери та фондовий ринок"¹³).

¹¹ Про акціонерні товариства (н 2).

¹² Там само.

¹³ Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3480-15>> (дата звернення: 20.05.2019).

Порядок визначення ринкової вартості емісійних цінних паперів врегульовано ч. 2 ст. 8 Закону № 514-VI:

- 1) для емісійних цінних паперів, які не перебувають в обігу на фондових біржах, – як вартість цінних паперів, визначена відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність;
- 2) для емісійних цінних паперів, що перебувають в обігу на фондових біржах, – як середній біржовий курс таких цінних паперів на відповідній фондовій біржі, розрахований такою фондовою біржею за останні три місяці їх обігу, що передують дню, станом на який визначається ринкова вартість таких цінних паперів.
У разі якщо цінні папери перебувають в обігу на двох і більше фондових біржах та їхній середній біржовий курс за останні три місяці обігу, що передують дню, станом на який визначається ринкова вартість таких цінних паперів, на різних біржах відрізняється, ринкова вартість цінних паперів визначається наглядовою радою (якщо створення наглядової ради не передбачено статутом акціонерного товариства - виконавчим органом товариства) в порядку, встановленому Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку;
- 3) для емісійних цінних паперів, що перебувають в обігу на фондових біржах, у разі якщо неможливо визначити ринкову вартість цінних паперів за останні три місяці їх обігу, що передують дню, станом на який визначається ринкова вартість таких цінних паперів, або у разі якщо законом передбачена можливість незастосування пункту другого цієї статті, – як вартість цінних паперів станом на таку дату, визначена відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність¹⁴.

Особливий порядок визначення ціни обов'язкового продажу акцій для реалізації *squeeze-out* у порядку, передбаченому п. 2 Прикінцевих та перехідних положень Закону 1983-VIII, визначається:

<...> щодо акцій товариств, акції яких включено до біржового реєстру, – середній біржовий курс таких акцій на відповідній фондовій біржі, розрахований такою фондовою біржею за останні три місяці їх обігу, що передують дню отримання товариством передбаченого цим пунктом повідомлення;
щодо акцій інших товариств – ринкова вартість акцій, визначена суб'єктом оціночної діяльності відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність станом на дату отримання товариством передбаченого цим пунктом повідомлення¹⁵.

¹⁴ Про акціонерні товариства (н 2).

¹⁵ Там само.

Ціна обов'язкового придбання акцій для реалізації процедури *sell-out*:

1) у порядку, визначеному ст. 65³ Закону № 514-VI, визначається відповідно до частин 5–7 ст. 65² Закону № 514-VI;

2) у порядку, визначеному п. 3 Прикінцевих та перехідних положень Закону 1983-VIII:

– щодо акцій, які включено до біржового реєстру, – середній біржовий курс таких акцій на відповідній фондовій біржі, розрахований такою фондовою біржею за останні три місяці їх обігу, що передують дню отримання товариством повідомлення;

– щодо акцій інших товариств – ринкова вартість акцій, визначена суб'єктом оціночної діяльності відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав і професійну оціночну діяльність станом на дату отримання товариством повідомлення;

– найвища ціна акції, за якою власник домінуючого контрольного пакета здійснив придбання акцій після набрання чинності Законом (4 червня 2017 р.).

Таким чином, відповідно до ч. 2 ст. 8, ч. 3 ст. 65¹, частин 5, 7 ст. 65² Закону № 514-VI спосіб визначення ринкової вартості емісійних цінних паперів визначається залежно від того, чи перебуває вся сукупність цінних паперів або їх частина в межах одного випуску в обігу хоча б на одній фондовій біржі незалежно від того, чи пройшли вони процедуру лістингу. Аналогічна правова позиція викладена в постанові Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) від 4 вересня 2012 р. у справі № 18/3521/11¹⁶.

Ціна викупу (обов'язкового продажу) акцій не може бути меншою, ніж їхня ринкова вартість. Відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону № 514-VI ринкова вартість емісійних цінних паперів, що перебувають в обігу на фондових біржах, визначається як вартість цінних паперів, визначена відповідно до законодавства про цінні папери та фондовий ринок. Така позиція авторів підтверджується правовою позицією, викладеною в постанові ВГСУ від 3 вересня 2012 р. у справі № 18/321/12¹⁷, від 23 липня 2014 р. у справі № 910/22943/13¹⁸, постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18 липня 2018 р. № 902/790/16¹⁹.

¹⁶ Постанова Вищого господарського суду України від 4 вересня 2012 р. у справі № 18/3521/11 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/25898677>> (дата звернення: 20.05.2019).

¹⁷ Постанова Вищого господарського суду України від 3 вересня 2012 р. у справі № 18/321/12 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25890039>> (дата звернення: 20.05.2019).

¹⁸ Постанова Вищого господарського суду України від 23 липня 2014 р. у справі № 910/22943/13 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39924255>> (дата звернення: 20.05.2019).

¹⁹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18 липня 2018 р. № 902/790/16 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75560122>> (дата звернення: 20.05.2019).

Норми ч. 2 ст. 8 Закону № 514-VI, які визначають порядок визначення ринкової вартості цінних паперів, є спеціальними щодо загальних норм законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність і застосовуються у разі визначення ринкової вартості акцій для цілей статей 65–65³ Закону № 514-VI (абзац 2 ч. 3 ст. 8 Закону № 514-VI).

Відповідно до ст. 1 Закону України “Про цінні папери та фондовий ринок”²⁰ котирування – механізм визначення та (або) фіксації ринкової ціни цінного паперу.

Біржовий курс цінного папера – розрахункове значення ціни цінного папера (ринкова ціна цінного папера), яке визначається відповідно до порядку визначення біржового курсу цінного папера, встановленого Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) та оприлюднено відповідно до Положення про функціонування фондових бірж, затвердженого рішенням НКЦПФР від 22 листопада 2012 р. № 1688²¹.

Біржовий курс за результатами біржових торгів підлягає оприлюдненню на власному вебсайті фондової біржі (у цілодобовому режимі).

У постанові ВГСУ від 5 серпня 2013 р. у справі № 18/2483/12²² на підставі абзацу 5 п. 4 роз’яснення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 10 серпня 2010 р. № 7 “Про порядок застосування розділу XII Закону України ‘Про акціонерні товариства’ щодо здійснення обов’язкового викупу акціонерним товариством розміщених ним акцій” зроблено висновок, що визначеною відповідно до законодавства про цінні папери та фондовий ринок ринковою вартістю емісійних цінних паперів, що перебувають в обігу на фондових біржах, є їх біржовий курс.

У постанові ВГСУ від 4 вересня 2012 р. у справі № 18/3521/11²³ зроблено висновок, що належним та допустимим доказом визначеної ринкової вартості емісійних цінних паперів, що перебувають в обігу на фондових біржах, є їх офіційно оприлюднений біржовий курс на власному вебсайті фондової біржі, в періодичному друкованому виданні фондової біржі та (або) офіційному друкованому виданні Комісії із зазначенням дати його визначення. При цьому положеннями п. 5 Роз’яснення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 10 серпня 2010 р. № 7 передбачено, що емітент (його органи), інші заінтересовані особи можуть

²⁰ Про цінні папери та фондовий ринок (н 12).

²¹ Положення про функціонування фондових бірж, затверджене рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 22 листопада 2012 р. № 1688 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2082-12>> (дата звернення: 20.05.2019).

²² Постанова Вищого господарського суду України від 5 серпня 2013 р. у справі № 18/2483/12 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/32855161>> (дата звернення: 20.05.2019).

²³ Постанова Вищого господарського суду України від 4 вересня 2012 р. у справі № 18/3521/11 (н 15).

звернутися до фондової біржі, за результатами торгів на якій визначено біржовий курс цінних паперів, за письмовим підтвердженням інформації щодо біржового курсу цінних паперів, оприлюдненої на вебсайті такої фондової біржі, в періодичному друкованому виданні фондової біржі та (або) офіційному друкованому виданні Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку. Фондова біржа може надати підтвердження інформації щодо біржового курсу цінних паперів у письмовому вигляді, в обсязі не меншому ніж оприлюднено на вебсайті такої фондової біржі, в періодичному друкованому виданні фондової біржі та (або) офіційному друкованому виданні Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

Аналогічний висновок про використання довідки фондової біржі як належного доказу у справі, який підтверджує біржовий курс цінних паперів, викладено у постанові ВГСУ від 3 вересня 2012 р. у справі № 18/321/12²⁴. Суд вказав, що надана позивачем довідка публічного акціонерного товариства (далі – ПАТ) “Фондова біржа ‘Перспектива’”, яка містить фактичні дані про біржовий курс акцій ПАТ “Автокразбанк” станом на 5 липня 2011 р., повинна бути оцінена в порядку статей 33, 34 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)²⁵, оскільки є офіційним документом, який містить інформацію, що входить до предмета доказування при встановленні фактичних обставин в установленому ГПК України порядку.

Ціна – істотна умова договору (правочину) викупу акцій. У постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 20 липня 2019 р. у справі № 910/8705/18²⁶ та постанові ВГСУ від 5 серпня 2013 р. у справі № 18/2483/12²⁷ зроблено висновок, що ціна викупу акцій, яка є обов’язковим реквізитом повідомлення про право вимоги обов’язкового викупу акцій, що належать акціонеру, є також істотною умовою договору, який укладається між акціонерним товариством та акціонером про обов’язковий викуп товариством належних йому акцій.

Аналізуючи зазначені норми Закону № 514-VI, які регламентують порядок визначення ціни викупу (обов’язкового продажу) акцій у процедурах *squeeze-out* та *sell-out*, слід сказати, що вони на перший погляд відповідають положенням статей 5, 15 Директиви 2004/25/ЄС, які перед-

²⁴ Постанова Вищого господарського суду України від 3 вересня 2012 р. у справі № 18/321/12 (н 17).

²⁵ Господарський процесуальний кодекс України в редакції Закону від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 25.05.2019).

²⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 20 лютого 2019 р. у справі № 910/8705/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/80108943>> (дата звернення: 25.05.2019).

²⁷ Постанова Вищого господарського суду України від 5 серпня 2013 р. у справі № 18/2483/12 (н 22).

бачають, що держави-члени повинні забезпечити, щоб мажоритарний власник (особи, що діють спільно) зробили публічну безвідкличну пропозицію (Оферту) та Публічну вимогу за справедливою ціною, якою є найвища ціна, сплачена оферентом (особами, що діють спільно), за акції протягом періоду, що визначається державою-членом, не менше ніж за 6 та не більше ніж за 12 місяців до пропозиції, але не враховують особливостей вітчизняного фондового ринку та ціноутворення на ньому, особливо в умовах застосування процедури *squeeze-out* приватними компаніями.

Держави-члени можуть уповноважити свої наглядові органи визначити критерії, що впливають на визначення ціни викупу, зокрема, визначення ціни за згодою між покупцем та продавцем, вплив маніпуляцій чи виключних обставин на ринкову ціну акцій, визначення ціни на підставі середньої ринкової (біржової) вартості акцій за певний період часу, врахування при оцінці ринкової вартості акцій ліквідаційної вартості компанії або інших об'єктивних критеріїв, що зазвичай використовуються для фінансового аналізу. Цей перелік не є вичерпним і визначається регулятором відповідно до національного законодавства.

При цьому згідно зі ст. 15 Директиви 2004/25/ЄС для Публічної вимоги справедливою вважається ціна, за якою оферент на підставі Публічної пропозиції (оферти) придбав пакет акцій, що надає право голосу і становить не менше, ніж 90 % капіталу компанії. Зазначена норма в Україні нівельована п. 2 Перехідних та прикінцевих положень Закону № 1983-VIII, які дозволяють застосовувати *squeeze-out* у компаніях, де домінуючий контрольний пакет акцій було сконцентровано мажоритарієм задовго до введення в дію Закону № 1983-VIII, а акції вилучено з обігу на фондових біржах із переходом в організаційно-правову форму приватного акціонерного товариства.

Процедура затвердження ринкової вартості акцій у процедурах *sell-out* та *squeeze-out* передбачає затвердження наглядовою радою товариства:

- ринкової вартості акцій, визначеної суб'єктом оціночної діяльності відповідно до ст. 8 Закону № 514-VI (ч. 3 ст. 65² Закону № 514-VI);
- ціни обов'язкового продажу акцій (для реалізації *squeeze-out* у порядку, визначеному п. 2 Прикінцевих та перехідних положень Закону № 1983-VIII);
- ціни обов'язкового придбання акцій для цілей реалізації *sell-out* (ст. 65³ Закону № 514-VI).

Відповідно до ч. 3 ст. 8 Закону № 514-VI:

Затверджена наглядовою радою Товариства вартість майна не може відрізнятись більше ніж на 10 відсотків від вартості, визначеної оцінювачем. Якщо затверджена ринкова вартість майна відрізняється від вар-

тості майна, визначеної відповідно до законодавства про оцінку, наглядова рада повинна мотивувати своє рішення²⁸.

Рішення наглядової ради товариства може бути оскаржено в судовому порядку акціонером (учасником) товариства шляхом пред'явлення позову про визнання його недійсним, якщо таке рішення не відповідає вимогам закону та порушує права чи законні інтереси учасника (акціонера) товариства. Невідповідність рішення наглядової ради в частині затвердження ринкової вартості акцій з метою їх викупу вимогам законодавства є підставою для визнання такого рішення недійсним (постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 9 жовтня 2018 р. № 923/415/17²⁹; постанова ВГСУ від 23 липня 2014 р. у справі № 910/22943/13³⁰; постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 20 лютого 2019 р. у справі № 910/8705/18³¹).

У постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 9 жовтня 2018 р. № 923/415/17³² та постанові Господарського суду м. Києва від 4 вересня 2018 р. у справі № 910/8705/18³³ згідно з ч. 3 ст. 8 Закону № 514-VI наглядова рада затверджує ринкову вартість емісійних цінних паперів, зокрема й визначену відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону № 514-VI, при цьому вона може брати до уваги вартість цих цінних паперів, визначену суб'єктом оціночної діяльності відповідно до законодавства про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність, у разі наявності такої оцінки, однак затверджена ринкова вартість не може бути меншою ніж та, що визначена відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону № 514-VI.

Першим *squeeze-out*, реалізованим в Україні, був викуп акцій ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО”. У зв'язку з тим, що при прийнятті рішення Наглядової ради від 4 жовтня 2017 р. у частині затвердження ціни придбання акцій акціонерного товариства (далі – АТ) “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” з метою реалізації Закону № 514-VI у розмірі 488,14 грн за одну акцію Наглядовою радою ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” було проігноровано середній біржовий курс акцій за три місяці до дати подання повідомлення про набуття значного контрольного та домінуючого контрольно-

²⁸ Про акціонерні товариства (н 2).

²⁹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 9 жовтня 2018 р. № 923/415/17 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/77044508>> (дата звернення: 20.05.2019).

³⁰ Постанова Вищого господарського суду України від 23 липня 2014 р. у справі № 910/22943/13 (н 18).

³¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 20 лютого 2019 р. у справі № 910/8705/18 (н 26).

³² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 9 жовтня 2018 р. № 923/415/17 (н 29).

³³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 20 лютого 2019 р. у справі № 910/8705/18 (н 26).

го пакету акцій, вказане рішення Наглядової ради визнано незаконним і протиправним постановою НКЦПФР про накладення санкцій за правопорушення на ринку цінних паперів від 19 січня 2018 р. № 624-СХ-1-Е, залишеною в силі рішенням НКЦПФР від 12 квітня 2018 р. № 226 “Про розгляд скарги публічного акціонерного товариства ‘ДТЕК ДНІПРО-ЕНЕРГО’ від 30 січня 2018 р. № 82/01-18 про накладення санкції за правопорушення на ринку цінних паперів від 19.01.2018 р. № 624-СХ-1-Е”³⁴. Однак це не призвело ні до зупинення *squeeze-out*, ні до визнання Публічної вимоги недійсною і заявник вимоги товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) “ДТЕК ПАУЕР ТРЕЙД” завершив процедуру *squeeze-out* 13 лютого 2018 р. за ціною 488,14 грн, визначеною з порушенням вимог статей 8, 65² Закону № 514-VI. Міноритарні акціонери, які не погодилися з процедурою та ціною викупу, змушені в судовому порядку обстоювати порушення права власності на акції.

У постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18 липня 2018 р. № 902/790/16³⁵ визначено, що належними доказами при оскарженні ціни викупу акцій є звіт суб’єкта оціночної діяльності, висновок експерта за результатами судової експертизи. При цьому суд вказав, що звіт про оцінку майна (акцій) є документом, який фіксує дії суб’єкта оціночної діяльності – суб’єкта господарювання щодо оцінки майна, здійснювані ним у певному порядку та спрямовані на виконання його професійних обов’язків, визначених законом і встановлених відповідним договором.

Звіт про оцінку майна (акцій) не створює жодних правових наслідків для учасників правовідносин з оцінки майна, а лише відображає та підтверджує зроблені суб’єктом оціночної діяльності – суб’єктом господарювання висновки і його дії щодо реалізації своєї практичної діяльності. Встановлена правова природа звіту про оцінку майна унеможлиблює здійснення судового розгляду щодо застосування до нього наслідків, пов’язаних зі скасуванням юридичних актів чи визнанням недійсними правочинів (аналогічна правова позиція викладена у постанові Великої Палати Верховного Суду від 13 березня 2018 р. у справі № 914/881/17³⁶).

³⁴ Про розгляд скарги публічного акціонерного товариства “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” від 30 січня 2018 р. № 82/01-18 про накладення санкції за правопорушення на ринку цінних паперів від 19 січня 2018 р. № 624-СХ-1-Е <<https://www.nssmc.gov.ua/wp-content/uploads/2018/04/%D0%A0%D1%96%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F-226.doc>> (дата звернення: 25.05.2019).

³⁵ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18 липня 2018 р. № 902/790/16 (н 19).

³⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі від 13 березня 2018 р. № 914/881/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72819699>> (дата звернення: 20.05.2019).

Олександра Кологойда, Оксана Маленко

У постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 9 жовтня 2018 р. № 923/415/17³⁷ зроблено правовий висновок, що ціна акцій, яка ґрунтується на висновку суб'єкта оціночної діяльності, вчиненому з порушенням вимог нормативно-правових актів, не може вважатися дійсною ринковою ціною.

У справах № 910/2483/18, 910/15153/18, 910/8714/18 позивачем було надано рецензії Фонду державного майна України від 17 серпня 2018 р., відповідно до якої звіти про оцінку ринкової вартості акцій ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО”, приватного акціонерного товариства (далі – ПрАТ) “Металургійний комбінат ‘Азовсталь’”, складені суб'єктами оціночної діяльності, класифіковано за ознакою абзацу 4 п. 67 Національного стандарту № 1 “Загальні засади оцінки майна і майнових прав”, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 р. № 1440³⁸, як такі, що не повною мірою відповідає вимогам нормативно-правових актів з оцінки майна і має значні недоліки, що вплинули на достовірність оцінки. Таким чином, звіти Консалтингової фірми у формі ТОВ “Експерт-Аналітик” (дата оцінки – 7 вересня 2017 р.) про оцінку ринкової вартості однієї простої іменної акції ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” у розмірі 250,01 грн станом на 7 вересня 2017 р. і звіт ТОВ “Оціночний стандарт” про оцінку ринкової вартості однієї простої іменної акції ПрАТ “МК ‘Азовсталь’” у розмірі 0,564 грн станом на 2 березня 2018 р. у складі пакетів загальною кількістю 3,256 % від статутного фонду не можуть використовуватися для визначення ринкової вартості однієї простої іменної акції ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” та ПрАТ “МК ‘Азовсталь’”.

Оскільки за результатом виконаної незалежної оцінки були прийняті управлінські рішення (зокрема, здійснено викуп акцій), то відповідно до абзацу 3 п. 4 розділу IV Положення про порядок роботи Екзаменаційної комісії, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 13 листопада 2002 р. № 1997³⁹, такий звіт доопрацюванню не підлягає, а матеріали щодо професійної оціночної діяльності оцінювача для вирішення питання про анулювання сертифіката суб'єкта оціночної діяльності передаються до секретаріату Екзаменаційної комісії. За результатами засідання Екзаменаційної комісії Фонду державного майна України від 30 серпня 2018 р. було анульовано сертифікат суб'єкта оціночної

www.pravoua.com.ua

³⁷ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 9 жовтня 2018 р. № 923/415/17 (н 29).

³⁸ Національний стандарт № 1 “Загальні засади оцінки майна і майнових прав”, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 р. № 1440 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1440-2003-%D0%BF>> (дата звернення: 20.05.2019).

³⁹ Положення про порядок роботи Екзаменаційної комісії, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 13 листопада 2002 р. № 1997 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0925-02>> (дата звернення: 20.05.2019).

діяльності ТОВ “Оціночний стандарт”, а оцінювача зобов’язано пройти курси підвищення кваліфікації.

Визначений Законом № 514-VI механізм затвердження ціни обов’язкового продажу акцій, при якому наглядова рада є суб’єктом, який обирає оцінювача ринкової вартості акцій, визначає умови оцінки, затверджує і фактично використовує (через уповноважену або афілійовану особу мажоритарія) результати оцінки обумовлює істотні ризики порушення права міноритарного акціонера на отримання справедливої компенсації ринкової вартості примусово викуплених акцій. Це зумовлено тим, що склад Наглядової ради – представники мажоритарія, зацікавлені затвердити низьку ціну з метою зниження витрат мажоритарія на набуття 100 % пакету акцій, а також відсутністю у міноритарія права впливати на обрання оцінювача та неможливістю оскарження/перегляду оцінки (постанова Великої Палати Верховного Суду у справі від 13 березня 2018 р. за № 914/881/17⁴⁰ – звіт про оцінку майна не створює жодних правових наслідків).

Для порівняння зазначимо, що відповідно до частин 1 і 2 ст. 16 Закону України “Про відчуження земельних ділянок, інших об’єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності”⁴¹ рішенням адміністративного суду у разі задоволення позову органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування про примусове відчуження земельної ділянки, визначається викупна ціна та порядок її виплати, а також перелік та порядок надання майна замість відчуженого. Вимога про примусове відчуження земельної ділянки, інших об’єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, підлягає задоволенню, у разі якщо позивач доведе, що будівництво, капітальний ремонт, реконструкція об’єктів, під розміщення яких відчужується відповідне майно, є неможливим без припинення права власності на таке майно попереднього власника.

Аналіз практики країн ЄС, які імплементували норми Директиви 2004/25/ЄС, свідчить про наявність у законодавстві цих країн механізмів контролю за визначенням справедливої компенсації примусово відчужуваних акцій. Так, законодавство Чехії передбачає обов’язковий перегляд ціни викупу акцій Національним банком. Додатково міноритарії мають право оскаржити ціну викупу до суду. Вартість акцій, які торгуються на біржі, не може бути меншою, ніж їхня біржова вартість. У Німеччині визначена мажоритарієм ціна перевіряється судом. За за-

⁴⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі від 13 березня 2018 р. № 914/881/17 (н 36).

⁴¹ Про відчуження земельних ділянок, інших об’єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності: Закон України від 17 листопада 2009 р. № 1559-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1559-17>> (дата звернення: 23.05.2019).

явою мажоритарія суд призначає одного або більше експертів, які оцінюють достатність визначеної мажоритарієм ціни (статті 327b, 327c Закону Німеччини “Про акціонерні товариства”⁴²). Достатня компенсація за акції повинна відображати справжню вартість участі в компанії, а міноритарій повинен отримати ту суму, яку він отримав би за умови продажу акцій за власною волею, але в будь-якому випадку не менше ніж ринкова вартість акцій (рішення Федерального Конституційного Суду Німеччини у справі *DAT/Atlanta*⁴³). У Литві ціна примусового викупу акцій встановлюється на рівні ціни набуття домінуючого пакету акцій, або спосіб оцінки визначає мажоритарій, за умови забезпечення справедливості такої ціни (частини 4, 5 ст. 37 Закону Литви “Про цінні папери”). Додатковою гарантією є законодавча вимога про попереднє затвердження ціни викупу центральним банком. Акціонери можуть звернутися до суду з позовом про визначення справедливої ціни акцій, а суд має право зупинити процедуру *squeeze-out* до остаточного визначення такої ціни (ч. 13 ст. 37 Закону Литви “Про цінні папери”). У Польщі вартість акцій визначається на підставі середнього біржового курсу акцій (якщо вони торгуються на біржі), або на підставі експертної оцінки, призначеної загальними зборами, або за заявою виконавчого органу – судом. Міноритарії, які не згодні з визначеною експертом ціною, мають право звернутися до суду, який призначає нового оцінювача. Прийняте судом рішення не підлягає оскарженню. У Грузії ціна примусового викупу акцій визначається рішенням суду, який за заявою мажоритарного акціонера призначає незалежного експерта або брокерську компанію для оцінки акцій (ст. 309–312 Цивільного процесуального кодексу Грузії)⁴⁴, а також фіксує у своєму рішенні ціну акцій та дату їх примусового викупу (ст. 534 Закону Грузії про підприємців⁴⁵)⁴⁶.

Проблемні питання, що впливають на оцінку ринкової вартості акцій із метою *squeeze-out* та *sell-out*:

1. В ЄС *squeeze-out* регулюється як вихід публічної компанії з публічного ринку (*go private*). В Україні фактично відсутній публічний (біржовий) ринок акцій. Якщо в 2014 р. у біржовому лістингу було 126 акцій, то станом на 1 травня 2018 р. у лістингу фондової біржі ПАТ “Українська

⁴² Закон об акционерных обществах Германии. Параллельные русский и немецкий тексты = *Aktiengesetz. Paralleler russischer und deutscher* (Волтерс Клувер 2009) 440.

⁴³ Bundesverfassungsgericht; Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 1999. 1 BvR 1613/94. Rn. (1-80) <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/04/rs19990427_1bvr161394.ht> (дата звернення: 20.05.2019).

⁴⁴ Гражданский процессуальный кодекс Грузии от 14 ноября 1997 г. № 1106-Ic <<https://matsne.gov.ge/ru/document/download/29962/92/ru/pdf>> (дата звернення: 19.05.2019).

⁴⁵ О предпринимателях: Закон Грузии от 28 октября 1994 г. № 557 <<https://matsne.gov.ge/en/document/download/28408/49/ru/pdf>> (дата звернення: 19.05.2019).

⁴⁶ Володимир Гонін та Артем Шматов, ‘Ціна сквізауту: в пошуках справедливості’ Юридична Газета (19.02.2019) 20-2.

біржа” за другим рівнем лістингу перебували цінні папери акції лише чотирьох емітентів – ПАТ (“Донбасенерго”, МНП SE, “Мотор Січ”, “Укрнафта”), а станом на 1 лютого 2019 р. у лістингу ПАТ “Українська біржа” залишилися акції лише одного емітента – МНП SE. Крім цього, *free-float*, що перебував в обігу на організованому фондовому ринку, був незначним, тому не мав достатньої ліквідності, щоб ціна акцій відображала реальну ринкову вартість компанії.

Тенденція переходу ПАТ у ПрАТ розпочалася з прийняття Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів”⁴⁷, яким було скасовано обмеження щодо максимальної кількості акціонерів ПрАТ та посилилася у зв’язку з прийняттям Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів” (далі – Закон № 2210-VIII)⁴⁸. Відповідно до пунктів 4–6 Прикінцевих та перехідних положень Закону № 2210-VIII із набранням ним чинності (6 січня 2018 р.) всі емітенти (крім інститутів спільного інвестування), що здійснювали публічне розміщення цінних паперів до дня набрання чинності цим документом, вважаються такими, що не здійснювали публічної пропозиції цінних паперів і до них застосовуються вимоги Закону № 514-VI у частині регулювання діяльності приватних акціонерних товариств, крім тих емітентів, цінні папери яких перебувають у лістингу на день набрання чинності законом, та (або) оприлюднили повідомлення про те, що вони вважаються такими, що здійснювали публічну пропозицію цінних паперів.

2. Норми законів № 1983-VIII та № 2210-VIII дають змогу: не застосувати середній біржовий курс: а) якщо акції перебувають у біржовому списку як позалістингові цінні папери (п. 2 розділу II Прикінцевих та перехідних положень Закону № 1983-VIII); б) якщо акції перебувають в обігу на фондовій біржі, але неможливо визначити їхню ринкову вартість за визначений законом строк; в) для ПрАТ – до 1 травня 2018 р. або довічно, якщо відповідне рішення щодо незастосування положень ч. 2 ст. 8 Закону № 514-VI ухвалене загальними зборами акціонерів у строк до 30 квітня 2018 р.

У зазначених випадках ціна викупу визначається суб’єктом оціночної діяльності, залученим наглядовою радою товариства, що дає змогу мажоритарному акціонеру, який вже набув домінуючий пакет акцій цього товариства, через своїх представників у наглядовій раді товари-

⁴⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів: Закон України від 7 квітня 2015 р. № 289-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/289-19>> (дата звернення: 19.05.2019).

⁴⁸ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів: Закон України від 16 листопада 2017 р. № 2210-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-19>> (дата звернення: 20.05.2019).

ства впливати на результати оцінки на шкоду інтересам міноритарних акціонерів.

Зокрема, при реалізації процедури *squeeze-out* за публічною безвідкличною вимогою від 6 грудня 2017 р. групою осіб, що спільно володіють домінуючим контрольним пакетом акцій ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО”, 4 жовтня 2017 р. рішенням Наглядової ради ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” ціна придбання акцій ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” була визначена на рівні 488,14 грн без урахування середнього біржового курсу акцій, який за даними ПАТ “Українська біржа” за період із 30 травня 2017 р. по 30 серпня 2017 р. становив 773,7013 грн⁴⁹, а затверджена рішенням Наглядової ради ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” від 4 жовтня 2017 р. на підставі Консалтингової фірми у формі ТОВ “Експерт-Аналітик” (дата оцінки – 7 вересня 2017 р.) про оцінку ринкової вартості однієї простої іменної акції ПАТ “ДТЕК ДНІПРОЕНЕРГО” становила лише 250,01 грн. При примусовому викупі акцій ПАТ “МК ‘Азовсталь’” за публічною вимогою компанії *BARLENCO LTD* від 19 березня 2018 р. на підставі звіту про оцінку ринкової вартості акції станом на 1 березня 2018 р. ціна викупу становила лише 0,564 грн на одну акцію, що є заниженою щонайменше у десять разів. І такі випадки, на жаль, непоодинокі.

Законодавство не визначає особливих вимог до оцінки цінних паперів, зокрема акцій, що обумовлює питання про вихідні дані, які повинні використовуватися оцінювачем, методи оцінки ринкової вартості акцій, в якому пакеті – міноритарному чи 100 % – слід оцінювати ринкову вартість акцій з метою *squeeze-out* та *sell-out* тощо, що має бути врегульовано на рівні закону та окремого Стандарту оцінки ринкової вартості цінних паперів. Обґрунтовуючи необхідність визначення ринкової вартості акцій у 100 % пакеті, з огляду на вартість чистих активів товариства в процедурах викупу акцій за аналогією (ст. 8 Цивільного кодексу України), можна навести положення Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”⁵⁰. Відповідно до ч. 8 ст. 24 вартість частки учасника визначається, беручи до уваги вартість сукупності всіх часток учасників товариства пропорційно до розміру частки такого учасника.

3. Для міноритарного акціонера надвисокою та економічно не вигідною є ціна проведення незалежної альтернативної оцінки та судової експертизи. Зазначений вище аналіз практики застосування досліджу-

⁴⁹ Постанова Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку України № 624-СХ-1-Е про накладення санкції за правопорушення на ринку цінних паперів <<https://www.nssmc.gov.ua/documents/pro-rozglyad-skargi-publchnogo-aktsonernogo-tovarisstva-dtek-dnproenergo-vd-30-01-2018-v-8201-18-na-postanovu-pro-nakladennya-sankts-za-2/>> (дата звернення: 20.02.2019).

⁵⁰ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>> (дата звернення: 20.02.2019).

ваних процедур у країнах Європи свідчить про те, що тягар доведення справедливості ціни примусового викупу акцій в суді несе мажоритарій.

4. Відповідно до ст. 11 Закону України “Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність”⁵¹ замовником оцінки майна можуть бути особи, яким зазначене майно належить на законних підставах або у яких майно перебуває на законних підставах, що не виправдано обмежує право колишнього акціонера укласти договір про проведення незалежної оцінки ринкової вартості акцій у разі незгоди з ціною їх примусового викупу. Обов’язковою умовою проведення оцінки майна є його огляд. Однак, враховуючи бездокументарну форму існування, акції не можуть бути оглянуті оцінювачем, що обумовлює необхідність законодавчої регламентації проведення оцінки ринкової вартості акцій по документах, за вартістю чистих активів, відображеною у фінансовій звітності товариства.

5. Міноритарні акціонери мають також проблему збору пакету документів для оцінки, зокрема, через відсутність обов’язку емітента при реалізації процедур *squeeze-out* та *sell-out* розкривати звіти про оцінку ринкової вартості акцій, аудиторські висновки, надавати на вимогу міноритарія (зокрема й колишнього акціонера, у якого примусово викуплені акції) квартальну фінансову звітність, інформацію про майно (з метою переоцінки активів). Відповідно до ст. 25 Закону № 514-VI одним із прав акціонера – власника простої акції є право на отримання інформації про господарську діяльність акціонерного товариства в обсязі та порядку, визначеному статтями 77, 78 Закону № 514-VI. Оскільки закон не передбачає можливості зупинення процедури *squeeze-out* у випадку її оскарження міноритарієм, на момент збору інформації для проведення незалежної оцінки або судової експертизи міноритарій вже не є акціонером (власником акцій), на підставі чого емітенти відмовляють у наданні інформації.

У попередніх дослідженнях О. Кологойди було обґрунтовано, що спори, пов’язані з викупом, обов’язковим викупом (статті 65¹, 65³, 68 Закону № 514-VI) та обов’язковим продажем акцій (ст. 65² Закону № 514-VI) (зокрема, про визнання недійсною публічної безвідкличної вимоги про придбання акцій в усіх власників акцій, про стягнення грошової суми компенсації ринкової вартості викуплених акцій) є різновидом корпоративних спорів, оскільки правовим наслідком викупу, обов’язкового викупу/продажу акцій є припинення корпоративних відносин внаслідок припинення права власності на акцію⁵².

⁵¹ Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2658-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2658-14>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁵² О Кологойда, ‘Щодо поняття та критеріїв корпоративного спору’ (2019) 3 Право України 237-59.

Доказами, що можуть використовуватися з метою підтвердження ринкової вартості акцій, що є об'єктом викупу (обов'язкового продажу), є довідка фондової біржі про біржовий (середній біржовий) курс акцій (для лістингових цінних паперів), висновок незалежної оцінки ринкової вартості майна та висновок експерта (для лістингових і позалістингових цінних паперів).

Правові засади оцінки майна, майнових прав та професійної оціночної діяльності в Україні визначаються нормами Закону України “Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні”⁵³, Національного стандарту № 1 “Загальні засади оцінки майна і майнових прав”, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2003 р. № 1440⁵⁴, Національного стандарту № 3 “Оцінка цілісних майнових комплексів”, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 29 листопада 2006 р. № 1655⁵⁵, Методики оцінки майна, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 10 грудня 2003 р. за № 1891⁵⁶, наказом Фонду Державного майна України від 23 січня 2004 р. № 105 “Про затвердження Порядку визначення оціночної вартості пакетів акцій акціонерних товариств, що пропонуються для конкурентного продажу”⁵⁷, інструктивного листа Фонду державного майна України “Про роз'яснення деяких положень Методики оцінки майна, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 10.12.2003 р. № 1891” від 23 січня 2004 р. № 10-36-835⁵⁸, Міжнародними стандартами оцінки.

Відповідно до ст. 98 ГПК України ‘висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, поставлені експертіві, складений у порядку, визначеному законодавством’⁵⁹. У ньому мають бути зазначені відомості, визначені у ст. 98 ГПК України. Законом України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного

⁵³ Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні (н 51).

⁵⁴ Національний стандарт № 1 “Загальні засади оцінки майна і майнових прав” (н 38).

⁵⁵ Про затвердження Національного стандарту № 3 “Оцінка цілісних майнових комплексів”: постанова Кабінету Міністрів України від 29 листопада 2006 р. № 1655 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1655-2006-п>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁵⁶ Про затвердження Методики оцінки майна: постанова Кабінету Міністрів України від 10 грудня 2003 р. № 1891 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1891-2003-п>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁵⁷ Про затвердження Порядку визначення оціночної вартості пакетів акцій акціонерних товариств, що пропонуються для конкурентного продажу: наказ Фонду Державного майна України від 23 січня 2004 р. № 105 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0135-04>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁵⁸ Про роз'яснення деяких положень Методики оцінки майна, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 10 грудня 2003 р. № 1891: інструктивний лист Фонду державного майна України від 23 січня 2004 р. № 10-36-835 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v-835224-04>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁵⁹ Господарський процесуальний кодекс України (н 25).

судочинства України та інших законодавчих актів⁶⁰ Закон України “Про судову експертизу”⁶¹ було доповнено ст. 7¹, відповідно до якої підставою проведення судової експертизи є відповідне судове рішення чи рішення органу досудового розслідування, або договір з експертом чи експертною установою – якщо експертиза проводиться на замовлення інших осіб. Зазначений підхід знайшов своє закріплення і в новій редакції ГПК України, що відповідає принципам господарського процесу та скорочує строки розгляду справи в господарському суді. Відповідно до статей 98, 101 ГПК України учасник справи має право подати до суду висновок експерта, складений за його замовленням.

Проведення судових експертиз, експертних досліджень з оцінки майна здійснюється на умовах і в порядку, передбачених Законом України “Про судову експертизу”⁶², з урахуванням особливостей, визначених Законом України “Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні” щодо методичного регулювання оцінки майна, Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 30 грудня 2004 р. № 144/5) (далі – Інструкція)⁶³.

Законом України “Про судову експертизу” визначено: ‘Судова експертиза – це дослідження на основі спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо об’єктів, явищ і процесів з метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду’⁶⁴. При цьому відповідно до ст. 10 цього документа судовими експертами можуть бути особи, які мають необхідні знання для надання висновку з досліджуваних питань. Судово-експертну діяльність здійснюють державні спеціалізовані установи, а також судові експерти, які не є працівниками зазначених установ. Виключно державними спеціалізованими установами здійснюється судово-експертна діяльність, пов’язана з проведенням криміналістичних, судово-медичних і судово-психіатричних експертиз. Для проведення деяких видів експертиз, які не здійснюються виключно державними спеціалізованими установами, за рішенням особи або орга-

⁶⁰ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁶¹ Про судову експертизу: Закон України 25 лютого 1994 р. № 4038-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁶² Там само.

⁶³ Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень: наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁶⁴ Про судову експертизу (н 61).

ну, що призначили судову експертизу, можуть залучатися крім судових експертів також інші фахівці з відповідних галузей знань.

Відповідно до Інструкції одним із видів судових експертиз є економічна експертиза. До внесення змін до Інструкції від 22 січня 2013 р. окремо виділялася оціночна експертиза (зокрема й оцінка цілісних майнових комплексів; паїв; цінних паперів; оцінка будівельних об'єктів та споруд; оцінка машин, обладнання, транспортних засобів, літальних апаратів, судноплавних засобів). Чинне законодавство окремого виду судових експертиз та кваліфікації судових експертів з оцінки вартості цінних паперів не передбачає, оцінки ринкової вартості цінних паперів здійснюється експертами-економістами.

Згідно з п. 1.4 Інструкції під час проведення експертиз (експертних досліджень) з метою виконання певного експертного завдання експертами застосовуються відповідні методи дослідження, методики проведення судових експертиз, а також нормативно-правові акти та нормативні документи. З метою оцінки ринкової вартості акцій експерт застосовує норми Закону № 514-VI, Методику “Методи, способи та прийоми, які використовуються при проведенні судово-економічних експертиз” (реєстраційний код із Реєстру методик проведення судових експертиз – 11.0.08)⁶⁵, вихідні дані, отримані експертом на підставі інформації, розкритої відповідно до Положення про розкриття інформації емітентами цінних паперів, затверджене рішенням НКЦПФР від 3 грудня 2013 р. № 2826⁶⁶, Положення про Державну установу “Агентство з розвитку інфраструктури фондового ринку України”, затвердженого рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 29 липня 1998 р. № 94⁶⁷, Положення про формування інформаційної бази даних про ринок цінних паперів, затвердженого рішенням НКЦПФР від 3 червня 2014 р. № 73⁶⁸, Положення про функціонування фондових бірж, затвердженого рішенням НКЦПФР від 22 листопада 2012 р. № 1688⁶⁹, Порядку подання та розміщення інформації в загальнодоступній інформаційній базі даних Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку про ринок цінних паперів торговцями цінними паперами та фондовими біржа-

⁶⁵ Методи, способи та прийоми, які використовуються при проведенні судово-економічних експертиз: методика проведення судових експертиз <<http://rmpse.minjust.gov.ua/page/14>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁶⁶ Про затвердження Положення про розкриття інформації емітентами цінних паперів: рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку України від 3 грудня 2013 р. № 2826 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2180-13>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁶⁷ Про затвердження Положення про Державну установу Агентство з розвитку інфраструктури фондового ринку України: рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 29 липня 1998 р. № 94 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0592863-18>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁶⁸ Про затвердження Положення про формування інформаційної бази даних про ринок цінних паперів: рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 3 червня 2014 р. № 73 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0693-14>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁶⁹ Положення про функціонування фондових бірж (н 21).

ми, затвердженого рішенням НКЦПФР від 5 лютого 2013 р. № 131⁷⁰ на електронних ресурсах: інформаційна база даних SMIDA (<http://smida.gov.ua>), загальнодоступна база даних НКЦПФР про ринок цінних паперів (<http://stockmarket.gov.ua>), сайти фондових бірж, зокрема, ПАТ “Українська біржа” (<http://www.ux.ua/>).

У зв'язку з тим, що положення Закону України “Про оцінку майна майновий прав та професійну оціночну діяльність” не поширюються на судових експертів, судовий експерт, який здійснює судово-експертну діяльність, пов'язану з оцінкою майна, визначенням матеріальних збитків, відповідно до експертної спеціальності на підставі свідчення про присвоєння кваліфікації судового експерта не обов'язково повинен бути суб'єктом оціночної діяльності (інструктивний лист Фонду державного майна України від 28 квітня 2006 р. № 10-36-6537⁷¹).

Експерти, які не є працівниками державних спеціалізованих установ та на професійній основі здійснюють судово-експертну діяльність, забезпечують проведення експертиз і досліджень відповідно до вимог Інструкції про особливості здійснення судово-експертної діяльності атестованими судовими експертами, що не працюють у державних спеціалізованих експертних установах, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 12 грудня 2011 р. № 3505/5⁷².

Судовий експерт здійснює свою діяльність із певного виду експертної спеціальності на підставі свідчення про присвоєння кваліфікації судового експерта, виданого Міністерством юстиції України відповідно до Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 3 березня 2015 р. № 301/5⁷³.

Кваліфікація судового експерта фахівцям, які не є працівниками державних спеціалізованих установ, присвоюється згідно з Переліком видів судових експертиз та експертних спеціальностей, за якими присвоюється кваліфікація судового експерта фахівцям, що не працюють у державних спеціалізованих установах (додаток 7 до Переліку). Пункт 13 Додатку 7 –

⁷⁰ Про затвердження Порядку подання та розміщення інформації в загальнодоступній інформаційній базі даних Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку про ринок цінних паперів торговцями цінними паперами та фондовими біржами: рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 5 лютого 2013 р. № 131 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0320-13>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁷¹ Інструктивний лист Фонду державного майна України від 28 квітня 2006 р. № 10-36-6537 <<http://www.spfu.gov.ua/ua/documents/1530.html>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁷² Про затвердження Інструкції про особливості здійснення судово-експертної діяльності атестованими судовими експертами, що не працюють у державних спеціалізованих експертних установах: наказ Міністерства юстиції України від 12 грудня 2011 р. № 3505/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1431-11>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁷³ Про затвердження Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів: наказ Міністерства юстиції України від 3 березня 2015 р. № 301/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0249-15>> (дата звернення: 20.05.2019).

економічна експертиза. Окремого виду судових експертиз та кваліфікації судових експертів з оцінки вартості цінних паперів за чинним законодавством України не існує.

Висновки. Примусове позбавлення міноритарних акціонерів права власності на акції можливе лише у разі суспільної необхідності, з дотриманням вимог закону, принципу справедливості і балансу інтересів та за умови попередньої повної компенсації її ринкової вартості. Аналіз норм закону про викуп (обов'язковий викуп), обов'язковий продаж акцій свідчить про відсутність гарантій захисту права міноритарних акціонерів на одержання справедливої компенсації ринкової вартості акцій, що обумовлює складність вибору способів захисту та вирішення зазначеної категорії спорів господарськими судами. Належними доказами при оскарженні ціни викупу акцій є довідка фондової біржі про біржовий (середній біржовий) курс акцій (для лістингових цінних паперів), звіт суб'єкта оціночної діяльності, висновок експерта за результатами судової експертизи.

На основі зазначеного вище можемо зробити такі пропозиції щодо удосконалення законодавства в сфері оцінки ринкової вартості акцій: визначити на рівні закону, що об'єктом оцінки є одна проста акція у 100 % пакеті; встановити підвищені вимоги до суб'єктів оціночної діяльності, що мають право здійснювати оцінку ринкової вартості акцій з метою викупу; впровадити відповідальність суб'єкта оціночної діяльності за збитки, заподіяні міноритарію, у разі проведення оцінки з порушенням вимог законодавства; обов'язок НКЦПФР зупинити процедуру *squeeze-out* у разі надходження обґрунтованої скарги міноритарія з метою проведення розслідування та здійснення рецензування звіту про оцінку Фондом державного майна України або саморегулювальною організацією оцінювачів. У разі негативної рецензії (значні порушення, що вплинули на достовірність оцінки) наслідком має бути визнання Оферти та (або) Публічної вимоги нікчемними, позбавлення оцінювача права проводити оцінку ринкової вартості акцій та проведення альтернативної оцінки коштом мажоритарія оцінювачем, визначеним НКЦПФР або судом.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Young S, 'Boom time for buybacks' in *The UK Stock Exchange Almanac* (Harriman House 2005) (in English).
2. *Zakon ob aktsionernyih obschestvah Germanii [German Joint Stock Company Law]. Parallelnyie russkiy i nemetkiy tekstyi Aktiengesetz. Paralleler russischer und deutscher Text [Parallel Russian and German texts]* (Volters Kluver 2009) 440 (in Russian and Germany).

Jornal articles

3. Kolohoida O ta Stafiiichuk V, 'Protsedura prymusovoho prodazhu aktsii (squeeze-out): zakonodavstvo ta praktyka pravozastosuvannia' ['Squeeze-out Procedure: Law and Practice of Enforcement'] (2018) 6 *Pravo Ukrainy* 111-31 (in Ukrainian).
4. Kolohoida O ta Stafiiichuk V, 'Zakhyst prav minorityarnykh aktsioneriv u protseduri prymusovoho prodazhu aktsii (squeeze-out)' ['Protection of the Minority Shareholders Rights in the Procedure of Forced Buyback of the Shares (Squeeze-out)'] (2018) 7 *Pravo Ukrainy* 143-76 (in Ukrainian).
5. Kolohoida O, 'Shchodo poniattia ta kryteriiv korporatyvnoho sporu' ['Concerning the Concept and Criteria of a Corporate Dispute'] (2019) 3 *Pravo Ukrainy* 237-59 (in Ukrainian).
6. Zhornokui Yu, 'Vykup aktsii mazhorytarnym aktsionerom: za ta proty' ['Repurchase of Shares by Majority Shareholder: for and Against'] (2018) 6 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 31-3 (in Ukrainian).
7. Perederii V, 'Inozemnyi dosvid vykupu vlasnykh aktsii yak shliakh do efektyvnoho upravlinnia korporatsiiamy v Ukraini' ['Foreign Redemption Experience as a Way to Effectively Manage Corporations in Ukraine'] (2015) 11 *Efektivna ekonomika* <<http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=4531>> (accessed: 25.05.2019) (in Ukrainian).

Newspaper articles

8. Ihonin V ta Shmatov A, 'Tsina skviz autu: v poshukakh spravedlyvosti' ['Squeeze-out Price: in Search of Justice'] *Yurydychna Hazeta* (19.02.2019) 20-2 (in Ukrainian).

Oleksandra Kolohoida
Oksana Malenko

LEGAL ASPECTS OF SHARE MARKET VALUE ASSESSMENT IN THE SQUEEZE-OUT AND SELL-OUT PROCEDURES

ABSTRACT. The article examines legal regulation of the procedure for determining the price of reacquisition and mandatory reacquisition (sale) of shares by request of a person who has acquired ownership of the dominant controlling stake in a company.

The purpose of the article is to study the practical aspects of share market value assessment and its use in the share reacquisition procedures, to analyze the case law regarding consideration of disputes which relate to reacquisition of shares, and to determine the appropriate and admissible evidence to be used in corporate disputes.

Олександра Кологойда, Оксана Маленко

On March 23, 2017, Law of Ukraine No. 1983-VIII “On Amending Some Legislative Acts of Ukraine on Enhancement of Corporate Governance in Joint-Stock Companies” (Law No. 1983-VIII) was adopted; this Law straightened out the two ways which are available to the majority shareholder, which holds more than 95% of shares, to consolidate all of the shares of such a company – the institute of mandatory shares acquisition by a majority shareholder by request of a minority shareholder (“*sell-out*” procedure) and the institute of a majority shareholder’s public request to minority shareholders to sell their ordinary shares (“*squeeze-out*” procedure) by amending and supplementing the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies” (Articles 65-65⁵).

Despite compliance of the main provisions of Law No. 1983-VIII with the provisions of Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council on takeover bids, the analysis of the provisions contained in the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies” and the practice of consideration of corporate disputes relating to the implementation of provisions of the law on reacquisition (mandatory reacquisition) and mandatory sale of shares shows that there are no guarantees which may protect the right of minority shareholders to receive a fair compensation for the market value of their shares, and this makes it difficult for economic courts to choose remedies and resolve disputes of the specified category.

Based on the analysis of statutory provisions, legal positions of higher courts and respective case law, the author determines the legal grounds for independent evaluation and judicial expert examination aimed at assessing the market value of shares, and also determines the appropriate and admissible evidence in corporate disputes which relate to reacquisition (mandatory reacquisition) and mandatory sale of shares.

The investigation made by the author shows that there are no guarantees which may protect the right of minority shareholders to receive a fair compensation for the market value of their shares, and thus the research topic is seen as important with a view to choosing appropriate remedies and ensuring fair resolution of disputes of this category by economic courts.

KEYWORDS: share market value assessment; share reacquisition; mandatory sale of shares (*squeeze-out*); mandatory acquisition of shares (*sell-out*).

III. Проблеми правового регулювання в окремих галузях господарювання

DOI: 10.33498/opus-2019-08-181



Анастасія Попова

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
avropova@meta.ua

УДК 346.56:346.7

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ВИДИ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН НА РИНКАХ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

АНОТАЦІЯ. Необхідність удосконалення правового регулювання господарських відносин на ринках небанківських фінансових послуг (НФП), незначна кількість теоретичних досліджень і недостатня розробленість проблематики цієї правової категорії зумовлює актуальність зазначеної статті.

Мета статті – сформулювати визначення господарських правовідносин на ринках НФП, виділити основні їх ознаки та види. На підставі виділених основних ознак запропонувати визначення господарських правовідносин на ринках НФП. Класифікувати зазначені правовідносини за різними критеріями.

Для повного розкриття господарських правовідносин на ринках НФП були проаналізовані основні погляди на визначення категорії правовідносин у теорії права та в дослідженнях із теорії господарського права.

У результаті проведеного аналізу основних ознак, властивих господарським правовідносинам на ринках НФП, запропоновано визначати господарські правовідносини на ринках НФП як врегульовані господарсько-правовими нормами законодавства про ринки фінансових послуг суспільні відносини, що виникають у сфері економіки між спеціальними суб'єктами господарювання та іншими учасниками відносин на ринках НФП щодо організації та здійснення професійної фінансової діяльності. Пропонується також виділяти загальний об'єкт господарських правовідносин на ринках НФП – фактичне господарське відношення щодо надання небанківських фінансових послуг та спеціальний об'єкт – фінансовий продукт, зокрема й фінансові активи.

Зроблено висновок про те, що господарські правовідносини на ринках НФП є окремим видом господарських правовідносин, які характеризуються наявністю притаманних їм кваліфікуючих ознак: сфера здійснення; особливий (обмежений)

© Анастасія Попова, 2019

Анастасія Попова

суб'єктний склад; особливий об'єкт, зміст й економічна сутність правовідносин; спрямованість на задоволення інтересів учасників таких відносин; значний ступінь державного регулювання і саморегулювання; свідомо-вольовий характер; поєднання майнових та організаційних елементів.

Господарські правовідносини на ринках НФП пропонується класифікувати за такими критеріями: характером правовідносин; взаємним становищем сторін; сферою виникнення та дії; сферами здійснення професійної фінансової діяльності.

Ключові слова: господарські правовідносини; ринки небанківських фінансових послуг; фінансові активи; професійна фінансова діяльність.

Правове регулювання відносин, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності з надання небанківських фінансових послуг (далі – НФП), істотно відстає від сучасних потреб розвитку світового ринку. Недосконалість законодавчого регулювання ринків НФП, незначна кількість теоретичних досліджень і, як наслідок, недостатня розробленість проблематики господарських правовідносин на цих ринках характеризують безумовну актуальність зазначеної статті.

Категорію правовідносин досліджували на загальнотеоретичному рівні, зокрема, О. Іоффе, М. Карева, С. Кечек'ян, Ю. Толстой, Р. Халфіна, Л. Явич; на господарсько-правовому рівні – О. Вінник, О. Віхров, Г. Знаменський, В. Мартем'янов, В. Щербина та ін. Дослідження правовідносин в окремих сферах господарювання проводили О. Горяєва (аудиторські правовідносини), І. Лукач (корпоративні правовідносини), В. Поєдинок (інвестиційні правовідносини), В. Резнікова (посередницькі правовідносини). Окремі види господарських правовідносин на ринках фінансових послуг досліджували О. Кологойда (фондові правовідносини), Н. Пацурія (страхові правовідносини) та інші науковці. Однак комплексне дослідження господарських правовідносин на ринках НФП не здійснювалося.

Мета дослідження – сформулювати визначення господарських правовідносин на ринках НФП, виділити основні їх ознаки та види.

Закон України “Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг”¹ регулює відносини, що виникають між учасниками ринків фінансових послуг під час здійснення операцій із надання фінансових послуг.

Вважається доцільним розглянути господарські правовідносини на ринках НФП у їх зв'язку з загальнотеоретичною правовою категорією – правовідносинами, та галузевою загальною категорією господарських правовідносин. Це дасть змогу виокремити загальні та специфічні озна-

¹ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. 2664-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1.

ки господарських правовідносин на ринках НФП, а також сформулювати їх поняття.

Для повного розкриття господарських правовідносин на ринках НФП спочатку слід проаналізувати основні точки зору щодо визначення категорії правовідносин у теорії права та в дослідженнях із теорії господарського права.

У сучасній юридичній науці категорія правовідносин займає одне з центральних місць у системі основних категорій. Правовідносини відображають особливий вид зв'язку права з суспільними відносинами, що ним регулюються, в яких діалектично поєднуються абстрактні норми з конкретністю цього життєвого відношення². Правовідносини відображають право в динаміці, функціонуванні та розвитку. Вони поєднують правову дійсність із діяльністю людей, виступають тією конкретною формою, в якій насамперед відбувається соціальна діяльність, пов'язана з правом³.

У радянській юридичній науці правовідносини визначали як врегульовані нормами права суспільні відносини, учасники яких є носіями прав та обов'язків. На думку Ю. Толстого, це визначення має два істотних недоліки. Воно, по-перше, не дає змогу розмежувати правовідносини й ті суспільні відносини, що лежать в їх основі, а по-друге, не дає відповіді на запитання: для чого взагалі виникають правовідносини, яку роль виконують у процесі впливу норм права на поведінку людей?⁴ Зі свого боку С. Кечек'ян звертав увагу на те, що пануюче визначення '<...>' не виражає достатньою мірою надбудовного характеру правовідносин⁵.

Критикуючи традиційне визначення правовідносин, М. Карева вказувала, що таким чином '<...>' і ті фактичні суспільні відносини, що по суті є базисними, опосередковуються правовідносинами, тим самим перетворюються на надбудовні відносини, у той час як у дійсності це виключено⁶.

На захист традиційного визначення виступає О. Иоффе, який стверджує, що правовідносини можна розглядати або як єдність їх економічного змісту і юридичної форми, або лише як юридичну форму⁷.

Ю. Толстой визначав правовідносини як особливі ідеологічні відносини, що виникають у результаті настання передбачених правовою нормою юридичних фактів, як відносини, за допомогою яких (через які) норма права регулює фактичні суспільні відносини. Тобто правовідно-

² Р Халфина, *Общее учение о правоотношении* (Юридическая литература 1974) 6.

³ Л Явич, *Сущность права* (Издательство Ленинградского университета 1985) 23.

⁴ Ю Толстой, *К теории правоотношения* (Издательство Ленинградского университета 1959) 18.

⁵ С Кечек'ян, 'Нормы права и правоотношения' (1955) 2 Советское государство и право 22-4.

⁶ М Карева и С Кечек'ян, *О социалистических правоотношениях* (Тезисы докладов 1956) 9.

⁷ О Иоффе, *Спорные вопросы учения о правоотношении. Очерки по гражданскому праву* (Издательство ЛГУ 1957) 25.

сини розглядались як проміжна ланка між нормами права і суспільними відносинами, норма права і правовідносини мають спільний об'єкт, який є фактичні суспільні відносини⁸.

У сучасній юридичній науці категорія правовідносин є не тільки однією з фундаментальних, а й однією з найбільш дискусійних. Якщо проаналізувати визначення правовідносин, що наводяться в літературі, можна зробити висновок про спільність їхнього коріння.

Так, наприклад, В. Хропанюк визначає правовідносини як міру зовнішньої свободи, яка надається їхнім учасникам нормами об'єктивного права⁹. Правовідносини – різновид суспільних відносин, тобто соціальних зв'язків між людьми. Будь-які суспільні відносини мають і певні межі вільного розвитку людини, і певний масштаб обмежень. Якщо перше і друге зачіпають суттєві інтереси особистості й держави, то конкретні суспільні відносини потрапляють у сферу правового регулювання і, відповідно, набувають юридичного характеру. Перше (свобода) перетворюється на суб'єктивне право, а друге (обмеження) – на обов'язки, заборону або правове обмеження¹⁰.

Найбільш поширеним залишається визначення правовідносин як виду суспільних відносин, що виникають у результаті впливу норми права на фактичні, реальні відносини у суспільстві (є результатом дії вимог норм права на відносини між різними суб'єктами¹¹), і виступає ланкою, що опосередковує зв'язок між нормами права та відповідними фактичними суспільними відносинами¹².

Господарським правовідносинам на ринках НФП притаманні основні ознаки правовідносин. Господарські правовідносини на ринку НФП відображають відповідні норми господарського права у їхній динаміці та функціонуванні. Вони виступають як результат впливу норм на фактичні відносини, що складаються у процесі організації та здійснення професійної фінансової діяльності.

Відповідно до законодавчого визначення господарські відносини – це відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання (ст. 1 Господарського кодексу України (далі – ГК України))¹³.

⁸ Толстой (н 4) 20.

⁹ В Хропанюк, *Теорія государства и права* (Омега-Л 2008) 305.

¹⁰ С Бошно, *Теорія государства и права: учебное пособие* (Ексмо 2007) 49.

¹¹ *Загальна теорія держави і права* (Копейчиков В ред, Юрінком Інтер 2001) 190.

¹² М Абдулаев и С Комаров, *Проблемы теории государства и права* (Питер 2003) 373; *Общая теория государства и права, т 2* (Петров В и Явич Л отв ред, Издательство Ленинградского университета 1974) 336.

¹³ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 15.06.2019).

У сучасній навчальній літературі господарські правовідносини розглядаються як сукупність відносин, що виникають у процесі господарської діяльності¹⁴ або ж як врегульовані нормами права суспільні відносини у сфері господарювання¹⁵. Г. Знаменський, який найбільш повно розглянув теоретичні аспекти господарських правовідносин, визначає цю категорію як вид суспільних відносин, у яких зв'язок між суб'єктами цих відносин полягає в їх юридичних правах та обов'язках, що слугують проміжною стадією господарсько-правового регулювання і містяться між господарсько-правовими нормами і господарськими відносинами¹⁶.

Складний зміст фінансової діяльності суб'єктів господарювання найбільше проявляється в аналізі господарських правовідносин на ринках НФП. З одного боку, суб'єкти господарювання надають НФП, тобто здійснюють професійну фінансову діяльність, а з другого – суб'єкти господарювання виступають споживачами НФП, при цьому здійснюють індивідуальну фінансову діяльність.

Узявши за основу господарсько-правові дослідження О. Беяневич, О. Вінник, О. Віхрова, Г. Знаменського, В. Щербини та інших науковців, видається можливим встановити наявність у відносинах на ринках НФП таких ознак господарських правовідносин:

1. Сфера здійснення – економіка держави, зокрема ринки НФП, які згідно з чинним законодавством включають ринок послуг із залучення фінансових активів із зобов'язанням щодо наступного їх повернення; ринок послуг із фінансового лізингу; ринок послуг із надання коштів у позику, зокрема й на умовах фінансового кредиту; ринок послуг із надання гарантій та поручительств; ринок страхових послуг; ринок послуг з адміністрування недержавних пенсійних фондів; фондовий ринок; ринок послуг із факторингу; ринок послуг з адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах; ринок послуг з управління майном для фінансування об'єктів будівництва та (або) здійснення операцій з нерухомістю відповідно; ринок послуг із довірчого управління фінансовими активами та ін.

2. Особливий (обмежений) суб'єктний склад. Аналіз чинного законодавства України дає змогу виокремити такі групи учасників ринку НФП: 1) особи, які відповідно до закону мають право надавати фінансові послуги на території України; 2) особи, які провадять діяльність із надання посередницьких послуг на ринках НФП; 3) об'єднання фінансових установ, включені до реєстру саморегулювних організацій, що ведеться органами, які здійснюють державне регулювання ринків фінансових

¹⁴ Л Жук та І Жук та О Неживець, *Господарське право: навчальний посібник* (Кондор 2003) 9.

¹⁵ О Вінник, *Господарське право: навчальний посібник* (2-ге вид, змін та доп, Правова єдність 2008) 27.

¹⁶ *Хозяйственное право: учебник* (Мамутов В ред, Юринком Интер 2002) 64.

послуг; 4) споживачі фінансових послуг; 5) інші учасники ринків НФП, які можуть визначатися такими законами з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг (ст. 1)¹⁷.

Особливий суб'єктний склад господарських правовідносин на ринках НФП представляють спеціальні суб'єкти господарювання – професійні учасники ринків НФП, тобто небанківські фінансові установи, фізичні особи – підприємці та юридичні особи, які за своїм правовим статусом не є фінансовими установами¹⁸.

3. Поєднання двох елементів – організаційного і майнового. Таке поєднання проявляється під час створення професійного учасника ринків НФП, зокрема: 1) власник приймає рішення про створення господарської організації у певній організаційно-правовій формі (скликаються і проводяться установчі збори, за результатами яких укладається засновницький договір); 2) здійснюється державна реєстрація за загальними правилами, визначеними Законом України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань”¹⁹; 3) професійна фінансова діяльність здійснюється виключно на підставі ліцензії, що видається згідно з постановою Кабінету Міністрів України “Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг (крім професійної діяльності на ринку цінних паперів)”²⁰, яка встановлює вичерпний перелік кадрових, організаційних, технологічних та інших вимог до ліцензіатів. При цьому професійні учасники ринків НФП повинні сформувати необхідну майнову базу для здійснення своєї господарської діяльності, зокрема: дотриматися вимог, визначених законодавством, до складу (переважно у грошовій формі) і мінімального розміру статутного капіталу, власного капіталу тощо.

Поєднання майнових та організаційних елементів можна також проаналізувати на прикладі договорів про надання НФП. Йдеться про те, що договір про надання НФП припускає одночасне включення умов, що визначають як надання й оплату НФП, так і порядок виконання, дострокового розірвання або зміни договору, а також порядок розгляду спорів між сторонами.

¹⁷ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг (н 1).

¹⁸ А Попова, ‘Система суб'єктів професійної фінансової діяльності’ [2016] 1(102) Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка 37-42.

¹⁹ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань: Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/Laws/show/755-15>> (дата звернення: 15.06.2019).

²⁰ Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг (крім професійної діяльності на ринку цінних паперів): постанова Кабінету Міністрів України від 7 грудня 2016 р. № 913. *Офіційний вісник України*. 2016. № 98. С. 66.

4. Особливий об'єкт господарських правовідносин на ринках НПФ. У загальній теорії питання визначення об'єкта правовідносин залишається одним із найбільш дискусійних. Численні теорії об'єкта правовідносин поділяються на дві групи: моністичний підхід – єдність об'єкта правовідносин і плюралістичний підхід – множинність об'єктів правовідносин. Традиційно в теорії господарського права згідно з плюралістичним підходом до визначення об'єктів правовідносин виділяють такі об'єкти господарських правовідносин: 1) речі, зокрема гроші й цінні папери; 2) дії зобов'язаних суб'єктів; 3) власна діяльність суб'єкта права; 4) немайнові блага, що використовуються під час здійснення господарської діяльності (товарний знак, комерційна таємниця тощо)²¹.

У сучасній господарсько-правовій доктрині все більшого обґрунтування і підтримки одержує моністичний підхід до розуміння категорії об'єкта правовідносин. Розробниками моністичної теорії об'єкта правовідносин вважаються Я. Магазінер та О. Іоффе. Ця теорія отримала подальший розвиток і зводиться до такого: об'єктом правовідносин може бути фактична поведінка суб'єкта (діяльність), фактичне суспільне відношення, а також речі та продукти духовної творчості як спеціального об'єкта (предмета) правовідносин²². У теорії господарського права прихильник моністичного підходу О. Віхров розрізняє: 1) безпосередній об'єкт (конкретні відносини у сфері організації та здійснення господарської діяльності, конкретні дії, реальна поведінка учасників цих відносин); 2) груповий (родовий) об'єкт (конкретні види господарської діяльності); 3) загальний об'єкт господарських правовідносин (загалом процес організації та здійснення господарської діяльності); 4) спеціальний об'єкт (безпосередні матеріальні й нематеріальні засоби здійснення господарського інтересу)²³. В. Поєдинок вважає теоретично доцільним відповідно до моністичного підходу поділ об'єктів господарського правовідношення на загальний об'єкт (фактичне господарське відношення) і спеціальний об'єкт (речі та інші цінності, зокрема й нематеріальні активи). На думку авторки, це дасть змогу одночасно підтвердити місце господарського правовідношення в механізмі правового регулювання і приділити увагу безпосереднім об'єктам господарської діяльності²⁴.

У дослідженнях правовідносин в окремих сферах господарювання також переважає моністичний підхід до розуміння їхнього об'єкта. Так,

²¹ Хозяйственное право (н 16) 72; В. Мартемьянов, *Хозяйственное право, т 1: Общие положения: курс лекций* (БЕК 1994) 34.

²² Толстой (н 4) 53-65.

²³ *Господарське право: підручник* (Опришко В та Хатнюк Н ред, КНЕУ 2011) 49.

²⁴ *Актуальні проблеми господарського права: навчальний посібник* (Щербина В ред, Юрінком Інтер 2012) 16.

О. Горяєва розрізняє загальний об'єкт аудиторських правовідносин (дії аудиторських фірм і незалежних аудиторів) та спеціальний об'єкт (аудиторська діяльність і відповідні системи обліку суб'єктів господарювання)²⁵. В. Поєдинок, конструюючи об'єкт інвестиційних правовідносин відповідно до моністичного підходу, виділяє: фактичне інвестиційне відношення (загальний об'єкт) та об'єкт господарської діяльності, у який вкладається капітал (спеціальний об'єкт)²⁶.

Зі свого боку І. Лукач до об'єктів корпоративних відносин відносить корпоративні права і корпоративне управління²⁷. В. Резнікова об'єктом посередницьких правовідносин визначає: 1) саму діяльність, посередницьку послугу; 2) результат посередницької діяльності, нематеріальне благо та (або) корисний ефект²⁸.

Деякі науковці, які досліджували окремі види господарських правовідносин на ринках фінансових послуг, зокрема, О. Кологойда, поділяючи моністичний підхід, виділяє загальний (фактичне господарське відношення щодо випуску та обігу цінних паперів і похідних) та спеціальний (цінні папери та похідні) об'єкти господарського правовідношення на фондовому ринку²⁹. Н. Пацурія об'єктом страхового правовідношення визначає страховий інтерес³⁰.

Підтримуючи позицію прихильників моністичного підходу до розуміння об'єкта правовідносин, пропонуємо виділяти *загальний об'єкт господарських правовідносин на ринках НФП* – фактичне господарське відношення щодо надання НФП та *спеціальний об'єкт* – фінансовий продукт, зокрема й фінансові активи.

5. Метою встановлення господарських правовідносин на ринках НФП є задоволення інтересів учасників зазначених відносин: на ринках НФП одні суб'єкти зацікавлені в отриманні певного фінансового активу, інші мають надлишок і зацікавлені в обміні на інший, зі свого боку, професійні учасники ринків НФП задовольняють потреби таких суб'єктів шляхом надання відповідних фінансових послуг, при цьому задовольняють власний інтерес в отриманні прибутку чи збереженні реальної вартості фінансових активів. Інтерес органів, які здійснюють державне регулювання ринків НФП, полягає у забезпеченні сприятливих умов для реалі-

²⁵ О Горяєва, *Правове регулювання аудиторської діяльності в Україні: навчальний посібник* (Юридичний світ 2014) 109.

²⁶ В Поєдинок, *Правове регулювання інвестиційної діяльності: теоретичні проблеми* (Аспект-Поліграф 2013) 117.

²⁷ І Лукач, *Теоретичні проблеми правового регулювання корпоративних відносин в Україні* (Ліра-К 2015) 171.

²⁸ В Резнікова, 'Поняття, особливості та види посередницьких правовідносин' [2013] 3(97) Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка 26.

²⁹ О Кологойда, *Господарсько-правове регулювання фондових відносин в Україні* (Ліра-К 2015) 55.

³⁰ Н Пацурія, *Страхові правовідносини у сфері господарювання: проблеми теорії і практики* (Аспект-Поліграф 2013) 84-5.

зації своїх прав учасниками ринків НФП, захисті прав споживачів НФП, запобіганні кризовим явищам тощо.

6. Зміст та економічна сутність господарських правовідносин на ринках НФП. Особлива форма взаємозв'язку між учасниками господарських правовідносин на ринках НФП полягає в наявності у кожного з них суб'єктивних прав та обов'язків. Суб'єкти цих правовідносин взаємопов'язані між собою юридичними правами та обов'язками, що в правовій науці називаються суб'єктивними, а відповідно до ст. 55 ГК України сукупність прав та обов'язків суб'єктів господарювання визначається як господарська компетенція. Учасники господарських правовідносин на ринках НФП виступають щодо один одного як управлені й зобов'язані особи, інтереси одного можуть бути реалізовані виключно за допомогою іншого. У більшості випадків права та обов'язки у господарських правовідносинах на ринках НФП покладені на обидві сторони, тобто правам завжди відповідають певні обов'язки. У визначенні змісту правовідносин завжди повинна враховуватися їхня економічна основа, сутність, яка визначається залежно від місця у відтворенні (виробництво, обмін, розподіл, споживання) та характеру державного регулювання³¹.

Економічна сутність господарських правовідносин на ринках НФП полягає у перерозподілі фінансових активів між фізичними та (або) юридичними особами, що відбувається в результаті здійснення спеціальними суб'єктами господарювання професійної фінансової діяльності.

7. Значний ступінь державного регулювання та саморегулювання забезпечується органами, які здійснюють державне регулювання ринків НФП, та саморегулювними організаціями. Це пояснюється: 1) підвищеними вимогами до професійних учасників ринків НФП, оскільки вони тимчасово розпоряджаються коштами споживачів НФП, які у випадку невиконання зобов'язання можуть не повернутися власникам; 2) метою державного регулювання ринків НФП – створення сприятливих умов для розвитку, функціонування та євроінтеграції ринків НФП, для ефективної мобілізації і розміщення фінансових ресурсів учасниками ринків НФП, а також забезпечення рівних можливостей і захист прав учасників ринків НФП.

Водночас сьогодні державне регулювання ринків НФП перебуває на стадії реформування, яке з метою забезпечення сприятливих умов їх подальшого розвитку, підвищення інвестиційної привабливості та відновлення довіри споживачів здійснюється за такими напрямками: дерегуляція на ринках НФП та спрощення регуляторного середовища; удосконалення діяльності регулятора та підвищення ефективності державного

³¹ Мартемьянов (н 21) 35, 36.

нагляду; захист інтересів споживачів фінансових послуг і відновлення довіри до ринків НФП; регуляторний вплив на розвиток ринків НФП (пріоритети)³².

Згідно з чинним законодавством до органів, які здійснюють державне регулювання ринків НФП, належать: 1) Національний банк України (зокрема, щодо ринку послуг із переказу коштів); 2) Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку (щодо ринків цінних паперів та похідних цінних паперів (деривативів)); 3) Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг (щодо інших ринків НФП).

8. Господарські правовідносини на ринках НФП мають свідомо-вольовий характер, тобто, по-перше, виникають на основі господарсько-правових норм законодавства про ринки фінансових послуг, що є результатом свідомо-вольової діяльності людей (правотворчих органів), по-друге, учасники господарських правовідносин на ринках НФП реалізують свої права й обов'язки через власні вольові, свідомі дії.

Виділивши основні характерні ознаки, властиві господарським правовідносинам на ринках НФП, й узагальнюючи зазначене вище, можна зробити висновок, що *господарські правовідносини на ринках НФП* – це врегульовані господарсько-правовими нормами законодавства про ринки фінансових послуг суспільні відносини, що виникають у сфері економіки між спеціальними суб'єктами господарювання та іншими учасниками відносин на ринках НФП щодо організації та здійснення професійної фінансової діяльності.

Господарські правовідносини на ринках НФП різноманітні, що обумовлено багатоманітністю економічних зв'язків між учасниками цих відносин. При дослідженні зазначених правовідносин важливого теоретичного та практичного значення набуває питання їхньої класифікації, тобто виділення за певними критеріями окремих видів цих правовідносин.

Господарські правовідносини на ринках НФП можна класифікувати за різними критеріями.

Так, *за характером правовідносин*:

– відносини з безпосереднього здійснення професійної фінансової діяльності (надання НФП);

– відносини з організації професійної фінансової діяльності (державна реєстрація, ліцензування господарської діяльності з надання НФП тощо).

³² Про затвердження Стратегії реформування державного регулювання ринків небанківських фінансових послуг на 2015-2020 роки: розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, від 19 березня 2015 р. № 499 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0499865-15>> (дата звернення: 20.06.2019).

Між учасниками господарських правовідносин на ринках НФП можуть виникати як вертикальні, так і горизонтальні відносини (*за взаємним становищем сторін*):

– горизонтальні, учасники яких рівноправні – зокрема, спеціальні суб'єкти господарювання надають НФП третім особам, виступаючи при цьому рівноправними учасниками відносин, що виникають у процесі здійснення професійної фінансової діяльності;

– вертикальні – виникають між суб'єктами організаційно-господарських повноважень та спеціальними суб'єктами господарювання, зокрема: відносини між органами державної влади, наділеними господарською компетенцією, щодо державної реєстрації, ліцензування професійних учасників ринків НФП; відносини між засновником і професійним учасником ринків НФП щодо створення, визначення напрямів й основних видів господарської діяльності останнього тощо.

За сферою виникнення та дії господарські правовідносини на ринках НФП можна поділити на:

– внутрішні – внутрішньогосподарські відносини на ринках НФП виникають між спеціальним суб'єктом господарювання та його структурними підрозділами, між структурними підрозділами одного спеціального суб'єкта господарювання (наприклад, відносини щодо організації та здійснення валютних операцій структурними підрозділами небанківських фінансових установ). Чинне законодавство встановлює спеціальний перелік структурних підрозділів небанківських фінансових установ: філії та інші відокремлені структурні підрозділи, невідокремлені структурні підрозділи, пункти обміну іноземної валюти, каси, об'єкти поштового зв'язку небанківської установи, в яких здійснюється надання фінансових послуг³³;

– зовнішні – зовнішньогосподарські відносини на ринках НФП складаються між самостійними спеціальними суб'єктами господарювання, наприклад, із договорів про надання НФП.

За сферами (ринками) здійснення професійної фінансової діяльності можна виділити такі господарські правовідносини на ринках НФП: на ринку послуг із фінансового лізингу, ринку послуг із надання гарантій та поручительств, на ринку страхових послуг, ринку послуг з адміністрування недержавних пенсійних фондів, ринку послуг із факторингу, ринку послуг з адміністрування фінансових активів для придбання товарів у групах тощо.

³³ Положення про порядок видачі небанківським фінансовим установам, операторам поштового зв'язку ліцензій на здійснення валютних операцій: постанова Правління Національного банку України від 9 серпня 2002 р. № 297. *Офіційний вісник України*. 2002. № 36. С. 108.

Висновки. Господарські правовідносини на ринках НПФ є окремим видом господарських правовідносин, що характеризуються наявністю притаманних їм кваліфікуючих ознак: сфера здійснення; особливий (обмежений) суб'єктний склад; особливий об'єкт, зміст й економічна сутність правовідносин; спрямованість на задоволення інтересів учасників таких відносин; значний ступінь державного регулювання та саморегулювання, свідомо-вольовий характер, а також поєднання майнових й організаційних елементів.

Господарські правовідносини на ринках НПФ класифікуються за такими критеріями: характером правовідносин; взаємним становищем сторін; сферою виникнення та дії; сферами здійснення професійної фінансової діяльності.

Питання об'єкта та змісту господарських правовідносин на ринках НПФ вимагають детального аналізу й будуть предметом подальших досліджень.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Abdulayev M i Komarov S, *Problemy teorii gosudarstva i prava [Issues of Theory of State and Law]* (Piter 2003) (in Russian).
2. Boshno S, *Teoriya gosudarstva i prava: uchebnoye posobiye [Theory of State and Law: Textbook]* (Eksmo 2007) (in Russian).
3. Halfina R, *Obshhee uchenie o pravootnoshenii [General Doctrine of Legal Relations]* (Juridicheskaja literatura 1974) (in Russian).
4. Horiaieva O, *Pravove rehuliuвання audytorskoї diialnosti v Ukraini: navchalnyi posibnyk [Legal Regulation of Audit Activity in Ukraine: Textbook]* (Iurydychnyi svit 2014) (in Ukrainian).
5. Hropanjuk V, *Teoriya gosudarstva i prava [Theory of State and Law]* (Omega-L 2008) (in Russian).
6. Ioffe O, *Spornye voprosy uchenija o pravootnoshenii. Ocherki po grazhdanskomu pravu [Controversial Issues of the Doctrine of Legal Relations. Civil Law Essays]* (Izdatel'stvo LGU 1957) (in Russian).
7. Javich L, *Sushhnost' prava [The Essence of Law]* (Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta 1985) (in Russian).
8. Kareva M i Keček'jan S, *O socialisticheskikh pravootnoshenijah [On Socialist Legal Relations]* (Tezisy dokladov 1956) (in Russian).
9. Kolohoida O, *Hospodarsko-pravove rehuliuвання fondovykh vidnosyn v Ukraini [Regulation of Stock Relations Under Economic Law in Ukraine]* (Lira-K 2015) (in Ukrainian).
10. Lukach I, *Teoretychni problemy pravovoho rehuliuвання korporatyvnykh vidnosyn v Ukraini [Theoretical Issues of Legal Regulation of Corporate Relations in Ukraine]* (Lira-K 2015) (in Ukrainian).

11. Martem'janov V, *Hozhajstvennoe pravo [Economic Law], t 1: Obshhie polozhenija. Kurs lekcij [General Provisions. A Course of Lectures]* (BEK 1994) (in Russian).
12. Patsuriiia N, *Strakhovi pravovidnosyny u sferi hospodariuvannia: problemy teorii i praktyky [Insurance Law Relations in the Economic Activity Domain: Issues of Theory and Practice]* (Aspekt-Polihraf 2013) (in Ukrainian).
13. Poiedynok V, *Pravove rehuliuвання investytsiinoi diialnosti: teoretychni problemy [Legal Regulation of Investment Activity: Theoretical Issues]* (Aspekt-Polihraf 2013) (in Ukrainian).
14. Tolstoj Ju, *K teorii pravootnoshenija [On the Theory of Legal Relations]* (Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta 1959) (in Russian).
15. Vinnyk O, *Hospodarske pravo: navchalnyi posibnyk [Economic Law: Textbook]* (2-he vyd, zmin ta dop, Pravova yednist 2008) (in Ukrainian).
16. Zhuk L ta Zhuk I ta Nezhyvets O, *Hospodarske pravo: navchalnyi posibnyk [Economic Law: Textbook]* (Kondor 2003) (in Ukrainian).

Edited books

17. *Aktualni problemy hospodarskoho prava: navchalnyi posibnyk [Current Issues of Economic Law: Textbook]* (Shherbyna V red, Jurinkom Inter 2012) (in Ukrainian).
18. *Hospodarske pravo: pidruchnyk [Economic Law: Textbook]* (Opryshko V ta Hatniuk N red, KNEU 2011) (in Ukrainian).
19. *Hozhajstvennoe pravo: uchebnyk [Economic Law]* (Mamutov V red, Jurinkom Inter 2002) (in Russian).
20. *Obshhaja teoriia gosudarstva i prava [General Theory of State and Law], t 2* (Petrov V i Javich L otv red, Izdatel'stvo Leningradskogo universiteta 1974) (in Russian).
21. *ZaHalna teoriia derzhavy i prava [General Theory of State and Law]* (Kopiechikov V red, Jurinkom Inter 2001) (in Ukrainian).

Journal articles

22. Kechek'jan S, 'Normy prava i pravootnoshenija' ['Law Provisions and Legal Relations'] (1955) 2 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* 22-4 (in Russian).
23. Popova A, 'Systema sub'iektiv profesiinoi finansovoi diialnosti' ['The System of Professional Financial Activity Subjects'] [2016] 1(102) *Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka* 37-42 (in Ukrainian).
24. Rieznikova V, 'Poniattia, osoblyvosti ta vydy poserednytskykh pravovidnosyn' ['The Concept, Specific Characteristics and Types of Agency Relations'] [2013] 3(97) *Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka* 26 (in Ukrainian).

Anastasiya Popova

THE CONCEPT, FEATURES AND TYPES OF ECONOMIC-LAW
RELATIONS ON THE MARKETS OF NON-BANKING
FINANCIAL SERVICES

ABSTRACT. The relevance of this article stems from the need for improvement of legal regulation of economic-law relations on the markets of non-banking financial services (NFS), and from a small number of theoretical studies and insufficient elaboration of the issues relating to this legal category.

Анастасія Попова

The purpose of the article is to formulate a definition of economic-law relations on the NFS markets, and to highlight their main features and types. Based on the identified main features, to propose a definition of economic-law relations on the NFS markets. To classify these legal relations by different criteria.

With the aim of elucidating comprehensively economic-law relations on the NFS markets, the author analyzed the basic views on the definition of the legal relations category in the theory of law and in the studies in the theory of economic law.

Following the analysis of the main features inherent in economic-law relations on the NFS markets, the author proposes to define economic-law relations on the NFS markets as social relations regulated by economic-law provisions of the financial service markets legislation which arise in the domain of economy between special economic activity entities and other participants to relations on the NFS markets in the context of organization and conduct of professional financial activities. It is also proposed to single out the common object of economic-law relations on the NFS markets – the actual economic relation pertaining to the provision of non-banking financial services, and the special object – a financial product, including financial assets.

The author makes a conclusion that economic-law relations on the NFS markets are a separate type of economic-law relations characterized by their inherent qualifying circumstances: area in which they occur; special (restricted) subjects; special object, content and economic nature of legal relations; a focus on satisfying the interests of participants to such relations; a significant extent of regulation by the State and self-regulation; conscious will-based character; combination of property-based and organizational elements.

It is proposed to classify economic-law relations in the NFS markets by the following criteria: nature of legal relations; mutual position of the parties; area of occurrence and effect; areas of professional financial activity.

KEYWORDS: economic-law relations; markets of non-banking financial services; financial assets; professional financial activity.



Вікторія Мілаш

докторка юридичних наук, доцентка,
професорка кафедри господарського права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/https://0000-0001-5980-8184>
mvss150510@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-08-195

УДК 346.3(477)

ЗАКОНОДАВЧІ ДЕФІНІЦІЇ ТЕРМІНІВ “ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ” І “ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНИЙ ДОГОВІР”: ПОДАЛЬШИЙ РОЗВИТОК ЧИ ПОГЛИБЛЕННЯ ДЕФЕКТУ

АНОТАЦІЯ. Удосконалення й подальший розвиток поняттєво-категоріального апарату господарського законодавства відповідно до сучасних реалій економічного розвитку є надзвичайно важливим завданням, що набуває особливої актуальності в контексті євроінтеграційних прагнень України.

Для забезпечення поняттєво-термінологічної єдності, змістовної якості й логіки нормативно-правового матеріалу та убезпечення від дисфункцій законодавчого регулювання більшість законодавчих актів, спрямованих на регулювання різних видів господарської діяльності та (або) ринків товарів (робіт, послуг), у межах яких здійснюється така діяльність, містить окрему статтю під назвою “визначення термінів”. Законодавче дефінування термінів (категорій) повинно відбуватися відповідно до основних вимог законодавчої техніки та з урахуванням тенденцій розвитку об’єктів, процесів, діяльності тощо, які розкриваються (позначаються) за допомогою відповідних термінів. Порушення правил побудови законодавчих дефініцій, а також використання законодавцем неточних, абстрактних, двозначних термінів (категорій) “блокують” реалізацію їхньої інструментальної функції та, як наслідок, унеможлиблюють однозначне (одноманітне) тлумачення законодавчих норм та формування єдиної правозастосовної практики. Внесення змін до змісту законодавчих визначень (понять), які є базовими для відповідної сфери регулювання, значним чином впливає на загальний вектор її регулювання, у деяких випадках – кардинально змінює його, а інколи, на жаль, породжує численні колізії в регулюванні цієї сфери.

Метою статті є дослідження змісту законодавчих дефініцій термінів “зовнішньоекономічна діяльність” і “зовнішньоекономічний договір” з урахуванням уміщених у міжнародних конвенціях та угодах підходів щодо міжнародної (зовнішньоекономічної) природи договірних відносин, а також останніх змін до чинного законодавства про зовнішньоекономічну діяльність у частині розширення суб’єктного складу такої діяльності.

© Вікторія Мілаш, 2019

Вікторія Мілаш

Результатами дослідження стало виявлення проблемних аспектів кваліфікації зовнішньоекономічної діяльності й зовнішньоекономічних договорів, пов'язаних із вадами законодавчих дефініцій зазначених термінів, а також надання деяких пропозицій щодо їхнього усунення.

Ключові слова: законодавча дефініція (термін); зовнішньоекономічна діяльність; зовнішньоекономічний договір; комерційне підприємство; компенсаційні (офсетні) договори.

Прийняття останнім часом значної кількості актів господарського законодавства, внесення змін і доповнень до нього все більше підсилюють актуальність проблематики поняттєво-термінологічної єдності, пов'язаної із застосуванням однакових законодавчих термінів, правильним їх розумінням та однозначним тлумаченням. Фахівці з термінознавства обов'язковою ознакою законодавчого терміна (від лат. *terminus* – межа, кордон) називають чітко окреслений його зміст у формі законодавчої дефініції (визначення), за наявності якої термін вважається законодавчо інституціоналізованим (кодифікованим). Законодавча дефініція має бути сформульована з урахуванням усіх потенційних запитань і колізій, що можуть виникнути під час тлумачення й практичного застосування норм законодавчого акта (законодавчих актів). Це потребує виокремлення найістотніших ознак поняття (дефініції) та їх розташування в логічній послідовності (від загального до конкретного, від головних / первинних / до менш важливих / вторинних), що має значення для практики правозастосування¹. Неприпустимими при цьому вважаються розбіжності в термінології тексту як одного нормативного акта, так і загального та спеціального законів. Як справедливо стверджує І. Онищук, у законах, які регулюють єдину сферу правовідносин або пов'язані бланкетними нормами, єдність термінології є обов'язковою; у підзаконних нормативних актах терміни застосовуються у межах термінології законів, що регулюють відповідну сферу².

У межах практично кожного господарсько-правового дослідження аналізують законодавчий підхід до визначення тих чи інших термінів, надають їхні авторські визначення. Не є винятком і наукові розвідки з питань господарсько-правового забезпечення сфери зовнішньоекономічної діяльності. У цій царині варто назвати наукові праці О. Беяневич, А. Бобкової, Д. Задихайла, О. Вінник, Г. Знаменського, В. Мамутова, О. Подцерковного, В. Резнікової, В. Устименка, В. Щербини та ін.

Для сфери господарсько-правового регулювання зовнішньоекономічних відносин базовим (системотвірним) є термін “зовнішньоекономіч-

¹ Н Артикуца, ‘Законодавчі терміни та їх визначення’ (2009) 90 Наукові записки. Юридичні науки 39-44.

² І Онищук, ‘Термінологія та законодавчі дефініції у нормативно-правових актах’ (2012) 6 Науково-інформаційний вісник. Серія: Право 155.

на діяльність”, законодавчі визначення якого одночасно містить Господарський кодекс України (далі – ГК України)³ та Закон України “Про зовнішньоекономічну діяльність” (далі – Закон)⁴. Як свідчить аналіз законодавчих дефініцій, обидва законодавчі акти визначають зовнішньоекономічну діяльність (далі – ЗЕД) як різновид господарської, проте виокремлюють різні критерії (ознаки) для її кваліфікації як зовнішньоекономічної.

Відповідно до ч. 1 ст. 377 ГК України⁵ *основним кваліфікаційним критерієм зовнішньоекономічної діяльності як одного з різновидів господарської є територіальний, пов’язаний з обов’язковим перетинанням під час її здійснення митного кордону майном, зазначеним у ч. 1 ст. 139 цього Кодексу, та (або) робочою силою. Згідно зі статтями 9, 10 Митного кодексу України⁶ митним кордоном України є межі митної території України, зайнятої сушею, а також територіальне море, внутрішні води й повітряний простір, території вільних митних зон, штучні острови, установки й споруди, створені у виключній (морській) економічній зоні України, на які поширюється виключна юрисдикція України. Згідно з положеннями ГК України відсутність перетинання митного кордону України майном, зазначеним у ч. 1 ст. 139 ГК України, та (або) робочою силою під час здійснення господарської діяльності унеможливорює її кваліфікацію як зовнішньоекономічної незалежно від того, чи є її суб’єкти суб’єктами господарювання різних країн тощо. Стаття 139 ГК України в переліку майна у сфері господарювання залежно від економічної форми, якої воно набуває, визначає майнові цінності, що належать до основних фондів, оборотних засобів, кошти, товари, зокрема вироблену продукцію (товарні запаси), виконані роботи та послуги, і не містить жодного згадування про цифрові товари. Проте сьогодні одним із напрямів розвитку сучасних відносин у сфері господарювання є їх всеохопна цифровізація та розвиток цифрової економіки. У класичному розумінні поняття “цифрова економіка” означає діяльність, у якій основними засобами (чинниками) виробництва є цифрові (електронні, віртуальні) дані (як числові, так і текстові). Цифрова економіка базується на інформаційно-комунікаційних і цифрових технологіях, стрімкий розвиток та поширення яких уже сьогодні впливають на традиційну (фізично-аналогову) економіку. Саме дані є основним ресурсом цифрової економіки, вони генеруються та за-*

³ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144.

⁴ Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 29. Ст. 377.

⁵ Господарський кодекс України (н 3).

⁶ Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 44-45, № 46-47, № 48. Ст. 552.

Вікторія Мілаш

безпечують електронно-комунікаційну взаємодію завдяки функціонуванню електронно-цифрових пристроїв, засобів і систем⁷. Результатом цифрового виробництва є цифрові товари (мультимедіа-контент, програми, файли у вигляді текстів для читання або даних для використання в складі будь-яких інформаційно-довідкових систем), що можуть постачатися покупцям тільки через мережу Інтернет (надходять електронною поштою або завантажуються з відповідних сайтів).

На відміну від вітчизняного законодавства, в електронній комерції Європейського Союзу (далі – ЄС) “цифрові товари” (“електронні товари”) є загальним терміном, який використовують для позначення будь-яких товарів і послуг, які надаються, зберігаються, доставляються й використовуються в електронній формі. Прикладами цифрових товарів є вебінари, відео, навчальні програми, електронні книги, музичні файли, текстова інформація (PIN-коди, коди до онлайн-ігор), інтернет-радіо, інтернет-телебачення і потокове медіа; програмне забезпечення, шрифти та графіка; цифрові підписки; інтернет-реклама, оголошення онлайн (проплачені рекламодавцем); інтернет-купони; електронні квитки; онлайн-жетони казино; фінансові інструменти в електронному вигляді; завантажене програмне забезпечення (*Digital Distribution*) і мобільні додатки; акаунти в соціальних мережах; хмарні додатки й онлайн-ігри; віртуальні товари, що використовуються у віртуальній економіці онлайн-ігор і спільнот; навчальні посібники; робочі листи; членські програми; шпалери для робочого столу, фони для мобільних телефонів; онлайн-органайзери; електронне навчання (онлайн-курси); інтерв'ю; повідомлення в блозі; інтернет-карти; мітки; візерунки; друківані видання; кліпарти (набори графічних елементів дизайну); подарункові теги; теми вебсайту; фотогалереї; вебграфіка; вебшаблони й будь-який інший елемент, який може бути в електронному вигляді (зберігається у файлі або декількох файлах)⁸. Однак *під час надання електронних послуг та (або) реалізації електронних товарів перетинання митного кордону відсутнє*, оскільки мережа Інтернет є інформаційним простором. Отже, виникає питання про можливість кваліфікації господарської діяльності, що здійснюється виключно в мережі Інтернет, як зовнішньоекономічної, враховуючи фундаментальну архітектурну особливість мережі – відсутність географічних кордонів. *Наразі чинне законодавство у сфері ЗЕД виходить тільки з можливості укладання зовнішньоекономічних договорів в електронній формі та (або) через обмін електронними повідомленнями*

www.pravoua.com.ua

⁷ Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. *Офіційний вісник України*. 2018. № 16. С. 70.

⁸ *Велика українська юридична енциклопедія, т 15: Господарське право* (Устименко В та інші ред кол, Право 2019) 784.

(див. ст. 6 Закону⁹), *проте взагалі не порушує питань, пов’язаних зі здійсненням ЗЕД у мережі Інтернет і, відповідно, виконанням договорів, що її опосередковують, у межах віртуального простору.* Згідно зі ст. 1 Закону України “Про електронну комерцію”¹⁰ норми цього документа застосовуються до діяльності іноземних суб’єктів електронної комерції *в частині реалізації ними товарів, виконаних робіт, надання послуг покупцям (замовникам, споживачам) на території України.* У разі, якщо однією зі сторін електронного правочину є іноземець, особа без громадянства або іноземна юридична особа, норми цього нормативно-правового акта застосовуються з урахуванням положень Закону України “Про міжнародне приватне право”¹¹. Проте розділ VI Закону України “Про міжнародне приватне право”, що визначає колізійні норми щодо договірних зобов’язань (зокрема у сфері ЗЕД), не містить спеціальних колізійних прив’язок щодо обрання права як регулятора прав та обов’язків сторін договору, укладеного в мережі Інтернет за відсутності згоди його сторін про вибір такого права. Модельний закон про основи регулювання Інтернету¹² “заземлює” віртуальну взаємодію учасників інтернет-відносин, що не означає перетинання митного кордону суб’єктом чи об’єктом відносин. Так, згідно зі ст. 11 цього нормативно-правового акта ‘юридично значущі дії, здійснені з використанням Інтернету, визнаються виконаними на території держави, якщо дію, що спричинила юридичні наслідки, було зроблено особою під час її перебування на території цієї держави’¹³.

На відміну від ГК України, Закон основним критерієм указанного виду діяльності називає її суб’єктний склад у вигляді обов’язкової наявності так званого “іноземного елемента” на боці одного з учасників ЗЕД, а перетинання митного кордону товаром та (або) робочою силою розглядає як можливу додаткову ознаку. Відповідно до ст. 1 Закону:

Зовнішньоекономічна діяльність – діяльність суб’єктів господарської діяльності та іноземних суб’єктів господарської діяльності, а також діяльність державних замовників з оборонного замовлення у випадках, визначених законами країни, побудована на взаємовідносинах між ними, що має місце як на території України, так і за її межами (курсив наш. – В. М.)¹⁴.

⁹ Про зовнішньоекономічну діяльність (н 4).

¹⁰ Про електронну комерцію: Закон України від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2015. № 45. Ст. 410.

¹¹ Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>> (дата звернення: 10.06.2019).

¹² Модельний закон об основах регулирования Интернета от 16 мая 2011 г. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_o14> (дата звернення: 10.05.2019).

¹³ Там само.

¹⁴ Про зовнішньоекономічну діяльність (н 4).

Так само зовнішньоекономічний договір визначено як домовленість двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їхніх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їхніх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності. При цьому Закон моментом здійснення експорту (імпорту) називає або перетин товаром митного кордону України, або перехід права власності на зазначений товар, що експортується чи імпортується, від продавця до покупця. Згідно зі ст. 334 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України):

Право власності в набувача майна за договором виникає з моменту передавання майна, якщо інше не встановлено договором або законом.

Передавання майна вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки.

До передавання майна прирівнюється вручення коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає в набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

Права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону¹⁵.

Вказані вище положення свідчать про *варіативність ознаки перетинання митного кордону товаром під час як кваліфікації експортно-імпоротної операції, так і зовнішньоекономічної діяльності та комерційного договору, який її опосередковує, як міжнародного (зовнішньоекономічного)*.

Варто також зауважити, що перелік суб'єктів ЗЕД, що містить Закон, є ширшим, ніж у ГК України, завдяки включенню до нього, по-перше, *об'єднань фізичних, юридичних, фізичних і юридичних осіб, які не є юридичними особами згідно з законами України, але які мають постійне місцезнаходження на території України і яким цивільно-правовими законами України не заборонено здійснювати господарську діяльність; по-друге, структурних одиниць іноземних суб'єктів господарської діяльності, які не є юридичними особами згідно з законами України (філії, відділення тощо), але мають постійне місцезнаходження на території України; по-третє, інших суб'єктів господарської діяльності, передбачених законами України*. Водночас ст. 5 Закону встановлює право на здійснення ЗЕД тільки фізичними та юридичними особами, а про право інших суб'єк-

¹⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356.

тів на здійснення ЗЕД узагалі не згадується. Фізичні особи мають право здійснювати ЗЕД з моменту набуття ними цивільної дієздатності згідно із законами України. Фізичні особи, які мають постійне місце проживання на території України, мають указане право, якщо вони зареєстровані як підприємці. Фізичні особи, які не мають постійного місця проживання на території України, мають зазначене право, якщо вони є суб'єктами господарської діяльності за законом держави, у якій вони мають постійне місце проживання або громадянами якої вони є. Юридичні особи мають право здійснювати зовнішньоекономічну діяльність відповідно до їхніх статутних документів з моменту набуття ними статусу юридичної особи. Відповідно до цієї ж статті всі суб'єкти ЗЕД України мають право відкривати свої представництва на території інших держав згідно із законами цих держав, а іноземні суб'єкти господарської діяльності, що здійснюють ЗЕД на території України, мають право на відкриття своїх представництв на території України. Частина 3 ст. 68 ГК України закріплює право підприємства, яке здійснює ЗЕД, відкривати за межами України свої представництва, філії та виробничі підрозділи, утримання яких здійснюється за його кошти. У статті 95 ЦК України філію визначено як ‘відокремлений підрозділ юридичної особи, що розташований поза її місцезнаходженням та здійснює всі або частину її функцій’, а представництво – ‘як відокремлений підрозділ юридичної особи, що розташований поза її місцезнаходженням та здійснює представництво і захист інтересів юридичної особи’. Згідно з цією статтею ‘філії та представництва не є юридичними особами, вони наділяються майном юридичної особи, що їх створила, і діють на підставі затвердженого нею положення’¹⁶. Керівники філій і представництв призначаються юридичною особою та діють на підставі виданої нею довіреності. Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні (далі – Інструкція)¹⁷ для виокремлених підрозділів іноземних суб'єктів ЗЕД використовує термін “представництво” (“постійне представництво”). Згідно з пунктами 12 і 13 Інструкції:

Представництво суб'єкта господарської діяльності не є юридичною особою і не здійснює самостійно господарської діяльності, у всіх випадках воно діє від імені й за дорученням іноземного суб'єкта господарської діяльності, зазначеного у свідоцтві про реєстрацію, виконує свої функції згідно із законодавством України. Представництво іноземного суб'єкта

¹⁶ Цивільний кодекс України (н 15).

¹⁷ Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні, затверджена наказом Міністерства зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України від 18 січня 1996 № 30 (у редакції наказу Міністерства економіки України від 15 червня 2007 р. № 179) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0034-96>> (дата звернення: 10.05.2019).

Вікторія Мілаш

господарської діяльності в Україні може здійснювати функції, пов'язані з виконанням представницьких послуг, тільки в інтересах іноземного суб'єкта господарської діяльності, указанного у Свідоцтві.

У разі здійснення представництвом господарської діяльності на території України таке представництво повинно стати на облік у податковому органі за своїм місцезнаходженням у порядку, установленому центральним податковим органом України, та набути статусу постійного представництва¹⁸.

А за термінологією ЦК України – філії іноземного суб'єкта господарювання. Стаття 14.1.193 Податкового кодексу України визначає *постійне представництво* як:

<...> *постійне місце діяльності, через яке повністю або частково проводиться господарська діяльність нерезидента в Україні* (курсив наш. – В. М.), зокрема: місце управління; філія; офіс; фабрика; майстерня; установка або споруда для розвідки природних ресурсів; шахта, нафтова / газова свердловина, кар'єр чи будь-яке інше місце видобутку природних ресурсів; склад або приміщення, що використовується для доставки товарів; сервер¹⁹.

Такий підхід цілком відповідає положенням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, згідно з п. 8 ст. 86 якої:

“Філія” юридичної особи позначає місце ведення господарської діяльності без правосуб'єктності, яке:

- a) має ознаки постійної організації, тобто є продовженням материнської компанії,
- b) має управлінську структуру; та
- c) пристосоване для економічного співробітництва з третіми сторонами в такий спосіб, що останні, хоч і знають, що, за потреби, може мати місце правовий зв'язок з материнською компанією, головний офіс якої знаходиться за кордоном, не повинні мати справу безпосередньо з такою материнською компанією, але можуть проводити економічні операції на місці здійснення діяльності, яке за своєю природою є продовженням материнської компанії²⁰.

¹⁸ Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні (п. 17).

¹⁹ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13-14. № 15-16, № 17. Ст. 112.

²⁰ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 10.06.2019).

Отже, за загальним правилом, під час укладання зовнішньоекономічних договорів та застосування щодо відповідних договірних відносин положень міжнародних конвенцій (угод) *виокремлені підрозділи виступають не суб'єктами ЗЕД (відповідно, не сторонами зовнішньоекономічного договору), а одним із регулярних місць ведення ЗЕД суб'єктом господарювання, до організаційної структури якого вони належать.* Варто зауважити, що в багатьох міжнародних конвенціях (договорах, угодах), зокрема й за участю України, однією з кваліфікаційних ознак (критеріїв) “міжнародності” (зовнішньоекономічної природи) комерційних договорів є різне місцезнаходження комерційних підприємств – сторін такого договору, що й зумовлює застосування джерел конвенційного рівня регулювання договірних відносин. Уперше термін “місцезнаходження комерційних підприємств сторін у різних країнах” з'явився в Гаазьких конвенціях 1964 р. (Конвенції про єдиний закон про міжнародну купівлю-продаж товарів, Конвенції про єдиний закон про укладення контрактів з міжнародної купівлі-продажу товарів). Однак названі міжнародні акти, крім зазначеного основного критерію, вимагали наявності одного з трьох додаткових критеріїв: перетинання товару через кордон, здійснення оферти та акцепту в різних країнах, передання товару на території іншої держави, ніж місце здійснення оферти та акцепту. На думку фахівців із міжнародного приватного права, застосування цих критеріїв є не виправданим, оскільки не дає змогу кваліфікувати деякі договори (контракти) як зовнішньоекономічні. Отже, у наступних міжнародних конвенціях достатнім для кваліфікації договору купівлі-продажу як міжнародного (зовнішньоекономічного) є відповідність єдиному критерію – розміщення комерційних підприємств сторін договору в різних країнах. Указаний критерій (ознаку) закріплено в Нью-Йоркській конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р., Віденській конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., Гаазькій конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, 1986 р., Оттавській конвенції про міжнародний фінансовий лізинг 1988 р., Оттавській конвенції про міжнародний факторинг 1988 р., Міжамериканській конвенції про право, що застосовується до міжнародних контрактів, 1994 р., Конвенції Організації Об'єднаних Націй про використання електронних повідомлень у міжнародних договорах 2005 р. тощо. Однак більшість конвенцій, у яких використано поняття “комерційне підприємство”, не розкриває його сутнісне наповнення, проте їхній зміст та/або офіційні коментарі до них дають змогу стверджувати, що йдеться про *місце здійснення комерційної діяльності (ділових відносин) сторонами договору.* Так, Д. Стрі-

Вікторія Мілаш

гунова²¹, яка здійснила ґрунтовний аналіз зазначених вище конвенцій, цілком ґрунтовно стверджує, що в одного суб'єкта ЗЕД може бути відразу декілька “комерційних підприємств” (місць здійснення комерційної діяльності), одне з яких є основним (це місце реєстрації суб'єкта господарювання та знаходження його вищого органу управління), інші є регулярними місцями діяльності сторони, якими в більшості випадків є відокремлені підрозділи юридичної особи, розташовані на території інших країн. При цьому укладення комерційного договору між суб'єктами господарювання різних країн через їхні комерційні підприємства (зокрема представництва та філії), що розташовані на території однієї країни, виключає застосування положень відповідних конвенцій та унеможливує кваліфікацію такого договору як зовнішньоекономічного. *Поняття “комерційне підприємство” може використовуватися й щодо фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності* (далі – СПД), оскільки фізична особа – СПД – також може мати представників, які протягом тривалого терміну на договірних засадах виконують представницькі функції на території інших держав. Згідно з ч. 2 ст. 6 Закону:

Дії, які здійснюються від імені іноземного суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України, уповноваженим на це належним чином, вважаються діями цього іноземного суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності²².

Крім того, на доктринальному рівні існує думка щодо можливості створення структурних підрозділів також і фізичними особами – СПД. Так, М. Руденко²³ стверджує, що фізичні особи – підприємці не позбавлені права створити свою як управлінську, так і виробничу структуру. При цьому ця ознака для фізичних осіб – підприємців не є обов'язковою та має варіативний характер, що дає змогу виокремити за критерієм наявності внутрішньої структури дві категорії фізичних осіб – підприємців: а) тих, що не мають внутрішньої структури; б) тих, що мають таку структуру. Діяльність фізичної особи – СПД може здійснюватися на території декількох країн, так само і його майнова основа господарювання може бути територіально розосереджена. Як уже зазначалося, податкове законодавство визначає офіс, майстерню, склад або приміщення, що використовується для доставляння товарів тощо як постійне місце діяльності, через яке повністю або частково проводиться господарська

²¹ Д. Стригунова, *Правове регулювання міжнародних комерційних договорів*, т. 1 (Юстицінформ 2017) 28-33.

²² Про зовнішньоекономічну діяльність (н 4).

²³ М. Руденко, *Правове регулювання внутрішньогосподарських відносин* (автореф. дис. канд. юрид. наук, 2017) 11.

діяльність, зокрема фізичної особи – СПД, та є його “комерційним підприємством” у контексті розуміння чинних міжнародних актів, зокрема й за участю України.

Нещодавно Закон та ГК України зазнали змін у частині розуміння зовнішньоекономічної діяльності та її суб’єктів (див. Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення закупівель продукції, робіт і послуг оборонного призначення за імпортом”²⁴). Ідеться, зокрема, про визнання у визначених законами країни випадках діяльності державних замовників з оборонного замовлення як зовнішньоекономічної. Частина 1 ст. 139 ГК України дає визначення зовнішньоекономічної діяльності саме суб’єктів господарювання й кваліфікує її як господарську діяльність. Водночас законодавець (ст. 378 ГК України) зараховує (а не прирівнює) до суб’єктів ЗЕД, поряд із суб’єктами господарювання, державних замовників із державного оборонного замовлення. Постають запитання: чому законодавець не переформатував визначення ЗЕД з урахуванням змін у її суб’єктному складі, та яку природу має ЗЕД державних замовників із державного оборонного замовлення з урахуванням зазначених нижче чинників? По-перше, згідно з Законом України “Про державне оборонне замовлення”²⁵ державними замовниками з оборонного замовлення є визначені Кабінетом Міністрів України центральні органи виконавчої влади, інші державні органи як головні розпорядники бюджетних коштів, військові формування, утворені відповідно до законів України. ГК України прямо визначає, що держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб’єктами господарювання (ч. 1 ст. 8), і встановлює щодо цих органів пряму заборону на здійснення ними як комерційної, так і некомерційної господарської діяльності (ч. 4. ст. 43, ч. 3 ст. 52). По-друге, змістом ЗЕД як різновиду господарської діяльності є активні дії у формі виготовлення та реалізації продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність, а не окремі господарські операції, зокрема й пов’язані з державним замовленням. По-третє, господарське законодавство зараховує державне замовлення до переліку основних засобів регульовального впливу держави на діяльність суб’єктів господарювання (ст. 12 ГК України, ст. 1 Закону України “Про державне оборонне замовлення”) шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу та обсягів продукції (робіт, послуг), необхідної для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на постачання

²⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо здійснення закупівель продукції, робіт і послуг оборонного призначення за імпортом: Закон України від 17 січня 2019 р. № 2672-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2672-19>> (дата звернення: 10.05.2019).

²⁵ Про державне оборонне замовлення: Закон України від 3 березня 1999 р. (у редакції Закону України від 23 вересня 2010 р. № 464-XIV). *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 6. Ст. 45.

Вікторія Мілаш

(закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання (ст. 13 ГК України). При цьому державний контракт з оборонного замовлення та офсетну угоду вітчизняним законодавством репрезентовано як договори-сателіти. Так, згідно з ч. 3 ст. 8 Закону України “Про державне оборонне замовлення”:

У разі здійснення закупівлі продукції оборонного призначення в іноземної юридичної особи (виробника або постачальника такої продукції, робіт і послуг) на суму, що перевищує п'ять мільйонів євро, обов'язковою умовою такої закупівлі є одержання Україною в особі офсетного бенефіціара відповідних компенсацій. <...>

Офсетним бенефіціаром, що отримує компенсації, може бути державний замовник або інший суб'єкт відносин державної форми власності, якого обирає офсетна комісія за поданням державного замовника.

Порядок укладання компенсаційних (офсетних) договорів та види компенсацій визначаються Кабінетом Міністрів України.

Для вирішення питань з організації та координації діяльності щодо проведення переговорів з іноземною юридичною особою про одержання Україною компенсацій, укладання та виконання компенсаційних (офсетних) договорів Кабінет Міністрів України утворює постійну офсетну комісію у складі представників державних замовників, інших державних органів, підприємств, установ, організацій²⁶.

За компенсаційними (офсетними) договорами можуть надаватися такі види компенсацій: виконання робіт, пов'язаних з обслуговуванням і ремонтом військової та спеціальної техніки й військового майна; надання послуг, зокрема з підвищення кваліфікації фахівців у сфері оборони та безпеки; надання інвестицій; передача майнових прав інтелектуальної власності; проведення в Україні наукових прикладних досліджень та конструкторських розробок; закупівля в суб'єктів господарювання України товарів або послуг на суму, що відповідає частковій або повній вартості товарів, що експортуються (зустрічна торгівля); надання українським промисловим підприємствам додаткових експортних можливостей; надання технічної допомоги щодо реформування сектору оборони та безпеки тощо. Одержання зазначених вище компенсацій здійснюється шляхом укладання та виконання компенсаційного (офсетного) договору, який чинне законодавство визначає як зовнішньоекономічний договір. При цьому офсетний договір не може бути укладений раніше за дату укладення державного контракту та без схвалення офсетною комісією, яка надалі проводить моніторинг виконання такого офсетного договору. Офсетний бенефіціар один раз на шість місяців готує звіт про виконання

www.pravoua.com.ua

²⁶ Про державне оборонне замовлення (н 25).

умов офсетного договору та подає його офсетній комісії. Офсетний договір вважається виконаним із дати підтвердження офсетним бенефіціаром виконання офсетного зобов'язання іноземною юридичною особою. Усі зазначені вище правові особливості компенсаційного (офсетного) договору, на нашу думку, ставлять під сумнів його зовнішньоекономічну природу та дають змогу розглядати його як одну з договірних форм державно-приватного партнерства.

Висновки. Кваліфікація господарської діяльності як зовнішньоекономічної і договорів, які її опосередковують, як зовнішньоекономічних, має важливі правові наслідки, пов'язані, зокрема, із: застосуванням відповідного правового режиму її здійснення, підґрунтям якого є принципи (основні засади) правового регулювання ЗЕД; наявністю та пріоритетним значенням під час правового регулювання відносин, що виникають у зв'язку з провадженням ЗЕД конвенційного рівня регулювання (ідеться про міжнародні конвенції, договори та угоди); використанням поряд із матеріально-правовим методом регулювання договірних відносин у сфері ЗЕД колізійного методу; дією принципу автономії волі сторін зовнішньоекономічного договору, пов'язаного з можливим обранням іноземного права як регулятора прав та обов'язків сторін зовнішньоекономічного договору; можливістю обрання для здійснення розрахунків за зовнішньоекономічним договором іноземної валюти; можливістю розгляду спорів у міжнародних комерційних арбітражах тощо. Відсутність єдиної законодавчої основи визначення термінів “зовнішньоекономічна діяльність” і “зовнішньоекономічний договір” зумовлює проблеми в правозастосуванні. Формування такої основи повинно відбуватися з урахуванням загальних засад правового регулювання відносин у сфері ЗЕД, положень актів міжнародно-правової уніфікації в цій царині, а також сучасних тенденцій її розвитку. Так, бурхливий розвиток електронної комерції та всеохопна цифровізація потребує від законодавця чіткої відповіді на питання про можливість кваліфікування господарської діяльності як зовнішньоекономічної за умови, що єдиним місцем здійснення ділових контактів одного або обох контрагентів є мережа Інтернет (різнонаціональні сегменти такої мережі та (або) ділові партнери є суб'єктами господарювання різних країн), при цьому відсутнє перетинання митного кордону.

Сумнівним вбачаємо забезпечення вітчизняного оборонно-промислового комплексу від корупційних схем і розкрадань через розширення завдяки державним замовникам із державного оборонного замовлення суб'єктного складу зовнішньоекономічної діяльності, законодавчі поняття якої вже протягом тривалого часу є предметом дискусій і породжують чимало питань.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Strigunova D, *Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnyh kommercheskih dogovorov [Legal Regulation of International Commercial Contracts], t 1* (Justicinform 2017) (in Russian).

Edited books

2. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia [The Great Ukrainian Encyclopedia of Law], t 15: Hospodarske pravo [Economic Law]* (Ustymenko V ta in red kol, Pravo 2019) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Artykutsa N, 'Zakonodavchi terminy ta yikh vyznachennia' ['Legislative Terms and Their Definitions'] (2009) 90 *Naukovi zapysky, Yurydychni nauky* 39-44 (in Ukrainian).
4. Onyshchuk I, 'Terminolohiia ta zakonodavchi definitsii u normatyvno-pravovykh aktakh' ['Terminology and Legislative Definitions in Statutory Instruments'] (2012) 6 *Naukovo-informatsiyni visnyk. Seriia: Pravo* 155 (in Ukrainian).

Thesis

5. Rudenko M, 'Pravove rehuliuвання vnutrishnohospodarskykh vidnosyn' ['Legal Regulation of Internal Economic Relations'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).

Viktoriia Milash

LEGISLATIVE DEFINITIONS OF TERMS "FOREIGN ECONOMIC ACTIVITY" AND "FOREIGN ECONOMIC CONTRACT": FURTHER DEVELOPMENT OR AGGRAVATION OF THE DEFECT

ABSTRACT. An improvement and further development of the body of concepts and categories comprised by economic legislation in line with today's economic development realities is a crucial task which becomes increasingly relevant in the context of European integration aspirations of Ukraine.

With the aim of ensuring the consistency of concepts and terminology, the quality of content and the logic of regulatory material, and preventing a dysfunction of legislative regulation, a separate article titled "Definition of Terms" is contained in the majority of legislative acts intended for regulation of various types of economic activity and (or) markets of goods (works, services) within which such activities are conducted. Legislative definition of terms (categories) should be made in accordance with the basic requirements of the legislative technique and with due regard for the trends in the development of objects, processes, activities, etc. which are elucidated (specified) by appropriate terms. If the rules of construction of legislative definitions are disregarded and if the legislator uses imprecise, abstract, and ambiguous terms (categories), this "blocks" the implementation of their instrumental function and, consequently, makes impossible a non-ambivalent (uniform) interpretation of legislative provisions and the development of a consistent law

application practice. Changes to the content of legislative definitions (concepts) which are basic for a respective area of regulation, have a significant impact on the general vector of its regulation, and in some cases essentially change it, and sometimes, unfortunately, give rise to numerous contradictions in the regulation of this area.

The purpose of this article is to study the content of legislative definitions of the terms “foreign economic activity” and “foreign economic contract” with due regard for the approaches pertaining to international (foreign economic) nature of contractual relations specified in international conventions and treaties, as well as for the recent changes in the foreign economic activity legislation in terms of the expansion of the range of subjects of such activities.

As a result of the study, the author identifies problematic aspects of the qualification of foreign economic activity and foreign economic contracts which stem from the imperfections of legislative definitions of these terms, and offers some proposals for eliminating these imperfections.

KEYWORDS: legislative definition (term); foreign economic activity; foreign economic contract; commercial enterprise; compensation (offset) contracts.



Вікторія Резнікова

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0149-0710>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/O-4799-2018>
reznikova.vv78@gmail.com

Ірина Кравець

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри господарського права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7523-5045>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/O-3908-2018>
ikravets104@gmail.com



УДК 346.12+346.21

ПОНЯТТЯ, ВИДИ ТА СКЛАД ТОРГОВЕЛЬНО-ПОСЕРЕДНИЦЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН

АНОТАЦІЯ. В умовах лібералізації торгівлі, розширення зовнішньоекономічної діяльності українських суб'єктів господарювання, віддаленості постачальників від покупців існує об'єктивна необхідність розвитку інституту торгових посередників. Актуальність обраної теми зумовлює важлива роль торговельно-посередницьких відносин, недостатнє їх нормативно-правове регулювання та фрагментарне дослідження у господарсько-правовій доктрині.

Метою статті є формулювання авторського визначення поняття “торговельно-посередницькі правовідносини”, здійснення їх класифікації та з'ясування складу, зокрема й із врахуванням доктринальних положень, які раніше висвітлювалися у фахових джерелах щодо посередницьких правовідносин, що є загальними стосовно досліджуваних.

У статті обґрунтовано, що торговельне посередництво – це обов'язковий елемент ринку. Аналізується точка зору, відповідно до якої ототожнюється сутність торговельного посередництва із поняттям торговельної діяльності. Доведено, що з економічного погляду торговельну діяльність можна віднести до посередництва, проте з юридичного – її не можна ототожнювати з посередництвом. Наведено авторське визначення поняття “торговельно-посередницькі правовідносини”, сформульовані їхні ознаки. Здійснена класифікація торго-

вельно-посередницьких правовідносин за такими критеріями: структура, характер, територія здійснення.

Проаналізовано склад торговельно-посередницьких правовідносин. Суб'єктний склад є кваліфікуючою ознакою торговельно-посередницьких правовідносин як виду посередницьких правовідносин. Замовником у торговельно-посередницьких правовідносинах може бути виробник, продавець (постачальник), покупець товарів, який надав (переважно на підставі торговельно-посередницького договору) торговому посередникові право на вчинення в сфері торгівлі певних юридичних та (або) фактичних дій, хоч переважно й від власного імені, але в його інтересах та його коштом, з метою встановлення господарських зв'язків із третіми особами з приводу продажу та (або) купівлі товарів. Торговим посередником (головною фігурою торговельно-посередницьких правовідносин) є суб'єкт господарювання, який систематично здійснює на професійних засадах торговельно-посередницьку діяльність, за загальним правилом, від власного імені, але коштом та в інтересах замовника за винагороду. Об'єктом торговельно-посередницьких правовідносин можна визначити: а) торговельно-посередницьку послугу, що споживається у процесі здійснення торговельно-посередницької діяльності; б) нематеріальне благо та (або) корисний ефект, що є наслідком надання торговельно-посередницької послуги й заради якого сторони вступають у торговельно-посередницькі правовідносини. Змістом торговельно-посередницького правовідношення є діяльність (дії) – процес надання торговельно-посередницької послуги, в якому контрагенти наділені кореспондуючими правами та обов'язками.

Ключові слова: посередницька діяльність; торговельна діяльність; торгівля; торговельний посередник; товар; торговельно-посередницькі правовідносини.

Виробник товарів (у широкому значенні цього слова¹) може або сам займатися їхньою реалізацією, або залучати для збутової діяльності посередників. У разі залучення торговельних посередників вони, використовуючи свої знання, навички, уміння, можуть принести товаровиробнику більше користі, ніж якби він здійснював збутову діяльність самостійно. Послугами торговельних посередників можуть користуватися також продавці (постачальники) товарів, а також, у разі необхідності, покупці. У сучасних умовах господарювання лібералізація торгівлі, розширення зовнішньоекономічної діяльності українських суб'єктів господарювання, віддаленість постачальників від покупців спричиняють об'єктивну необхідність розвитку інституту торгових посередників. Важлива роль торговельно-посередницьких відносин, недостатнє їх нормативно-правове регулювання та фрагментарне дослідження у наукових працях зумовлюють актуальність обраної теми дослідження.

Щодо ступеня наукової розробки комплексного підходу до поняття та класифікації торговельно-посередницьких правовідносин, то необхідно

¹ Під товарами в межах цього дослідження розуміємо “товари – майно”, “товари – інформація, яка не є об'єктом права інтелектуальної власності”, “товари – послуги”, “товари – результати робіт”.

зазначити, що сьогодні він є недостатнім. Серед учених-правознавців окремі аспекти торговельно-посередницьких правовідносин досліджували В. Васильєва, І. Галушина, Г. Сальнікова, К. Хрімлі та ін. Поняття торговельного посередництва, його призначення, особливості здійснення розглядаються також представниками економічної науки, зокрема, такими вченими, як М. Белявцев, А. Дунська, А. Мельник, А. Поповіченко, А. Савощенко, Н. Трішкіна, Л. Шестопалова. У господарсько-правовій доктрині недостатньо дослідженими залишаються поняття та склад торговельно-посередницьких правовідносин як виду посередницьких правовідносин.

Метою дослідження є формулювання авторського визначення поняття торговельно-посередницьких правовідносин, здійснення їхньої класифікації, з'ясування складу, зокрема і з урахуванням доктринальних положень, які раніше висвітлювалися у фахових джерелах щодо посередницьких правовідносин, які є загальними щодо досліджуваних.

Торговельне посередництво – обов'язковий елемент ринку. Підприємства використовують посередників для найбільш кваліфікованого забезпечення зручності придбання продукції за факторами часу, місця, форми і власності; зниження витрат на реалізацію продукції або здійснення операцій із матеріально-технічного забезпечення виробництва; зниження рівня запасів готової продукції або необхідних матеріально-технічних ресурсів; зменшення кількості постачально-збутових операцій; кращого контактування зі споживачами або постачальниками – банками, транспортними, складськими, експедиторськими, страховими фірмами, іншими суб'єктами сфери товарного обігу; досягнення високої оперативності реакції на зміни ринкової кон'юнктури; підвищення ступеня конкурентоспроможності товарів; забезпечення доступу до первинної ринкової інформації².

В умовах цивілізованої ринкової економіки діє закон доцільності використання посередників: продавцям і покупцям товарів та послуг доцільно залучати посередників тільки в тому разі, якщо сума виплачуваної посередникам винагороди нижче, ніж можливі витрати продавців і покупців на самостійну організацію збуту або купівлю необхідних їм товарів і послуг³.

При дослідженні поняття та особливостей торговельного посередництва необхідно зазначити, що деякі науковці ототожнюють сутність торговельного посередництва із поняттям торговельної діяльності і на-

² Н Трішкіна, 'Особливості державної підтримки торговельного посередництва' [2011] 33(1) Науковий вісник Ужгородського університету. Серія: Економіка 206.

³ А Дунська, 'Торгові посередники в зовнішньоекономічній діяльності: проблеми визначення та класифікації' (2012) 9 Економічний вісник НТУУ "КПІ" 89-95.

голошують, що це ініціативна, самостійна діяльність щодо здійснення купівлі та продажу товарів з метою отримання прибутку.

За вказаним підходом посередництво фактично ототожнюється із торговельною діяльністю, у сфері якої відбувається обмін результатами господарської діяльності. Так, ще Г. Шершеневич, визначаючи предмет торгового права, розглядав торговельний оборот як посередництво, що здійснюється зі спекулятивною метою. Так само в основі класифікації торговельних угод лежало економічне розуміння посередництва (посередництво з обороту товарів, з обороту праці, посередництво – сприяння торгівлі)⁴. Посередником у процесі обороту товарів, як найбільш суттєвій частині торговельного обороту, є будь-яка особа, яка перебуває між виробником і споживачем, є “проміжною ланкою” між ними. Посередник – це особа, що “обслуговує” шлях товару від виготовлювача до безпосереднього споживача; до обслуговування цього процесу залучаються договірні конструкції, які належать до різних груп договорів – передачі майна у власність, тимчасового користування майном, надання послуг тощо, а тому виокремлення посередницьких договорів через призму економічної категорії “посередництво” видається ускладненим, оскільки посередництво як економічна категорія, так і діяльність у цій сфері є досить широким поняттям. А. Федоров називав торгівлею, у вузькому значенні цього слова, посередницьку діяльність виключно з придбання та збуту. Причину появи посередників автор розкривав так, – чим більше проведена система розподілу праці, результатом чого є те, що виробник працює не за замовленням споживача, а “на ринок”, тим ускладненішим стає здійснення обміну надлишків виробництва виключно силами самих товаровиробників, і тим більшою є необхідність користування послугами посередників⁵.

Очевидно, що розкриті причини появи посередників збігаються з причинами появи торгівлі як такої. Торгівля розглядається як одна з галузей народного господарства, завдання якої бути “сполучною ланкою” між виробником і споживачем, тобто здійснювати функції, що за суттю є посередницькими. Посередництво тлумачиться як “товаропровідний канал” від виробника до споживача. Передача посереднику функцій виробника з реалізації товарів у роздріб здійснюється шляхом продажу йому товарів за гуртовою ціною. Таке посередництво, з точки зору виробника, підвищує ступінь ефективності його робіт, оскільки дає можливість зосередити активність лише на виробництві, передаючи посереднику функції з просування товару до його кінцевого споживача. Окрім того, включен-

⁴ Г Шершеневич, *Учебник торгового права* (Спартак 1994) 15-9.

⁵ А Федоров, *Торговое право* (1911) 1-2.

ня посередника до відносин між виробником і споживачем як проміжної ланки суттєво скорочує строк обороту капіталу та підвищує дохідність (прибутковість) виробництва.

Відповідно до цього підходу торгово-посередницька діяльність – це діяльність, при якій посередники виступають контрагентами в купівлі-продажу товарів; займаються вивченням попиту та пропозиції товарів і закупівлею їх у товаровиробників, гуртовим продажем товарів покупцям⁶.

Під посередництвом розуміється будь-яка господарська операція між двома відправними точками: між створенням продукції та доведенням її до споживача. У ролі посередника тлумачиться особа, яка купує товар, маючи на меті не його споживання, а подальший перепродаж та отримання прибутку (доходу) завдяки різниці в цінах придбання і реалізації.

Так, у науковій літературі зазначається, що посередницькі організації можуть виконувати різноманітні функції, переважно вони займаються перерозподілом отриманих ресурсів, тобто закупівлею крупних партій товару та дрібним перепродажем його дрібним споживачам, тоді як для підприємця-виробника більш вигідний продаж товару гуртовому посереднику, а не напряму споживачеві. Залучення посередника знімає з виробника клопоти та турботи, пов'язані з реалізацією товару. Цілий комплекс складних і працемістких операцій перекладається на посередницькі ланки. Виробник залишається у виграві, знявши з себе завдання пошуку покупців, підбору партій товару для його роздрібного продажу, відвантажень за численними адресами тощо. Прискорюються також розрахунки за товар, оскільки посередник оплачує відразу вартість всього переданого йому товару. Водночас варто зазначити, що посередницькі організації самі не використовують товар, вони віддалені від інтересів споживача, тому менш вимогливі до питань асортименту, якості, строків відвантаження тощо. Безпосередні споживачі, зокрема й роздрібні торговельні організації, більш уважно та вимогливо ставляться до таких умов, що збільшує для виробника обсяги роботи та пов'язані з цим витрати. Зазначені аргументи підкреслюють економічне розуміння посередника як особи, що стоїть як “проміжна ланка” між виробником і кінцевим споживачем.

За цим підходом уся торговельна діяльність, так чи інакше, пов'язана з рухом товару від виробника до споживача, а тому вважається посередництвом. У такому розумінні слід відзначити односпрямованість посередництва на збут, реалізацію.

⁶ Міжнародна торговельна діяльність (Рокоч В ред, ВНЗ “Університет економіки та права ‘КРОК’” 2018) 132.

Очевидно, що з точки зору права будь-яка торговельна діяльність не може бути кваліфікована як посередницька, а торгівля не може бути визначена як посередництво тільки тому, що вона опосередковує процес просування товару від виробника до його безпосереднього споживача. Необхідно наголосити на тому, що відповідно до ч. 1 ст. 263 Господарського кодексу України (далі – ГК України):

Господарсько-торговельною є діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання у сфері товарного обігу, спрямована на реалізацію продукції виробничо-технічного призначення і виробів народного споживання, а також допоміжна діяльність, яка забезпечує їх реалізацію шляхом надання відповідних послуг⁷.

Отже, з огляду на визначення, господарсько-торговельна діяльність не має нічого спільного з посередництвом у його правовому розумінні (суб'єкт господарювання діє у власному підприємницькому інтересі, від власного імені, за власний кошт, на власний ризик, придбаваючи товар у власність і маючи на меті отримання прибутку (доходу) завдяки різниці між цінами купівлі та подальшого перепродажу (в цьому аспекті об'єктивно-економічний процес просування товару від виробника до кінцевого споживача є побічним, другорядним для правового розуміння суті посередництва))⁸. Тож з економічної точки зору торговельну діяльність можна віднести до посередництва, проте з юридичної – не можна отожднювати з посередництвом.

У *широкому розумінні* торговельно-посередницьке правовідношення – це правовідношення, за яким одна сторона (торговий посередник) вчиняє від власного імені дії в інтересах іншої сторони (замовника) з метою створення для останнього бажаних юридичних та (або) фактичних наслідків. У *більш вузькому розумінні* – це правовідношення, за яким одна особа, будучи суб'єктом господарювання (торговий посередник), самостійно, систематично й на оплатній основі у межах повноважень (прав та обов'язків), визначених торгово-посередницьким договором, діє (вчиняє юридичні та (або) фактичні дії) у сфері господарювання в інтересах іншої особи – учасника торговельно-господарських відносин (замовника), за її кошт, хоч і від власного імені, виявляючи сприяння (юридичне та (або) фактичне) такій особі (замовнику) щодо встановлення господарських зв'язків із третіми особами.

⁷ Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>> (дата звернення: 03.06.2019).

⁸ В Резнікова, 'Економічна сутність посередництва' [2009] 4(3) Вісник Хмельницького національного університету 231.

У зв'язку з цим торговельне посередництво необхідно розглядати не як одиначне правовідношення, а як систему правовідносин, яка передбачає включення до цієї системи торговельно-господарських відносин, що складаються між замовником і торговим посередником на підставі укладеного між ними торговельно-посередницького договору – “внутрішні відносини”, а також відносин між торговим посередником і третіми особами, що виникають при наданні торговим посередником замовникові відповідної торговельно-посередницької послуги, виконанні торговельно-посередницького договору – “зовнішні відносини”. Виникає особлива система відносин, що поєднує дві самостійні, але генетично пов'язані одна з одною групи відносин, найважливішими з яких є “внутрішні” відносини, оскільки саме в них виявляється специфіка торговельного посередництва. Утім, тісний зв'язок внутрішніх і зовнішніх відносин, об'єднаних фігурою торгового посередника, спільність їх кінцевої мети дає змогу розглядати ці правовідносини як структурні елементи єдиного правовідношення торговельного посередництва.

Торговельно-посередницькі правовідносини – це сукупність врегульованих нормами господарського права суспільних відносин, що виникають у процесі організації та здійснення торговельно-посередницької діяльності, учасники яких є носіями суб'єктивних прав та обов'язків, що утворюють між ними правовий зв'язок торговельного посередництва.

Ознаками торговельно-посередницьких правовідносин є:

1. *Особливий суб'єктний склад: участь у них особливого суб'єкта господарювання – торгового посередника, який є повноправним учасником господарських відносин, що діє в межах своєї господарської компетенції, безпосередньо здійснюючи торговельно-посередницьку діяльність із господарською метою (переважно отримання прибутку), при цьому посередництво є для такого суб'єкта основним та (або) виключним видом його діяльності. Торговий посередник – фізична або юридична особа, яка стає сполучною ланкою між виробником і споживачем, продавцем і покупцем товару, яка сприяє розвитку торгівлі⁹. Торговим посередником є суб'єкт господарювання, що вчиняє дії юридичного та (або) фактичного характеру, виступаючи в господарсько-торговельному обороті від власного імені, однак завжди в інтересах замовника. Мета господарсько-торговельного посередництва в торговельно-посередницьких правовідносинах відображає вагомі правові, економічні та (або) соціальні результати його реалізації (здійснення торговельно-посередницької діяльності шляхом надання торговельно-посередницької послуги). Результат забезпечується правомірними діями всіх учасників торговельно-*

⁹ С Гончаров та Н Кушнір, *Тлумачний словник економіста* (Центр учбової літератури 2009) 264.

посередницьких правовідносин. Очікуваним із боку замовника (виробника, продавця, покупця) результатом є зміст повноваження (прав та обов'язків) торгового посередника на здійснення останнім діяльності (вчинення юридичних та (або) фактичних дій посередницького характеру) в інтересах та за кошт замовника. Для торгового посередника досягнення мети торговельно-посередницького правовідношення полягає в задоволенні потреби замовника й отриманні доходу (прибутку) від наданих торговельно-посередницьких послуг.

2. *Майнова цінність* – вони мають переважно майновий характер, хоча його результат і не є упередметненим, являючи собою нематеріальне благо, оскільки виникає у сфері майнового обороту. Посередницькі правовідносини є матеріальними за змістом, однак їх матеріальний зміст, що розкривається через загальне суспільне “виробництво” послуг та їхню реалізацію в господарському обороті суб'єктами господарювання, не слід ототожнювати з результатом їхнього надання, який є певним нематеріальним благом, що проявляється у корисному ефекті від надання такої послуги і не може бути матеріалізованим, втіленим у певну упередметнену форму¹⁰.

3. *Об'єктом торговельно-господарських правовідносин* є продукт торговельно-посередницької діяльності, з приводу якого складається торговельно-посередницьке відношення, або торговельно-посередницька послуга як економічна форма праці, яка споживається у процесі цієї діяльності й має своїм результатом корисний ефект, економічне благо для заінтересованої сторони (послугоотримувача).

4. *Торговельно-посередницькі правовідносини* відносяться переважно до *горизонтальних* (за класифікацією В. Рахмиловича¹¹), оскільки не мають ознак влади та підпорядкування, у яких взаємні права й обов'язки, здебільшого майнового характеру, виникають переважно з договорів та інших юридичних фактів. Торговельно-посередницькі правовідносини є тією ланкою, що поєднує вимоги правових норм із конкретною посередницькою діяльністю суб'єктів господарювання в механізмі правового регулювання посередницької діяльності.

Торговельно-посередницькі правовідносини можуть бути класифіковані за різноманітними критеріями.

Суб'єктами торговельно-посередницьких правовідносин завжди є замовник (виробник, продавець (постачальник), покупець), торговий посередник і треті особи, тому *за структурою* їх можна поділити на: а) внут-

¹⁰ В Резнікова, ‘Поняття, особливості та види посередницьких правовідносин’ [2013] 3(97) Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка 24.

¹¹ В Рахмилович, ‘О хозяйственном праве и путях развития хозяйственного законодательства’ (1989) 10 Советское государство и право 48-9.

рішні (виникають між замовником і торговим посередником); б) зовнішні (виникають між торговим посередником та третіми особами).

За характером правовідносин торговельно-посередницькі правовідносини можна поділити на: а) відносини з безпосереднього здійснення торговельно-посередницької діяльності, які виникають між суб'єктами господарювання; б) відносини з організації торговельно-посередницької діяльності, які виникають між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень.

За територією здійснення торговельно-посередницькі правовідносини поділяються на: а) національні – виникають із приводу здійснення торговельно-посередницької діяльності в межах певної країни; б) зовнішньоекономічні – виникають із приводу здійснення торговельно-посередницької діяльності поза межами певної країни і складаються із вивозу (експорту) та ввозу (імпорту) товарів.

Суб'єктний склад торговельно-посередницьких правовідносин як виду посередницьких правовідносин зумовлюється їхньою складною системою. Посередництво як система відносин виражається у певній договірній юридичній конструкції (посередницькому договорі). В юридичній літературі немає єдності поглядів щодо того, яке саме правовідношення (між якими суб'єктами) є безпосередньо правовідношенням посередництва. За одним із підходів у структурі посередництва виділяють “внутрішнє” правовідношення між посередником та замовником, і “зовнішнє” – між посередником та третіми особами, з якими посередник вступає в правовідносини у процесі надання посередницької послуги замовникові, з метою виконання відповідного посередницького договору. Правовідношення між замовником і третіми особами, встановлення між ними господарського зв'язку, виникненню якого сприяв посередник, трактується як результат реалізації внутрішнього й зовнішнього відношення. Таким чином, до суб'єктів посередництва (окрім замовника та посередника) відносять і третіх осіб¹².

За іншим підходом, власне, посередництвом визнається внутрішнє правовідношення між посередником і замовником щодо надання останньому посередницької послуги за посередницьким договором. Не виключається, проте, і наявність “зовнішнього” правовідношення, щодо розуміння якого помітні розбіжності: 1) ним визнається зв'язок між посередником і третьою особою з приводу надання посередницької послуги замовникові, досягнення для нього корисного результату (“внутрішнє” та “зовнішнє” правовідношення розглядаються як передумови

¹² В Резнікова, ‘Суб'єкти посередницьких правовідносин’ [2011] 4(40) Університетські наукові записки 159.

виникнення господарських зв'язків між замовником і третьою особою за сприяння посередника), а суб'єктами посередництва визнаються замовник і посередник; 2) ним визнається не господарський зв'язок посередника з третьою особою, а правовідношення між замовником і третьою особою, що виникло за сприяння посередника, а тому до суб'єктів посередництва відносять і третю особу¹³.

На основі цього можна стверджувати, що особливий суб'єктний склад є кваліфікуючою ознакою торговельно-посередницьких правовідносин як виду посередницьких правовідносин.

Замовником у торговельно-посередницьких правовідносинах може бути виробник, продавець (постачальник), покупець товарів, який надав (переважно на підставі торговельно-посередницького договору) торговельно-посередникові право на вчинення в сфері торгівлі певних юридичних та (або) фактичних дій, хоча переважно й від власного імені, але в його інтересах та його коштом, з метою встановлення господарських зв'язків із третіми особами з приводу продажу та (або) купівлі товарів.

Доцільність звернення виробника до незалежного торгового посередника виникає, як правило, при виробництві та реалізації продукції досить широкого застосування, яка використовується багатьма споживачами і в невеликих кількостях.

Виробник не може обійтися без допомоги торгового посередника з двох причин:

- 1) прагнення до максимального розширення (або збереження) свого сегмента на ринку в конкурентному середовищі;
- 2) неможливість у межах діючих на ринку цін утримати на прийнятному рівні свої витрати при спробі задоволення великої кількості дрібних замовлень, що надходять, та їх виконання в потрібні покупцеві терміни.

Те, що економічно нерозв'язно (або вирішується з великими втратами) для виробника, цілком досяжно для торгового посередника, що діє в зоні максимального наближення до споживача і перетворює великі партії продукції, що купується, на дрібні, відповідні індивідуальному попиту. При цьому високий рівень обслуговування дрібних споживачів поєднується з перевагами завантаження виробництва у виробників досить великими замовленнями та використання магістрального транспорту для доставки продукції в зони споживання. Зі свого боку торгові посередники здійснюють великі складські операції та мають можливість

¹³ В Резнікова, 'Проблеми правового регулювання господарського посередництва' в *Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина): підручник* (Щербина В та Резнікова В ред, Ліра-К 2018) 195.

ефективно використовувати транспортні засоби при доставці товарів споживачам, яких вони обслуговують¹⁴.

Торговим посередником (головною фігурою торговельно-посередницьких правовідносин) є суб'єкт господарювання, який систематично здійснює на професійних засадах торговельно-посередницьку діяльність, за загальним правилом, від власного імені, але коштом та в інтересах замовника за винагороду. Торговий посередник – це суб'єкт господарювання, що налагоджує господарські зв'язки між виробником, продавцем (постачальником), покупцем товарів і третіми особами (зокрема й споживачами) з метою прискорення та полегшення господарського обороту товарів. Статус суб'єкта господарювання закріплюється за торговим посередником при його державній реєстрації, сам факт якої і є отриманням статусу, набуттям додаткового, порівняно із загальними правами й свободами, правового простору для здійснення професійної діяльності.

Торгові посередники, як правило, спеціалізуються на певних групах товару, вони постійно відслідковують ситуацію у певному сегменті товарного ринку, внаслідок чого швидше, ніж виробники товарів, знаходять контрагентів, зацікавлених у купівлі таких товарів. Завдяки постійному моніторингу попиту та пропозиції на відповідні групи товарів торгові посередники мають змогу інформувати товаровиробників про основні тенденції ринкової кон'юнктури та її показників.

Визначають такі функції торгових посередників:

- 1) дослідницька робота – збір інформації, необхідної для планування і покращання обміну;
- 2) стимулювання збуту – короткотермінові заходи, спрямовані на збудження швидкої реакції ринку у відповідь на пропоновану фірмою продукцію;
- 3) встановлення контактів – налагодження і підтримання зв'язків з потенційними покупцями;
- 4) пристосування товарів – підгонка товару під вимоги покупців, це стосується таких видів діяльності, як виробництво, сортування, монтаж, упакування;
- 5) проведення переговорів – спроби узгодження цін та інших умов для подальшого акту передачі власності;
- 6) організація товароруку – транспортування і складування товарів;
- 7) фінансування – пошук та використання коштів для покриття витрат діяльності з доставки товарів до споживачів;

¹⁴ М. Белявцев та Л. Шестопалова, *Інфраструктура товарного ринку* (Центр навчальної літератури 2005) 416.

8) прийняття ризику – взяття на себе відповідальності за доведення товарів до кінцевих споживачів¹⁵.

Посередники в торгівлі спеціалізуються чи то на певному асортименті, чи то на різних групах клієнтів. Це дає їм змогу виконувати значний обсяг робіт із підготовки до зустрічі сторін і проведення переговорів. Вони інформують виробника (продавця) про:

1) кон'юнктуру ринку, технічні, валютні та митні правила; діяльність на своєму ринку конкурентів, їхні ціни, умови поставки та платежу, технічні й споживчі характеристики їхніх товарів; правові обмеження та інші обставини, що мають значення для реалізації товарів на визначеній у договорі території; інформують потенційних покупців про споживчі характеристики пропонованого товару, проводять активну рекламну кампанію;

2) вживають заходів щодо формування належної репутації та привабливого іміджу продавця;

3) організовують ділові контакти виробника (продавця) із перспективними покупцями, представниками ділових кіл, управлінських структур та інших організацій, від яких залежить прийняття рішень з укладання угоди купівлі-продажу¹⁶.

У практиці міжнародної торгівлі сформувалися відповідні вимоги до вибору посередника:

1) посередник повинен бути спроможним забезпечити необхідний рівень надання додаткових сервісних послуг, особливо, коли предметом торгівлі є машини, обладнання або інша машино-технічна продукція;

2) потенційний партнер повинен мати в своєму розпорядженні належну матеріально-технічну базу – торговельні, представницькі, демонстраційні, складські приміщення, канали і засоби зв'язку;

3) посередницька фірма повинна бути фінансово стабільною, мати бездоганну ділову репутацію та готовність до довготривалого співробітництва;

4) посередник не повинен представляти інтереси іншої фірми або національної фірми, яка виробляє аналогічний або конкуруючий товар, на цій території¹⁷.

Діяльність торгово-посередницької ланки повинна ґрунтуватися на низці принципів:

1) підвищення ролі стратегічного планування й управління для забезпечення стабільного виробництва та споживання продукції в народному

¹⁵ І Юрко, *Торговельне підприємництво: навчальний посібник* (ПУЕТ 2014) 221.

¹⁶ А Савошенко, *Інфраструктура товарного ринку* (КНЕУ 2004) 336.

¹⁷ Дунська (н 3).

господарстві, створення на цій основі умов для більш стійкого та надійного функціонування сфери обігу;

2) виділення економічних пріоритетів у стимулюванні матеріальних і фінансових потоків у найбільш ефективні галузі, зважаючи на господарсько-політичні та соціальні завдання, що вирішуються країною на певному етапі;

3) мобілізація внутрішніх резервів, забезпечення раціонального використання й економії фінансових, матеріальних ресурсів у кожній ланці народногосподарського комплексу;

4) підвищення відповідальності за виконання договірних зобов'язань щодо постачань і транспортування продукції всіма учасниками ринкового обороту на підставі взаємних прав та обов'язків, обумовлених господарськими договорами, контрактами, замовленнями;

5) найбільш ефективна організація процесу реалізації продукції, що випускається підприємствами, і закупівель матеріальних ресурсів споживачами в необхідному асортименті і в підготовленому до виробничого споживання вигляді при мінімальних витратах обігу та сукупних запасах;

6) створення економічних умов і використання маркетингових інструментів, що дають змогу якісно й ефективно задовольняти запити покупців, гнучко маневрувати матеріальними ресурсами і прискорювати їхню оборотність на користь стабілізації та зростання економіки;

7) створення сучасної матеріально-технічної бази з основними елементами ринкової інфраструктури в комерційній ланці, безперервне її вдосконалення для пропорційного розвитку сфери обігу відповідно до вимог сфери виробництва;

8) використання наукових методів управління матеріальними потоками на основі сучасних логістичних підходів і методів, широкого використання можливостей електронного ринку, системи мережі Інтернет з метою максимального і своєчасного задоволення ринкових запитів покупців;

9) використання форм і методів соціально-етичного маркетингу для встановлення механізмів взаємовигідних угод не тільки з ринковими партнерами, а й у суспільстві завдяки активному використанню комунікативних моделей, зокрема зв'язків із громадськістю¹⁸.

Нині теоретичне і практичне значення у межах аналізу суб'єктного складу торговельно-посередницьких правовідносин має вирішення проблеми множинності осіб у торговому посередництві. Сьогодні така практика в сфері торговельної діяльності вже досить поширена з огляду

¹⁸ Белявцев та Шестопалова (н 14).

на відсутність прямих законодавчих обмежень щодо множинності осіб у торговельно-посередництві. Множинність осіб може бути як на стороні замовника (виробника, продавця (постачальника), покупця товарів), так і торгового посередника.

У сфері торгівлі актуальним є питання щодо можливості здійснення торговельно-посередницької діяльності в інтересах не одного замовника, а двох і більше. Йдеться про можливість одночасного посередництва в інтересах двох і більше осіб за їхньою згодою. Це обумовлює необхідність нормативно-правового закріплення низки гарантій для осіб, в інтересах яких можлива така форма торговельного посередництва, передусім для усунення ризику можливого “конфлікту інтересів” у торгового посередника.

У зв’язку з цим потребує закріплення на законодавчому рівні положення про те, що множинність осіб на стороні замовника (виробника, продавця (постачальника), покупця товарів) у торговельно-посередницькому правовідношенні є допустимою лише при наявності об’єднуючої щодо зазначених осіб єдиної господарсько-правової цілі, єдиного господарського інтересу, тієї господарської мети, на досягнення якої повинні бути спрямовані дії, зусилля торгового посередника.

Проблема множинності осіб у торговельно-посередницькому правовідношенні актуалізується із наділенням замовником кількох торгових посередників правом діяти від власного імені, але в його інтересах у господарському обороті для досягнення однієї господарської мети. У цьому випадку множинність осіб зумовлена необхідністю здійснення спільних, скоординованих (узгоджених) дій юридичного та (або) фактичного характеру з боку кількох торгових посередників в інтересах одного замовника.

Питання множинності осіб на стороні торгового посередника нерозривно пов’язане з однозначним вирішенням на законодавчому рівні питання щодо можливості залучення торговим посередником співвиконавців при наданні замовникові торговельно-посередницької послуги щодо передачі (за аналогією з передорученням при представництві) іншим особам повноважень діяти в господарському обороті в інтересах та коштом замовника; щодо загального порядку оплати послуг і розподілу витрат при множинності осіб на стороні торгового посередника тощо.

Об’єктом торговельно-посередницьких правовідносин можна визначити: а) торговельно-посередницьку послугу, що споживається у процесі здійснення торговельно-посередницької діяльності; б) нематеріальне благо та (або) корисний ефект, що є наслідком надання торговельно-

посередницької послуги й заради якої сторони вступають у торговельно-посередницьке правовідношення.

Об'єктом торговельно-посередницьких правовідносин за таким підходом є торговельно-посередницька послуга як економічна форма праці, яка споживається у процесі торговельно-посередницької діяльності й має своїм результатом корисний ефект, економічне благо для заінтересованої сторони (послугоотримувача). Якщо об'єктом господарського права є ті суспільні відносини, які можуть бути предметом господарсько-правового регулювання і потребують такого регулювання, то об'єкт торговельно-посередницьких правовідносин – це відповідна частина суспільних відносин, елемент, з приводу якого взаємодіють суб'єкти посередництва, це те, на що спрямовані суб'єктивні юридичні права та обов'язки¹⁹.

Змістом торговельно-посередницького правовідношення є діяльність (дії) – процес надання торговельно-посередницької послуги, в якому контрагенти наділені кореспондуючими правами та обов'язками. Як зауважує Г. Сальнікова, специфіка змісту посередницького правовідношення визначається метою, з якою у нього вступають клієнт і посередник, – сприяння у встановленні нового правовідношення з третіми особами (об'єктом і матеріальним змістом посередницького правовідношення є активні дії з надання послуг контрагентам)²⁰. На думку С. Мотуренка, зміст посередницького правовідношення полягає в наділенні осіб, які беруть у ньому участь, кореспондуючими правами та обов'язками у певній сфері господарювання, а посередництво – це господарське зобов'язальне правовідношення, що виникає як результат діяльності третьої особи, складається у сфері товарного виробництва і товарообороту²¹. Подібні правовідносини називають зобов'язальними, оскільки вони відображають певні зобов'язання осіб, які беруть у них участь. Із численних видів зобов'язань можна виділити в окрему групу господарські зобов'язання, що опосередковують економічний оборот у його широкому розумінні. Серед господарських зобов'язань виділяють зобов'язання з надання послуг (виконання фактичних та (або) юридичних дій). Зазначені господарські зобов'язальні відносини можуть, зокрема, встановлюватися через послуги посередників, що мають також зобов'язальний характер²². Посередницьке зобов'язання, як зазначає А. Сохновський, виявляється у формі діяльності юридичного характеру, яка опосередковує рух продукту зі сфери виробництва до сфери виробничого або осо-

¹⁹ В Резнікова, 'Об'єкт посередницьких правовідносин' [2012] 1(41) Університетські наукові записки 421.

²⁰ Г Сальнікова, 'Правове регулювання посередництва у підприємницькій діяльності' (автореф дис канд юрид наук, 2003) 10-2.

²¹ С Мотуренко, 'Правовое положение таможенных посредников' (дис канд юрид наук, 2006) 7-9, 53-5.

²² И Танчук и В Ефимочкин и Т Абова, *Хозяйственные обязательства* (Юрид лит 1970) 31-122.

бистого споживання²³. М. Сулейменов додає, що характерною рисою такого зобов'язання є включення в посередницьке правовідношення третіх осіб²⁴. Оскільки торговельно-посередницькі правовідносини є видом посередницьких правовідносин, то все зазначене вище стосується і предмета нашого дослідження.

Висновки. *Торговельно-посередницькі правовідносини* – це сукупність врегульованих нормами господарського права суспільних відносин, що виникають у процесі організації та здійснення торговельно-посередницької діяльності, учасники яких є носіями суб'єктивних прав та обов'язків, що утворюють між ними правовий зв'язок торговельного посередництва.

Торговельно-посередницькі правовідносини можна поділити на:

1. *За структурою*: а) внутрішні (виникають між замовником і торговим посередником); б) зовнішні (виникають між торговим посередником і третіми особами).

2. *За характером*: а) відносини з безпосереднього здійснення торговельно-посередницької діяльності, які виникають між суб'єктами господарювання; б) відносини з організації торговельно-посередницької діяльності, які виникають між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень.

3. *За територією здійснення*: а) національні (виникають з приводу здійснення торговельно-посередницької діяльності в межах певної країни); б) зовнішньоекономічні (виникають із приводу здійснення торговельно-посередницької діяльності поза межами певної країни і складаються з вивозу (експорту) та ввозу (імпорту) товарів).

Для розвитку торговельно-посередницької діяльності в Україні необхідно:

1) розвивати різні види торговельно-посередницьких підприємств за функціональним призначенням, спеціалізацією, розмірами, організаційно-правовими формами господарювання;

2) створювати оптові асоціації шляхом добровільного об'єднання наявних торговельно-посередницьких підприємств, до складу яких слід включити фінансові, інформаційні, наукові та інші інститути;

3) удосконалювати та оновлювати торгову інфраструктуру, що передбачає налагодження тісної взаємодії товаровиробників, роздрібною торгівлі з гуртовою торгівлею, органічну інтеграцію виробництва і збуту на основі маркетингу;

²³ А Сохновский, 'Правоотношения торгового посредничества между социалистическими организациями' (1976) 5 Правоведение 57-9.

²⁴ М Сулейменов, 'Хозяйственно-посреднические договоры услуг' (1973) 3 Советское государство и право 50-4.

- 4) удосконалювати механізм управління комерційною діяльністю торговельно-посередницьких підприємств;
- 5) впроваджувати на торговельно-посередницьких підприємствах сучасні інформаційні системи;
- 6) сприяти розвитку продажу через мережу Інтернет;
- 7) підвищувати рівень обслуговування та зниження цін на товари і послуги²⁵.

На нормативно-правовому рівні необхідним є закріплення положення про те, що множинність осіб на стороні замовника (виробника, продавця (постачальника), покупця товарів) у торговельно-посередницькому правовідношенні є допустимою лише при наявності об'єднуючої щодо зазначених осіб єдиної господарсько-правової цілі, єдиного господарського інтересу, тієї господарської мети, на досягнення якої повинні бути спрямовані дії, зусилля торгового посередника. На законодавчому рівні необхідно вирішити питання щодо можливості залучення торговим посередником співвиконавців при наданні замовникові торговельно-посередницької послуги щодо передачі (за аналогією з передорученням при представництві) іншим особам повноважень діяти в господарському обороті в інтересах та коштом замовника; щодо загального порядку оплати послуг і розподілу витрат при множинності осіб на стороні торгового посередника тощо.

Подальшого дослідження потребують питання вдосконалення законодавства України, що регулює правовий статус торгових посередників. Необхідним є вивчення нормативно-правового регулювання торговельно-посередницьких відносин у зарубіжних країнах з метою винайдення механізмів удосконалення законодавства України щодо вказаних правовідносин.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bieliavtsev M та Shestopalova L, *Infrastruktura tovarnoho rynku [Commodity Market Infrastructure]* (Tsentr navchalnoi literatury 2005) (in Ukrainian).
2. Fedorov A, *Torgovoe pravo [Trade Law]* (1911) (in Russian).
3. Honcharov S та Kushnir N, *Tlumachnyi slovnyk ekonomista [An Economist's Explanatory Dictionary]* (Tsentr uchbovoi literatury 2009) (in Ukrainian).
4. Savoshchenko A, *Infrastruktura tovarnoho rynku [Commodity Market Infrastructure]* (KNEU 2004) (in Ukrainian).

²⁵ А Мельник та А Поповіченко, 'Особливості здійснення вітчизняними підприємствами торговельно-посередницької діяльності' [2016] 4(04) Східна Європа: економіка, бізнес та управління 174-5.

5. Shershenevich G, *Uchebnik torgovogo prava [Textbook of Trade Law]* (Spartak 1994) (in Russian).
6. Tanchuk I i Efimochkin V i Abova T, *Hozhajstvennye objazatel'stva [Economic Obligations]* (Jurid lit 1970) (in Russian).
7. Yurko I, *Torhovelne pidpriemnytstvo: navchalnyi posibnyk [Trade Business: Study Guide]* (PUET 2014) (in Ukrainian).

Edited books

8. *Mizhnarodna torhovelna diialnist [International Trade Activities]* (Rokoch V red, VNZ "Universytet ekonomiky ta prava "KROK" 2018) (in Ukrainian).
9. Rieznikova V, 'Problemy pravovoho rehuliuвання hospodarskoho poserednytstva' [Issues Pertaining to Legal Regulation of Economic Intermediary] v *Aktualni problemy hospodarskoho prava (Osoblyva chastyna): pidruchnyk [Current Issues of Economic Law (Special Part): Textbook]* (Shcherbyna V ta Rieznikova V red, Lira-K 2018) (in Ukrainian).

Journal articles

10. Dunska A, 'Torhovi poserednyky v zovnishnoekonomichnii diialnosti: problemy vyznachennia ta klasyfikatsii' ['Trade Intermediaries in Foreign Economic Activity: Definition and Classification Issues'] (2012) 9 *Ekonomichnyi visnyk NTUU "KPI"* 89-95 (in Ukrainian).
11. Melnyk A ta Popovichenko A, 'Osoblyvosti zdiisnennia vitchyznianymy pidpriemstvamy torhovelno-poserednytskoi diialnosti' ['Specifics of Trade Intermediary Activities by Domestic Enterprises'] (2016) 4 *Skhidna Yevropa: ekonomika, biznes ta upravlinnia* 174 (in Ukrainian).
12. Rahmilovich V, 'O hozhajstvennom prave i putjah razvitija hozhajstvennogo zakonodatel'stva' ['On Economic Law and the Ways to Develop Economic Legislation'] (1989) 10 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* (in Russian).
13. Rieznikova V, 'Ekonomichna sutnist poserednytstva' ['Economic Essence of Intermediary'] [2009] 4(3) *Visnyk Khmelnytskoho natsionalnogo universytetu* (in Ukrainian).
14. Rieznikova V, 'Obiekt poserednytskykh pravovidnosyn' ['Actors in Legal Relations of Mediation'] [2012] 1(41) *Universytetski naukovi zapysky* (in Ukrainian).
15. Rieznikova V, 'Poniattia, osoblyvosti ta vydy poserednytskykh pravovidnosyn' ['Concept, Features and Types of Intermediary Legal Relationships'] [2013] 3(97) *Visnyk Kyivskoho natsionalnogo universytetu imeni Tarasa Shevchenka* (in Ukrainian).
16. Rieznikova V, 'Subiekty poserednytskykh pravovidnosyn' ['Subjects of Intermediary Legal Relations'] [2011] 4(40) *Universytetski naukovi zapysky* (in Ukrainian).
17. Sohnovskij A, 'Pravootnosheniia torgovogo posrednichestva mezhdru socialisticheskimi organizacijami' ['Legal Relations of Trade Intermediary between Socialist Organizations'] (1976) 5 *Jurisprudence* (in Russian).
18. Sulejmenov M, 'Hozhajstvenno-posredniceskie dogovory uslug' ['Economic Intermediary Service Contracts'] (1973) 3 *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* (in Russian).
19. Trishkina N, 'Osoblyvosti derzhavnoi pidtrymky torhovelnoho poserednytstva' ['Specific Features of Trade Intermediary Support by the State'] [2011] 33(1) *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho universytetu. Serii Ekonomika* (in Ukrainian).

Thesis

20. Salnikova H, 'Pravove rehuliuвання poserednytstva u pidpriemnytskii diialnosti' ['Legal Regulation of Intermediary in Business'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2003) (in Ukrainian).

Dissertations

21. Moturenko S, 'Pravovoe polozhenie tamozhennykh posrednikov' ['Legal Status of Customs Intermediaries'] (dys kand yuryd nauk, 2006) (in Russian).

THE CONCEPT, TYPES AND COMPOSITION OF LEGAL RELATIONS OF TRADE INTERMEDIARY

ABSTRACT. In the age of trade liberalization, expansion of foreign economic activity conducted by Ukrainian economic entities, and remoteness of suppliers from buyers, there is an objective need to develop the institute of trade intermediaries. The relevance of this topic ensues from the essential role played by trade intermediary relations, and from their insufficient legal regulation and only fragmentary research in the economic law doctrine.

The purpose of this article is to formulate the author's definition of "legal relations of trade intermediary", to classify such relations and ascertain their composition, including in the light of the doctrinal provisions previously covered in professional sources in respect of the legal relations of intermediary which are common as relating to those under study.

The article proves that trade intermediary is a mandatory element of the market. The author analyzes a viewpoint according to which the essence of trade intermediary is equated with the concept of trade activity. The author shows that in terms of economy trade activity may be regarded as intermediary, but in terms of law it may not be identified with intermediary. The author gives her own definition of "legal relations of trade intermediary" and formulates their features. Legal relations of trade intermediary are classified by the following criteria: structure, nature, and territory where they occur.

The article offers an analysis of the composition of legal relations of trade intermediary. Parties are a qualifying characteristic of trade intermediary relations as a type of intermediary relations. In legal relations of trade intermediary, the customer may be manufacturer, seller (supplier), buyer of goods which has granted (mostly on the basis of a trade intermediary contract) a trade intermediary the right to perform certain legal and (or) factual actions in the area of trade, although mainly in the intermediary's own name but in the customer's interests and at the latter's expense, with the aim of establishing economic relations with third parties for the purpose of sale and (or) purchase of goods. A trade intermediary (the main actor in legal relations of trade intermediary) is an economic activity entity which conducts trade intermediary activity systematically and on a professional basis, according to general rules, on its own behalf but at the expense and in the interests of the customer, and receives a fee for such activity. The object of legal relations of trade intermediary may be defined as: a) trade intermediary service consumed in the process of trade intermediary activity; b) an intangible benefit and (or) a beneficial effect which ensues from the rendered trade intermediary service and for which sake the parties enter into legal relations of trade intermediary. The content of legal relations of trade intermediary is activity (acts) – the process of providing a trade intermediary service in which the counterparties are endowed with respective rights and obligations.

KEYWORDS: intermediary activity; trade activity; trade; trade intermediary; commodity; legal relations of trade intermediary.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Господарсько-правова відповідальність, хоча й має певні схожі риси з цивільно-правовою відповідальністю, є самостійним видом юридичної відповідальності і не може розглядатись як особливий вид чи складова цивільно-правової відповідальності. Загалом норми Господарського кодексу України (далі – ГК України) відображають особливості господарсько-правової відповідальності як одного з видів юридичної відповідальності та особливості застосування таких заходів господарсько-правової відповідальності, як оперативно-господарські та адміністративно-господарські санкції, а також визнання боржника банкрутом. Водночас ГК України в частині регулювання відносин господарсько-правової відповідальності потребує певних змін. Передусім це стосується його структури, а саме: а) розділ V доцільно назвати “Відповідальність за господарські правопорушення”, оскільки нинішня його назва є занадто широкою і створює передумови для включення до цього розділу норм щодо адміністративної, кримінальної, цивільної тощо відповідальності за правопорушення у сфері господарювання, що, безумовно, неприпустимо; б) главу 23 доцільно виключити з розділу IV і включити (попередньо привівши її положення у відповідність до Кодексу України з процедур банкрутства) останньою главою до розділу V, оскільки визнання боржника банкрутом є найбільш суворою санкцією; в) главу 28, норми якої не узгоджуються з положеннями Закону України “Про захист економічної конкуренції”, про що зазначалося у наукових публікаціях, доцільно виключити з Кодексу. Однак основною причиною цього є невизначеність критерію, за яким зазначена глава, норми якої регулюють відносини відповідальності в окремій сфері, якою важливою для економіки вона не була б, включена до розділу V ГК України, норми якого встановлюють загальні положення за господарські правопорушення та види санкцій.

Більш чіткого формулювання в законодавстві потребують норми, що визначають підставу застосування адміністративно-господарських санкцій (такою може бути лише порушення правил здійснення господарської діяльності) та коло осіб, до яких можуть бути застосовані зазначені санкції (суб’єкти господарювання – юридичні особи та фізичні особи – підприємці). При цьому відповідальність суб’єктів господарювання як осіб, які на професійній основі та на власний ризик здійснюють господарську (підприємницьку) діяльність, має наставати незалежно від вини, безвідносно того, які види санкцій – господарські чи адміністративно-господарські – підлягають застосуванню. Крім того, положення тих законів, у яких вживається термін “фінансові санкції” у випадках, коли йдеться про адміністративно-господарські санкції, доцільно привести у відповід-

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 8 • 229-241

ність до термінології ГК України. Потребує радикальних змін судова практика застосування положень ст. 625 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) щодо грошових зобов'язань учасників господарських відносин. Особливості встановлення штрафних санкцій за порушення грошових зобов'язань учасниками господарських відносин передбачені у ч. 6 ст. 231 ГК України. Що стосується індексу інфляції та відсотків річних, то їх не можна вважати штрафними санкціями в прямому розумінні, вони виконують компенсаційну функцію (індекс інфляції), найбільше притаманну відшкодуванню збитків, або ж є платою за користування чужими коштами (відсотки річних). У будь-якому разі кваліфікувати їх як заходи відповідальності (поряд зі сплатою суми боргу), що можуть бути застосовані до учасників господарських відносин у вигляді санкцій, з огляду на положення ст. 625 ЦК України, немає жодних підстав.

Що стосується інших “розходжень” між нормами ЦК України і ГК України щодо відповідальності суб'єктів цивільних і господарських відносин, то при оцінці й характеристиці кожного з них необхідно враховувати особливості правового регулювання цивільних і господарських відносин, що повинні мати виключно об'єктивний характер і бути обґрунтованими. Не йдеться ні про “розхитування” позицій української цивілістики представниками науки господарського права, ні про їхню “руйнацію”, про що заявляють окремі представники цивілістичної науки. Реалії ринкової економіки зі збереженням ніким не спростованої необхідності регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання задля виконання нею, зокрема, соціальної функції, вимагають створення нових механізмів юридичної відповідальності, зокрема й господарсько-правової, норми якої повинні знайти своє місце в ГК України, який, попри намагання начепити йому ярлик “антиринкового акта”, більшою мірою, ніж ЦК України, регулює відносини у сфері економіки з урахуванням їхньої специфіки. Час усвідомити, що жодна галузь законодавства (права) не може бути монополістом у регулюванні суспільних відносин у певній сфері. Прикладом тому є земельне, водне, екологічне, сімейне та інші галузі законодавства, що регулюють особисті немайнові та майнові відносини, які мають певні особливості, що зумовлюють їх самостійний характер і відмінність від цивільних відносин.

У будь-якому разі проблеми господарсько-правової відповідальності потребують подальших наукових досліджень на основі широких, дійсно наукових дискусій між представниками різних правничих наукових шкіл, із відповідними аргументами (без спотворення наукових позицій, поглядів і висновків представників науки господарського права, без приписування їм “заслуг”, до яких вони не мають жодного стосунку, що,

на жаль, має місце з боку окремих цивілістів), з тим, щоб на основі кращих напрацювань вітчизняної і зарубіжної юридичної науки та практики створити сучасну теорію господарсько-правової відповідальності, яка відповідала б сучасним умовам ринкової економіки. Зокрема, у зв'язку з оновленням законодавства про акціонерні товариства, товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю потребують поглибленого теоретичного аналізу проблеми господарсько-правової відповідальності учасників корпоративних і пов'язаних із ними відносин. Незважаючи на намагання представників цивілістичної науки обґрунтувати належність корпоративних відносин до предмета правового регулювання цивільного права, переконливих аргументів ми так і не побачили. Натомість поєднання в корпоративних відносинах організаційних і майнових елементів дає всі підстави вважати їх внутрішньогосподарськими відносинами, які входять до сфери господарських відносин, а отже, є предметом регулювання ГК України, що, власне, і відобразилося в легальному закріпленні корпоративних відносин у ст. 167 ГК України і відсутності подібних норм у ЦК України.

Існування у ГК України організаційно-господарських (ст. 176), соціально-комунальних (ст. 177) та публічних зобов'язань (ст. 178) об'єктивно передбачає і відповідальність за їхнє невиконання чи неналежне виконання, проте питання такої відповідальності сьогодні перебувають поза полем зору науковців.

Результати наукових досліджень проблем господарсько-правової відповідальності мають знайти відповідне закріплення у нормативно-правових актах господарського законодавства (Валентин Щербина "Господарсько-правова відповідальність у доктрині господарського права та її законодавче закріплення").

З причини відсутності дієвого механізму реалізації такої форми державного управління, як прогнозування та планування, держава нівелює значущість переказів із-за кордону (сьогодні значно перевищують обсяг прямого інвестування та несуть загрози для сталого економічного розвитку країни). З метою удосконалення законодавства у цій сфері доцільно доповнити його положеннями, які визначали б Національний банк України та Національну академію наук України серед учасників процесу прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку.

Прийнятним варіантом реалізації зазначених пропозицій було б внесення до законодавства таких змін:

1. У ГК України: п. 2 ст. 11 викласти в такій редакції: "Законом визначаються принципи державного прогнозування та розроблення прог-

рам економічного і соціального розвитку України, система прогнозних і програмних документів, вимоги до їх змісту, а також загальний порядок розроблення, затвердження та виконання прогнозних і програмних документів економічного і соціального розвитку, повноваження та відповідальність учасників, залучених до цього процесу. Зокрема, органів державної влади, Національної академії наук України, Національного банку України й органів місцевого самоврядування.”

2. У Закон України “Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України”: п. 5 ст. 1 викласти в такій редакції: “Учасники державного прогнозування та стратегічного планування економічного і соціального розвитку – Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Національний банк України, уповноважений центральний орган виконавчої влади з питань економічної політики, інші центральні органи виконавчої влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Рада міністрів Автономної Республіки Крим, місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування. До повноважень вищезазначених учасників, за винятком Національної академії наук України, належать розроблення і затвердження документів державного прогнозування та стратегічного планування, забезпечення реалізації та контроль за їхнім виконанням.

До повноважень Національної академії наук України належать здійснення наукових оцінок і прогнозів суспільно-політичного, соціально-економічного і культурного розвитку держави, її економічного стану, розроблення відповідних пропозицій і рекомендацій з цих питань.”

Впровадження запропонованих змін дасть змогу створити умови для ефективної реалізації такої форми державного управління, як прогнозування та планування на шляху до забезпечення сталого економічного розвитку країни (Володимир Устименко, Тетяна Гудіма “Міграція, монетарна політика та сталий розвиток: господарсько-правовий вимір”).

Перетворення корпоративних паїв (часток), неформлених як цінні папери, на повноцінний об’єкт речових прав та правовідносин, що в обороті являє собою корпоративні права щодо певного суб’єкта господарювання, вимагає впровадження до законодавства норм, які передбачатимуть:

– облік усіх речових прав на корпоративні паї (частки) в Єдиному державному реєстрі. Такими правами є право власності, господарського відання, довірчої власності та користування (оренди). Відповідно, необхідне законодавче врегулювання договорів управління корпоративним паєм (часткою), що неформлений як цінний папір, та оренди корпоративного паю;

– облік обтяжень речових прав на корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, в Єдиному державному реєстрі (застава, податкова застава, а також за судовим рішенням – заборона відчуження та арешт);

– відкритий доступ до відомостей Єдиного державного реєстру про корпоративні паї (частки), неоформлені як цінні папери, права на них та обтяження таких прав;

– максимальне прискорення вчинення правочинів щодо корпоративних паїв (часток), неоформлених як цінні папери, з впровадженням модельного договору купівлі-продажу корпоративних паїв (часток) та здійсненням державної реєстрації виникнення права власності, інших зазначених вище речових прав та їх обтяжень, що виникають на підставі договору або спільної заяви сторін договору;

– одночасне забезпечення ефективної реалізації переважних прав інших учасників на придбання корпоративного паю (частки) при його продажу з залученням до процедури реалізації цих прав державного реєстратора (Андрій Смітюх “Корпоративний пай (частка), неоформлений як цінний папір, як об’єкт речових прав і правовідносин”).

“Корпоративна соціальна відповідальність” (далі – КСВ) та “бізнес і права людини” (далі – БПЛ) є контекстуально й концептуально різними течіями світової юридичної думки, які, однак, у підсумку слугують спільній меті – забезпеченню соціальної відповідальності бізнесу. Тимчасом як КСВ акцентує увагу на соціально відповідальній поведінці в широкому розумінні, двигуном якої є воля самих компаній, що вбачають у ній шлях до посилення власної конкурентоспроможності (позитивна відповідальність), БПЛ зосереджується на конкретних юридичних зобов’язаннях компаній у сфері прав людини та відшкодуванні завданої шкоди (негативна відповідальність). БПЛ позиціонує себе як відповідь на “юридично неконкретну” КСВ і її потенційну неспроможність, однак сама страждає на методологічну недостатність через те, що нехтує позитивною роллю, яку можуть відіграти компанії у напрямі захисту і просування прав людини. Існує потенціал для більш широкої інтеграції обох течій, що дасть змогу сформулювати всеохоплюючу концепцію позитивних зобов’язань компаній у галузі прав людини. З огляду на низький рівень проникнення в українську правову й бізнес-свідомість ідей і практик соціально відповідального бізнесу зростає вага освітніх і просвітницьких зусиль, провідну роль у вжитті яких може відіграти наука господарського права (Валерія Поєдинок “Корпоративна соціальна відповідальність” та “бізнес і права людини”: співвідношення концепцій”).

Господарські правовідносини на ринках небанківських фінансових послуг (далі – НПФ) є окремим видом господарських правовідносин,

що характеризуються наявністю притаманних їм кваліфікуючих ознак: сфера здійснення; особливий (обмежений) суб'єктний склад; особливий об'єкт, зміст й економічна сутність правовідносин; спрямованість на задоволення інтересів учасників таких відносин; значний ступінь державного регулювання та саморегулювання, свідомо-вольовий характер, а також поєднання майнових і організаційних елементів. Господарські правовідносини на ринках НПФ класифікуються за такими критеріями: за характером правовідносин; за взаємним становищем сторін; за сферою виникнення та дії; за сферами здійснення професійної фінансової діяльності. Питання об'єкта та змісту господарських правовідносин на ринках НПФ вимагають детального аналізу і будуть предметом подальших досліджень (Анастасія Попова "Поняття, ознаки та види господарських правовідносин на ринках небанківських фінансових послуг").

Кваліфікація господарської діяльності як зовнішньоекономічної (далі – ЗЕД) і договорів, які її опосередковують, як зовнішньоекономічних, має важливі правові наслідки, пов'язані з: застосуванням відповідного правового режиму її здійснення, підґрунтям якого є принципи (основні засади) правового регулювання ЗЕД; наявністю та пріоритетним значенням під час правового регулювання відносин, що виникають у зв'язку з провадженням ЗЕД конвенційного рівня регулювання (ідеться про міжнародні конвенції, договори та угоди); використанням поряд із матеріально-правовим методом регулювання договірних відносин у сфері ЗЕД колізійного методу; дією принципу автономії волі сторін зовнішньоекономічного договору, пов'язаного з можливим обранням іноземного права як регулятора прав та обов'язків сторін зовнішньоекономічного договору; можливістю обрання для здійснення розрахунків за зовнішньоекономічним договором іноземної валюти; можливістю розгляду спорів у міжнародних комерційних арбітражах тощо. Відсутність єдиної законодавчої основи визначення термінів "зовнішньоекономічна діяльність" і "зовнішньоекономічний договір" зумовлює проблеми в правозастосуванні. Формування такої основи повинно відбуватися з урахуванням загальних засад правового регулювання відносин у сфері ЗЕД, положень актів міжнародно-правової уніфікації в цій царині, а також сучасних тенденцій її розвитку. Так, бурхливий розвиток електронної комерції та всеохопна цифровізація потребують від законодавця чіткої відповіді на питання про можливість кваліфікування господарської діяльності як зовнішньоекономічної за умови, що єдиним місцем здійснення ділових контактів одного або обох контрагентів є мережа Інтернет (різонаціональні сегменти такої мережі та (або) ділові партнери є

суб'єктами господарювання різних країн), при цьому відсутнє перетинання митного кордону.

Сумнівним вбачаємо забезпечення вітчизняного оборонно-промислового комплексу від корупційних схем і розкрадань через розширення через державних замовників із державного оборонного замовлення суб'єктного складу зовнішньоекономічної діяльності, законодавчі поняття якої вже протягом тривалого періоду є предметом дискусій і породжують чимало питань (Вікторія Млаш “Законодавчі дефініції термінів ‘зовнішньоекономічна діяльність’ і ‘зовнішньоекономічний договір’: подальший розвиток чи поглиблення дефекту”).

Принцип пропорційності частки в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю праву на управління містить важливе практичне завдання: його дотримання є запорукою інформативності реального внеску учасника у співвідношення до можливості голосування на загальних зборах. Це дає можливість третім особам реально оцінити розподіл корпоративного управління в товаристві. І навпаки, нехтування цим принципом може призвести до зловживання як корпоративними правами, так і правами третіх осіб. Застосування принципу пропорційності порушено у Законі України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”. Проблему посилює той факт, що є численні колізії як у зазначеному Законі, так і у його співвідношенні з Законом України “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань”. З метою дотримання принципу пропорційності частки в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю праву на управління потрібно внести зміни до Закону України “Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю”, зокрема, викласти в редакції: ч. 2 ст. 14: “Вартість вкладу кожного учасника товариства повинна відповідати номінальній вартості його частки”; ч. 3 ст. 29: “Кожен учасник товариства на загальних зборах учасників має кількість голосів, пропорційну до розміру його частки у статутному капіталі товариства” (Ірина Лукач “Принцип пропорційності частки в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю праву на управління”).

Примусове позбавлення міноритарних акціонерів права власності на акції можливе лише у разі суспільної необхідності, з дотриманням вимог закону, принципу справедливості і балансу інтересів та за умови попередньої повної компенсації її ринкової вартості. Аналіз норм закону про викуп (обов'язковий викуп), обов'язковий продаж акцій, свідчить про відсутність гарантій захисту права міноритарних акціонерів на одержання справедливої компенсації ринкової вартості акцій, що

обумовлює складність вибору способів захисту та вирішення зазначеної категорії спорів господарськими судами. Належними доказами при оскарженні ціни викупу акцій є довідка фондової біржі про біржовий (середній біржовий) курс акцій (для лістингових цінних паперів), звіт суб'єкта оціночної діяльності, висновок експерта за результатами судової експертизи.

Пропозиціями щодо удосконалення законодавства в сфері оцінки ринкової вартості акцій є: визначити на рівні закону, що об'єктом оцінки є одна проста акція у 100 % пакеті; встановлення підвищених вимог до суб'єктів оціночної діяльності, що мають право здійснювати оцінку ринкової вартості акцій з метою викупу; впровадження відповідальності суб'єкта оціночної діяльності за збитки, заподіяні міноритарію, у разі проведення оцінки з порушенням вимог законодавства; обов'язок Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – НКЦПФР) зупинити процедуру *squeeze-out* у разі надходження обґрунтованої скарги міноритарія з метою проведення розслідування та здійснення рецензування звіту про оцінку Фондом державного майна України або саморегульованою організацією оцінювачів. У разі негативної рецензії (значні порушення, що вплинули на достовірність оцінки) наслідком має бути визнання оферти та (або) публічної вимоги нікчемними, позбавлення оцінювача права проводити оцінку ринкової вартості акцій та проведення альтернативної оцінки коштом мажоритарія оцінювачем, визначеним НКЦПФР або судом (Олександра Кологойда, Оксана Маленко “Правові аспекти оцінки ринкової вартості акцій у процедурах *squeeze-out* та *sell-out*”).

Торговельно-посередницькі правовідносини – це сукупність врегульованих нормами господарського права суспільних відносин, що виникають у процесі організації та здійснення торговельно-посередницької діяльності, учасники яких є носіями суб'єктивних прав та обов'язків, що утворюють між ними правовий зв'язок торговельного посередництва. За структурою торговельно-посередницькі правовідносини можна поділити на: а) внутрішні (виникають між замовником і торговим посередником); б) зовнішні (виникають між торговим посередником і третіми особами). За характером правовідносин торговельно-посередницькі правовідносини можна поділити на: а) відносини з безпосереднього здійснення торговельно-посередницької діяльності, які виникають між суб'єктами господарювання; б) відносини з організації торговельно-посередницької діяльності, які виникають між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень. За територією здійснення торговельно-посередницькі правовідносини

поділяються на: а) національні (виникають із приводу здійснення торговельно-посередницької діяльності в межах певної країни); б) зовнішньоекономічні (виникають із приводу здійснення торговельно-посередницької діяльності поза межами певної країни і складаються з вивозу (експорту) та ввозу (імпорту) товарів).

Для розвитку торговельно-посередницької діяльності в Україні необхідно: 1) розвивати різні види торговельно-посередницьких підприємств за функціональним призначенням, спеціалізацією, розмірами, організаційно-правовими формами господарювання; 2) створювати оптові асоціації шляхом добровільного об'єднання наявних торговельно-посередницьких підприємств, до складу яких слід включити фінансові, інформаційні, наукові та інші інститути; 3) удосконалювати та оновлювати торгову інфраструктуру, що передбачає налагодження тісної взаємодії товаровиробників, роздрібної торгівлі з гуртовою торгівлею, органічну інтеграцію виробництва і збуту на основі маркетингу; 4) удосконалювати механізм управління комерційною діяльністю торговельно-посередницьких підприємств; 5) впроваджувати на торговельно-посередницьких підприємствах сучасні інформаційні системи; 6) сприяти розвитку продажу через мережу Інтернет; 7) підвищувати рівень обслуговування та зниження цін на товари і послуги.

На нормативно-правовому рівні необхідним є закріплення положення про те, що множинність осіб на стороні замовника (виробника, продавця (постачальника), покупця товарів) у торговельно-посередницькому правовідношенні є допустимою лише при наявності об'єднуючої щодо зазначених осіб єдиної господарсько-правової цілі, єдиного господарського інтересу, тієї господарської мети, на досягнення якої повинні бути спрямовані дії, зусилля торгового посередника. На законодавчому рівні необхідно вирішити питання щодо можливості залучення торговим посередником співвиконавців при наданні замовникові торговельно-посередницької послуги щодо передачі (за аналогією з передорученням при представництві) іншим особам повноважень діяти в господарському обороті в інтересах та коштом замовника; щодо загального порядку оплати послуг та розподілу витрат при множинності осіб на стороні торгового посередника тощо (Вікторія Рєзнікова, Ірина Кравець "Поняття, види та склад торговельно-посередницьких правовідносин").

Охоронна функція господарського права становить вплив господарсько-правових норм на відносини у сфері господарювання, який здійснюється шляхом попередження господарських правопорушень, застосування способів захисту прав учасників відносин у сфері господарювання, зокрема й заходів господарсько-правової відповідальності, на

підставі поєднання диспозитивних та імперативних засад регулювання, які забезпечують такий стан впорядкування господарських відносин, який є результатом взаємоузгодження індивідуального підприємницького інтересу із загальносупільними і державними потребами в підтримці й утвердженні господарського правопорядку.

Зміст охоронної функції господарського права становлять засоби правового впливу, які охоплюють превентивну (попереджувальну) протидію правопорушенням у сфері господарювання, припинення правопорушень, інших перешкод у здійсненні прав та обов'язків учасниками відносин у сфері господарювання, застосування до порушників заходів захисту і господарсько-правової відповідальності.

Ефективність впливу правоохоронного інструментарію господарського права на суспільні відносини залежить не тільки від того, наскільки адекватно відтворюються у відповідних правових нормах моделі поведінки, забороненої законом, інтереси учасників цих правовідносин, способи подолання можливих конфліктів правових інтересів, а й від стану реалізованості правових приписів у реальному господарському житті шляхом їх дотримання, використання, виконання учасниками господарських відносин і застосування юрисдикційними органами (Ірина Коваль, Юлія Павлюченко “Охоронна функція господарського права”).

Основна ціль регулювання відносин із публічних закупівель полягає у забезпеченні економічної ефективності, тобто досягненні найкращого результату за наявних ресурсів, що передбачає співвідношення ціни та якості. Тобто своєчасне та повне задоволення потреб замовників у товарах, роботах і послугах із необхідними показниками ціни, якості та надійності є важливою ціллю як приватного, так і державного секторів економіки. Держава є особливим покупцем, враховуючи необхідність задоволення та захисту публічних інтересів, внаслідок чого забезпечення економічної ефективності не слугує єдиною метою державного регулювання публічних закупівель, внаслідок чого до них інтегруються додаткові “горизонтальні” цілі за різними напрямками державної політики. У разі інтеграції додаткових “горизонтальних” цілей до функціональної мети, яка передбачає лише економічний підхід до закупівель, публічні закупівлі є самостійним засобом державного регулювання господарської діяльності, який згідно з усталеним у науці господарського права підходом до розмежування засобів державного регулювання, слід віднести до непрямого, адже він не передбачає обов'язкового характеру і державні замовники не є суб'єктами організаційно-господарських повноважень.

У деяких випадках публічні закупівлі за характером впливу на господарську діяльність учасників, особливо у сферах, де держава як спожи-

вач має вирішальний вплив, можуть наближатися до прямих засобів державного регулювання. До таких випадків відносяться: 1) вихід “горизонтальних” цілей за межі предмета договору про закупівлю, що тягне за собою більший тягар для учасників, на відміну від тих, які обмежені предметом закупівлі, оскільки стосуються всієї діяльності суб’єкта господарювання, а не лише тієї, яка необхідна для виконання конкретного договору про закупівлю. Одночасно можливість виходу за межі предмета договору про закупівлі надає більше можливостей для стратегічного використання публічних закупівель, наприклад, для реалізації цілей сталого розвитку; 2) деякі засоби реалізації “горизонтальних” цілей, наприклад, встановлення цінових преференцій під час оцінки тендерних пропозицій, навіть за умови, що вимоги не виходять за межі предмета договору про закупівлю, можуть справляти значний вплив на господарську діяльність учасників.

Розмежування публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності та засобу, який наближається до прямого, має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення. Наприклад, під час здійснення міжнародних закупівель встановлюється різний режим правового регулювання публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності та засобу, що за характером впливу на суб’єктів господарювання наближається до прямого. Якщо брати до уваги позиції вітчизняної науки господарського права, то Європейський Союз (далі – ЄС) та Світова організація торгівлі (далі – СОТ) дозволяють використовувати публічні закупівлі як непрямий засіб державного регулювання, що передбачає пов’язаність “горизонтальних” політик із предметом договору про закупівлю за умови дотримання основоположних принципів із недискримінації, та у більшій частині забороняють застосування публічних закупівель як засобу державного регулювання, який за характером впливу на суб’єктів господарювання є схожим на прямий засіб державного регулювання господарської діяльності. Такі особливості правового регулювання публічних закупівель мають братися до уваги Україною під час реалізації “горизонтальних” цілей, що обумовлено взятими зобов’язаннями у сфері публічних закупівель у межах Угоди про асоціацію з ЄС та Угоди СОТ про державні закупівлі (Руслан Джабраїлов, Веста Малолітнева “Публічні закупівлі як засіб державного регулювання господарської діяльності та реалізації цілей сталого розвитку”).

Ознайомлення з нововведеннями Кодексу України з процедур банкрутства дає змогу констатувати зміну його моделі та цільової спрямованості щодо не тільки боржників – юридичних осіб загалом, а й до

основної категорії боржників – тих, що мають статус юридичної особи та є суб'єктами комерційної діяльності. Тож новітнє вітчизняне законодавство має яскраво виражену прокредиторську спрямованість. Завдяки прийняттю цього документа у вітчизняному законодавстві про банкрутство з'явилися нові недоліки та прогалини. Деякі його новели дійсно спрямовані на подолання тих недоліків і прогалин, що існували та існують у чинному законодавстві. Проте він містить такі концептуальні зміни, наявність яких у ньому не може бути пояснена лише метою вдосконалення законодавства про банкрутство. Ціла низка новел Кодексу може сприяти виникненню таких проблем, із якими раніше не стикалися ні боржник, ні кредитори, ні вітчизняна економіка. У зв'язку з цим актуальними є: зміна та вдосконалення моделі новітнього законодавства про банкрутство, що запропонована Кодексом України з процедур банкрутства; вирішення проблеми досягнення належної якості законодавства про банкрутство, яка безпосередньо пов'язана з надійною правовою захищеністю суб'єктів відносин банкрутства, з досягненням балансу інтересів сторін та учасників названих відносин. Будь-яка реформа в сфері правового регулювання відносин банкрутства приречена на невдачу, якщо розглядати неплатоспроможність лише як легальну підставу перерозподілу власності, а банкрутство лише як технічний механізм такого перерозподілу (Валерія Радзивілюк “Концептуальні зміни цільової спрямованості новітнього законодавства про банкрутство”).

Принципи інституціоналізації мають важливий вплив на оптимізацію правотворчості для здійснення призначених контрольних дій у найефективніший спосіб. Належне використання електронних ресурсів для побудови системи ефективного оподаткування в Україні розпочалося із затримкою зниження нормативного навантаження на підприємців та інших суб'єктів господарювання. Тому у межах процесу цифровізації економіки в Україні потрібно змінити утримувача Реєстру податкових накладних шляхом наділення цією функцією Міністерство фінансів України. Ефективність реалізації цієї пропозиції та розв'язання низки супутніх проблем (повернення довіри суб'єктів господарювання до органів контролю) залежить від правової регламентації принципів віртуалізації заходів спілкування суб'єктів господарювання з органами контролю. Демонстрацією спілкування банку з суб'єктами господарювання та іншими потенційними клієнтами з питань реалізації банком інвестиційної функції слід вважати наявність електронної діагностичної картки самоконтролю банку. Йдеться про інформаційно-комунікаційну послугу банків, які функціонують на інвестиційному ринку. Інвестиційна функція банків у науці міжнародного банківського права, економічній науці

та її відгалуженнях визнається основним напрямом діяльності комерційних банків. Для науки господарського права цей напрям дослідження є актуальним (Ольга Шаповалова “Принципи інституціоналізації цифрової інфраструктури контролю у сфері господарювання”).

Ознаки організаційно-господарських відносин: одним із обов’язкових суб’єктів таких відносин є суб’єкт організаційно-господарських повноважень; наявність у суб’єкта організаційно-господарських повноважень можливості здійснювати в тій чи іншій формі організуючий вплив на діяльність суб’єкта господарювання (іншого учасника господарських відносин); встановлення меж впливу суб’єкта організаційно-господарських повноважень або лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, або у межах, визначених законом; наявність у суб’єкта господарювання (чи іншого учасника господарських відносин) прав та обов’язків у межах визначених законом, що не виключає наявності у нього прав, які незаборонені законом. Можливий поділ організаційно-господарських відносин за такими критеріями: суб’єктний склад, належність до корпоративних, сфера існування (внутрішні чи зовнішні), наявність майнових прав і обов’язків у суб’єктів цих відносин (організаційно-майнові чи майново-організаційні). Удосконалення ГК України з урахуванням викладеного сприятиме підвищенню рівня урегульованості відповідних відносин у господарському й іншому законодавстві, більш повній реалізації учасниками цих відносин своїх прав та обов’язків, упорядкуванню судової практики із захисту прав та законних інтересів суб’єктів цих відносин (Антоніна Бобкова, Андрій Захарченко “Види організаційно-господарських відносин”).

*За редакцією
координаторів актуальної теми
“Національна доктрина господарського права”,
доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України,
професора кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ВАЛЕНТИНА ЩЕРБИНИ
докторки юридичних наук, професорки,
завідувачки кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
ВІКТОРІЇ РЕЗНІКОВОЇ*

Вибрана бібліографія з актуальної теми
“НАЦІОНАЛЬНА ДОКТРИНА ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА”

1. Коваль І, *Господарсько-правове регулювання відносин у сфері промислової власності* (Юго-Восток 2013).
2. Кологойда О, *Господарсько-правове регулювання фондкових відносин в Україні* (Ліра-К 2015).
3. Кравець І, *Правове становище суб'єктів організаційно-господарських повноважень* (Юрінком Інтер 2010).
4. Лукач І, *Теоретичні проблеми правового регулювання корпоративних відносин в Україні* (Ліра-К 2015).
5. Поєдинок В, *Правове регулювання інвестиційної діяльності: теоретичні проблеми* (Аспект-Поліграф 2013).
6. Радзивілюк В, *Запобігання банкрутству (неспроможності): господарсько-правовий аспект* (Аспект-Поліграф 2013).
7. Резнікова В та Россильна О, *Посередництво і представництво в господарському праві та процесі* (Ліра-К 2016).
8. Резнікова В, *Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти)* (ХУУП 2010).
9. Устименко В (гол ред), *Господарське право, т 15: Велика українська юридична енциклопедія* (Право 2019).
10. Устименко В (гол ред), *Конституційні засади економічної системи України* (Юго-Восток 2011).
11. Устименко В (гол ред), *Правове забезпечення регіоналізації державного управління економікою: теорія і практика* (Десна Поліграф 2016).
12. Щербина В (ред), *Актуальні проблеми господарського права* (Юрінком Інтер 2013).
13. Щербина В та Пацурія Н (ред), *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України* (Юрінком Інтер 2019).
14. Щербина В та Резнікова В (ред), *Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина)* (Ліра-К 2018).
15. Щербина В, *Вибране. Збірка статей* (Ліра-К 2015).



Анна Доліва-Клепацька

докторка габілітована,
ад'юнктка кафедри європейського права
юридичного факультету
Університету в Білостоку
(Білосток, Польща)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1452-3668>
doliwa.klepaczka@gmail.com

Ірина Бутирська

кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6827-9939>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/D-9848-2016>
i.butyraska@chnu.edu.ua



УДК 341.6

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ У РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА

АНОТАЦІЯ. Право на справедливий суд, передбачене Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція), є своєрідним “маркером”, який дає змогу визначити, як працює не лише судова система, а й інші органи публічної влади. Саме існування ст. 6 Конвенції докорінним чином змінило підходи до порядку вирішення спорів у судовому порядку в Україні, дотримання процесуальних та інших строків, а також здійснення кримінальних проваджень. Сьогодні вже не натрапити на такі випадки, які були у справах “Бочан проти України”, “Совтрансавто-Холдинг” проти України”, “Церква села Сосулівка проти України” тощо. Проте і дотепер трапляються окремі випадки порушення Україною ст. 6 Конвенції, що потребує подальшого дослідження цієї проблематики та аналізу дотримання зазначеної правової норми в інших країнах. Для вирішення визначеної проблеми необхідно дослідити досвід Республіки Польща, яка є членом Європейського Союзу, і де ситуація з дотриманням прав, передбачених у ст. 6 Конвенції, покращується з кожним роком.

Метою статті є проведення аналізу особливостей реалізації права на справедливий суд у Республіці Польща та дослідження проблем реалізації ст. 6 Кон-

© Анна Доліва-Клепацька, Ірина Бутирська, 2019

Анна Доліва-Клепацька, Ірина Бутирська

венції у сфері захисту права на справедливий суд у правозастосовній практиці країни.

Досліджено складові права на справедливий суд, а також практику застосування ст. 6 Конвенції у Республіці Польща. Проаналізовано динаміку практики Європейського суду з прав людини щодо Польщі загалом і щодо порушення ст. 6 Конвенції зокрема за період 2013–2017 рр. Аналіз показав суттєве зниження у 2016–2017 рр. кількості як скарг на порушення ст. 6 Конвенції, так й ухвалених рішень за цією статтею.

Встановлено, що співіснування двох правових систем у Польщі – національної і міжнародної, а також їх взаємозалежність у практичному застосуванні викликає певні складнощі, деякі з яких є результатом різного характеру та цілей національних і міжнародних законів і практики їх застосування. Зміст ст. 6 Конвенції є значно вужчим за своїм змістом, ніж ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща, оскільки Конвенція гарантує права у цивільних і кримінальних справах, тоді як у Конституції Республіки Польща явно не передбачається таке обмеження права на суд. Крім того, існує чітка тенденція надавати більш широкий зміст автономним концепціям Конвенції в її телеологічній інтерпретації. Водночас необхідність застосування міжнародних угод у галузі захисту прав людини підкреслюється як елемент нормативної бази врегулювання через відносно нечасте пряме застосування ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща.

Ключові слова: право на справедливий суд; правосуддя; права людини; Республіка Польща; Європейський суд з прав людини.

Право на справедливий суд є одним із основоположних прав, які передбачені Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)¹. Це право є своєрідним “маркером”, який дає змогу визначити, як працює не тільки судова система, а й інші органи публічної влади. Саме існування зазначеної статті докорінним чином змінило підходи до порядку вирішення спорів у судовому порядку в Україні, дотримання процесуальних та інших строків, а також здійснення кримінальних проваджень. Нині вже немає таких випадків, які були у справах “Бочан проти України”, “Совтрансавто-Холдинг” проти України”, “Церква села Сосулівка проти України” тощо. Проте і сьогодні трапляються окремі випадки порушення Україною ст. 6 Конвенції, що потребує подальшого дослідження окресленої проблематики та аналізу дотримання цієї правової норми в інших країнах. Для вирішення визначеної проблеми необхідно дослідити досвід Республіки Польща, яка є членом Європейського Союзу (далі – ЄС), і де ситуація з дотриманням прав, передбачених у ст. 6 Конвенції, покращується з кожним роком.

Метою дослідження є проведення аналізу особливостей реалізації права на справедливий суд у Республіці Польща та дослідження проблем

www.pravoua.com.ua

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004> (дата звернення: 15.05.2019).

реалізації ст. 6 Конвенції у сфері захисту права на справедливий суд у правозастосовній практиці Польщі.

Конвенція була підписана у Римі 4 листопада 1950 р. До неї вносилися поправки, зокрема: Протокол № 3 (STE № 45), який набув чинності 21 вересня 1970 р.; Протокол № 5 (STE № 55), який набув чинності 20 грудня 1971 р.; Протокол № 8 (STE № 118), який набув чинності 1 січня 1990 р.; Протокол № 11 (STE № 155), який набув чинності 1 листопада 1998 р. та ін.

Конвенція діє в 47 країнах із різними правовими системами, у зв'язку з чим багато термінів, які використовуються в її тексті, мають автономне значення. Так, згідно з ч. 1 ст. 6 Конвенції:

Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення².

Це положення є одним із найцитованіших положень Конвенції, оскільки право на справедливий суд (*fair trial*) є загальним елементом для багатьох правових систем, а верховенство закону також згадується як принцип верховенства права (*rule of law*)³. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) також звернув увагу на зв'язок права на справедливий суд із принципом верховенства права. Так, ЄСПЛ у справі “Де Куббер проти Бельгії” висловив думку, що “<...> це право має важливе значення в демократичному суспільстві, оскільки воно дозволяє безперерйне функціонування механізмів демократії, і, отже, тлумачення верховенства права має бути широко визнано⁴. У справі “Делкорт проти Бельгії” ЄСПЛ чітко вказав, що будь-яка обмежувальна спроба інтерпретувати ст. 6 Конвенції не відповідає ні меті, ні характеру цього положення⁵. На його думку, ця стаття повинна стати основою для інтерпретації преамбули до Конвенції, яка показує ставлення держав-учасниць до “спільної спадщини політичних традицій та ідеалів, свободи і верховенства закону”. У цьому контексті інтерпретація повинна враховувати такі загальні принципи права, як принцип, що гарантує кожному можливість

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (н 1).

³ Laura Koba and Wiesław Waclawczyk, *Prawa człowieka. Wybrane zagadnienia i problemy* (Wolters Kluwer Polska 2009) 212.

⁴ Case of De Cubber v. Belgium (Application no. 8692/79). Judgment. Strasbourg, 26 October 1984 <<http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4533120>> (accessed: 20.05.2019).

⁵ Case of Delcourt v. Belgium (Application no. 2689/65). Judgment. Strasbourg, 17 January 1970 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57467>> (accessed: 20.05.2019).

представити свою справу в суді, і пов'язаний із ним принцип заборони на відмову від правосуддя⁶.

Стаття 6 Конвенції гарантує як процесуальні права сторонам цивільного судочинства, так і права підозрюваних та обвинувачених у кримінальному судочинстві. Наведена норма права не визначає статусу інших учасників судового розгляду (потерпілих, свідків) для подачі скарг, однак ЄСПЛ досить часто враховує їхні права під час судових засідань⁷.

Зазначена стаття, як і інші положення Конвенції, підлягає телеологічному тлумаченню. Це особливо помітно у підході ЄСПЛ, який у своїй практиці послідовно намагається визначити практичний аспект мети цього положення. Ця мета – ефективно захищати існуючі права (принцип ефективності), а не ілюзорні закони, які існують тільки в теорії⁸. У цьому контексті варто погодитися з Д. Гом'єн, яка вказує, що найбільш важливим серед неформульованих вербально принципів п. 1 ст. 6 є принцип “рівності можливостей”, згідно з яким кожна сторона під час розгляду справи повинна мати рівні можливості (“Ноймайстер проти Австрії” (1968 р.)), і жодна зі сторін не повинна мати якихось вагомих переваг над протилежною стороною⁹. Українські вчені В. Щербина та В. Резнікова відзначають:

Рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом означає, що: має бути однакове ставлення суду до кожної зі сторін у справі; жодна зі сторін не має отримувати суттєвих переваг щодо іншої сторони; сторони повинні мати однаковий доступ до інформації, а також однакові можливості представляти суду власні аргументи та докази; суд повинен із однаковою ретельністю розглядати подання кожної зі сторін та всі надані йому докази¹⁰.

У результаті тлумачення ст. 6 Конвенції, хоча це не впливає з буквального формулювання статті, її зміст має на увазі: право на доступ до суду¹¹, право на виконання судових рішень¹² та право на остаточне

⁶ M Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (Wolters Kluwer Polska 2009) 252.

⁷ Ibid 254-62.

⁸ Case of Sakhnovskiy v. Russia (Application no. 21272/03). Judgment. Strasbourg, 2 November 2010 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101568>> (accessed: 20.05.2019).

⁹ Донна Гом'єн, *Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини* (Кальварія 2000) 48.

¹⁰ Валентин Щербина та Вікторія Резнікова, ‘Основні засади (принципи) господарського судочинства України’ (2018) 7 *Право України* 19.

¹¹ Case of Golder v. The United Kingdom (Application no. 4451/70). Judgment. Strasbourg, 21 February 1975 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496>> (accessed: 20.05.2019).

¹² Case of Hornsby v. Greece (Application no. 18357/91). Judgment. Strasbourg, 19 March 1997 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58020>> (accessed: 20.05.2019).

судове рішення¹³. Що ж стосується останнього, то тут слід погодитися з Л. Ніколенко, яка зазначає:

Дія принципу правової визначеності, з яким відповідно до принципів і норм міжнародного права пов'язується реалізація права на справедливий і публічний розгляд справи в розумний строк належним і неупередженим судом, створеним на підставі закону, передбачає стабільність судових актів, які набрали законної сили¹⁴.

Одним із класичних рішень, яке часто використовується українськими судами, є справа “Креуз проти Польщі”, де ЄСПЛ у своєму рішенні від 19 червня 2001 р. вказав:

Суд вважає, що судові власті не змогли забезпечити належного балансу між інтересами держави у стягненні судових зборів за розгляд позовів, з одного боку, та інтересом позивача у відстоюванні свого позову в суді, з другого боку. Збір, який вимагався від заявника за розгляд його справи, був надмірним. Внаслідок цього він утримався від позову, і його справу так і не було розглянуто судом. Це, на думку Суду, завдало шкоди самій суті його права на доступ до суду. Спираючись на вищезазначені підстави, Суд робить висновок, що накладання судових зборів на заявника становило непропорційне обмеження його права доступу до суду. Відповідно Суд дійшов висновку про наявність порушення п. 1 ст. 6 Конвенції¹⁵.

Порушення ст. 6 Конвенції досить часто застосовується у поєднанні з порушенням Першого протоколу до Конвенції. Так, у рішенні у справі “Вцисло та інші проти Польщі” від 8 листопада 2018 р. ЄСПЛ виявив порушення п. 1 ст. 6 Конвенції та ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, а також присудив 13 000 євро пану Вцисло та 10 400 євро пану та пані Цабай для відшкодування моральної шкоди та 2 000 євро пану Вцисло та 2 958 євро пану та пані Цабай у зв'язку з видатками та витратами. Справа пана і пані Цабай розпочалася в 1996 р., коли управління району Гарволін вирішило схвалити поділ деяких земельних ділянок, що викликало експропріацію власності, яка належала їм. Вони вимагали компенсацію у провадженні, в яке було залучене місцеве міське управління, міська адміністрація, канцелярія губернатора Мазовецького воєводства та адміністративні суди, і викликало різні пропозиції компенсації. Провадження все ще триває у Верховному адміністративному суді. Пан та пані

¹³ Case of Brumărescu v. Romania (Application no. 28342/95). Judgment. Strasbourg, 28 October 1999 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337>> (accessed: 20.05.2019).

¹⁴ Людмила Ніколенко, ‘Поняття та ознаки перегляду судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами у господарському судочинстві’ (2018) 7 Право України 119.

¹⁵ Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Креуз проти Польщі” (Заява № 28249/95) від 19 червня 2001 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_030?lang=ru> (дата звернення: 20.05.2019).

Анна Доліва-Клепацька, Ірина Бутирська

Цабай також подали скарги на тривалість провадження. У січні 2017 р. Верховний адміністративний суд відхилив скаргу, подану ними у зв'язку з затримками розгляду поданої раніше касаційної скарги¹⁶.

З дня, коли Польща стала членом Ради Європи, прецедентне право ЄСПЛ може і повинно враховуватися при тлумаченні польського права. Застосування законів національними судовими органами вимагає врахування положень міжнародного права в процесі тлумачення положень національного законодавства. Так, ст. 7 Конституції Республіки Польща від 1997 р. передбачає, що державні органи діють на основі і в межах закону, а згідно зі ст. 9 Польща дотримується норм міжнародного права, які є обов'язковими для неї. Зі свого боку ч. 1 ст. 87 вказує, що джерелами загальнообов'язкового права Польщі є: Конституція, закони, ратифіковані міжнародні угоди і положення. Відповідно до ч. 1 ст. 91 ратифікована міжнародна угода після її публікації в Журналі законів Республіки Польща є частиною національного правопорядку і безпосередньо застосовується, якщо це не залежить від прийняття окремого закону¹⁷.

Співіснування двох правових систем – національної і міжнародної, а також їх взаємозалежність у практичному застосуванні викликає певні складнощі, деякі з яких є результатом різного характеру і цілей національних і міжнародних законів та практики їхнього застосування. Таким прикладом може бути проблема паралельного застосування ч. 1 ст. 6 Конвенції та ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща. Зокрема, ч. 1 ст. 6 Конвенції передбачає:

<...> кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення¹⁸.

Натомість ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща вказує, що 'кожна людина має право на справедливий і публічний розгляд своєї справи компетентним, об'єктивним і незалежним судом упродовж розумного строку'¹⁹. В обох положеннях було сформульовано право на суд, загальний зміст якого збігається. Вони різняться лише шляхом порівняння масштабів нормалізації, яка впливає зі змісту положень національно-

www.pravoua.com.ua

¹⁶ 'Справи Вцисло та інші проти Польщі (прес-реліз)' <<https://www.echr.com.ua/translation/spravi-vcislo-ta-inshi-proti-polshhi-pres-reliz>> (дата звернення: 20.05.2019).

¹⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. <<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/polski/kon1.htm>> (accessed: 15.05.2019).

¹⁸ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (н 1).

¹⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (n 17).

го законодавства та міжнародного права. У юриспруденції²⁰ і доктрині²¹ передбачається, що зміст ст. 6 Конвенції є значно вужчим, ніж ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща, оскільки Конвенція гарантує права у цивільних і кримінальних справах, тоді як у Конституції Республіки Польща явно не передбачається таке обмеження права на суд. Крім того, існує чітка тенденція надавати більш широкий зміст автономним концепціям Конвенції в її телеологічній інтерпретації²². Водночас необхідність застосування міжнародних угод у галузі захисту прав людини підкреслюється як елемент нормативної бази врегулювання²³ через відносно нечасте пряме застосування ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща.

Права, закріплені у ст. 6 Конвенції, є надзвичайно важливими, про що свідчить кількість рішень ЄСПЛ, які стосувалися порушення саме цієї статті. Так, аналіз практики ЄСПЛ щодо рішень проти Польщі за 2013–2017 рр. засвідчив про таке.

У 2013 р. ЄСПЛ опублікував 23 рішення у справах, що стосуються Польщі, з яких 8 заяв було щодо порушень ст. 6 Конвенції. У 14 рішеннях виявлено порушення прав, гарантованих Конвенцією, 4 із яких стосувалися порушень ст. 6 Конвенції, а саме: “Анджейчак проти Польщі” (рішення від 22 січня 2013 р., скарга № 28940/08), “Рупрехт проти Польщі” (рішення від 22 січня 2013 р., скарга № 51219/09), “Ковальський проти Польщі” (рішення від 11 червня 2013 р., скарга № 43316/08) і “Матракас та інші проти Польщі та Греції” (рішення від 7 листопада 2013 р., скарга № 47268/06). Ще у 4 випадках ЄСПЛ не побачив порушень ст. 6 Конвенції²⁴.

У 2014 р. ЄСПЛ опублікував 28 рішень у справах проти Польщі, 7 із яких стосувалися, зокрема, тверджень про порушення ст. 6 Конвенції. У 20 справах було порушення прав, гарантованих Конвенцією, з яких 7 пов’язані з порушенням ст. 6 Конвенції (справи “Хошовські проти Польщі” (рішення від 27 травня 2014 р., скарга № 40988/09), “Голавські і Пісарек проти Польщі” (рішення від 27 травня 2014 р., скарга № 32327/10), “Аль Наширі проти Польщі” (рішення від 24 липня 2014 р., скарга № 28761/11) тощо). Таким чином, у цей період ЄСПЛ визнав всі заяви про порушення Польщею ст. 6 Конвенції обґрунтованими²⁵.

²⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 kwietnia 2005 r. sygn. akt K 4/05 <<http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20050690626>> (accessed: 20.05.2019).

²¹ L Leszczyński and B Liżewski, *Ochrona praw człowieka w Europie: szkic zagadnień podstawowych* (Oficyna Wydawnicza Verba 2008) 71.

²² E Łętowska, ‘Konwencja europejska w Polsce i nasze myślenie o prawie’ (1992) 1-4 *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 157.

²³ K Machowicz, *Ochrona praw człowieka w Rzeczypospolitej Polskiej na tle standardów europejskich* (KUL 2008) 27.

²⁴ ‘Zestawienie wyroków – 2013’ (*Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji*) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2013>> (accessed: 20.05.2019).

²⁵ ‘Zestawienie wyroków – 2014’ (*Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji*) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2014>> (accessed: 20.05.2019).

Особливої уваги заслуговує справа “Аль Наширі проти Польщі”, в якій ЄСПЛ встановив порушення ст. 6 Конвенції, яке полягало у такому. Військові комісії не забезпечують гарантій неупередженості і незалежності, як це вимагається від “суду” відповідно до прецедентного права ЄСПЛ. Військові комісії нелегітимні відповідно до законодавства США і міжнародного права, у результаті чого Верховний Суд визнав, що вони ‘не мають повноважень проводити судовий розгляд’, а отже, вони не ‘створені на підставі закону’ для цілей п. 1 ст. 6. Існує досить висока ймовірність допуску доказів, отриманих під тортурами, в судових процесах проти підозрюваних у тероризмі. ЄСПЛ доходить висновку, що на момент передачі заявника з Польщі існувала реальна небезпека того, що розгляд його справи військовою комісією становитиме кричущу відмову в правосудді. Водночас у світлі загальнодоступної інформації було очевидно, що будь-який підозрюваний у тероризмі постане перед військовою комісією. Крім того, як зазначив заявник, процедура розгляду комісією викликала серйозні побоювання правозахисних організацій і засобів масової інформації в усьому світі. У Резолюції Парламентської Асамблеї Ради Європи 2003 р. (прийнята 26 червня 2003 р.) було висловлено ‘невдоволення тим, що розгляд справ осіб, які утримуються під вартою, буде, можливо, вестися військовою комісією, в результаті чого до них будуть застосовуватися норми правосуддя, відмінні від тих, які застосовуються щодо громадян Сполучених Штатів, що рівнозначно серйозному порушенню права на справедливий судовий розгляд’. Влада Польщі, як і будь-якої іншої держави – члена Ради Європи, безсумнівно, повинна була знати про обставини, які викликали стурбованість авторів резолюції. Отже, співпраця Польщі та допомога у переміщенні заявника зі своєї території, незважаючи на реальний і передбачуваний ризик того, що він може зіткнутися з кричущою відмовою у правосудді, тягне за собою відповідальність польської держави відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції²⁶.

У 2015 р. ЄСПЛ опублікував 29 рішень у справах проти Польщі, з яких 11 пов’язані з твердженнями про порушення ст. 6 Конвенції. У 20 із них було виявлено порушення прав, гарантованих Конвенцією, 11 – стосувалися порушень ст. 6 Конвенції. Наприклад, “Куровські проти Польщі” (рішення від 13 січня 2015 р., скарга № 9635/12), “Томчик проти Польщі” (рішення від 13 січня 2015 р., скарга № 7708/12), “Могильницький проти Польщі” (рішення від 15 вересня 2015 р., скарга № 42689/09) та ін. Тобто у

²⁶ Case of Al Nashiri v. Poland (Application no. 28761/11). Judgment. Strasburg, 24 July 2014 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146044>> (accessed: 20.05.2019).

цей період ЄСПЛ також визнав всі заяви про порушення Польщею ст. 6 Конвенції обґрунтованими²⁷.

У 2016 р. ЄСПЛ опублікував 26 судових рішень у справах, що стосуються Польщі, з яких 4 були пов'язані з порушенням ст. 6 Конвенції. У 19 випадках було виявлено порушення прав, гарантованих Конвенцією, зокрема й одне, що стосувалося порушення ст. 6 Конвенції (справа “Ваццак проти Польщі” (рішення від 14 червня 2016 р., скарга № 7258/12))²⁸.

У 2017 р. ЄСПЛ прийняв 20 рішень у справах проти Польщі, 3 із яких стосуються порушення ст. 6 Конвенції. У 14 випадках були виявлені порушення прав, гарантованих Конвенцією, 2 – стосувалися факту порушення ст. 6 Конвенції (справа “Коженяк проти Польщі” (рішення від 10 січня 2017 р., скарга № 56134/08) і справа “Чойнацкі проти Польщі” (рішення від 20 липня 2017 р., скарга № 62076/11))²⁹.

Схематично динаміку практики ЄСПЛ щодо Польщі загалом і щодо порушення ст. 6 Конвенції зокрема можна зобразити таким чином (рис. 1).

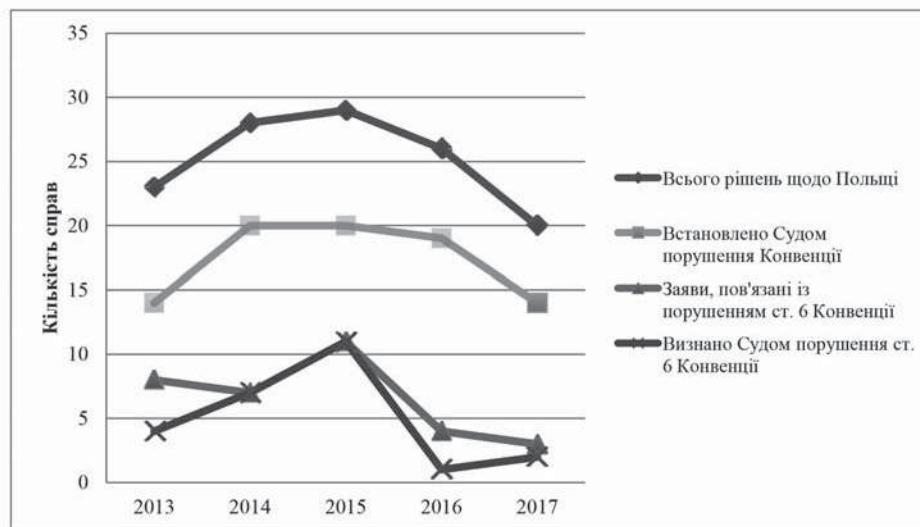


Рис. 1. Практика ЄСПЛ у справах, що стосуються Польщі, за 2013–2017 рр.

²⁷ ‘Zestawienie wyroków – 2015’ (Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2015>> (accessed: 20.05.2019).

²⁸ ‘Zestawienie wyroków – 2016’ (Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2016>> (accessed: 20.05.2019).

²⁹ ‘Zestawienie wyroków – 2017’ (Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2017>> (accessed: 20.05.2019).

Анна Доліва-Клепацька, Ірина Бутирська

Аналіз практики ЄСПЛ у справах проти Польщі показав суттєве зниження у 2016–2017 рр. кількості як скарг на порушення ст. 6 Конвенції, так і прийнятих рішень за цією статтею. Якщо ж проаналізувати ситуацію в інших країнах за 2017 р., то найкраща ситуація – у Ліхтенштейні, проти якого не прийнято жодного рішення, а найгірша – у Росії, проти якої прийнято 293 рішення, зокрема 100 щодо порушення ст. 6 Конвенції³⁰.

Висновки. Співіснування двох правових систем у Польщі – національної і міжнародної, а також їхня взаємозалежність у практичному застосуванні викликає певні складнощі, деякі з яких є результатом різного характеру та цілей національних і міжнародних законів і практики їхнього застосування. Зміст ст. 6 Конвенції є значно вужчим, ніж ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща, оскільки Конвенція гарантує права у цивільних і кримінальних справах, тоді як у Конституції Республіки Польща явно не передбачається таке обмеження права на суд. Крім того, існує чітка тенденція надавати більш широкий зміст автономним концепціям Конвенції в її телеологічній інтерпретації. Водночас необхідність застосування міжнародних угод у галузі захисту прав людини підкреслюється як елемент нормативної бази врегулювання через відносно нечасте пряме застосування ч. 1 ст. 45 Конституції Республіки Польща. Аналіз практики ЄСПЛ у справах проти Польщі показав суттєве зниження у 2016–2017 рр. кількості як скарг на порушення ст. 6 Конвенції, так і прийнятих рішень за цією статтею.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Koba L i Waclawczyk W, *Prawa chelowieka. Wybrane zagadnienia i problemy* (Wolters Kluwer Polska 2009) (in Polish).
2. Leszczynski L i Lizewski B, *Ochrona praw cheowieka w Europie: szkic zagadnien podstawowych* (Oficyna Wydawnicza Verba 2008) (in Polish).
3. Machowicz K, *Ochrona praw chelowieka w Rzeczypospolitej Polskiej na tle standardow europejskich* (KUL 2008) (in Polish).
4. Nowicki M, *Wokol Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Chelowieka* (Wolters Kluwer Polska 2009) (in Polish).
5. Hom'ien D, *Korotky putivnyk Yevropeiskoiu konventsiiieu z prav liudyny [A Brief Guide to the European Convention on Human Rights]* (Kalvariia 2000) (in Ukrainian).

www.pravoua.com.ua

³⁰ “Tabela naruszeń Konwencji w 2017 r.” (*Ministerstwo Sprawiedliwości*) <<https://bip.ms.gov.pl/pl/prawaczlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/opracowania-i-analazy-standardy-w-zakresie-ochrony-praw-czlowieka/zestawienia-roczne/download,1119,0.html>> (accessed: 20.05.2019).

Journal articles

6. Letowska E, 'Konwenciya europejska w Polsce i nasze myslenie o prawie' (1992) 1-4 Kwartalnik Prawa Prywatnego 157 (in Polish).
7. Nikolenko L, 'Poniattia ta oznaky perehliadu sudovykh rishen za novovyavlenymy abo vyklyuchnymy obstavynamy u hospodarskomu sudochynstvi' ['The Concept and Signs of Court Decision Review Due to Newly Discovered or Exceptional Circumstances in the Economic Proceedings'] (2018) 7 Pravo Ukrainy 119 (in Ukrainian).
8. Shcherbyna V ta Rieznikova V, 'Osnovni zasady (pryntsyipy) hospodarsko-h sudochynstva Ukrainy' ['The Basis Principles (Fundamentals) of the Economic Court Procedure in Ukraine'] (2018) 7 Pravo Ukrainy 19 (in Ukrainian).

Websites

9. 'Zestawienie wyroków – 2013' (*Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji*) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2013>> (accessed: 20.05.2019) (in Polish).
10. 'Zestawienie wyroków – 2014' (*Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji*) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2014>> (accessed: 20.05.2019) (in Polish).
11. 'Zestawienie wyroków – 2015' (*Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji*) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2015>> (accessed: 20.05.2019) (in Polish).
12. 'Zestawienie wyroków – 2016' (*Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji*) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2016>> (accessed: 20.05.2019) (in Polish).
13. 'Zestawienie wyroków – 2017' (*Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji*) <<https://www.piit.org.pl/sad-polubowny/orzecznictwo/zestawienie-wyrokow-2017>> (accessed: 20.05.2019) (in Polish).
14. 'Tabela naruszeń Konwencji w 2017 r.' (*Ministerstwo Sprawiedliwości*) <<https://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/opracowania-i-analizy-standardy-w-zakresie-ochrony-praw-czlowieka/zestawienia-roczne/download,1119,0.html>> (accessed: 20.05.2019) (in Polish).
15. 'Sprawy Vtsyslo ta inshi proty Polishchi (pres-reliz)' ['The Cases of Vitsilo and Others v. Poland (Press Release)'] <<https://www.echr.com.ua/translation/spravi-vcislo-ta-inshi-proti-polshhi-pres-reliz>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).

Anna Doliwa-Klepcka
Iryna Butyrka

RIGHT TO A FAIR TRIAL:
SOME ISSUES OF ITS APPLICATION IN THE REPUBLIC OF POLAND

ABSTRACT. The right to a fair trial established by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention) is a kind of “a marker” giving an idea of how the court system, as well as other public authorities, function. The very fact that Article 6 of the Convention exists has cardinaly changed the approaches to the procedure of dispute resolution in courts in Ukraine, to the observance of the procedural and other terms, and to the conduct of criminal proceedings. Today, such cases as *Bochan vs. Ukraine*, *Sovtransavto Holding vs. Ukraine*, the *Church of Sosulivka village vs. Ukraine*

Анна Доліва-Клепацька, Ірина Бутирська

etc. would be impossible. However, there are still some cases of violation of Article 6 of the Convention by Ukraine, and this calls for a further investigation into this issue and for an analysis of compliance with this legal provision in other countries. A study of the experience gained by the Republic of Poland, a member of the European Union, where the situation with observance of the rights established by Article 6 of the Convention is improving every year, may contribute to resolving this issue.

The purpose of this article is to analyze the specifics of exercise of the right to a fair trial in the Republic of Poland and to study the issues pertaining to the implementation of Article 6 of the Convention in the context of protection of the right to a fair trial in the country's law application practice.

The author has studied the components of the right to a fair trial and the application practice of Article 6 of the Convention in the Republic of Poland. The article analyzes the dynamics of the European Court of Human Rights' case law in Poland in general and with a focus on violation of Article 6 of the Convention in particular for the period of 2013–2017. As the analysis demonstrated, in 2016–2017 the number of complaints concerning violations of Article 6 of the Convention and of the judgments passed under this Article decreased significantly.

The author has established that the coexistence of two legal systems in Poland – the national and the international ones, as well as their interdependence in the practical application context, gives rise to certain difficulties, with some of them ensuing from different nature and objectives of national and international laws and their application practices. By its content, Article 6 of the Convention is much narrower than Part 1 of Article 45 of the Republic of Poland's Constitution, since the Convention guarantees rights in civil and criminal cases, while the Constitution of the Republic of Poland does not explicitly provide for such a limitation of the right to trial. Furthermore, there is a clear tendency towards seeing a more extensive content in the autonomous concepts of the Convention in its teleological interpretation. At the same time, the need to apply international treaties in the human rights protection domain is emphasized as an element of the regulatory framework of settlement owing to a relatively infrequent direct application of Part 1 of Article 45 of the Republic of Poland's Constitution.

KEYWORDS: right to a fair trial; justice; human rights; Republic of Poland; the European Court of Human Rights.



Микола Самбор

кандидат юридичних наук, начальник сектора моніторингу Прилуцького відділу поліції Головного управління Національної поліції в Чернігівській області (Прилуки, Україна)
NIKOLAS783@ukr.net

УДК 342.729

КОНСТИТУЦІЙНІ ФОРМИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА МИРНІ ЗІБРАННЯ: ЗБОРИ, МІТИНГИ, ПОХОДИ, ДЕМОНСТРАЦІЇ

АНОТАЦІЯ. Право на мирні зібрання у сучасному суспільстві свідомо чи несвідомо посідає головні позиції у втіленні прямого народовладдя. Здійснення цього права подекуди наштовхується на штучні перепони у його здійсненні, зокрема, за умови нерозуміння та несприйняття зовнішньої оболонки здійснення права на мирні зібрання не лише носіями цього права, а й суб'єктами публічної адміністрації. Натомість питання форми здійснення права на мирні зібрання у науковій літературі малодосліджені, а у законодавстві вказаному питанню взагалі не приділено уваги. Лише побіжно у Конституції України зафіксовано декілька форм здійснення права на мирні зібрання.

Метою статті є дослідження конституційних форм здійснення права на свободу мирних зібрань.

Вперше у сучасній вітчизняній науці досліджено форми здійснення права на мирні зібрання, їхню конституційну інституціоналізацію. Для здійснення права на мирні зібрання необхідна наявність певної форми соціальної комунікації, у якій і може знайти здійснення право на свободу мирних зібрань.

Водночас у розмежуванні форм здійснення права на мирні зібрання закладаються такі їх ознаки, як активність учасників, що зумовлює розподіл форм на динамічні (походи, демонстрації) та статичні (збори і мітинги). Наголошення на політичній складовій цих форм здійснення права на мирні зібрання є непереконливим, хоча питання владно-управлінських повноважень, які стають приводами та підставами для використання вказаних форм здійснення права на мирні зібрання, є незаперечними.

Збори громадян – це організована присутність громадян у заздалегідь визначеному місці, зумовлена наявністю низки проблем, що потребують вирішення шляхом безпосередньої соціальної комунікації – обговорення. Визначено, що ознаками

© Микола Самбор, 2019

Микола Самбор

зборів є: 1) громадяни (хоча доречно вести мову про фізичних осіб – громадян, іноземців, осіб без громадянства, або з декількома громадянствами); 2) їхня кількісна характеристика – невелика кількість; 3) організованість; 4) спеціально визначене місце; 5) причина: політичні, соціальні, економічні, культурні та інші проблеми; 6) необхідність соціальної комунікації для розв’язання цих проблем – обговорення. Водночас, вважаємо, що необхідна ще одна складова: 7) інтерес, який реалізується у формі суб’єктивного права – права на мирні зібрання.

Ідея та призначення мітингу полягають у впливі сформованих ідей (вважаємо, що такі ідеї мають не тільки політичний характер) не лише на громадян, а й на суб’єктів публічної адміністрації, інших фізичних чи юридичних осіб, спрямований на ухвалення певних рішень в інтересах організаторів і прихильників ідей мітингу.

Демонстрація є певним конгломератом походів, мітингів та зборів, оскільки може об’єднувати у собі вказані форми здійснення права на мирні зібрання, адже демонстрація охоплює собою місце проведення і маршрут руху, а також включає у себе всю мітингово-демонстраційну атрибутику, зумовлену реалізацією політичної комунікації між окремими індивідами та їх групами.

Ключові слова: право на мирні зібрання; форма; збори; похід; мітинг; демонстрація.

Права, свободи та інтереси людини і громадянина визначають соціально-політичну, економічну, культурну карту світу, а також є відображенням історико-культурного розвитку людства. Історико-правова спадщина реформує, вдосконалює розуміння змісту та практичну площину здійснення прав і свобод людини та громадянина. На різних щаблях розвитку у соціально-правовій площині формувалися доктрини про різні права і свободи, зумовлені еволюційними процесами розвитку соціальних інститутів та значення людини, особистості у суспільних відносинах. Сьогодні політична активність не лише українців, а й мешканців інших країн демонструє значущість такого права людини, як право на народовладдя, що є основою будь-якого демократичного устрою, а також його складову – право на свободу мирних зібрань.

Беззаперечно, право на свободу мирних зібрань є флагманом політико-правової концепції утвердження правової, соціальної, демократичної держави, єдиним джерелом влади у якій є народ, утвердження принципу верховенства права, дотримання прав, свобод та інтересів людини і громадянина.

Конституційне закріплення влади народу зумовлює необхідність запровадження певних механізмів її реалізації. Як встановлено в ч. 2 ст. 5 Конституції України¹, народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Це засадниче положення конкретизується приписом ст. 69 про те, що народне волевиви-

www.pravoua.com.ua

¹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr>> (дата звернення: 05.04.2019).

явлення здійснюється через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії². Називаючи ці форми народовладдя, не слід забувати про реалізацію волевиявлення народу за допомогою гарантованих Основним Законом України, міжнародними договорами, правами і свободами, серед яких основним є право на свободу мирних зібрань.

Право на свободу мирних зібрань стало предметом наукових досліджень як вітчизняних, так і іноземних науковців. Незважаючи на те, що право на свободу мирних зібрань привертало увагу науковців та практиків, однак воно не здобуло всебічного наукового обґрунтування. Зазначена обставина, на нашу думку, негативно позначається на теоретичних здобутках щодо розуміння змісту цього права, а також істотно впливає на сферу здійснення права на свободу мирних зібрань. З огляду на це вважаємо, що поряд зі змістом права на свободу мирних зібрань важливою є форма його здійснення. На жаль, форми здійснення права на свободу мирних зібрань не були достатньо науково обґрунтовані, як наслідок, вказане питання залишається недослідженим.

Метою дослідження є вивчення конституційних форм здійснення права на свободу мирних зібрань.

Впевнені, що питання форми здійснення права на свободу мирних зібрань є важливим елементом забезпечення з боку інститутів громадянського суспільства, суб'єктів публічної адміністрації здійснення цього права, а тому не можемо оминати увагою питання його форми, філософського поняття, яке визначається співвідносно до понять “вміст” і “матерія”³. Академічний тлумачний словник надає таке визначення форми: ‘Обриси, контури, зовнішні межі предмета, що визначають його зовнішній вигляд’⁴. Крім того, форма тлумачиться як спосіб існування змісту, його внутрішня структура, організація і зовнішній вираз, або як тип, будова, спосіб організації чого-небудь; зовнішній вияв якого-небудь явища, пов’язаний із його сутністю, змістом (силогічна форма)⁵. Отже, для здійснення права на мирні зібрання необхідна наявність певної форми соціальної комунікації, у якій і може знайти здійснення право на свободу мирних зібрань.

² Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008 у справі № 1-2/2008 за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-08>> (дата звернення: 20.05.2019).

³ ‘Форма’ (Вікіпедія – вільна енциклопедія) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Форма>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁴ ‘Форма’ в Словник української мови. Академічний тлумачний словник <<http://sum.in.ua/s/forma>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁵ ‘Форма’ (E-slovník. Тлумачний словник української мови) <<http://eslovnik.com/форма>> (дата звернення: 20.05.2019).

Микола Самбор

Конституційні норми прямої дії, що містяться у ст. 39 Конституції України⁶, вказують на три основні форми здійснення права на мирні зібрання: збори, мітинги, походи і демонстрації. На жаль, легальне визначення як у конституційній нормі, так і інших законодавчих актах вказаних форм здійснення права на свободу мирних зібрань повно не висвітлені. Зазначене зумовлює необхідність дослідження як окремих авторських підходів до розуміння форм здійснення права на свободу мирних зібрань, так і окремих намагань суб'єктів правотворчості заповнити цю законодавчу прогалину.

Тож послідовно розглянемо кожну з форм здійснення права на мирні зібрання та доктринальні обґрунтування їхнього змісту, а також окремі норми підзаконних нормативно-правових актів, суб'єкти ухвалення яких спробували описати на рівні функціонального застосування зміст форм здійснення права на свободу мирних зібрань. Для цього звернемося до загального розуміння поняття зборів. Збори – це форма колективного обговорення ділових проблем, які хвилюють громадськість. їх проводять з метою спільного осмислення певного питання⁷. Продовжуючи з'ясування змісту форми, розглянемо тлумачення цього поняття, запропоноване у “Словнику української мови”. Під поняттям “збори” розуміється: ‘Зустріч, зібрання членів якогось-небудь колективу, організації з метою обговорення або проведення чогось-небудь. Присутні на таких засіданнях і зустрічах’⁸. Крім того, цей словник розкриває декілька видів зборів, а саме: відкриті збори, закриті збори, урочисті, установчі збори.

Відкриті збори – зібрання членів якої-небудь організації з допуском сторонніх осіб. Закриті збори – зібрання членів якої-небудь організації без допуску сторонніх осіб. Урочисті збори – зібрання членів якогось-небудь колективу чи організації з метою відзначення якихось подій або історичних дат. Збори є складовою частиною назви деяких виборних установ, інституцій. Установчі збори – представницька інституція, що створюється спеціально для вироблення конституції⁹.

Отже, збори – це добровільна зустріч, сходи, зібрання групи осіб, які об'єднані спільним інтересом. Але для зборів необхідна ініціатива, інтерес, що виявляється у відповідному суб'єктивному праві на мирні зібрання.

www.pravoua.com.ua

⁶ Конституція України (н 1).

⁷ Т Гриценко та Т Іщенко та Т Мельничук (ред), *Етика ділового спілкування: навчальний посібник* (Центр учбової літератури 2007) 136.

⁸ ‘Збори’ в *Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980)* <<http://sum.in.ua/sl/zboru>> (дата звернення: 20.05.2019).

⁹ Там само.

М. Ставнійчук і Н. Руда пишуть про те, що збори громадян – це форма прямого народовладдя, яка забезпечує реалізацію конституційних політичних прав громадян. В Україні проводяться загальні збори за місцем проживання, трудової діяльності або навчання, збори об'єднань громадян, збори виборців, збори громадян з метою утворення ініціативних груп для реалізації права вимоги референдумів. Порядок проведення загальних зборів визначається Конституцією України, законами “Про всеукраїнський та місцеві референдуми”, “Про місцеве самоврядування в Україні”, “Про вибори народних депутатів України”, “Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних міських голів”, “Про вибори Президента України”, Положенням про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні та ін. Зокрема, відповідно до Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” та Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні загальні збори громадян за місцем проживання скликаються у селах, селищах, мікрорайонах, житлових комплексах, кварталах, будинках, вулицях та в інших територіальних утвореннях відповідно до необхідності, але не менш як один раз на рік. Вони є правомочними за участі в них більше як половини громадян, які проживають на цій території. У роботі зборів мають право брати участь громадяни, які досягли 18 років і постійно проживають на цій території, а також депутати, представники державних органів, трудових колективів, об'єднань громадян. Не беруть участі в цих зборах психічно хворі громадяни, визнані судом недієздатними, особи, які перебувають у місцях позбавлення волі, а також особи, які за рішенням суду перебувають у місцях примусового лікування. Законодавство України встановлює обсяг компетенції загальних зборів громадян за місцем проживання. Рішення цих зборів, прийняті в межах чинного законодавства, обов'язкові для виконання органами територіальної самоорганізації громадян та громадянами, які проживають на відповідній території. Органи територіальної самоорганізації громадян регулярно інформують населення про виконання рішень загальних зборів¹⁰.

На нашу думку, перш за все, слід наголосити на тому, що загальні збори громадян є складовою системи місцевого самоврядування (сільрад, селищ і міст)¹¹. Існує багато визначень поняття “збори”, що містилися у різних підзаконних нормативно-правових актах. Так, у п. 332 Статуту патрульно-постової служби міліції України (далі – Статут) стверджувалося:

¹⁰ М. Ставнійчук та І. Руда, ‘Збори громадян’ в *Юридична енциклопедія, т. 2: Д-Й* (Шемшученко Ю. гол редкол, Укр енцикл 1999) 554.

¹¹ Про затвердження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні: постановою Верховної Ради України від 17 грудня 1993 р. № 3748-XII <<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3748-12>> (дата звернення: 20.05.2019).

Микола Самбор

Збори – це спільна, спеціально організована невелика присутність громадян в громадському або іншому місці, викликана необхідністю обговорення різних політичних, соціальних, економічних, культурних та інших проблем¹².

Враховуючи об'єктивні причини реформування органів державної влади в Україні та нормативно-правового регулювання їхньої діяльності, відповідно до абзацу 3 п. 2 постанови Кабінету Міністрів України “Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади”¹³, з метою приведення нормативно-правових актів Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС України) у відповідність до законодавства України, наказом МВС України “Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Міністерства внутрішніх справ України від 28 липня 1994 року № 404”¹⁴ визнано таким, що втратив чинність, наказ МВС України “Про затвердження Статуту патрульно-постової служби міліції України”, зареєстрований у Міністерстві юстиції України 6 вересня 1994 р. № 213/423 (зі змінами). Як результат, низка дефініцій форм здійснення права на мирні зібрання втратили їхнє легальне визначення. Незважаючи на це, у дослідженні ми звертатимемося до норм Статуту як прикладу правотворчого підходу до визначення понять окремих форм здійснення права на мирні зібрання.

Як бачимо, ознаками зборів є: 1) громадяни (хоча, на нашу думку, доречно вести мову про фізичних осіб – громадян, іноземців, осіб без громадянства, або з декількома громадянствами); 2) їх кількісна характеристика – невелика кількість; 3) організованість; 4) спеціально визначене місце; 5) причина: політичні, соціальні, економічні, культурні та інші проблеми; 6) необхідність соціальної комунікації для розв'язання цих проблем – обговорення. Однак вважаємо, що необхідна ще одна складова: 7) інтерес, який реалізується у формі суб'єктивного права – права на мирні зібрання.

Водночас існує легальне визначення поняття “загальні збори”. Відповідно до абзацу 4 ч. 1 ст. 1 Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” “загальні збори – зібрання всіх чи частини жителів села

¹² Про затвердження Статуту патрульно-постової служби міліції України: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 28 липня 1994 р. № 404 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0213-94>> (дата звернення: 23.05.2019).

¹³ Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади: постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/731-92-п>> (дата звернення: 23.05.2019).

¹⁴ Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Міністерства внутрішніх справ України від 28 липня 1994 р. № 404: наказ Міністерства внутрішніх справ України від 18 лютого 2019 р. № 110 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0180-19>> (дата звернення: 23.05.2019).

(сіл), селища, міста для вирішення питань місцевого значення¹⁵. Як бачимо, ця форма зібрання підкріплена зовнішньою ознакою “загальні”, що вказує на змінну ознаку № 2, яку ми розглянули вище – “кількісна характеристика”, а також доповнює ознаку № 5 “причина”, яка для загальних зборів – це вирішення проблеми місцевого значення.

Отже, можемо підсумувати, що збори громадян – це організована присутність громадян у заздалегідь визначеному місці, зумовлена наявністю низки проблем, що потребують вирішення шляхом безпосередньої соціальної комунікації – обговорення. Крім того, збори мають таку ознаку, як адміністративно-територіальна, що об’єднує учасників зібрання за місцем їхнього проживання (компактного проживання).

Слід зазначити, що чинне законодавство України, а саме ч. 2 ст. 2 Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні, прямо визначає, що ‘у зборах не беруть участі психічно хворі громадяни, визнані судом недієздатними, особи, яких тримають у місцях позбавлення волі, а також особи, які знаходяться за рішенням суду в місцях примусового лікування’¹⁶.

Підсумовуючи дослідження такої конституційної форми здійснення права на свободу мирних зібрань, як збори, зазначимо, що проведення останніх, а отже, і здійснення права на свободу мирних зібрань у формі зборів частково врегульовано у чинному законодавстві України. Водночас необхідно сказати, що збори мають різну природу їхнього проведення, а також суб’єктний склад, що вирізняє конкретний вид зборів з-поміж усього класу такої форми здійснення права на свободу мирних зібрань, як “збори”. Збори можуть бути зумовлені реалізацією функції народовладдя у межах самоврядної адміністративно-територіальної одиниці або ж збори різних організаційно-правових форм суб’єктів господарювання. За певного підходу до розуміння змісту зборів як форми здійснення права на мирні зібрання, способу проведення та організації, закладаючи в основу розуміння тих чи інших зборів саме здійснення суб’єктивного права на свободу мирного зібрання, такі збори є формою здійснення права на свободу мирних зібрань.

Наступною формою здійснення права на мирні зібрання, що визначена Конституцією України, є мітинг. Мітинг (англ. “meeting” – збори, засідання, зустріч, від “meet” – збиратися, зустрічатися, сходитися) – мирне публічне зібрання громадян з метою вияву свого ставлення до внутрішньої або зовнішньої політики держави, органів державної влади або місцевого самоврядування, до внутрішніх чи зовнішніх подій і вису-

¹⁵ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр>> (дата звернення: 03.04.2019).

¹⁶ Про затвердження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні (н 11).

Микола Самбор

нення вимог щодо проведення цієї політики або вжиття заходів у зв'язку з певними подіями. Право на мітинг – це суб'єктивне право кожного громадянина оперативно висловлювати власну позицію з того чи іншого питання суспільного життя. Свобода мітингу є загально визнаним правовим стандартом у міжнародних актах та імplementованим в основних законах більшості держав. Право на мітинг передбачає попереджувальний порядок його проведення, згідно з яким про це завчасно повідомляються органи виконавчої влади або місцевого самоврядування¹⁷. Відповідно до п. 333 Статуту:

Мітинг – це масові збори з питань злободенних, переважно політичних питань, які проводяться, як правило, на вулицях, майданах, стадіонах, парках. Неодмінні атрибути мітингу – масова аудиторія, промовці, лозунги, прапори, заклики (усні, друковані, письмові)¹⁸.

Тож можемо констатувати, що для мітингу характерне політичне підґрунтя, наявність різноманітної агітаційної продукції у її учасників: від прапорців чи великих стягів, різноманітних елементів верхнього одягу, значків, листівок, а також лозунгів, використання підсилюючої апаратури, що дає змогу донести інформацію лідерів до всіх присутніх, тощо. Як наслідок, жодного нормативно-правового регулювання дефініції “мітинг” не існує, що зумовлює додаткову прогалину нормативно-правового регулювання здійснення права на свободу мирних зібрань.

Це далеко не останнє визначення мітингу, а тому розглянемо найпоширеніше.

Мітинг – це організована форма політичних дій, оскільки в нього є організатори, цілі та завдання (наприклад, домогтися якомога більшої підтримки виборців на користь того чи іншого кандидата і виграти виборчу кампанію). Водночас мітинг, як і будь-яке інше багатолюдне зібрання, може перетворитися за певних умов у стихійний некерований процес і супроводжуватися раптовою зміною настроїв учасників, вибухом емоцій, бурхливими пристрастями. <...> Публічні збори для обговорення актуальних суспільно-політичних проблем. Суттєвою особливістю є його спрямованість на формування психологічної готовності індивідуумів до безпосередньої політичної дії. Мітинг проводиться не для ведення дискусії і з'ясування проблем. Це зібрання уже сформованих прихильників певної ідеї, яка на мітингу перетворюється на вимогу (заборонити або

www.pravoua.com.ua

¹⁷ Ж Пустовіт, ‘Мітинг’ в *Юридична енциклопедія, т 3: К-М* (Шемшученко Ю гол редкол, Укр енцикл 2001) 737-8.

¹⁸ Про затвердження Статуту патрульно-постової служби міліції України (н 12).

дозволити, підтримати або засудити певні дії, рішення, явище). Мітинг є важливим засобом пропаганди та агітації¹⁹.

Як бачимо, мітинг пов'язується переважно з політичною активністю громадян та призначений саме для реалізації політичних цілей. На відміну від зборів, які розглядають і низку інших соціальних, економічних, культурних подій, мітинг спрямований не так на відпрацювання загальної мети, як на підкорення натовпу меті організаторів, котрі намагаються власний інтерес перетворити на інтерес якщо і не загальносуспільний, то хоча б частини громади. Метою мітингу є розповсюдження вже сформованих інтересів, ідей, залучення прибічників, а також переконання глядачів, інших учасників у необхідності підтримання ідей організаторів мітингу. На нашу думку, ідея та призначення мітингу полягає у впливі сформованих ідей (вважаємо, що такі ідеї мають не тільки політичний характер) не лише на громадян, а й на суб'єктів публічної адміністрації, інших фізичних чи юридичних осіб; він спрямований на ухвалення певних рішень в інтересах організаторів та прихильників ідей мітингу.

Наступною формою здійснення права на мирні зібрання, що визначений у Конституції України, є похід – пересування організованої групи людей (загону) з певною метою і в установленому порядку (строю). Відповідним чином розрізняють як похід, воєнні дії (воєнна кампанія, операція) – переміщення військ (сил) або кораблів (суден) з однієї місцевості (району) в іншу для виконання бойових або навчальних завдань. Пересування, перехід організованої групи людей, рідше однієї людини з повною метою, завданням. Туристський похід – переміщення по певному маршруту в рекреаційно-туристичних цілях. Весільний похід – весільна процесія. Жалібний (жалобний) похід – траурна процесія. Організовані дії, виступи, спрямовані на боротьбу з ким-, чим-небудь, на досягнення чогось²⁰. Таким чином, похід як форма здійснення права на мирні зібрання – це рух громадян, об'єднаних спільними інтересами, зумовленими розв'язанням низки соціальних, політичних, економічних, трудових та інших проблем за певним маршрутом і спрямовані на досягнення спільних цілей. Відповідно до п. 335 Статуту: 'Вуличний похід проводиться з тією ж метою, що і демонстрація, мітинг, однак відрізняється меншою динамікою, відсутністю мітингово-демонстраційної атрибутики'²¹. Вочевидь для походу притаманна рухова активність його учасників, те що останні не перебувають у заздалегідь визначеному міс-

¹⁹ 'Мітинг' (Вікіпедія – вільна енциклопедія) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Мітинг>> (дата звернення: 20.05.2019).

²⁰ 'Похід' (Вікіпедія – вільна енциклопедія) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Похід>> (дата звернення: 20.05.2019).

²¹ Про затвердження Статуту патрульно-постової служби міліції України (н 12).

Микола Самбор

ці, а рухаються за обраним маршрутом. Однак, як засвідчують положення цього нормативно-правового акта, для походу притаманна відсутність мітингово-демонстраційної атрибутики, тобто різноманітних плакатів, прапорів, політичних символів, а також іншої констатуючої та спонукальної політичної інформації. Хоча необхідно зауважити, що походи часто взаємопов'язані з мітингами та мають спільну атрибутику. Більшість організаторів мирних зібрань поєднують походи та мітинги, використовуючи рух як можливість не лише охопити значно більшу аудиторію, а й залучити до нього ще громадян, які на шляху такої демонстрації як хаотично, так і цілком свідомо долучаються до цієї форми здійснення права на мирні зібрання.

Демонстрація (лат. *“demonstratio”* – показ) політична – одна з форм масового виявлення політичних настроїв протесту, солідарності тощо шляхом проведення маніфестацій, мітингів, страйків, вуличних походів та ін. Порядок проведення цих заходів встановлюється місцевими радами та державними адміністраціями. За порушення встановленого порядку винні особи можуть притягуватися до юридичної відповідальності²².

Демонстрація – масовий марш як публічне вираження соціально-політичного настрою; організована форма політичних дій, оскільки в нього є організатори, цілі та завдання (наприклад, домогтися якомога більшої підтримки виборців на користь того чи іншого кандидата і виграти виборчу кампанію)²³.

Відповідно до п. 334 Статуту:

Демонстрація – масове знаходження громадян з приводу висловлення будь-яких громадсько-політичних настроїв, в тому числі з питань протесту або незгоди будь з чим. (Цей захід може проявлятися також у проступку однієї особи, здійсненні нею вчинку з метою підкреслення свого відношення до будь-якої події чи посадової особи тощо)²⁴.

Таким чином, можливо вести мову про те, що демонстрація є певним конгломератом походів, мітингів та зборів, оскільки може об'єднувати у собі вказані форми здійснення права на мирні зібрання, адже демонстрація охоплює собою місце проведення і маршрут руху, а також включає у себе всю мітингово-демонстраційну атрибутику, зумовлену реалізацією політичної комунікації між окремими індивіда-

www.pravola.com.ua

²² Є Кравець, 'Демонстрація' в *Юридична енциклопедія, т 2: Д-Й* (Шемшученко Ю гол редкол, Укр енцикл 1999) 63.

²³ 'Демонстрація' (*Вікіпедія – вільна енциклопедія*) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Демонстрація>> (дата звернення: 20.05.2019).

²⁴ Про затвердження Статуту патрульно-постової служби міліції України (н 12).

ми та їх групами. Та зазвичай демонстрація розпочинається зі збору у певному місці громадян, по суті, розпочинається з мітингу і завершується походом, хоча може мати два пункти проведення статичних мирних зібрань: на початку та наприкінці демонстрації (проте це не виключає можливості проведення, так би мовити, проміжних мітингів на шляху демонстрації. Наприклад, коли демонстрація проходить повз різні установи, які причетні до виникнення чи розв'язання питань, що стали предметом здійснення права на мирні зібрання у формі демонстрації).

Висновки. Це лише конституційно визначені форми здійснення права на мирні зібрання, але вони на цьому не вичерпуються. Від інших форм здійснення права на мирні зібрання зазначені вище форми відрізняє те, що збори, мітинги, походи і демонстрації як форми здійснення права на мирні зібрання знайшли відображення у конституційних нормах.

Водночас у розмежуванні форм здійснення права на мирні зібрання закладаються такі їхні ознаки, як активність учасників, що зумовлює розподіл форм на динамічні (походи, демонстрації) та статичні (збори і мітинги). Наголошення на політичній складовій цих форм здійснення права на мирні зібрання, на нашу думку, є непереконливим, хоча питання владно-управлінських повноважень, які стають приводами та підставами для використання вказаних форм здійснення права на мирні зібрання, є незаперечними.

У переважній більшості ці форми здійснення права на мирні зібрання пов'язуються з реалізацією політичних прав громадян. Адже відповідно до норми ч. 1 ст. 39 Конституції України у вказаних формах право на мирні зібрання можуть реалізовувати громадяни нашої країни. Однак це не означає, що реалізація іншого соціально значущого завдання та мети, окрім політичної, не може відбуватися у цих формах.

Насамкінець додамо, що озвучені конституційні форми здійснення права на мирні зібрання можна розглядати як правові приклади форм використання суб'єктивного права на мирні зібрання. Проте це не означає, що й інші форми здійснення цього права є менш значущими. Очевидно, що політична сфера суспільного життя зі здобуття, утримання чи зміни політичної влади, з точки зору суб'єкта прийняття Конституції України, пов'язана не лише з приватноправовою сферою людського буття, а й включається у публічно-правову її складову, а також для інститутів є значно "цікавішою" для правового та законодавчого регулювання, яке втілюється у життя політичними елітами. Впевнені у тому, що всебічне дослідження форм здійснення права на мирні зібрання дасть змогу ство-

рити цілісну концепцію розуміння змісту цього права, механізмів (алгоритмів) його здійснення юридичними й фізичними особами, а також визначить місце та роль органів публічної адміністрації у забезпеченні здійснення права на мирні зібрання.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Hrytsenko T ta Ishchenko T ta Melnychuk T (red), *Etyka dilovoho spilkuvannia: navchalnyi posibnyk [Ethics of Business Communication: Textbook]* (Tsentr uchbovoi literatury 2007) (in Ukrainian).
2. Kravets Ye, 'Demonstratsiia' ['Demonstration'] v *Yurydychna entsyklopediia [Encyclopedia of Law]*, t 2: D-I (Shemshuchenko Yu hol redkol, Ukr entsykl 1999) (in Ukrainian).
3. Pustovit Zh, 'Mitynh' ['Meeting'] v *Yurydychna entsyklopediia [Encyclopedia of Law]*, t 3: K-M (Shemshuchenko Yu hol redkol, Ukr entsykl 2001) (in Ukrainian).
4. Stavniichuk M ta Ruda I, 'Zbory hromadian' ['Rally of Citizens'] v *Yurydychna entsyklopediia [Encyclopedia of Law]* t 2: D-I (Shemshuchenko Yu hol redkol, Ukr entsykl 1999) (in Ukrainian).

Websites

5. 'Demonstratsiia' ['Demonstration'] (*Vikipediia – vilna entsyklopediia*) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Demonstratsiia>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
6. 'Zbory' ['Rally'] v *Slovyk ukrainskoi movy. Akademichnyi tlumachnyi slovyk (1970-1980) [Dictionary of the Ukrainian Language. Academic Explanatory Dictionary (1970-1980)]* <<http://sum.in.ua/s/zbory>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
7. 'Mitynh' ['Meeting'] (*Vikipediia – vilna entsyklopediia*) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Mitynh>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
8. 'Pokhid' ['Meeting'] (*Vikipediia – vilna entsyklopediia*) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Pokhid>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
9. 'Forma' ['Form'] (*E-slovník. Tlumachnyi slovník ukrainskoi movy*) <<http://eslovyk.com/forma>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
10. 'Forma' ['Form'] (*Vikipediia – vilna entsyklopediia*) <<https://uk.wikipedia.org/wiki/Forma>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).
11. 'Forma' ['Form'] v *Slovyk ukrainskoi movy. Akademichnyi tlumachnyi slovyk (1970-1980) [Dictionary of the Ukrainian Language. Academic Explanatory Dictionary (1970-1980)]* <<http://sum.in.ua/s/forma>> (accessed: 20.05.2019) (in Ukrainian).

Mykola Sambor

CONSTITUTIONAL FORMS OF EXERCISING THE RIGHT TO PEACEFUL ASSEMBLY: RALLIES, MEETINGS, CAMPAIGNS, DEMONSTRATIONS

ABSTRACT. In modern society, the right to peaceful assembly consciously or unconsciously has the role of the bedrock upon which direct democracy is embodied. Sometimes, when

this right is exercised, it encounters artificial obstacles to its exercise, in particular, where not only the holders of this right but also public administration entities do not understand and do not perceive the outer shell in which the right to peaceful assembly is exercised. At the same time, the issue of the form in which the right to peaceful assembly may be exercised remains understudied in the research literature and altogether disregarded in legislation. Only the Constitution of Ukraine to some extent enshrines a few forms for exercising the right to peaceful assembly.

The article aims at studying the constitutional forms in which the right to freedom of peaceful assembly may be exercised.

For the first time in modern national science, the author explores the implementation forms of the right to peaceful assembly and their constitutional institutionalization. To be exercised, the right to peaceful assembly requires a certain form of social communication which allows for implementing the right to freedom of peaceful assembly.

At the same time, where the forms of exercise of the right to peaceful assembly are delineated, such features of these forms may be highlighted as activity of participants which predetermines the division of forms into dynamic (marches, demonstrations) and static (rallies and meetings). An emphasis on the political component of these forms of exercising the right to peaceful assembly is unconvincing, although we can't deny the issue of power and administration authorities which become the reasons and grounds for the use of these forms of exercising the right to peaceful assembly.

A rally of citizens is an organized presence of citizens in a predetermined place attributable to the existence of a range of problems which need to be resolved by immediate social communication – discussion. It is determined that the rally has the following signs: 1) citizens (although it would be more appropriate to talk about individuals who are citizens, foreigners, stateless persons or persons with multiple nationalities); 2) their quantitative characteristic – small quantity; 3) organized nature; 4) specifically designated place; 5) reason: political, social, economic, cultural and other problems; 6) a need for social communication to address these issues – discussion. At the same time, we believe that one more component is necessary: 7) interest implemented in the form of the subjective right – the right to peaceful assemblies.

The idea and purpose of a meeting is the impact of formulated ideas (we believe that such ideas are not only political in nature) not only on citizens, but also on public administration entities, other individuals or legal entities, this impact being aimed at enabling certain decisions in the interests of organizers and supporters of the ideas proclaimed at the meeting.

A demonstration is a certain conglomerate of marches, meetings and rallies, since it may combine these forms of exercising the right to peaceful assembly because the demonstration covers the venue and the route and also comprises the entirety of attributes which pertain to rallies and demonstrations and ensue from the implementation of political communication between separate individuals and groups.

KEYWORDS: the right to peaceful assembly; form; rally; campaign; meeting; demonstration.

ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ



Микола Кучерявенко

доктор юридичних наук, кандидат економічних наук,
професор, академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
перший віце-президент НАПрН України,
завідувач кафедри фінансового права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8020-5748>
npkucheryavenko@ukr.net

ЩЕ РАЗ ДО ПИТАННЯ ЩОДО РІВНЯ НАУКОВИХ НАРОБОК:
ЗАПРОШЕННЯ ДО ДИСКУСІЇ

Останнє десятиріччя у розвитку правової науки характеризується бурхливою появою “фахівців” майже в усіх напрямках правових досліджень. Особливо це стосується спеціальності “07”, яка, з огляду на розуміння дисертантів та обізнаності або ігнорування їхніх наукових консультантів, має включати дослідження за будь-яким напрямом у праві. Мабуть, я не єдиний, хто стикався із поверховими, нерідко хибними положеннями та висновками докторських досліджень, що зовсім не заважало їхнім авторам отримати диплом доктора наук із права. Не можна виключати і того, що я помиляюся у своїх оцінках, маю певні “пробіли” в знаннях.

Водночас мене дивує та бентежить поверховий як за змістом, так і за формою підхід до дисертаційного дослідження на рівні доктора наук, де у висновки виносяться суперечливі твердження. Найбільш яскравим і новим прикладом таких досліджень, на мою думку, є монографія Н. Хатнюк “Система податкових правовідносин: проблеми теорії та практики правового забезпечення”¹. Подібна оцінка виражає системний підхід: якість наукового консультування, якість наукового рецензування, якість наукового дослідження авторки. Стосовно перших двох аспектів я в жодному разі не ставлю під сумнів фаховість науковців, але, на моє переконання, консультувати та редагувати потрібно те, що є предметом твоїх наукових інтересів і доробок. Загальна редакція здійснювалася В. Литвиненком, серед праць якого переважають пуб-

¹ Н. Хатнюк, *Система податкових правовідносин: проблеми теорії та практики правового забезпечення* (Литвиненко В заг ред, Видавництво Людмила 2018) 4.

лікації кримінологічно-адміністративної спрямованості, але немає яких-небудь праць щодо податкового регулювання. Щодо рецензентів: К. Муравйов займається переважно аналізом особливостей виконання кримінальних покарань; О. Баклан – адміністративно-правовим регулюванням у сфері підприємництва та примусу в сфері охорони праці; А. Чубенко – аналізує відносини фінансування органів державної влади, системи цивільного захисту, забезпечення економічної безпеки, національних агентств України, цивільного права і процесу, нотаріату, фінансування судової влади, бюджетного контролю тощо. Тобто жоден із рецензентів не займається аналізом податкових відносин. Однак, на мою думку, все ж таки на фундаментальні теоретичні конструкції вони мали обов'язок звернути увагу, коли ставили підпис під власною рецензією.

Звісно, цю публікацію не можна вважати розгорнутою рецензією на зазначену монографію. Саме тому я зупинюся на окремих положеннях, які представлені у цій праці, і, безумовно готовий до дискусії, якщо я, на думку авторки, помиляюся. Оскільки спірні або помилкові (на моє переконання) положення дуже часто повторюються у тексті, я сформував декілька блоків проблем для аналізу та обговорення.

1. *Правове регулювання* передбачає аналіз цілісної системи категорій, які виражають зміст предмета правової галузі, співвідношення права з іншими різновидами соціальних регуляторів, змісту правовідносин, характер норми права, норми законодавства, галузі права та правової науки. Незважаючи на таку системну різноманітність, поняття правового регулювання виключає приблизність, яка формується при суміщенні суспільних і правових відносин. Саме тому здається необачним виходити з того, що правове регулювання спрямовується на правовідносини. Так, у змісті виділено підрозділ 4.1 “Шляхи вдосконалення правового забезпечення системи податкових правовідносин в Україні”, таку саму назву має і відповідний підрозділ у тексті. Подібний підхід простежується за всім текстом. Так, на с. 75 робиться наголос, що “ефективне правове регулювання податкових правовідносин суттєво та позитивно впливає на їх динаміку та розвиток <...>². Нам складно погодитися з подібним акцентом, бо право не можна регулювати правом, об'єктом правового регулювання є суспільні відносини. Саме тому традиційно правове забезпечення має спрямовуватися на ті відносини, які ще не врегульовані правом, тоді як правовідносини визначаються як однорідні суспільні відносини, які вже відчували на собі вплив правової норми. Навряд чи подіб-

² Хатнюк (н 1) 4.

на тавтологія свідчить про обізнаність авторки з елементарними правовими конструкціями.

Ще один момент, на який хотілося б звернути увагу в сенсі з'ясування природи правового регулювання. З метою дослідження теоретичних засад визначення сутності сучасних податкових правовідносин у податковому праві України, необхідно сформулювати розуміння економічного, фінансового та правового змісту поняття “податкові правовідносини” з метою вироблення єдиного науково-теоретичного підходу визначення юридичної природи податкових правовідносин³. Нам здається, що подібне твердження може стосуватися лише правового змісту подібних категорій, бо економічного та фінансового змісту правової категорії не може бути в межах саме правового дослідження. Подібний зміст може бути у суспільного відношення, яке є предметом дослідження і юристів, і економістів тощо. Але навряд чи авторка монографії є фахівчицею-економісткою і ця праця може бути відповідним доробком у сфері розвитку економічної науки.

Ще одне положення щодо “системності” мені здається хибним. На с. 30 авторка акцентує увагу на тому, що ‘<...> податкова система становить систему нормативно правових актів, зокрема податкових законів, що регулюють відносини <...>’⁴. Складно погодитися з подібною позицією, бо авторка не розрізняє елементарні категорії: податкову систему як сукупність платежів та систему податкового права як підгалузь (чи інститут) фінансового права. Так, відповідно до ч. 3 ст. 6 Податкового кодексу України сукупність загальнодержавних та місцевих податків і зборів, що справляються в установленому Податковим кодексом України порядку, становить податкову систему України. Тоді як система правових норм, що регулює відповідні відносини (у цьому разі податкових), визначається як податкове право. Певним чином дискусійним питанням сьогодні є характер такої системи, відповідно до чого можна натрапити на уявлення і твердження про існування податкового права як окремої галузі, як підгалузі фінансового права, або як фінансово-правового інституту. Саме на цьому ми зосередимося і в наступному блоці питань для обговорення.

2. *Галузевість податкового права* розглядається Н. Хатнюк не просто поверхово, а вельми суперечливо. Ознайомившись із монографією зрозуміти позицію авторки неможливо, бо вона дотримується думки і щодо окремої галузевості податкового права, і робить висновок щодо місця податкового права як складової фінансово-правової галузі. Узагальнено, на основі авторського тексту, можна виокремити три підходи:

³ Хатнюк (н 1) 16.

⁴ Там само 30.

а) *податкове право як самостійна галузь права*. Коли Н. Хатнюк стверджує, що ‘<...> ми відстоюємо позицію про визнання податкового права самостійною повністю сформованою галуззю права, оскільки наявність кодифікованого нормативного акта та іншого податкового законодавства, яку встановило основні засади регулювання податкової системи щодо надходження частини доходів від платників податків до державних та місцевих бюджетів у виді податків та зборів окреслило суб’єктний склад правовідносин та їх правовий режим <...>’⁵. Яскраве гасло, але жодного аргументу щодо обґрунтування такої позиції в праці не наведено. Можна було б сперечатися, якби з позицій деталізації предмета, метода регулювання, принципів та особливостей законодавства, яке регулює податкові відносини, авторка дійшла б такого висновку. Але нічого стосовного цього немає. Ба більше, подібна позиція, на мою думку, є хибною, бо податкове регулювання завершується у момент передачі платником коштів у рахунок податкового обов’язку, тоді як відносини щодо руху цих коштів із цього моменту та надходження їх до бюджетів – предмет бюджетного права. А саме цей різновид фінансово-правових відносин авторка включає до предмета податкового права, коли йдеться про “надходження частини доходів від платників податків до державних та місцевих бюджетів у виді податків та зборів”. Подібні відносини виражають казначейське виконання бюджетів за доходами і все, що стосується надходження коштів від податків та зборів з моменту передачі їх платником – це вже бюджетні відносини, а не податкові.

Ще більше заплутує таке твердження: ‘Якщо сукупність відносин у певній сфері регулюється відповідним кодифікованим актом, який встановив основні елементи цих правовідносин, а саме об’єкт, суб’єктний склад та зміст, то можна вважати, що достатньо законодавчих підстав для становлення та розвитку самостійної галузі права. У зв’язку з цим у сучасних умовах потребують переосмислення та перегляду окремі положення податкового права як самостійної галузевої правової науки та теорії податкових правовідносин’⁶. По-перше, декількома рядками вище йшлося про регулювання відносин податковим законодавством, а не виключно кодифікованим актом. По-друге, кодифікований акт не встановлює основні елементи правовідносин, бо додаткових, факультативних тощо – не існує. По-третє, що мається на увазі під яскравими, але порожніми конструкціями: “законодавчі підстави для становлення та розвитку самостійної галузі права”, “самостійної галузевої правової науки” та ін.;

⁵ Хатнюк (н 1) 17-8.

⁶ Там само 18.

б) *податкове право як структурний елемент фінансово-правової галузі* відображає діаметрально протилежну концепцію, але авторка дотримується і її. 'Податкове правовідношення, будучи різновидом фінансового правовідношення, має з ним спільні ознаки <...>'⁷. Якщо податкові правовідносини передбачають вплив певної сукупності податково-правових норм на однорідні суспільні відносини, які пов'язані з оподаткуванням, то така сукупність правових норм, будучи "різновидом фінансового правовідношення", автоматично стає внутрішньою складовою фінансово-правової галузі. Але ж раніше авторка наполягала на галузевій відокремленості податкового права. Подібна позиція відстоюється і в авторських висновках. 'За час існування науки податкового права досить активно обговорюється питання місця податкових правовідносин у фінансовому праві й фінансових правовідносинах, а також місця цих явищ у системі права взагалі'⁸. До речі, мабуть, все ж таки треба врахувати, що визначаючи місце податкових правовідносин у фінансовому праві та у системі права загалом, треба мати на увазі, що його визначити неможливо взагалі. Шукати або визначити місце в системі фінансового права чи в системі права загалом можна лише стосовно системи податково-правових норм, а не відносин. Але авторка не розмежує їх.

Подібні висновки робляться і далі. Н. Хатнюк стверджує, що '<...> проведена нами диференціація податкових правовідносин буде корисною для науки фінансового права та подальших наукових досліджень <...>'⁹. З огляду на те, що наука фінансового права охоплює теорію, погляди, твердження науковців, то, мабуть, корисною може бути диференціація саме них щодо змісту податкових правовідносин. Крім того, знов-таки, ми наштотуємося на авторське твердження щодо місця податкових правовідносин у системі фінансово-правового регулювання. Щодо інституціональної природи податково-правових норм можна зробити висновок і з такого твердження Н. Хатнюк: '<...> потребують ґрунтовного наукового дослідження питання – становлення інституту податкових відносин в Україні <...>'¹⁰. Перед нами примітивна помилка, бо можна наголошувати на інституті податково-правових норм, а не податкових відносин;

в) *податкове право як комплексне утворення завдяки об'єднанню норм різних галузей права* – не просто суперечливе, а хибне твердження. 'Особливого значення набуло питання правового забезпечення функціонування податкових правовідносин в сучасних умовах <...>, аналізу між-

⁷ Хатнюк (н 1) 53.

⁸ Там само 15.

⁹ Там само 75.

¹⁰ Там само 15.

галузевою взаємодії норм, які регулюють податкові відносини <...>¹¹. Податкові відносини регулюються податковим правом як підгалуззю фінансового права. Міжгалузеве регулювання оподаткування виключається, бо інакше знищуються всі підстави існування податкового права взагалі. При цьому, звісно, може йтися про міжгалузеву взаємодію норм, але на межі галузевого чи інституційного регулювання, з використанням бланкетних норм. Але при цьому предметна галузевість чи інституційність не може порушуватися. Саме тому незрозуміло – яка може бути “міжгалузєва взаємодія норм, які регулюють податкові відносини”? Подібне ставлення авторки відображається і в наступному твердженні: ‘Висловлюємо сподівання, що монографія стане корисною: <...> – у навчальному процесі під час вивчення та викладання у вищих навчальних закладах таких фінансово-правових дисциплін, як “Податкове право”, “Фінансове право”, “Правове регулювання місцевих податків та зборів в Україні”, “Підприємницьке право”, “Господарське право”¹². Навряд чи “Підприємницьке право” та “Господарське право” можна віднести до фінансово-правових дисциплін, але, на думку авторки, виходити з диференціації галузей та інститутів за предметною ознакою, методів регулювання вже застаріло, і галузі права, які пов’язані своїми витокami, перш за все, з приватним правом – є фінансово-правовими, що відносяться до класичної родини публічно-правових галузей.

3. *Співвідношення з іншими галузями* безпосередньо як пов’язується, так і ще більше заплутує з попередньою позицією авторки щодо характеру податкового права як міжгалузевої сукупності норм. ‘<...> Податкові правовідносини можна охарактеризувати нормами податкового законодавства, яке охоплює комплекс норм різних галузей права, наділені владно-майновим та організаційним характером, які базуються на існуючій системі принципів податкового законодавства, виникають за обов’язковою участю суб’єктів податкової правосуб’єктності, держави та органів місцевої влади в особі уповноважених осіб’¹³. Податкові правовідносини – відносини, які врегульовані правовими нормами, а не нормами законодавства, що значно ширше. Знов-таки, навряд чи достатньо підстав відносити податкове право до комплексних галузей чи інститутів, тому податкові правовідносини не можуть регулюватися нормами різних галузей права, а є результатом впливу однорідної сукупності податково-правових норм. До того ж абсолютно незрозуміло – хто такі суб’єкти податкової правосуб’єктності.

¹¹ Хатнюк (н 1) 7.

¹² Там само 12.

¹³ Там само 21.

‘<...> Не всі податкові відносини повністю підлягають фінансово-правовому регулюванню, деякі з них є предметом інших галузей права’¹⁴. Знов-таки, зайшли у глухий кут. Якщо податкові відносини, які врегульовані податково-правовими нормами як різновидами фінансово-правових, є предметом інших галузей права, то тоді вони вже не стають податковими, а відповідають іншим галузевим особливостям. Посилання авторки в подальшому на Кодекс адміністративного судочинства України та Господарський процесуальний кодекс України безпідставне, бо цими кодифікованими актами регулюються не податкові відносини, а адміністративні та господарські. Головна проблема авторки, яка простежується “червоною ниткою” через всі сторінки монографії, у тому, що абсолютно відсутнє чітке розуміння співвідношення суспільних відносин і правовідносин. Певні суспільні відносини можуть породжувати та вимагати впливу декількох галузей права, відповідно до їхньої галузевої природи. Невже ми і відносини, регулювання яких здійснюється ст. 212 Кримінального кодексу України, будемо вважати податковими, а не кримінальними?

Про це свідчить і те, що ‘з огляду на наукові позиції <...> змісту податкових відносин у правовій системі України, визначення їх сутності можна охарактеризувати урегульованістю нормами конституційного, адміністративного, міжнародного та податкового законодавства, що охоплює комплекс норм різних галузей права, які наділені майновим та організаційним характером <...>, за безпосередньою участю суб’єктів, які наділені податковою правосуб’єктністю, уповноважених осіб органів державної влади та місцевого самоврядування’¹⁵. Податкові відносини не можуть бути частиною правової системи, вони не регулюються такою сукупністю галузей. Окреме питання стосується оцінки суб’єктного складу, бо з такого твердження складно зрозуміти – чи входять до суб’єктів виключно уповноважені особи органів? Але ж не можна виключати із системи суб’єктів як самі органи, так і кінцевих отримувачів коштів, що надходять від сплати податків та зборів, – державу та територіальні громади.

4. *Предмет регулювання* визначається також авторкою, м’яко кажучи, суперечливо, з огляду на такі засади: ‘Дослідження правової природи податкових правовідносин аналізується у зв’язку з <...> необхідністю забезпечення в процесі оподаткування майнових і підприємницьких інтересів фізичних і юридичних осіб <...>’¹⁶. По-перше, формальний підхід – оподатковуватися може майно, доходи, діяльність, але яким чином

¹⁴ Хатнюк (н 1) 29.

¹⁵ Там само 30-1.

¹⁶ Там само 7.

можна оподатковувати інтерес, особливо у майновому й підприємницькому сенсі – незрозуміло. По-друге, навряд чи “майнові і підприємницькі інтереси фізичних і юридичних осіб” є метою податково-правового регулювання. Тоді зрозумілий логічний висновок: якщо податкове право регулює майнові та підприємницькі інтереси фізичних та юридичних осіб – це класичний інститут чи підгалузь приватного права. Але предметом податково-правового регулювання є правове упорядкування відносин, пов’язаних із виконанням податкового обов’язку, що забезпечує передачу коштів у рахунок сплати податків та зборів від фізичних та юридичних осіб для формування доходних частин Державного та місцевих бюджетів.

Наукові дослідження, які проводилися до моменту прийняття податкового законодавства, в яких висловлювались погляди щодо податкових відносин як різновиду фінансових правовідносин, однак призначення котрих полягає в забезпеченні формування централізованих та децентралізованих публічних фондів грошових коштів з подальшим їх розподілом і спрямуванням на фінансування публічних потреб, тобто відносини із побудови національної податкової системи¹⁷. Знову стіна! Тобто виходить, що був момент, коли податкового законодавства не було, але висловлювались погляди щодо такого різновиду фінансових правовідносин, як податкові. Пробачте, але ж правовідносини базуються та залежать від стану чинного законодавства. Мабуть, авторка мала на увазі прийняття Податкового кодексу України, але ж податкове законодавство (і зовсім не погане) існувало і до нього. Якщо мається на увазі тривалий та глибинний історичний екскурс у законодавче регулювання відносин оподаткування, то треба мати на увазі, що ще в стародавньому світі було чітке податкове регулювання, яке здійснювалося через норми права, що зароджувалися, санкціоновані звичаї та релігійні норми, які трансформувалися в правові приписи. Крім того, ніякого стосунку до предмета податкового права немає “розподіл і спрямування на фінансування публічних потреб”. Це складова окремого інституту бюджетного права – виконання бюджету за видатками, до чого податкові відносини не мають жодного, навіть приблизного, стосунку. Так само “розподіл та спрямування грошових коштів на фінансування публічних потреб” не є відносинами із побудови національної податкової системи. Бо, по-перше, спрямування грошових коштів на фінансування публічних потреб пов’язується із використанням вже зібраних завдяки податкам і зборам коштів та відображає видаткові відносини, тоді як основою відносин, що пов’язуються з формуванням доходів, є саме податки та збори. По-друге,

¹⁷ Хатнюк (н 1) 20.

Микола Кучерявенко

новий термін “національна податкова система” є “творінням” і “досягненням” виключно авторки, бо чинне законодавство не використовує подібної категорії, більш-менш зрозумілих пояснень щодо національності податків я не бачив і в інших дослідників.

‘Оскільки податкове право регулює відносини щодо справляння податкових платежів, то в рамках податкових відносин завжди переважає тиме одностороннє майнове зобов’язання приватного суб’єкта перед публічним’¹⁸. По-перше, податкове право регулює справляння лише податків та зборів¹⁹. Податкові платежі – це конструкція, яка використовується в бюджетному регулюванні та визначається як одне з джерел формування доходів бюджетів²⁰. По-друге, податкове регулювання стосується не лише майнових зобов’язань, а й значного кола процедурних, процесуальних аспектів. Спірним, на мою думку, є і питання щодо зобов’язань приватного суб’єкта перед публічним, бо незрозуміло, хто такі приватні суб’єкти в цьому сенсі. Платниками податків можуть бути й особи, які здійснюють свою діяльність не виключно на приватній власності. По-третє, податковий обов’язок може характеризувати і відносини між публічними суб’єктами, коли податковий обов’язок виникає в учасників податкових відносин, заснованих на державній власності.

Певним чином авторка, мабуть, торкається і процедурного, процесуального сенсу податкового регулювання. Але, нам здається, вона і сама про це не здогадується. ‘Виникнення й розвиток грошових податкових правовідносин опосередковано забезпечують і негрошові відносини <...> До них належать, зокрема, контрольні та охоронні правовідносини. Їх об’єктом є негрошова субстанція (податково-правові акти, податкова звітність)’²¹. І зовсім ставить у тупик введення Н. Хатнюк такої категорії, як “негрошова субстанція” – дуже розумно! Але як розумно, так і незрозуміло.

5. *Договірний метод*, якого торкається авторка монографії, логічно пов’язується як із предметом регулювання, про що йшлося вище, так і з характеристикою податкових правовідносин. ‘Важливим і прогресивним інструментом узгодження публічних та приватних інтересів учасників податкових правовідносин є запровадження договірної форми врегулювання податкових відносин, що дає змогу удосконалити механізм правового регулювання податкових відносин шляхом визначення предмету договору – адміністративних послуг податкових органів <...>,’

www.pravoua.com.ua

¹⁸ Хатнюк (н 1) 20.

¹⁹ Податковий кодекс України: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>> статті 9, 10 (дата звернення: 01.08.2019).

²⁰ Бюджетний кодекс України: Закон України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17>> стаття 9 (дата звернення: 01.08.2019).

²¹ Хатнюк (н 1) 44.

правових наслідків неправовірної поведінки контролюючих органів та платників податків²². На мою думку, “договірної форми врегулювання податкових відносин” існувати не може, бо інакше перестане існувати як держава, так і її відповідні адміністративно-територіальні одиниці. Платник не може домовлятися про сплату чи несплату податку. Імперативне регулювання загалом стосується виконання ним безумовного припису щодо податкового обов’язку. Окремі форми домовленостей можуть стосуватися лише форми виконання цього владного наказу з боку держави. Розстрочення чи відстрочення податкового боргу не набуває договірної характеру в сенсі природи податкового обов’язку, а пропонує найбільш зручне для платника в цей момент виконання імперативного припису щодо сплати податків та зборів.

Як продовження цієї ідеї, Н. Хатнюк звертає увагу на те, що ‘останнім часом спостерігається проникнення диспозитивних засад у метод правового регулювання податкових відносин, про що свідчить, зокрема, законодавчо закріплена можливість укладення договору між платником податків та зборів та контролюючим органом про розстрочення й відстрочення грошових зобов’язань або податкового боргу платника (ст. 100 Податкового кодексу України)²³. Якщо допустити проникнення диспозитивних засад у метод правового регулювання податкових відносин – імперативний метод, то метод як правова конструкція зникає, бо не може бути імперативно-диспозитивного методу як єдиного інструмента. Ба більше, можливість укладення договору між платником і контролюючим органом про розстрочення та відстрочення грошових зобов’язань свідчить не про проникнення диспозитивних засад у метод правового регулювання податкових відносин, а про появу найбільш зручної форми виконання імперативного припису – виконання податкового обов’язку.

При цьому хотілося б звернути увагу на певну колізійність закріпленої законодавцем конструкції, яка порушує класичні засади правового регулювання. Ефективне правове регулювання передбачає таке співвідношення правосуб’єктностей учасників правовідносин, коли праву одного учасника протистоїть обов’язок іншого, за невиконання останнього передбачається примус. Нині у ст. 100 Податкового кодексу України закріплено право платника податку та збору щодо розстрочення й відстрочення грошових зобов’язань або податкового боргу²⁴. Це право дублюється і в нормах, які встановлюють правосуб’єктність цієї зобов’язаної особи²⁵. Але обов’язку контролюючого органу, який би віддзеркалював мож-

²² Хатнюк 8.

²³ Там само 42.

²⁴ Податковий кодекс України (н 19) ст. 100.

²⁵ Там само пп. 17.1.5 п. 17.1. ст. 17.

ливість реалізації такого права, не закріплено, тоді як закріплюється право приймати рішення про розстрочення та відстрочення грошових зобов'язань або податкового боргу, а також про списання безнадійного податкового боргу у порядку, передбаченому законодавством²⁶. Тобто праву платника протистоїть право контролюючого органу, тоді як право – це можливість певної поведінки, а не обов'язок. Послідовнішим було б виділити подібний елемент правосуб'єктності контролюючого органу як його обов'язок. Ба більше, подібний підхід законодавця обмежує доступ до судового захисту платників податків, бо якщо прийняття рішення щодо надання розстрочення чи відстрочення фігурувало як обов'язок контролюючого органу, то були б наявні всі підстави звертатися до суду при невиконанні такого обов'язку і, відповідно, говорити про порушення прав та інтересів особи. Наявність же такого права контролюючого органу фактично виключає обов'язковість його виконання, закріплює необмеженість розсуду такого органу (а часто й ухилення) при наданні відстрочення чи розстрочення.

Не дивно, що Н. Хатнюк робить висновок, підкреслюючи, що 'природа податкових правовідносин полягає в тому, що вони містять у собі елементи приватного і публічного права та походять від конституційних, адміністративних, фінансових, господарських, інформаційних та інших правовідносин'²⁷. Податкові правовідносини доцільно пов'язувати лише з фінансовими, що ж стосується інших, то треба визначати межу співвідношення регулювання податковими нормами з іншими видами правових норм, що представляють відповідні галузі. При цьому поєднання публічного та приватного права виключено. Та й загалом складно зрозуміти, що мається на увазі, в чому зміст походження природи податкових правовідносин?

6. *Зміст податкових правовідносин пов'язуються як із дослідженням елементів, що його характеризують, так і з характером таких правовідносин.* '<...> Даний кодифікований акт (мається на увазі Податковий кодекс України. – М. К.) встановив характер і зміст податкових правовідносин, правовий режим елементів податкових правовідносин, що вплинуло на їх структуру, зокрема, змінився суб'єктній склад податкових правовідносин, сутність їх прав і обов'язків'²⁸. Навряд чи кодифікований акт може встановлювати характер та зміст правовідносин. Ба більше, правового режиму такого елемента податкових правовідносин, як суб'єкт податкових правовідносин, існувати не може. Такі елементи змісту правовідношення, як суб'єкти, характеризуються правосуб'єктніс-

²⁶ Хатнюк (н 1) пп. 20.1.29 п. 20.1. ст. 20.

²⁷ Там само 22-3.

²⁸ Там само 28.

ттю, тоді як правовий режим характеризує відносини щодо обігу, руху іншого елемента змісту податкових правовідносин – об'єкта (наприклад, правовий режим майна тощо) Зовсім приблизним, а саме помилковим, виглядає і спроба класифікувати шляхи розвитку податкових правовідносин. '<...> Шляхи становлення та розвитку податкових правовідносин в Україні', поділяються за п'ятьма напрямками: 1) правовий; 2) економічний; 3) державний; 4) місцевий (регіональний); 5) міжнародний'²⁹. Річ у тому, що з цих наведених напрямів лише один стосується становлення та розвитку податкових правовідносин – правовий! Решта пов'язується з іншими напрямками досліджень (економічним тощо). Та й взагалі подібна класифікація існує для класифікації, бо абсолютно незрозумілий критерій, за яким вона здійснена.

У сенсі дослідження подібної якості характеру податкових правовідносин зрозумілим стає і такий висновок авторки: '<...> комплексний (змішаний) характер податкових правовідносин <...> полягає у поєднанні взаємозв'язку та взаємозалежності різних видів податкових правовідносин: грошових і негрошових, матеріальних та процесуальних'³⁰. Традиційно в праві комплексність регулювання передбачає вплив декількох галузей права на певний різновид суспільних відносин. При чому кожна галузь права знаходить у такій цілісній системі суспільних відносин свій сектор, який збігається із предметом регулювання цієї галузі права та забезпечується характерним для неї методом. Саме тому комплексність може характеризувати коло суспільних відносин, законодавство, але коли ми виокремлюємо певний галузевий чи інституційний різновид правовідносин – комплексність навряд чи підходить до їх фахової характеристики. У контексті цього дивує таке твердження Н. Хатнюк: 'Дискусійною видається позиція О. Орлюк, яка припускає, що фінансові відносини можуть не бути правовідносинами, якщо вони будуть порушенням фінансового законодавства, і водночас зазначає, що "фінансові відносини існують лише у формі правовідносин"^{31,32}. Якби йшлося про автора, який має більш-менш усталені знання про фінансово-правове регулювання, то, мабуть, такого акценту не було б. Серед фінансистів-правників загальновідома певна аксіома, на яку звертала увагу ще Лідія Костянтинівна Воронова – положення Ю. Ровинського щодо оцінки фінансових відносин, які можуть існувати виключно у формі правовідносин. Авторство цього концептуального положення з 70-х років ХХ ст.

²⁹ Хатнюк (н 1) 31.

³⁰ Там само 44.

³¹ О Орлюк, *Фінансове право. Академічний курс: підручник* (Юрінком Інтер 2010) 136.

³² Хатнюк (н 1) 47.

ніхто не ставив під сумнів і тому учні Лідії Костянтинівни сьогодні використовують його навіть без посилань.

‘Наступною ознакою податкових правовідносин, на нашу думку, можна вважати їхній похідний характер від інших майнових правовідносин. У зв’язку із цим Д. Тютін обґрунтовано вважає, що податкові правовідносини виникають, як правило, внаслідок економічно результативної правомірної діяльності платника податків і зборів (91, с. 91). Така діяльність врегульована нормами цивільного, господарського й трудового права³³. Нам складно погодитись як із Д. Тютіним, так і з Н. Хатнюк. По-перше, податкові правовідносини не обов’язково обумовлюються економічно результативною діяльністю платника. Його діяльність може призвести і до збитків, втрат, але в межах податкового регулювання залишаться відносини щодо податкового обліку та звітності, де і мають бути відображені негативні результати економічної діяльності. По-друге, податкові правовідносини не є похідними від майнових правовідносин. Інакше в протилежному випадку їх за предметною ознакою необхідно було б відносити до цивільно-правових. Водночас характер податкових правовідносин, як і фінансово-правових загалом, пов’язується із владно-майною ознакою, де відносини влади неможливо відірвати від майнового змісту, де йдеться про владне управління власним майном державою та територіальними громадами. Дивує й авторський підхід щодо класифікації податкових правовідносин. ‘В залежності від характеру повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування податкові правовідносини можна поділити на наступні види: – щодо встановлення, зміни та скасування податків і зборів; – щодо запровадження податків; – щодо визначення, обчислення та справляння податків <...>³⁴. Чим, наприклад, відрізняються відносини щодо встановлення, зміни та скасування податків і зборів від відносин щодо запровадження податків, від відносин щодо визначення податків? Тупик.

7. *Суб’єкти податкових правовідносин* визначаються в монографії дуже приблизно чи хибно. ‘У сплаті податків зацікавлена (авторська редакція. – М. К.) не все населення, а виключно держава як її частина³⁵. По-перше, держава як частина населення – це нове слово в науці й техніці!!! А інша частина населення (я так розумію, йдеться передусім про громадян) де перебуває? Та й взагалі, які правові наслідки пов’язуються з поняттям “населення”? Громадянство обумовлює певний правовий зв’язок між державою та фізичними особами, що породжує відповідні наслідки і в сенсі оподаткування. По-друге, навряд чи держава є єдиним

³³ Хатнюк (н 1) 51.

³⁴ Там само 74.

³⁵ Там само 45.

зацікавленим суб'єктом у сплаті податків та зборів. У цьому зацікавлені територіальні громади, владні органи і, врешті-решт, зобов'язані особи – платники, які ґрунтують свою поведінку на додержанні приписів чинного законодавства, зацікавлені в фінансуванні загальносуспільних потреб коштом Державного та місцевих бюджетів. Продовження поверхового аналізу суб'єктного складу податкових правовідносин бачиться і в такому твердженні: '<...> особливості податкових правовідносин проявляються в їх суб'єктному складі. У податкових правовідносинах беруть участь держава та платники податків і зборів'³⁶. У податкових правовідносинах беруть участь, крім цих двох суб'єктів, контролюючі та інші владні органи, територіальні громади та суб'єкти, які представляють та реалізують їхні інтереси. Наведена вище авторська позиція фактично викидає зі сфери правового регулювання половину відносин – відносини, які пов'язані зі справлянням місцевих податків та зборів.

Складно погодитися з підходом Н. Хатнюк щодо класифікації правових зв'язків учасників податкових правовідносин. 'З метою визначення форм податкових правовідносин, спробуємо розкрити загальну схему правових зв'язків між основними учасниками податкових правовідносин <...> вона дає можливість зрозуміти, як здійснюється рух грошових коштів у вигляді податків між учасниками податкових правовідносин <...>: "платник податку – держава", "держава – платник податку" <...>, "органи місцевого самоврядування – платник податку", "держава – органи місцевого самоврядування", "держава – населення", "платник податку – платник податку"³⁷. Зміст податкових правовідносин виражає лише перша пара, решта податкового регулювання не стосується. Зв'язки на кшталт "держава – платник податку", "органи місцевого самоврядування – платник податку", "держава – органи місцевого самоврядування", "держава – населення" виражають, як ми вважаємо, рух коштів або між бюджетами, або із бюджетів до отримувачів бюджетних коштів. Але це сфера бюджетно-правового регулювання, а не податкового права. Ну, а відносини "платник податку – платник податку" взагалі є абсолютним нонсенсом.

8. *Юридичний факт та авторський погляд на нього* простежується вже в структурі монографії – "2.3 Податковий обов'язок як підстава виникнення зміни та припинення податкових правовідносин"³⁸. До того ж підрозділи 2.1, 2.2, 2.3 дублюються за формулюванням у цьому сенсі. Крім того, повернемося, знов-таки, до вихідних засад із теорії держави та права, без знання яких закінчення першого курсу юридичного закладу

³⁶ Хатнюк (н 1) 48.

³⁷ Там само 56.

³⁸ Там само 3.

вищої освіти неможливе. Підставою виникнення, зміни та припинення є юридичний факт, а не податковий обов'язок. Трохи нижче стикаємося ще з однією новелою: 'Передумовою виникнення, зміни й припинення податкових правовідносин є закон чи інший нормативно-правовий акт'³⁹. Тобто, знов-таки, юридичного факту, який є відправним пунктом у динаміці правовідношення не існує. Після всього цього не дивує і авторський підхід до класифікації без будь-якого критерію: '<...> в залежності від підстав виникнення, зміни та припинення податкового правовідношення: – на підставі податкової норми; – на підставі юридичного факту; – на підставі виникнення податкової правосуб'єктності та – на підставі набуття матеріальних активів'⁴⁰. Така класифікація неможлива, бо є лише одна підстава – юридичний факт. Ба більше, в основі всіх інших (на яких наголошує Н. Хатнюк) лежать саме юридичні факти: виникнення податкової правосуб'єктності пов'язується з фактом реєстрації (наприклад, для юридичних осіб), досягненням певного віку тощо (для фізичних осіб), факт набуття матеріальних активів (певний правочин тощо) і т. д.

9. *Формальне ставлення до власного тексту.* Сумні враження та обурення пов'язані не лише з абсолютною відсутністю в авторки хоча б елементарного уявлення про вихідні теоретичні конструкції в праві, а й ставленням до власного тексту, що свідчить або про непорозуміння, чим той чи інший фахівець займався, або про кричущу неповагу, що відображається у ставленні до власного авторського редагування:

а) 'На формування наукової позиції автора вплинули фундаментальні праці фахівців з теорії держави та права, а саме: <...> А. А. П. Сергеев. <...> Питання правового регулювання податкової системи та податкових відносин досліджували, зокрема: Є. О. Алісов, <...> І. Л. Самсіна'⁴¹. По-перше, в чому особливість А. Сергеева, який має не два, як звичайні люди ініціали, а три? По-друге, сферою предметних наукових інтересів Є. Алісова завжди були відносини щодо грошового обігу та регулювання грошової системи. По-третє, наскільки мені відомо, Ігор Леонович Самсін не змінював статтю;

б) 'Як справедливо стверджував С. С. Алексеев, виникненню податкових правовідносин не передує фактичний зміст, перед нами – суто правовий зв'язок'⁴² <...>⁴³. Але Сергій Сергійович є визнаним фахівцем із

³⁹ Хатнюк (н 1) 47.

⁴⁰ Там само 73.

⁴¹ Там само 9.

⁴² С. Алексеев, *Проблемы теории и права: курс лекций, т 1: Основные вопросы общей теории социалистического права* (Свердловский юрид ин-т 1972) 137.

⁴³ Хатнюк (н 1) 22.

теорії права і в цій своїй праці на с. 137 ніякої оцінки податкових право-відносин не здійснював;

в) '<...> Є. А. Ровінський звертає увагу на юридичну форму <...>'⁴⁴. Можна було б принаймні прізвища та імена класиків радянського фінансового права перевірити – Юхим Абрамович Ровинський!

г) на с. 59–61 дублюється три ідентичних абзаци полеміки із М. Кучерявенком. Навіщо тричі дублювати текст – абсолютно незрозуміло.

г) і нарешті, вишенька на торті, яка відображає наукову порядність авторки монографії: 'На нашу думку, податкові відносини регулюються податковим законодавством України, яке охоплює сукупність нормативних положень різних правових наук. Аналогічної позиції дотримується М. Кучерявенко (39, с. 89 – Кучерявенко Н. П. Курс налогового права: в 6 т. Харьков: Легас, 2002. Т. 2: Введение в теорию налогового права. 2004. 600 с.) – та В. Теремецький (35, с. 167)'⁴⁵. Податкове законодавство не може охоплювати нормативні положення різних правових наук. Воно містить законодавчі норми, до податкового законодавства ніяким чином не можуть потрапляти нормативні положення різних правових наук, бо останні охоплюють не норми права, а наукові доктрини, теорії, погляди науковців. Тому такої позиції я не дотримуюся та в моїх працях вона відсутня.

⁴⁴ Хатнюк (н 1) 25.

⁴⁵ Там само 26.

ПЕРСОНАЛІЇ

Віктор Акуленко

доктор юридичних наук, професор,
провідний науковий співробітник відділу міжнародного права
і порівняльного правознавства
Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)
interlaw.kisl@gmail.com

ЕТЮДИ ДО ПОРТРЕТА
ПРОФЕСОРА ВОЛОДИМИРА ДЕНИСОВА
В ЕНЦИКЛОПЕДИЧНОМУ ІНТЕР'ЄРІ
(до 70-річчя Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
та виходу в світ “Енциклопедії міжнародного права”
в трьох томах)



Етюд перший. Витоки творчого задуму

Щоб предметно і логічно увійти в тему, знайти відповідну тональність і виразність тексту в творчому задумі, слід хоча б у загальних рисах означити деякі наукові аспекти, які тією чи іншою мірою простежуються у моїх публіцистичних етюдах, присвячених професору Володимирі Денисову. Сюжетом для них послужила його багаторічна наукова діяльність, яка знайшла фундаментальне втілення в підготовці і виданні три томної “Енциклопедії міжнародного права”.

Хтось із класиків сказав, що науку становлять знання, логічно поєднані в систему і пронизані ідеєю задля досягнення об'єктивної істини.

Шлях до Храму Науки у кожного свій – неоднозначний, і долати його доводиться, обстоюючи пріоритет наукових здобутків серед конкуруючих колег і не зупинятися на досягнутому, інакше буде творчий застій.

Однак тепер призабуто, як на сторінках наукових видань висвітлюються дискусійні питання щодо різних думок і протилежних позицій. А даремно, оскільки в гуманітарних дисциплінах переважно в дискусіях, а то й протистояннях, представників різних наукових шкіл, відстоюються достовірні знання.

У незалежній демократичній Україні, здавалося, маємо широкі можливості для розгортання дискусійних науково-правничих проблем сьогодення. Втім, критичні традиції у цій гуманітарній сфері, якщо не втрачені, то розвиваються надто кволо і повільно. Наголошую на тенденції творчої інерції, а не розвитку наукової критики, стимулом замовлення якої має бути суспільне середовище, яке, на жаль, суттєво деформоване в умовах правового нігілізму, і його духовний і моральний клімат зазнав помітної деградації. Традиційну мораль легко зруйнувати, але важко оздоровити заново. Її стан у суспільстві, а також наукової етики, яка взагалі залишилася десь на узбіччі історії, позначається на рівні гуманітарних наук, які потребують значно якіснішої кондиції¹.

Чеснотою кожної особистості завжди була і є її самотність, як проросток української нації з тисячолітньою культурою і християнською духовністю, які не повинні нівелюватися серед такої міжнародної спільноти.

Тож запитаємо, де ж тут аргументована правнича альтернативна позиція українських науковців, вона що немає права на існування, якщо визнаємо вищою цінністю верховенство права в умовах демократії?

Тому нерідко, хто взяв за орієнтир здобувати науковий ступінь, при цьому передбачливо уникає гострих і спірних питань, неузгодженості з “оступіненими” попередниками, щоб не ускладнити собі шлях проходження дисертації. Коли, по правді сказати, така методологічна обережність застосовувалася й раніше через непросту й хвилюючу процедуру її захисту. Все ж, якщо є напрацьовані ідеї і думки, їх слід своєчасно вводити у наукових обіг, а не відкладати на завтра. Мовляв, повернусь до них у майбутній книжці або докторській дисертації. Відклад, як кажуть, не йде в лад. Шансу більше може й не бути, як і творчої мотивації в новий час, який вимагатиме зовсім інших підходів.

Від офіційної цензури ніби вже не страждаємо, хоча, ніде правди діти, залишилося втручання в авторський текст за посадовим принципом за-

¹ В Акуленко, ‘На дискусійних перехрестях пам’яткознавства’ (2016) 30 Праці центру пам’яткознавства: збірник наукових праць 270.

Віктор Акуленко

лежності. Як наслідок, нівелюється дискусійне або критичне спрямування публікації, а в цьому полягає зміст наукового дослідження та свобода творчого пошуку.

За сучасної наукової вимогливості нове покоління дослідників, як вияв творчої необхідності і переконаності, не забуває, щоб дошкульно копірнути за заслугами або за інерцією когось із заідеологізованих авторитетів радянської пори, при цьому, на жаль, не завжди критикуючи, дотримуються принципу історизму та наукової етики. Складається враження, чи не у такий спосіб поширюється також модерне осмислення ідеологічної лібералізації наукової сутності в гуманітарній галузі знань. До новаторства в дисертації також не віднесеш надмірність формальної інформативної стилістики і переважаність коментуванням масиву нормативних джерел задля фахового спокою, а не творчого експерименту і критичної аналітики.

Видатний композитор Р. Шуман якось сказав, що в житті кожного творчого митця стоять два великих завдання: досягти слави і втриматися на її хиткому гребені. Щодо наукової особистості ці творчі завдання можна перефразувати таким чином: по-перше, треба досягти визнання в середовищі вчених, а потім постійно досліджувати актуальні проблеми, виховувати й гуртувати своїх послідовників і продовжувачів наукової школи. У науці, коли в ній не позначається адміністративно-номенклатурний вплив або бізнесові важелі для кар'єрного просування, немає верстової дороги, тут тернистий шлях, на якому успіху досягає той, хто наполегливо піднімається крутими науковими вершинами і системно набуває ґрунтовних знань, досвіду і мудрості та впроваджує їх на науково-педагогічній ниві, в суспільне життя.

Етюд другий. На методологічних магістралях академіка В. Корецького

Дякую долі, що довелося працювати у відділі міжнародного права, який очолює з 1984 р. член-кореспондент НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, лауреат Державної премії в галузі науки і техніки, доктор юридичних наук, професор В. Денисов. Він плідно розвиває міжнародно-правові ідеї та примножує наукові традиції академіка В. Корецького, учнем якого він є. Творчий девіз у житті Володимира Наумовича: “Наука – понад усе!”.

Наслідувати корифея науки міжнародного права зі світовим ім'ям не просто, це велика відповідальність. Номінально називатися його учнем мало, для цього потрібний був поступальний крок в умовах незалежної України в осмисленні сучасних тенденцій і викликів у науці міжнародного права, базуючись на світовому досвіді.

www.pravoua.com.ua

‘Після того, як відійшов такий корифей В. Корецький, всі чекали, яким чином відбудеться подальший розвиток науки міжнародного права в Інституті держави і права НАН України. Всі розуміли, наскільки буде важко утримати ту високу планку наукових досліджень, яка була пов’язана з ім’ям академіка В. Корецького’, – поділився зі мною своїми думками відомий учений, професор В. Кисіль, – ‘І тому перед Володимиром Наумовичем, коли він очолив відділ міжнародного права, постала неймовірно складна проблема: як здійснювати керівництво цим напрямом після всесвітньо відомого вченого? І багато хто неоднозначно очікував, як В. Денисов впорається із такою науковою ношею. Мене вражало, що він протягом цих років гідно і професійно не тільки керував відділом, а й сам особисто робив внесок у розвиток сучасної доктрини міжнародного права. І так 35 років подвижницького служіння науковому обов’язку і творчому покликанню. Справдилися сподівання тих, хто був переконаний, що учень В. Корецького – В. Денисов гідно продовжить ту наукову справу, яка була започаткована в Україні ще харківською школою міжнародного права у 20-х роках ХХ ст.’.

Академік В. Корецький у своїх наукових дослідженнях, що мали широкий спектр – від цивільного права до міжнародного права, – виходив із історичного метода дослідження, ба більше, вважав себе істориком права і цим пишався. Цю методологію він пов’язував із пошуком соціологічної основи правових явищ, що давало йому можливість визначити їх дійсне значення в широкому контексті розвитку міжнародних відносин та міжнародного права. Історичний розвиток науки можливий тому, і тільки тому, що приходять допитливі особистості, які здатні сприйняти творчі напрацювання минулого, примножити його власними досягненнями і передати далі по естафеті поколінь.

Ось ці методологічні магістралі академіка В. Корецького стали для професора В. Денисова визначальними в його наукових дослідженнях і діяльності, а також їх впровадженні у внутрішньо-суспільній і міжнародно-правовій практиці України. Дійсно, часи державно-правової розбудови незалежної України переконливо підтвердили: вченим-міжнародником, взагалі правником із широким і глибоким фаховим світоглядом у науковому світі, можна відбутися, коли твої юридичні знання ґрунтуються на історичному фундаменті.

Етюд третій. Серед наукової когорти знакових імен

Наука, як і культура, успадковує історичні традиції та живиться новими ідеями. Її творять і розвивають особистості, які гуртують навколо себе однодумців, засновують наукові школи. Вони пробуджують творчу

думку, свідомо впливають на розвиток інтелекту людини, прославляють країну і малу Батьківщину. Ця вічна естафета – традиція в науковому середовищі, в суспільстві тримається на плідному прирощенні ідей, знань, праці мислителів. До таких відомих вітчизняних учених-правознавців та організаторів юридичної науки, серед яких формувалася як учений В. Денисов, належать академіки НАН України В. Корецький (1890–1984 рр.) і Б. Бабій (1914–1993 рр.), академік АН СРСР В. Кудрявцев (1923–2007 рр.), член-кореспондент АН СРСР Г. Старушенко (1922–2007 рр.), член-кореспонденти НАН України П. Недбайло (1907–1974 рр.) і В. Цветков (1923–2007 рр.), професори І. Лукашук (1926–2007 рр.), В. Туманов (1926–2011 рр.), О. Жидков (1931–2005 рр.), відомий правознавець Г. Александренко (1898–1963 рр.) та ін.

Як давній колега й однодумець професора В. Денисова переконаний, що він своїм внеском у розвиток науки міжнародного права і плідну підготовку наукових кадрів не загубиться на тлі цих знакових імен – посяде чільне місце в історії української юридичної науки.

Чи не вся когорта юристів-міжнародників України, маститих і молодих, щедро підживлюється його теоретичними знаннями, сучасною методологією та пріоритетними ідеями з міжнародного права. Наукова громадськість ще віддасть належне його самовідданому подвижництву і піклуванню, щоб українська школа міжнародного права зайняла своє чільне місце в світовій доктрині міжнародного права, відстоюючи як національні інтереси, так і міжнародний правопорядок загалом.

Щоб наочно пересвідчитися у внеску Володимира Наумовича у розвиток української доктрини міжнародного права, його міжнародно-правову співпрацю із зарубіжними інституціями і колегами, підготовку вітчизняних та іноземних наукових кадрів, створення наукових шкіл міжнародників, зокрема у Львові, досить звернутися до фундаментальних видань. Це “Международное право как основа современного миропорядка. *Liber Amicorum* к 75-летию проф. В. Н. Денисова”² й “Енциклопедія міжнародного права”³ у трьох томах та інші численні наукові праці.

В “Енциклопедії міжнародного права” знайшла реалізацію неймовірна наукова відданість і захопленість міжнародним правом професора В. Денисова. Він разом з академіком НАН України Ю. Шемшученком як співголови редакційної колегії, з авторським колективом, співробітниками відділу міжнародного права і відповідальним секретарем редакційної колегії, кандидатом юридичних наук К. Савчуком здійснили це

² *Международное право как основа современного миропорядка. Liber Amicorum к 75-летию проф. В. Н. Денисова* (Мельник А и Мельник С и Короткий Р ред, Феникс 2012) 878.

³ Ю Шемшученко та В Денисов та В Акуленко (редкол), *Енциклопедія міжнародного права* (Академперіодика 2014-2019).

пріоритетне видання. Недарма відомий український і російський вчений І. Лукашук у своєму останньому інтерв'ю заповідав своїм учням: 'Любіть міжнародне право, поважайте міжнародне право і воно воздасть вам сто-рицею'⁴.

Масштабний і змістовний науковий обшир В. Денисова заслуговує окремої солідної праці і публікацій, наукового слухання, а також дисертаційного дослідження тощо. Мої суб'єктивні етюди тут не є ні рецензією, ні статтею, ні аналітично-хронологічним оглядом науково-педагогічної і громадської діяльності вченого. Задум дещо іншого творчого спрямування – спроба науково-правничої публіцистики. Відомо, що публіцистика перебуває на межі художньої творчості і науки, тобто однією стороною входить у літературу, а другою безпосередньо стикається з наукою. Отже, моє завдання неординарне, можливо, експериментальне, бо щось не пригадую, наскільки воно порушувалося в українському правознавчому просторі як жанр, а тому привертає увагу небайдужих і допитливих дослідників.

Етюд четвертий. Про науково-творчу щедрість і ошадливість

Загалом у творчому середовищі не вельми діляться новими ідеями, нереалізованими задумами і планами, за якими не закріплене авторство в статтях, монографіях, публічній діяльності тощо. Одним словом, утаємничують їх від конкурентів. Це можна зрозуміти, адже наукові досягнення здобуваються наполегливою працею, буквально гризучи граніт науки, і пріоритетність у них має вирішальне значення для майбутнього у кожного вченого, митця чи літератора.

Недарма відомий правник і літератор А. Коні (1844–1927 рр.) писав: 'У юриста загальна освіченість має крокувати попереду спеціальності'⁵. Ці слова повторюю досить часто, бо вони такі злободенні в деформуючому прагматичному сьогоденні, що вихолощує морально-етичні цінності людського життя, взаємовідносин і професії, а не хотілося б такого.

До сучасних вітчизняних правників-міжнародників із широким освітнім і культурологічним світоглядом та глибокими фаховими знаннями належить професор В. Денисов. Право і культура для нього органічно близькі й необхідні категорії в науково-творчій діяльності.

Між цими явищами соціального життя існує зв'язок значно тісніший, ніж може здаватися на перший погляд. Вплив мистецтва і культури, а також історичної спадщини на правове усвідомлення дійсності, зв'язок

⁴ 'Сьогодні 90-річниця з Дня народження професора Ігоря Лукашука' (Юридична Газета online, 1 червня 2016) <<http://yur-gazeta.com/golovna/sogodni-90-richnitsya-z-dnya-narodzhennya-profesora-igorya-lukashuka.html>> (дата звернення: 21.07.2019).

⁵ А Коні, *Собрание починений*, т 4 (Юрид лит 1967) 68.

Віктор Акуленко

політики, закону і юридичної практики з художньою та літературною творчістю через моральні і духовні категорії та оцінки, юридичний захист інтелектуальних прав авторів творів мистецтва, а також міжнародні угоди про охорону культурних цінностей, їх захист у випадку збройного конфлікту, повернення і реституції втрачених історичних і культурних цінностей країнам їх походження, про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини – це далеко не всі дотичні складові права й культури⁶.

Міжнародне право покликане врегульовувати та забезпечувати таку систему суспільних відносин, яка запобігала б небажаним або шкідливим для культурних цінностей подіям та наслідкам, а також охороняти права й інтереси держав, народів, окремих осіб щодо культурної спадщини.

За підтримки та участі Володимира Наумовича у відділі міжнародного права вперше в українській юридичній науці було проведено систематизацію міжнародних актів у цій сфері, що належно оцінено ЮНЕСКО, і розроблено теоретичні засади нової галузі міжнародного права охорони культурних цінностей, дослідження якої було започатковано професором В. Акуленком⁷ і далі продовжується його учнями В. Максимовим, О. Мельничук, С. Птухою, а також О. Малишевим та іншими науковцями Інституту.

Цьому новаторському науковому напрямку в сфері міжнародного права і культурології відведено окремий цикл статей в “Енциклопедії міжнародного права”, чим не може відзначитися інше академічне видання.

Етюд п'ятий. У творчій аурі наукової школи В. Денисова

Робочий день у В. Денисова як конвеєр науково-творчого спілкування і дискусій із відвідувачами і колегами з Інституту. Ділячись своїми знаннями, перспективними ідеями, літературними новинками, а також науково-педагогічним досвідом, Володимир Наумович як досвідчений лоцман проводив своїх співбесідників на істинно-науковий фарватер через підступні рифи сумнівних неотеорій та анахронічних концепцій у сучасному міжнародному просторі боротьби і протистоянь, компромісів і співробітництва.

Ці неординарно-системні майстер-класи для допитливих аспірантів і докторантів, обмін фаховими і життєвими цінностями з колегами не що інше як процес взаємного наукового збагачення від розкоші творчого

www.pravoua.com.ua

⁶ *Искусство и право: тенденции развития и формы интеграции: сб. материалов науч.-практ. конф., 11–12 марта, 2015 г.* (Романова Е ред, Филлигрань 2015) 144.

⁷ В Акуленко, *Міжнародне право охорони культурних цінностей та його імплементація у внутрішньому праві України* (Юстініан 2013) 608.

спілкування, що великий О. Хаям вважав чи не найціннішим у людському житті.

Адже кожна мисляча людина несе в собі мікро- і макросвіт допитливості й відчуття того, що твої думки, ідеї розуміють і підтримують, а це додає нових стимулів у науковому пошуку молодим. Цей енергетичний інтелектуальний заряд, що спонукає до наукового мислення, доброзичливо отримують всі, хто звертається до професора В. Денисова, радиться, прагне писати дисертацію і розвивати науку міжнародного права і не тільки. Для нього вони всі свої – учні і колеги, чужих не буває, байдуже, звідки б ти не прийшов – із Києва чи Одеси, Сум чи Львова або закордонний гість.

Що особливо вирізняє професора В. Денисова від багатьох учених, так це те, що він не тільки допомагає їм визначити пріоритети наукових досліджень у царині міжнародного та європейського права, що скеровує світоглядно ширше і професійніше орієнтуватися в своїй науковій творчості, а й проникливо заглиблюється у проблеми кожного – аспіранта чи докторанта і намагається максимально вплинути на вирішення поставлених перед ним наукових завдань, – таке визнання від його учнів і колег, зокрема докторантки Л. Фалалєєвої, які мені доводилося чути неодноразово, дорого коштує.

Отож життєвим принципом професора В. Денисова стало невтомне опанування на широкому світоглядному тлі науково-теоретичних знань, перспективних ідей і конструктивних проєктів у сфері міжнародного права (його історії і сучасності, тенденції розвитку і місця в ньому української державності, її тягlosti, можливостей і небезпек для національного суверенітету і територіальної цілісності).

Цей системний багаж знань поповнювався як із вітчизняних наукових джерел, так і міжнародних бібліотек і центрів від Женеви й Гааги до далекої Австралії, участі в дипломатичних конференціях, діяльності міжнародних організацій тощо. І йде паралельно з відстоюванням принципів поглядів і позицій щодо істинно наукових концепцій, якщо хочете – їх стерильності, у висвітленні, оцінці та відповідній дискусії або критиці міжнародно-правових шкіл, персоналій, історичних традицій і перспектив розвитку напрямів науки.

Сьогодні в Україні мало знайдеться юристів-міжнародників такої величини як професор В. Денисов, який готує кандидатів і докторів із багатьох напрямів з міжнародного права. Для нього практично немає таких питань, що стосуються актуальної міжнародно-правової проблематики, з приводу яких він не висловлював би, як науковець, своєї ґрунтованої і компетентної точки зору, причому завжди логічної, аргументова-

Віктор Акуленко

ної та переконливої, – так оцінив діяльність ученого доктор юридичних наук М. Отрош – ‘Водночас Володимиру Наумовичу притаманна повага до опонента та його думки (навіть якщо він її не поділяє), у спілкуванні з колегами йому властиві м’який тон і доброзичлива інтелігентна манера. Про взірцевий науковий рівень вченого промовисто говорять численні багатоаспектні статті в “Енциклопедії міжнародного права”, читаючи які, збагачуєшся новітніми знаннями і суттєво розширюєш свій науковий світогляд’.

Від себе я міг би додати, що за будь-яких життєвих, службових чи творчих обставин у ньому приємно бачити шефа, який завжди залишається Людиною. В. Денисов не кабінетний учений як прийнято було класично і традиційно сприймати цей статус. Він далеко вийшов за його межі, живе і творить у демократичній аурі наукового середовища, принципово дбаючи, перш за все, про гуманістичний і високий рівень міжнародно-правових досліджень як юних аспірантів, так і маститих наукових мужів.

Так, не перелічити, скільки учнів, слухачів, науковців було у професора В. Денисова за 35-річчя його завідування відділом міжнародного права, 40-річчя членства у спеціалізованій вченій раді із захисту дисертацій в Інституті держави і права і 25-ліття перебування незмінним заступником її голови, а також членом спецрад в Інституті міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка та Інституті законодавства Верховної Ради України зі спеціальності міжнародне право.

З часу незалежності України був членом Вищої атестаційної комісії України, а потім членом експертної ради з присудження наукових ступенів Міністерства освіти і науки України. Наукова діяльність Володимира Наумовича завжди поєднувалася з педагогічною в Інституті міжнародних відносин, Київському університеті права, Академії Служби безпеки України та в інших навчальних закладах.

Окремо варто сказати, що професор В. Денисов стояв біля витоків Української асоціації міжнародного права, був головою ініціативної групи щодо її створення.

Немалий легіон вітчизняних та іноземних юристів одержали за цей період теоретичні знання з міжнародного права і практичний досвід знаного вченого і стали кваліфікованими фахівцями-науковцями, викладачами, дипломатами, які плідно працюють на благо України та на свої держави за рубежем.

Етюд шостий. Український ренесанс науки міжнародного права

В Інституті держави і права, крім традиційних фундаментальних наукових досліджень, провідним напрямом є підготовка енциклопедичної літератури. Ініціатором та організатором енциклопедичного напрямку юридичної науки був і є директор Інституту, академік НАН України Ю. Шемшученко.

Вихід у світ шеститомної “Юридичної енциклопедії” (1998–2004 рр.)⁸ стало знаковою подією в суспільстві, що було відзначено Державною премією України в галузі науки і техніки 2004 р. У розвиток досягнутого у Юрія Сергійовича виникла ідея, над якою він, розуміючи всю складність її реалізації, запропонував професору В. Денисову подумати: ‘Чи під силу нашому Інституту підготувати не менш пріоритетне видання три томної “Енциклопедії міжнародного права”?!’

Втілити такий масштабний проєкт, який був новаторським на всьому пострадянському терені. Певний досвід було набуто при підготовці “Юридичної енциклопедії”, що на початку і стимулювало науковий пошук, але далі треба було відкривати й опановувати обширний масив знань із міжнародного права в енциклопедичному вимірі щодо держав, конвенцій, персоналій, історичних подій, збройних конфліктів, мирних угод, міжнародних організацій, міжнародних судів, правових систем, все-світньої культурної та природної спадщини тощо. Хіба все перерахуєш, коли в підсумку маємо понад 1 500 статей-термінів.

Перед нинішньою українською наукою постає актуальна й масштабна проблема – як заповнити “білі плями” в історії українського етносу, так і розчистити від псевдонаукової замуленості історичні джерела і традиції вітчизняної державності⁹.

Видатний український митець і письменник О. Довженко так висловився про свій історичний світогляд: ‘Сучасне завжди на дорозі з минулого в майбутнє. Чому ж я мушу зневажати минуле? Невже для того, щоб навчити онуків ненавидіти колись дороге і святе моє сучасне <...>’¹⁰.

Науковцю, щоб заглибитися і зрозуміти всю картину досліджуваних проблем, треба знати історію, уявляти національний характер і враховувати цивілізаційний розвиток етносу тощо. Достовірно визначити ці категорії надзвичайно складно, адже історія завжди переписувалася на догоду політиці та ідеології. Бо кожній владі вигідна та географія і те соціальне середовище, в яких виросте людина, потрібна їй для підпорядкування в суспільній ієрархії.

⁸ Ю Шемшученко (ред), *Юридична енциклопедія* (, Українська енциклопедія ім М П Бажана 1998-2004).

⁹ В Акуленко, ‘Криниця етнодержавотворення України’ (1997) 4 Політика і час 64.

¹⁰ О Довженко, *Зачарована Десна. Кіноповість* (Фоліо 2007) 199.

Перші енциклопедисти – французькі мислителі, науковці, письменники та митці XVIII ст., які працювали над формуванням просвітницького довідкового видання за редакцією Д. Дідро та Ж. Д’Аламбера назвали його “Енциклопедія, або Тлумачний словник науки, мистецтва й ремесл”, що відіграло не останню роль в ідейному впливі на Велику французьку революцію (1789–1799 рр.) як епохи переходу від віку абсолютизму й аристократії, до віку демократії.

Науковий почин і внесок великих класиків – незабутній і повчальний донині. У цьому цивілізаційний зв’язок, його тяглість і вплив у міжнародному та національному аспектах сучасного розвитку науки.

Тому таким вагомим і пріоритетним внеском в українську науку міжнародного права, можливо, не тільки для нас, є видання “Енциклопедії міжнародного права” у трьох томах, яка є першим в Україні систематизованим зводом знань у сфері міжнародного та європейського права.

Її світоглядна методологія утверджує такі загальнолюдські цінності, як права людини, добро і справедливість у загальних інтересах українського народу. Енциклопедія є суто українською, спрямована на відродження і реалізацію Україною своїх національних інтересів у контексті розвитку світового співтовариства, стоїть на захисті національного суверенітету, що нас тримає на цивілізаційному просторі. І у цьому її новаторське значення.

Видання дає позитивну й оптимістичну відповідь на досить-таки замкнуте й заідеологізоване запитання: чи має, врешті-решт, Україна свої традиції та власний досвід державотворення, що в такому досвіді є суто “місцевим”, власне, етнічним, а що запозиченим, чим українство збагатило світ і чого воно навчилося в школі всесвітнього політико-державного будівництва?

Щоб краще оцінити значення і наукову вагомість “Енциклопедії міжнародного права”, ще раз наведу слова професора В. Кисіля: ‘Коли я ознайомився з I томом, то дійшов висновку, що нічого подібного ні в одній із країн СНД досі не з’являлося. Мало того, є багато видань енциклопедій за рубезем на Заході, але вони переважно, навіть в Гаазькій академії міжнародного права, мають досить вузький професійний характер – таке їх правниче спрямування. II том мене переконав, що це глибока фундаментальна праця в галузі міжнародного права з солідним історико-теоретичними і практичними узагальненнями та висновками. Звичайно, як у будь-якій науковій доктрині можна дискутувати з приводу тих чи інших положень, але загалом фундаментальність цього видання просто вражає. Як я розумію, як загальне редагування всіх трьох томів, так і організаційно-творчу роботу вів Володимир Наумович,

що вже тоді говорити про його численні основоположні статті до них. Хто коли-небудь сам зіткнеться з реалізацією подібних наукових завдань, тільки тоді він зможе оцінити наскільки це трудомістка і складна науково-творча праця, особливо енциклопедичного характеру. Тому я вважаю, що Асоціація міжнародного права України має всі підстави, щоб порушити питання про відповідне державне відзначення цієї Енциклопедії. Це буде справедливо й актуально’.

Водночас автор цього нарису вважає за необхідне зазначити, що доводиться публічно стикатися не з науковим аналізом історичних процесів з точки зору закономірностей розвитку міжнародного співтовариства та міжнародного права, а з тенденційними кон’юнктурними випадками, як це мало місце щодо першого тому видання у деяких засобах масової інформації.

Цьому енциклопедичному проєкту професор В. Денисов віддав все, що знав, про що мріяв, на що сподівався всупереч знемагаючим сумнівам. Тепер сам на сам міг сказати, що немає вищої нагороди за цей титанічний труд, ніж відчуття виконаного обов’язку перед собою, суспільством і Всевишнім. ‘Я зробив все, що міг, хто може, нехай зробить краще’, – заповідали з достоїнством в усі віки знані люди відповідальності і честі!

Щоб не трапилося з Україною в нинішню епоху, коли відбувається в світі руйнування старого міжнародного правопорядку, який заміщується багатополярним за своєю структурою і значенням, “Енциклопедія міжнародного права” залишиться назавжди як пам’ятка вітчизняної міжнародно-правничої думки. У ній надана реальна картина світу, а також простежується історичний державницький шлях України, що вселяє надію на її майбутнє. Україна ніби ще чекає свого часу, щоб розправити широкі крила і запропонувати світові національну доктрину державницького й соціального злету, яка відповідатиме її корінним інтересам і подасть іншим країнам взірець відродження, як Фенікс.

Україна – велика країна, ми не чийсь проєкт, як дехто нав’язує світу таку штучну ідейно-політичну конструкцію. Ми – великий народ, який дав світовій цивілізації знакові імена в науці, мистецтві, літературі і культурі: Г. Сковорода, Т. Шевченко, І. Франко, Леся Українка, О. Довженко, І. Козловський, М. Березовський, М. Лисенко, М. Грушевський, С. Лифар, І. Рєпін, В. Вернадський, С. Корольов, О. Мурашко, К. Малевич, Б. Патон, В. Глушков, М. Амосов, І. Пулюй, І. Сікорський, І. Піддубний, Шолом-Алейхем і багато інших мислителів, учених, історичних діячів.

Ми, на жаль, як донори в медицині, емігруючи, підживлюємо інтелектуально і фізично не одне століття Європу й Америку, і там поступово асимілюємося в їхній національній плоті, культурі і традиціях.

Віктор Акуленко

Таким сузір'ям вітчизняних імен може пишатися найдавніша й найцивілізованіша нація в світі. Їхній внесок у державницький і культурологічний простір України, а також світову культуру, справді неосяжний.

Наші досягнення в академічній науці міжнародного права, які несе світові “Енциклопедія міжнародного права”, її численний авторський колектив учених, науковців і практиків – всіх подвижників Інституту держави і права, які за ініціативою та організаційно-творчим керівництвом академіка НАН України Ю. Шемшученка і професора В. Денисова, непересічні.

Енциклопедія працює на майбутнє України, її міжнародний престиж, є своєрідною самобутньою візитівкою нашої країни.



Енциклопедія міжнародного права: у 3 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко, В. Н. Денисов (співголови) та ін.; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Т. 3. М–Я. – Київ : Академперіодика, 2019. – 992 с.

Енциклопедія міжнародного права – перше в Україні тритомне видання, яке є систематизованим зводом знань про відповідну правову систему. Перший том побачив світ у 2014 р., а другий – у 2017 р. Третій том є логічним продовженням перших двох. Разом з тим у ньому віддзеркалено зміни, що сталися останнім часом у сфері дії міжнародного права та міжнародно-правовій практиці України.

Розрахована на науковців, викладачів і студентів, дипломатів, а також на широке коло читачів, які цікавляться міжнародним публічним правом.

*RATIO DECIDENDI – ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ
СУДОВОЇ ПРАКТИКИ**

Практика Європейського суду з прав людини

ВИТЯГ ІЗ РІШЕННЯ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ
від 27 ЧЕРВНЯ 2019 РОКУ
У СПРАВІ “ТОВ ‘СВІТ РОЗВАГ’ ТА ІНШІ ПРОТИ УКРАЇНИ”
(ПЕРЕКЛАД НЕОФІЦІЙНИЙ)**

CASE OF SVIT ROZVAG, TOV AND OTHERS V. UKRAINE
(APPLICATIONS NOS. 13290/11 AND 2 OTHERS)***

Заявники придбали ліцензії на провадження діяльності з організації та проведення азартних ігор на певний період.

8 травня 2009 р. Міністерство фінансів України видало наказ, котрим зупинило дію усіх ліцензій на провадження діяльності з організації та проведення азартних ігор до 7 червня 2009 р.

15 травня 2009 р. було прийнято закон, який забороняв усі азартні ігри в Україні, окрім лотерей, – “Про заборону грального бізнесу в Україні” (далі – Закон про заборону). Закон про заборону не містив ніяких положень стосовно відшкодування для власників ліцензій.

Президент наклав вето на Закон про заборону.

11 червня 2009 р. Верховна Рада України подолала вето.

25 червня 2009 р. Закон про заборону набув чинності, і з того дня ліцензії заявників вважалися скасованими дією закону.

Заявники подали до національних судів позови щодо відшкодування шкоди, але позови були відхилені.

Заявники скаржилися на те, що скасування законом їхніх ліцензій без будь-якої компенсації порушило їх право на мирне володіння майном, гарантоване ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Сторони не цитували національну судову практику або інші матеріали, які існували до відповідних подій та в яких наводилося тлумачення

* Рубрика функціонує під егідою Юридичного порталу *RATIO DECIDENDI*.

** Витяг із рішення Європейського суду з прав людини від 27 червня 2019 р. у справі “ТОВ ‘Світ розваг’ та інші проти України”, сформульований Л. Сидоровою.

*** Рішення набуде статусу остаточного відповідно до п. 2 ст. 44 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. З оригіналом рішення англійською мовою можна ознайомитися за посиланням: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193994>.

положень, на які заявники спиралися в провадженнях у національних судах, для того, щоб підтримати доводи Уряду про те, що позови заявників із самого початку були приречені на невдачу, або, навпаки, доводи заявників про те, що їхні позови мали достатні перспективи успіху, аби бути щонайменше пред’явленими. Це можна зрозуміти, оскільки ситуація була новою в національній практиці.

Низка чинників могла вказувати заявникам на те, що їхні очікування щодо отримання компенсації не були повністю необґрунтованими.

По-перше, Закон про заборону не містив нічого щодо відшкодування, і жодні інші законодавчі положення не виключали його явно.

По-друге, певні положення в національному законодавстві могли змусити заявників вважати, що в них існували підстави для відшкодування.

По-третє, Президент України у своїх пропозиціях до Закону про заборону вказав, що підприємства, чиї ліцензії були анульовані в результаті закону, матимуть можливість вимагати сатисфакції.

Те, як національні суди ставилися до їхніх позовів, підтверджує цей висновок: суди не оголосили позови заявників незначними або явно необґрунтованими та розглянули їх по суті на трьох рівнях юрисдикції.

Європейський суд з прав людини (далі – Суд) повторює, що Конвенція повинна тлумачитися таким чином, який сприяє гармонії між її положеннями.

У зв’язку з цим Суд зазначає, що важливим елементом його аналізу скаргу відповідно до ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції є те, чи передбачає національне право відшкодування за заходи втручання у право на власність, навіть якщо відсутність відшкодування не розкриває автоматично порушення цього положення у справах щодо заходів із “контролю” за використанням майна (див. *Depalle v. France*, № 34044/02, § 91).

Оцінка Суду

Нещодавній виклад відповідних принципів прецедентного права Суду стосовно ст. 1 Першого протоколу до Конвенції можна знайти у справі *Zelenchuk and Tsytyura*. Відповідні принципи стосовно конкретно анулювання ліцензій можна знайти у справі *Vékony v. Hungary* (№ 65681/13, §§ 29-32, 35 та 36, 13 січня 2015 р.) та в інших рішеннях.

Існування втручання та застосовне правило

У прецедентному праві Суду встановлено, що припинення дії дійсної ліцензії на ведення бізнесу становить втручання у право на мирне володіння майном, гарантоване ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, і що його залишається розглянути відповідно до п. 2 цієї статті як заходу з контролю за використанням майна (див., наприклад, *Tre Traktörer*

AB, § 55; *Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd v. Poland*, № 51728/99, § 49, 28 липня 2005 р.; *Bimer S.A. v. Moldova*, № 15084/03, § 51, 10 липня 2007 р.; *Megadat.com SRL v. Moldova*, № 21151/04, § 64 та 65; *Vékony*, § 29 та 30; і *S.C. Antares Transport S.A. and S.C. Transroby S.R.L. v. Romania*, № 27227/08, § 39 та 40, 15 грудня 2015 р.).

Законність

Суд повторює, що перша та найважливіша вимога ст. 1 Першого протоколу до Конвенції полягає в тому, що будь-яке втручання органу влади у мирне користування майном повинно бути законним: друге речення п. 1 дозволяє позбавлення майна лише “за умов, передбачених законом”, а у п. 2 визнається, що держава має право контролювати використання майна шляхом застосування “законів”. Крім того, верховенство права – один із фундаментальних принципів демократичного суспільства – притаманне всім статтям Конвенції (див. *Lekić v. Slovenia*, № 36480/07, § 94, 14 лютого 2017 р.).

Принцип законності також передбачає певну якість застосовних положень національного законодавства. Щодо цього слід зазначити, що згадуючи “закони”, ст. 1 Першого протоколу до Конвенції натякає на ту саму концепцію, на яку Конвенція посилається в інших контекстах при використанні цього терміна. Звідси випливає, що правові норми, на яких базується втручання, повинні бути достатньо доступними, точними та передбачуваними в їх застосуванні. Зокрема, норма є “передбачуваною”, коли вона забезпечує певний рівень захисту від довільного втручання з боку громадських органів влади.

Суд зазначає, що у будь-якому випадку тлумачення національного права національними судами означало, що розсуд виконавчої влади не обмежувався ніяким правилом, яке з достатньою чіткістю вказувало б на обсяг та умови його здійснення. Тому воно не забезпечувало значної міри захисту проти свавілля.

Цих міркувань достатньо для того, щоб Суд зробив висновок, що національні правові положення не дотримувалися вимоги якості “закону” і, таким чином, що зупинення дії ліцензії не було законним.

Встановлений принцип прецедентного права Суду полягає в тому, що оскільки свобода розсуду законодавчого органу при реалізації соціальної та економічної політики є широкою, він поважатиме рішення законодавчого органу стосовно того, що є предметом інтересу громадськості, якщо це рішення не буде явно безпідставним (див. *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the former Yugoslav Republic of Macedonia*, № 60642/08, § 106).

Загальний інтерес

Суд погоджується із висновком національних органів влади про те, що заборона мала на меті загальний інтерес та слугувала законній меті запобігання злочинності, зокрема й злочинності неповнолітніх, ухилення від сплати податків та сприяла боротьбі з залежністю від азартних ігор (див. *Zelenchuk and Tsytsyura*, § 108).

Пропорційність

Суд повторює, що ст. 1 Першого протоколу до Конвенції вимагає, щоб для усіх втручань існували розумні співвідношення пропорційності між застосованими засобами та метою. Цей справедливий баланс буде порушений, якщо відповідна особа повинна нести індивідуальний та окремий тягар (див. *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, § 300).

Суд повторює, що відсутність достатнього перехідного періоду та будь-якого відшкодування були чинниками, які призвели до визнання ним порушень ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у попередніх справах, які стосувалися анулювання ліцензій за відсутності будь-якого порушення закону з боку власників ліцензій (див., наприклад, *S.C. Antares Transport S.A. and S.C. Transroby S.R.L.*, §§ 45 та 49, і *Vékony*, § 35).

Застосований до заявників захід був непропорційним переважно через якість процесу прийняття рішень, який до нього призвів, відсутність заходів для компенсації, навіть щодо прямих витрат, накладених самою державою, та відсутність значного перехідного періоду.

Відповідно, мало порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у зв'язку з тим, як ліцензії заявників були анульовані.

Правові позиції Верховного Суду

Адміністративна юрисдикція

ПРО РЕАЛІЗАЦІЮ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ
АДМІНІСТРАТИВНОГО ОРГАНУ ТА ВРАХУВАННЯ ОБСЯГУ
ТАКИХ ПОВНОВАЖЕНЬ*

Задовольняючи вимоги позивача в частині зобов'язання Управління архітектури та містобудування надати містобудівні умови та обмеження проектування житлового будинку і забудови земельної ділянки, суди правильно зазначили, що обрання такого способу захисту та відновлення

* Витяг із постанови Великої Палати Верховного Суду від 5 червня 2019 р. у справі № 522/6069/14-а, сформований Л. Сидоровою.

прав позивача не є втручанням у дискреційні повноваження відповідача, оскільки Порядок надання містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки, їх склад та зміст, затверджений наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 7 липня 2011 р. № 109, передбачає лише єдину підставу для відмови у видачі містобудівних умов та обмежень – невідповідність намірів забудови земельної ділянки положенням відповідної містобудівної документації на місцевому рівні. Оскільки факт такої невідповідності не встановлено, то підстави для відмови у наданні позивачу містобудівних умов та обмежень забудови вказаної земельної ділянки були відсутні.

Під дискреційним повноваженням слід розуміти повноваження, які адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду. Тобто коли такий орган може обирати з декількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найкращим за певних обставин.

Проте у спірних правовідносинах Управління архітектури та містобудування не мало права відмовити у видачі містобудівних умов та обмежень у зв'язку з відсутністю визначеної чинним законодавством єдиної підстави для такої відмови, що свідчить про відсутність у відповідача можливості вибору конкретного рішення з певного кола варіантів на власний розсуд та наявність обов'язку надати містобудівні умови й обмеження.

Водночас реалізацією відповідачем своїх дискреційних повноважень при наданні містобудівних умов та обмежень буде вважатися визначення Управлінням змісту таких умов та обмежень.

З огляду на викладене висновок судів попередніх інстанцій про зобов'язання Управління архітектури та містобудування надати особі містобудівні умови та обмеження проектування житлового будинку і забудови земельної ділянки є правильним.

Ratio Decidendi

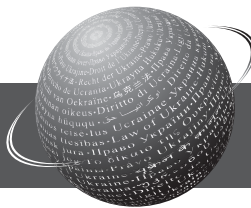
ЮРИДИЧНИЙ ПОРТАЛ

Професійний помічник суддів,
адвокатів та прокурорів

<http://rd.ua>

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ



www.pravoua.com.ua

e-mail: editor.pravoua@gmail.com

ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11
на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на 2019 р. (с. 156)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Юридичний журнал
“ПРАВО УКРАЇНИ”

8
2019

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красенко*
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мяжкова*

Підп. до друку 26.09.2019. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 24,7. Обл.-вид. арк. 19,74.
Зам. 0926-0822. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»
Україна, 04050, м. Київ, вул. Юрія Ілленка, 63,
тел. +380(67) 440-11-37
artek.press@ukr.net
www.artek.press
www.book-on-demand.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р.